



Commentaire

Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018

Association Wikimedia France et autre

(Droit à l'image des domaines nationaux)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 2 novembre 2017 par le Conseil d'État (décision n° 411005 du 25 octobre 2017) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par les associations Wikimedia France et La Quadrature du Net portant sur l'article L. 621-42 du code du patrimoine, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine.

Dans sa décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, le Conseil constitutionnel a déclaré cet article conforme à la Constitution.

Dans cette affaire, M. Michel Charasse a estimé devoir s'abstenir de siéger.

I. – Les dispositions contestées

A. – Présentation des dispositions contestées

1. – L'origine des dispositions contestées

Les débats parlementaires relatifs aux dispositions contestées font état du « *vide juridique qui caractérise le droit à l'image des établissements constitutifs du domaine public de l'État* »¹. À cet égard, il convient de revenir sur les droits existants attachés à ces établissements.

* Les œuvres architecturales qui constituent des œuvres de l'esprit originales sont protégées par les droits de propriété intellectuelle attachés à leur auteur. Le droit moral de l'auteur, c'est-à-dire le respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre, est perpétuel et transmissible aux héritiers². Ses droits patrimoniaux, notamment celui d'exploiter son œuvre et d'en tirer un profit pécuniaire, se transmettent à ses ayants droit et sont protégés pour une période de 70 ans après son décès³. Les droits patrimoniaux s'opposent notamment à toute

¹ Propos tenus par M. François Patriat devant le Sénat (compte rendu des débats – séance du 16 février 2016).

² À cet égard, l'article L. 335-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que constitue un délit de contrefaçon « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi ».

³ Article L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle.

« représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit »⁴ – sauf exceptions, récemment élargies au profit des « reproductions et représentations d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial »⁵. Une fois les droits patrimoniaux arrivés à leur terme, l'image de l'œuvre peut être librement exploitée, y compris à des fins commerciales.

Ainsi, la pyramide du Louvre est protégée⁶, à la différence de l'Arc de Triomphe. La Tour Eiffel photographiée de jour peut être librement reproduite, mais une autorisation est nécessaire pour sa diffusion lorsqu'elle est éclairée de nuit, cet éclairage étant protégé⁷.

* Initialement fondé sur le droit au respect de la vie privée prévu à l'article 9 du code civil, le droit à l'image a vu son autonomie consacrée par la jurisprudence⁸. La question spécifique du droit à l'image des biens a donné lieu à de vifs débats doctrinaux, « certains auteurs considérant qu'il y avait atteinte au droit de jouissance du propriétaire, d'autres au contraire, affirmant que le propriétaire ne subissait aucune atteinte directe à son image »⁹, ainsi qu'à des divergences jurisprudentielles¹⁰.

La Cour de cassation, par un arrêt d'assemblée plénière *Société Hôtel de Girancourt* du 7 mai 2004¹¹ (rendu à propos de biens immobiliers, mais applicable également aux biens mobiliers), a jugé que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; (...) il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Par conséquent, la Cour ne reconnaît pas de droit à l'image des biens découlant du droit de propriété mais permet au propriétaire de s'opposer à son utilisation. Ainsi, « libéré du fondement de l'article 544 du code civil [sur le droit de propriété], le trouble anormal (...) évoque une sorte de responsabilité objective, qui ne dirait pas son nom, et dont la finalité serait de réparer certains dommages anormaux car excessifs »¹².

⁴ Article L. 122-4 du code de la propriété intellectuelle.

⁵ Exception dite « de panorama » prévue au 11° de l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, introduite par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁶ Droits d'auteur détenus par l'architecte leoh Ming Pei.

⁷ Droits d'auteur détenus par l'éclairagiste Pierre Bideau.

⁸ Voir Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2000, n° 98-21.161 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2005, n° 02-14.730.

⁹ Cécile Berthier, « Les droits de la personnalité : droit au respect de la vie privée et droit à l'image », *Lexis360*, n° 3340, dernière mise à jour le 21 juin 2016, n° 2.2.2.

¹⁰ À la différence de la première chambre civile de la Cour de cassation (10 mars 1999, n° 96-18.699 ; 2 mai 2001, n° 99-10.709), la deuxième chambre civile a refusé de considérer le droit à l'image comme un attribut du droit de propriété (5 juin 2003, n° 02-12.853).

¹¹ Cass. Ass. plén., 7 mai 2004, *Société Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450.

¹² Christophe Caron, « Requiem pour le droit à l'image des biens », *JCP éd. G.*, n° 23, 2 juin 2004, II 10085, point 6.

Cette jurisprudence est applicable aux biens immobiliers des personnes publiques n'appartenant pas au domaine public, ce qui fait obstacle par exemple à ce qu'elles puissent réclamer une rémunération pour l'exploitation commerciale de l'image de leurs édifices qui ne leur causerait aucun préjudice.

Pour sa part, le Conseil d'État considère que la prise de vue d'éléments du domaine public mobilier à des fins commerciales peut constituer une utilisation privative de ce domaine et donc nécessiter une autorisation d'occupation, moyennant éventuellement le paiement d'une redevance. Dans une décision *Commune de Tours* de 2002, il a ainsi jugé : « *la prise de vues d'œuvres relevant des collections d'un musée, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues, doit être regardée comme une utilisation privative du domaine public mobilier impliquant la nécessité, pour celui qui entend y procéder, d'obtenir une autorisation* »¹³. Le photographe doit donc, au préalable, obtenir l'autorisation prévue à l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Le Conseil d'État a précisé « *qu'une telle autorisation peut être délivrée dès lors qu'en vertu de l'article L. 2121-1 de ce code, cette activité demeure compatible avec l'affectation des œuvres au service public culturel et avec leur conservation ; qu'il est toutefois loisible à la collectivité publique affectataire d'œuvres relevant de la catégorie des [collections des musées], dans le respect du principe d'égalité, de ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier sans que (...) puisse utilement être opposé à ce refus aucun droit, fondé sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à exercer une activité économique sur ce domaine public* »¹⁴. En ce sens, une commune a pu refuser de délivrer une telle autorisation pour des motifs « *tirés de ce qu'elle entendait conserver un contrôle sur les conditions dans lesquelles sont établies et diffusées des reproductions photographiques des œuvres exposées dans le musée et de ce qu'une diffusion excessive de telles reproductions pourrait préjudicier à l'attractivité de ce musée et nuire à sa fréquentation par le public* »¹⁵.

Cette jurisprudence diffère ainsi de la jurisprudence judiciaire : le Conseil d'État a « *amendé la théorie du trouble anormal en la transposant dans le champ domanial de l'utilisation privative : là où le juge judiciaire a instauré un système répressif dans lequel seul le trouble anormal peut faire cesser l'utilisation d'une image, le juge administratif a préféré un système préventif d'autorisation de l'utilisation* »¹⁶.

¹³ CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, n° 341173.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ CE, 23 décembre 2016, *Commune de Tours*, n° 378879.

¹⁶ Fanny Tarlet, « L'image des biens publics », *AJDA*, 2017, n° 36, p. 2072.

Le Conseil d'État n'a, en revanche, pas encore eu l'occasion de trancher la question du droit applicable à la prise de vue d'éléments du domaine public immobilier, qui a donné lieu à la jurisprudence *Domaine de Chambord*, laquelle a conduit le législateur à adopter les dispositions contestées dans la QPC objet de la décision commentée.

À l'origine, l'établissement public gestionnaire du domaine national de Chambord a réclamé en 2011 à la société Les brasseries Kronenbourg, *via* deux états exécutoires, près de 250 000 euros pour les prises de vue du château qui avaient servi à des campagnes commerciales et publicitaires. Le tribunal administratif d'Orléans a annulé ces états exécutoires aux motifs, entre autres, que « *l'image de la chose ne saurait être assimilée ni à la chose elle-même ni aux droits attachés à la propriété de cette chose ; (...) la photographie d'un bien du domaine public immobilier, qui n'est, par elle-même, affectée ni à l'usage direct du public ni à un service public et ne constitue pas un accessoire indissociable de ce bien, ne constitue pas un bien du domaine public ; (...) par suite, l'utilisation par un tiers de cette photographie ne s'analyse ni comme une occupation ni comme une utilisation du domaine public susceptible de donner lieu au paiement d'une redevance en application de l'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques* »¹⁷.

En appel, la cour administrative d'appel (CAA) de Nantes a adopté un autre raisonnement dans son arrêt du 16 décembre 2015. Après avoir relevé « *qu'il ne résulte pas de l'instruction et qu'il n'est d'ailleurs pas soutenu que, pour la réalisation des prises de vue, le château de Chambord, lequel relève du domaine public immobilier de l'État, aurait été, le temps de ces photographies, soustrait à l'usage de tous* »¹⁸, elle en a déduit l'absence d'usage privatif de ce domaine public. Suivant la même logique que la Cour de cassation, elle a considéré que « *l'image d'un bien appartenant à une personne publique ne se confond pas avec ce bien, que celui-ci relève de son domaine privé ou de son domaine public* ». Toutefois, la CAA a ajouté que « *compte tenu des exigences constitutionnelles tenant à la protection du domaine public et afin d'éviter à tous égards qu'il n'y soit indirectement porté atteinte de manière inappropriée, les prises de vue d'un immeuble, appartenant au domaine public d'une personne publique, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues ou d'association de ces reproductions à des produits dans le cadre d'opérations de publicité commerciale, requièrent une autorisation préalable délivrée par le gestionnaire de ce domaine dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique ; que cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat ; que la décision unilatérale peut être assortie notamment de conditions financières sous réserve qu'elles aient été*

¹⁷ TA Orléans, 6 mars 2012, n° 1102187.

¹⁸ CAA Nantes, 16 décembre 2015, n° 12NT01190.

préalablement légalement déterminées ; que de telles conditions peuvent également être prévues par le contrat conclu entre les parties ». La CAA de Nantes a précisé que l'utilisation des prises de vue sans cette autorisation est constitutive d'une faute, obligeant l'utilisateur à réparer le dommage causé au gestionnaire du domaine public. Elle a néanmoins renvoyé l'appréciation de cette responsabilité à la juridiction judiciaire et, s'estimant incompétente, débouté l'établissement public du domaine de Chambord.

Au total, tout en estimant inapplicable le traditionnel régime d'autorisation d'occupation du domaine public, le juge administratif n'en instaure ainsi pas moins, au terme d'un raisonnement *ad hoc*, un « *pouvoir quasi domanial sur l'image des biens du domaine public* »¹⁹.

Le Conseil d'État, devant lequel un pourvoi a été formé contre l'arrêt de la CAA de Nantes²⁰, ne s'est pas encore prononcé sur cette affaire.

La loi précitée du 7 juillet 2016 est venue – partiellement – consacrer, pour l'avenir, la solution de la CAA de Nantes.

2. – L'adoption d'un régime protecteur des domaines nationaux

La loi du 7 juillet 2016 a consacré la catégorie des « *domaines nationaux* », définis comme « *des ensembles immobiliers présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et dont l'État est, au moins pour partie, propriétaire* »²¹. La loi précise que ces domaines nationaux « *peuvent comprendre des biens immobiliers appartenant à l'État, à des collectivités territoriales, à des établissements publics ou à des personnes privées* »²².

Un décret du 2 mai 2017²³ en a dressé la liste : « *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'Élysée (Paris) ; 6° Palais du Rhin (Bas-Rhin)* »²⁴.

Ces domaines nationaux font l'objet d'un régime spécifique, défini aux articles L. 621-36 à L. 621-42 du code du patrimoine. Classés au titre des monuments historiques, ils sont inconstructibles²⁵. Les parties appartenant à l'État ou à l'un

¹⁹ Norbert Foulquier, « Hors CGPPP, le pouvoir quasi domanial sur l'image des biens du domaine public », *AJDA*, 2016, p. 435.

²⁰ Pourvoi n° 397047, enregistré le 16 février 2016.

²¹ Article L. 621-34 du code du patrimoine.

²² Article L. 621-35 du code du patrimoine.

²³ Décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux.

²⁴ Article R. 621-98 du code du patrimoine.

²⁵ Articles L. 621-37 et L. 621-38 du code du patrimoine.

de ses établissements publics sont inaliénables et imprescriptibles. Leur gestion est exercée « dans le respect de l'ordre public et de la dignité humaine »²⁶. L'État peut exercer un droit de préemption en cas de cession des autres parties²⁷.

Une sous-section, comprenant les seules dispositions contestées, est relative à la « gestion et [à l']exploitation de la marque et du droit à l'image des domaines nationaux »²⁸. Celles-ci ont été introduites par voie d'amendement devant le Sénat, en première lecture²⁹.

Ces dispositions sont dites « résulte[r] de deux rapports qui préconisaient d'aller dans ce sens : le rapport Économie de l'immatériel : la croissance de demain, dit rapport "Lévy-Jouyet", et le rapport d'Évaluation de la politique de développement des ressources propres des organismes culturels de l'État, rendu en mars dernier [2015] par l'Inspection générale des finances, qui pointait la faiblesse de l'appareil législatif applicable la matière »³⁰. En particulier, il était envisagé dans ce second rapport de « protéger l'image obtenue par prise de vue extérieure et utilisée à des fins commerciales au titre de l'occupation du domaine public, [... ce qui] permettrait aux établissements d'obtenir paiement d'une redevance », de « faire entrer l'image du bâtiment, comme l'image des collections, dans le domaine public des établissements publics, dont l'utilisation doit être soumise à autorisation » ou d'« agir contre les usages abusifs pouvant s'apparenter à du parasitisme »³¹.

Comme l'exposent les auteurs des amendements, « On ne peut pas admettre, d'une part, de voir des monuments associés à des publicités pour tel ou tel fromage (...), 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 »³².

Ainsi que l'énonce la rapporteure de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication du Sénat, « 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

²⁶ Article L. 621-36 du code du patrimoine.

²⁷ Article L. 621-39 du code du patrimoine.

²⁸ Titre de la sous-section 5, comprenant l'article L. 621-42 du code du patrimoine.

²⁹ Deux amendements similaires ont ainsi été présentés, n° 3 et n° 319. La rédaction du premier a été préférée (séance du 16 février 2016).

³⁰ Propos tenus par M. Jean-Noël Cardoux, co-auteur de l'amendement n°3.

³¹ Annexe V du rapport « Évaluation de la politique de développement des ressources propres des organismes culturels de l'État » rendu en mars 2015, point 2.3, p. 27.

³² Propos tenus par M. Jean-Noël Cardoux.

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 »³³.

Le Gouvernement s'est montré défavorable à l'introduction de ces dispositions, estimant que « *les contours restent encore à mieux préciser du point de vue juridique* »³⁴. En réponse, est mise en avant « *la relative urgence à légiférer dans ce domaine* »³⁵. L'auteur de l'amendement rappelle qu'il « *a pour origine l'utilisation de l'image de marque de Chambord par la bière Kronenbourg – on parle d'ailleurs, à son sujet, d'"amendement Kronenbourg". Il s'agit bien de se prémunir contre de tels excès, et non de monnayer un droit à l'image au détriment d'institutions comme l'éducation nationale* »³⁶.

En deuxième lecture devant l'Assemblée nationale, l'adverbe « *strictement* », perçu comme « *un nid à contentieux* »³⁷, a été supprimé dans la formule « *à des fins strictement commerciales* ». Ont également été ajoutées des exceptions, afin que « *ne soient pas soumis à autorisation, et encore moins à redevance, les médias et, très largement et très classiquement, les utilisations à des fins pédagogiques, d'enseignement et de recherche et – c'est bien le moins – à des fins culturelles et artistiques* »³⁸.

3. – Le dispositif contesté

Le dispositif prévu dans les dispositions contestées soumet « *l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support (...) 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* » (1^{er} alinéa).

L'article ajoute que « *La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation* » (2^{ème} alinéa).

Il est précisé que « *L'autorisation mentionnée au premier alinéa n'est pas requise lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques,*

³³ Propos tenus par Mme Françoise Férat.

³⁴ Mme Audrey Azoulay, ministre de la culture et de la communication.

³⁵ Propos tenus par M. Alain Vasselle.

³⁶ Propos tenus par M. Jean-Noël Cardoux.

³⁷ M. Patrice Martin-Lalande, propos reproduits dans le rapport n° 3583 (Assemblée nationale – XIV^e législature) de M. Patrick Bloche fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation, déposé le 17 mars 2016.

³⁸ Amendement n° 245 présenté par M. Michel Pouzol (2^{ème} séance du mardi 22 mars 2016).

d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité » (3^{ème} alinéa).

Enfin, il est spécifié qu'« *Un décret en Conseil d'État définit les modalités d'application du présent article* » (dernier alinéa).

Un décret du 29 mars 2017³⁹ a ainsi précisé : « *Les conditions financières de l'utilisation commerciale de l'image d'éléments des domaines nationaux appartenant à l'État 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'État qui sont inclus dans le périmètre d'un domaine national* »⁴⁰.

B. – Origine de la QPC et question posée

Les associations Wikimedia France et La Quadrature du Net ont formé un recours en excès de pouvoir à l'encontre du décret d'application précité du 29 mars 2017, en ce qu'il a introduit l'article R. 621-99 dans le code du patrimoine, aujourd'hui codifié à l'article R. 621-100. À cette occasion, elles ont soulevé une QPC portant sur l'article L. 621-42 du même code.

Considérant que le moyen tiré de ce que cette disposition « *porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, et notamment à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété garantis par les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en raison de l'incompétence négative dont elle est entachée, soulève une question présentant un caractère sérieux* », le Conseil d'État a transmis la question par la décision précitée du 25 octobre 2017.

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – Les griefs

Les associations requérantes invitaient tout d'abord le Conseil constitutionnel à dégager un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle devrait nécessairement s'éteindre après l'écoulement d'un certain

³⁹ Article 4 du décret n° 2017-456 du 29 mars 2017 relatif au patrimoine mondial, aux monuments historiques et aux sites patrimoniaux remarquables.

⁴⁰ Article R. 621-100 du code du patrimoine.

délai. En créant un nouveau droit lié à l'exploitation de l'image des immeubles des domaines nationaux, le législateur aurait contrevenu à ce principe.

Elles soutenaient ensuite que les dispositions contestées soumettaient l'utilisation commerciale de l'image de ces biens à une autorisation du gestionnaire du domaine national, au nom d'une logique de valorisation économique et en l'absence de toute occupation privative d'un bien qui, étant immatériel, ne seraient pas justifiées par un motif d'intérêt général et porteraient en tout état de cause une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre des personnes qui cherchent à commercialiser des images des domaines nationaux ainsi qu'au droit de propriété des propriétaires de photographies des immeubles en cause et des titulaires de droits d'auteur sur de telles photographies.

Ces associations invoquaient aussi une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, dès lors que les utilisateurs de l'image des immeubles relevant d'un domaine national peuvent, à la discrétion du gestionnaire du domaine, bénéficier ou non d'une autorisation et, le cas échéant, devoir acquitter ou non une redevance.

Les requérantes arguaient également de la méconnaissance de la « *liberté contractuelle* », les dispositions contestées venant modifier substantiellement les contrats en cours. Elles évoquaient plus particulièrement les clichés des domaines nationaux ayant fait l'objet de « *licences libres* », notamment sur le site internet Wikipédia.

Elles reprochaient enfin au législateur de s'être mépris sur l'étendue de sa compétence, en ne définissant pas suffisamment plusieurs éléments : l'articulation entre le principe de l'autorisation et les exceptions prévues au troisième alinéa ; les critères distinguant autorisation gratuite et autorisation onéreuse ; les conditions présidant à la fixation du montant de la redevance. Selon elles, cette incompétence négative affectait par elle-même l'exercice de la liberté d'entreprendre, du principe d'égalité et du droit de propriété.

B. – Les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété et du principe d'égalité devant la loi, ainsi que le grief tiré de l'incompétence négative

1. – La jurisprudence constitutionnelle

* Selon une jurisprudence bien établie, « *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 n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »⁴¹.

La liberté d'entreprendre recouvre à la fois la liberté d'accéder à une profession ou une activité économique⁴² et la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité⁴³. C'est cette seconde composante qui était en cause en l'espèce, en ce que les dispositions contestées s'appliquent aux personnes souhaitant exploiter commercialement l'image d'immeubles des domaines nationaux.

En la matière, le Conseil constitutionnel a par exemple jugé que la soumission systématique à l'autorisation des maires de Paris, Lyon et Marseille de tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal porte à la liberté d'entreprendre – et au droit de propriété – une atteinte hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi (la « *sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers* »)⁴⁴.

La soumission de l'exercice de la liberté d'entreprendre à un régime d'autorisation préalable n'est, cependant, pas en soi contraire à la Constitution⁴⁵.

* Conformément à une jurisprudence constante, « *la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Aux termes de son article 17 : "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". En l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* »⁴⁶.

Cette protection constitutionnelle du droit de propriété s'étend à la propriété intellectuelle. Dès la décision n° 81-132 DC sur les nationalisations, le Conseil a relevé, au nombre des évolutions qu'a connues l'exercice du droit de propriété

⁴¹ Par exemple : décision n° 2016-593 QPC du 21 octobre 2016, *Société Eylau Unilabs et autre (Règles d'implantation des sites d'un laboratoire de biologie médicale)*, paragr. 4.

⁴² Décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique (Conditions d'exercice de certaines activités artisanales)*, cons. 6 à 8.

⁴³ Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012, *M. Christian S. (Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle)*, cons. 7.

⁴⁴ Décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, cons. 20.

⁴⁵ Décision n° 2012-282 QPC du 23 novembre 2012, *Association France Nature Environnement et autre (Autorisation d'installation de bâches publicitaires et autres dispositifs de publicité)*, cons. 27 et décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, cons. 11.

⁴⁶ Par exemple : décision n° 2015-479 QPC du 31 juillet 2015, *Société Gecop (Solidarité financière du donneur d'ordre pour le paiement des sommes dues par un cocontractant ou sous-traitant au Trésor public et aux organismes de protection sociale en cas de travail dissimulé)*, cons. 16.

depuis 1789, « *une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux* »⁴⁷. Cette « *notable extension* » est ainsi venue justifier, par la décision n° 2006-540 DC sur la loi « DADVSI », l'extension de la protection constitutionnelle du droit de propriété à la propriété littéraire et artistique : « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* »⁴⁸. Ce même considérant de principe a été repris dans la décision n° 2013-370 QPC⁴⁹, dans laquelle le Conseil a considéré que le régime de gestion collective applicable au droit de reproduction et de représentation sous forme numérique des « *livres indisponibles* » entraînait une atteinte au droit de propriété des auteurs qui n'était pas disproportionnée.

* Si le droit de propriété visé par les associations requérantes était celui des personnes privées détentrices d'images d'immeubles des domaines nationaux ou de droits d'auteur sur de telles images, il convient de rappeler que les personnes publiques bénéficient également, « *à un titre égal* » à celui des personnes privées, de la protection de leur droit de propriété depuis la décision n° 86-207 DC⁵⁰.

Le Conseil constitutionnel en déduit notamment que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur* »⁵¹. La portée de ce principe dit de « l'incessibilité à vil prix » a été étendue, au-delà de l'aliénation d'un bien, au fait de le grever durablement de droits au profit de personnes privées, qu'il s'agisse d'un bien du domaine public⁵² ou, plus largement, de tout bien « *faisant partie du patrimoine de personnes publiques* »⁵³.

Enfin, s'agissant plus spécifiquement des biens appartenant au domaine public, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a précisé que « *les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public (...) résident*

⁴⁷ Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, cons. 16.

⁴⁸ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15.

⁴⁹ Décision n° 2013-370 QPC du 28 février 2014, *M. Marc S. et autre (Exploitation numérique des livres indisponibles)*, cons. 13.

⁵⁰ Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, cons. 58.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, cons. 3.

⁵³ Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 25. Cf. également la décision n° 2010-67/86 QPC du 17 décembre 2010, *Région Centre et région Poitou-Charentes (AFPA - Transfert de biens publics)*, cons. 3.

en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées »⁵⁴.

* Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». Le Conseil constitutionnel en tire la règle selon laquelle « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁵⁵.

* Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Depuis 2010⁵⁶, pour être invocable en QPC, le grief d'incompétence négative doit être articulé avec la méconnaissance alléguée d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. Depuis sa décision n° 2012-254 QPC, le Conseil constitutionnel juge ainsi « *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* »⁵⁷.

2. – L'application à l'espèce

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord contrôlé les dispositions contestées au regard de la liberté d'entreprendre, du droit de propriété, de l'égalité devant la loi et de l'obligation pour le législateur de respecter l'étendue de sa compétence.

En soumettant à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'immeubles des domaines nationaux et en l'assortissant éventuellement de conditions financières, les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d'entreprendre des personnes qui commercialisent de telles images (éditeurs d'ouvrages, de cartes postales, auteurs d'articles, publicitaires...) – sans d'ailleurs que ces personnes en soient nécessairement les auteurs. Est également atteint le droit de propriété des propriétaires d'images de ces

⁵⁴ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 29.

⁵⁵ Par exemple : décision n° 2017-683 QPC du 9 janvier 2018, *M. François P. (Droit de préemption en cas de vente consécutive à une division d'immeuble)*, paragr. 14.

⁵⁶ Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark (Incompétence négative en matière fiscale)*.

⁵⁷ Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines- Force ouvrière FNEM-FO (Régimes spéciaux de sécurité sociale)*, cons. 3.

immeubles, dès lors que la possibilité de les exploiter commercialement est une composante du droit de percevoir les fruits attachés à la chose détenue (*fructus*). Lorsque, en outre, la prise de vue présente une certaine originalité, les dispositions contestées portent aussi atteinte au droit d'auteur des titulaires de droits de propriété intellectuelle sur les images en cause⁵⁸.

Le Conseil constitutionnel s'est d'abord assuré de l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant l'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Il a jugé en ce sens que « *le législateur a entendu protéger l'image des domaines nationaux, afin d'éviter qu'il soit porté atteinte au caractère de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation et détenus, au moins partiellement, par l'État* » et qu'il a également « *entendu permettre la valorisation économique du patrimoine que constituent ces domaines nationaux* », qui sont deux objectifs d'intérêt général (paragr. 10).

Le Conseil constitutionnel ne s'est ainsi pas fondé, pour justifier les dispositions contestées, sur la protection constitutionnelle attachée à la domanialité publique. En effet, les biens des domaines nationaux ne relèvent pas nécessairement du domaine public, ne serait-ce que parce que l'immeuble n'est pas toujours entièrement la propriété d'une personne publique, ainsi qu'il résulte du second alinéa de l'article L. 621-35 du code du patrimoine. Au surplus, même en s'en tenant aux biens immobiliers des domaines nationaux qui appartiennent au domaine public, la simple captation d'une image d'un tel bien, fût-ce pour la commercialiser, semble difficilement pouvoir être considérée comme une occupation ou une utilisation du domaine public.

Le Conseil constitutionnel a ensuite vérifié que les atteintes portées aux droits et libertés en cause présentaient un caractère proportionné, au regard des deux objectifs d'intérêt général poursuivis.

À cet égard, le Conseil a, d'une part, fait état des exceptions prévues au troisième alinéa de l'article L. 621-42 du code du patrimoine. Il résulte de la combinaison de ces dispositions avec celles du premier alinéa que « *l'autorisation préalable du gestionnaire du domaine national n'est pas requise lorsque l'image est utilisée à des fins commerciales et qu'est également poursuivie une finalité culturelle, artistique, pédagogique, d'enseignement, de recherche, d'information, d'illustration de l'actualité ou liée à l'exercice d'une mission de service public* » (paragr. 11). Cette précision rend compte de la volonté du législateur de protéger certaines finalités d'intérêt général, en prévoyant, dans ce cas, un régime plus favorable d'utilisation commerciale de l'image des domaines nationaux.

⁵⁸ Cf. l'article L. 112-2 du code de la propriété intellectuelle.

En se fondant sur l'objectif de protection de l'image des domaines nationaux poursuivi par le législateur, le Conseil constitutionnel a, d'autre part, ajouté que « *l'autorisation ne peut être refusée par le gestionnaire du domaine national que si l'exploitation commerciale envisagée porte atteinte à l'image de ce bien présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation* » (paragr. 12). Si tel n'est pas le cas, l'autorisation doit être accordée « *dans les conditions, le cas échéant financières, fixées par le gestionnaire du domaine national, sous le contrôle du juge* » (même paragr.).

Enfin, s'agissant des conditions fixées par le gestionnaire, le Conseil constitutionnel a jugé que si, en application des dispositions contestées, l'autorisation est délivrée gratuitement ou à titre onéreux, le montant de la redevance devant alors tenir compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation, « *il appartient aux autorités compétentes d'appliquer ces dispositions dans le respect des exigences constitutionnelles et, en particulier, du principe d'égalité* » (paragr. 13).

Eu égard à l'ensemble de ces motifs, le Conseil constitutionnel a rejeté les griefs tirés de la méconnaissance des articles 2, 4 et 6 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution (paragr. 14).

C. – Les autres griefs

* Les associations requérantes invitaient le Conseil constitutionnel à dégager un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR), celui de l'extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle, après l'écoulement d'un certain délai.

Pour qu'un principe puisse être reconnu comme tel, trois conditions doivent être réunies :

– pour être « *fondamental* », le principe doit énoncer une règle suffisamment importante, avoir un degré suffisant de généralité et intéresser des domaines essentiels pour la vie de la Nation, comme les libertés fondamentales, la souveraineté nationale ou l'organisation des pouvoirs publics⁵⁹ ;

– il faut, ensuite, que le principe trouve un ancrage textuel dans une ou plusieurs lois intervenues sous un régime républicain antérieur à 1946⁶⁰ ;

⁵⁹ Décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 21.

⁶⁰ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, cons. 15.

– il faut, enfin, qu’il n’ait jamais été dérogé à ce principe par une loi républicaine antérieure à l’entrée en vigueur de la Constitution de 1946⁶¹.

Néanmoins, les dispositions contestées ne vont aucunement à l’encontre de l’extinction de l’exclusivité des droits patrimoniaux, relevant de la propriété intellectuelle, attachés aux œuvres que peuvent constituer ou comporter les domaines nationaux. Comme l’a indiqué le Conseil constitutionnel, « *en accordant au gestionnaire d’un domaine national le pouvoir d’autoriser ou de refuser certaines utilisations de l’image de ce domaine, le législateur n’a ni créé ni maintenu des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle* » (paragr. 15).

Par conséquent, quand bien même un tel PFRLR existerait, le grief tiré de sa méconnaissance aurait été inopérant en l’espèce. Par conséquent, sans avoir à se prononcer sur l’existence du principe invoqué par les associations requérantes, le Conseil constitutionnel a jugé qu’en tout état de cause, le grief manquait en fait (même paragr.)⁶².

* Les associations requérantes critiquaient enfin les dispositions contestées en ce qu’elles auraient affecté les contrats en cours : aurait été méconnu le droit au maintien des contrats légalement conclus, auxquels il ne peut être porté atteinte sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 qu’au nom d’un motif d’intérêt général suffisant⁶³.

Toutefois, en l’absence de disposition expresse contraire, les dispositions contestées n’affectent pas les contrats légalement conclus avant leur entrée en vigueur⁶⁴. Le grief a donc été écarté (paragr. 16).

En définitive, après avoir relevé qu’il ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution l’article L. 621-42 du code du patrimoine, dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l’architecture et au patrimoine (paragr. 17).

⁶¹ Décision n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 12.

⁶² Pour des précédents : décisions n° 2000-426 DC du 30 mars 2000, *Loi relative à la limitation du cumul des mandats électoraux et des fonctions et à leurs conditions d’exercice* décision, cons. 3 ; n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l’assurance maladie*, cons. 11.

⁶³ Par exemple : décision n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018, *Fédération bancaire française (Droit de résiliation annuel des contrats assurance-emprunteur)*, paragr. 15.

⁶⁴ Cf. décision n° 2017-649 QPC du 4 août 2017, *Société civile des producteurs phonographiques et autre (Extension de la licence légale aux services de radio par internet)*, paragr. 15.