



HAL
open science

La mise en bière de l'image des biens publics, note sur CE ass., 13 avr. 2018, Établissement public du domaine national de Chambord

Christophe Roux

► To cite this version:

Christophe Roux. La mise en bière de l'image des biens publics, note sur CE ass., 13 avr. 2018, Établissement public du domaine national de Chambord. *La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2018, 21, pp.comm. 2156. hal-01903250

HAL Id: hal-01903250

<https://hal.science/hal-01903250v1>

Submitted on 24 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La mise en bière de l'image des biens publics

JCP A 2018, n° 2156.

Note sur CE, ass., 13 avr. 2018, n° 397047, *Établissement public du domaine national de Chambord* : JurisData n° 2018-005924 ; Lebon

Il est des lendemains (de bière) qui déchantent et des arrêts du Conseil d'État accueillis fraîchement. C'est peut-être à cette effluve perfide et un peu trop maltée que la décision du Conseil d'État du 13 avril fera écho pour certains. Au (futur) « loto du patrimoine » comme à celui – certes, moins aléatoire – du contentieux devant le juge administratif, il est des perdants et des gagnants. Et si, à ce stade, l'identité autant que le nombre exact des seconds ne sont pas connus, il sera moins difficile de cerner les premiers : les personnes publiques. Le Conseil d'État s'est en effet prononcé sur le statut de l'image des biens publics dans l'affaire opposant l'établissement public du domaine de Chambord et la société Kronenbourg, la seconde ayant utilisé, pour les besoins d'une opération publicitaire en faveur de sa marque de bière « 1664 », l'image du château éponyme. En résumant la solution, d'une part le Conseil d'État retient que l'image des biens publics n'est pas un bien ; d'autre part, que son utilisation commerciale ne constitue pas une utilisation privative. L'arrêt oblitère ce faisant le constat d'une nette période de reflux dans la patrimonialisation de l'immatériel public. Ce dernier avait pourtant été présenté comme un nouvel eldorado, un véritable gisement (*Les données publiques : un gisement à exploiter ? : RFAP 1994, n° 72*) aux potentialités économiques vertigineuses dont les personnes publiques se devaient de tirer profit. Pêle-mêle, marques publiques, noms des collectivités territoriales, brevets, licences et autres données publiques ont été présentés, encore récemment, comme autant de pépites (*M. Houser, Les droits incorporels des collectivités territoriales : RDP 2014, p. 945. – A. Dilloard, L'émergence des marques publiques dans le patrimoine immatériel des personnes publiques : RDP 2014, p. 39. – Ph. Terneyre, Les actifs immatériels des personnes publiques : RJEP 2013, étude 16*), faisant presque oublier que le Code général de la propriété des personnes publique (CGPPP) les ignorait assez superbement (*J.-M. Bruguière, L'immatériel à la trappe : D. 2006, p. 2804*). De tout cela, il n'est plus vraiment question aujourd'hui : la protection du nom des collectivités publiques a été entaillée par l'affaire Laguiole (*V. en dernier lieu, Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-22.245, Cne Laguiole : JurisData n° 2016-021296*) ; les données publiques sont résolument orientées vers l'*open-data* (*V. Dossier JCP A 2018, 2027 à 2033. – Dossier AJDA 2016, p. 79 et s.*) ; quant à la patrimonialisation des photographies des biens publics elle vient aujourd'hui, par cette décision, de subir un arrêt sur image. Avec le temps – et la fermentation –, le métal a donc subi une nette corrosion : la valorisation blonde et or de l'immatériel public s'est indubitablement teintée de notes ambrées et cuivrées.

Les choses n'avaient pourtant pas si mal débuté. Au cours d'un premier acte, le Conseil d'État avait décelé dans la captation photographique – à des fins commerciales – des œuvres muséales publiques une forme d'utilisation privative du domaine public mobilier (*CE, 29 oct. 2012, n° 341173 : JurisData n° 2012-024329 ; Lebon 2012, p. 368 ; JCP A 2012, 2390, note S. Carpi-Petit ; JCP A 2012, 2391, note C. Vocanson ; RJEP 2013, comm. 14, note M. Ubaid-Bergeron ; Dr. adm. 2012, comm. 96, note S. Ziani ; BJCL 2013, p. 54, concl. N. Escaut ; AJDA 2013, p. 111, note N. Foulquier*). L'utilisation privative d'un bien mobilier ne se comprenait pourtant qu'à l'aide d'un filtre déformant (et déformé) : l'occupation d'un bien immobilier (le plancher du musée) nécessaire à la captation photographique. Défiant les lois de la physique, la solution reposait encore implicitement sur la confusion entre le bien et son image. Diversement accueillie sur le terrain

concurrentiel, la décision avait permis l'irruption du débat, en droit public, relatif au statut de l'image des biens publics. Pour être relativement nouveau de ce côté-là (*M. Cornu, L'image des biens publics, in Association Henri Capitant, L'image, Dalloz, 2005, p. 77. – Depuis, J.-M. Bruguière, L'image des biens des personnes morales, in Mél. André Lucas, LexisNexis 2014, p. 87. – Ch. Mondou, L'image des biens appartenant aux personnes publiques : Dr. voirie et domaine public 2017, n° 196, p. 79. – F. Tarlet, L'image des biens publics : AJDA 2017, p. 2039*), le débat était globalement balisé dans la doctrine privatiste grâce à la jurisprudence du quai de l'Horloge (*P. Deumier Le contrôle de l'image des biens en droit privé, in L'image, préc., p. 55. – B. Gleize, La protection de l'image des biens : Defrénois, 2008*). Opérant une spectaculaire contre-plongée par rapport à sa jurisprudence antérieure (*Cass. 1re civ., 10 mars 1999, n° 96-18.699, Gondrée c/ Éd. Dubray : JurisData n° 1999-001005 ; JCP G 1999, II, 10078, note P.-Y. Gautier ; JCP G 1999, I, 175, n° 2, obs. Périnet-Marquet ; JCP E 1999, n° 819, note M. Serna ; D. 1999, p. 319, concl. J. Sainte-Rose*), la Cour de cassation devait finalement retenir 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 » (*Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450, Sté Hôtel de Girancourt c/ Sté SCIR Normandie et a. : JurisData n° 2004-023597 ; Bull. civ. 2004, n° 10 ; JCP E 2004, 1021, note Caron ; JCP G 2004, I, 163, note Viney ; JCP G 2004, I, 171, chron. Périnet-Marquet ; JCP G 2004, I, 147, chron. Tricoire ; JCP G 2004, II, 10085, note Caron ; RTD civ. 2004, p. 528 note Th. Revet*). Ce faisant, le juge judiciaire déplaçait le viseur du terrain de la propriété vers celui de la responsabilité ; la profondeur de champ divergeait donc assez nettement entre les deux ordres juridictionnels.

On attendait dès lors avec impatience le second acte, cette fois-ci s'agissant de l'utilisation commerciale de l'image des biens publics immobiliers. Saisi de l'affaire « Chambord », le tribunal administratif d'Orléans avait estimé 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 » ; partant, il avait rejeté toute idée d'occupation ou d'utilisation du domaine public donnant lieu au versement de redevances (*TA Orléans, 6 mars 2012, n° 1102187, Sté Les Brasseries Kronenbourg : AJDA 2012, p. 1227, concl. J. Francfort ; D. 2012, p. 2222, note J.-M. Bruguière*). Tout en s'accordant avec le juge de première instance sur la dissociation entre le bien et son image, mais également sur l'absence d'occupation privative, la cour administrative d'appel de Nantes s'était départie de cette analyse sur deux aspects (*CAA Nantes, 16 déc. 2015, n° 12NT01190, Établissement public du Domaine national de Chambord : JurisData n° 2015-029988 ; JCP A 2016, 2016, note Ph. Hansen ; AJDA 2016, p. 435 et RDI 2016, p. 89, note N. Foulquier ; Dr. voirie et domaine public 2016, n° 192, p. 147, note M. Douence*). En premier lieu, levant une certaine équivoque, elle avait considéré que l'image d'un bien public « n'est pas au nombre des biens et droits visés par les dispositions de l'article L. 1 du CGPPP » ; l'image n'étant pas un bien, sa domanialité publique ne pouvait qu'être écartée. En second lieu, la Cour n'en avait pas moins validé le principe d'une autorisation payante préalable, en s'appuyant sur « les exigences constitutionnelles inhérentes à la protection du domaine public ». En d'autres termes, la Cour réussissait le petit exploit d'écartier l'idée de propriété publique dans un premier temps... pour l'instrumentaliser dans un second temps afin de fonder la perception d'une redevance innommée. L'absence d'une telle autorisation en l'espèce étant considérée comme fautive, la Cour se déclarait incompétente pour connaître du litige. C'est de cette décision que le Conseil d'État avait à connaître. Il a cependant dû patienter le temps d'un troisième acte, par lequel le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'article L. 621-42 du Code du patrimoine généralisant entre temps la solution établie par la cour nantaise aux six domaines nationaux de l'État, au sein duquel figure le domaine de Chambord (« 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 »). Le Conseil constitutionnel n'a, au final, rien trouvé à y redire, la disposition étant, selon lui, tout à la fois fondée sur des objectifs d'intérêt général (protection des domaines nationaux et valorisation du patrimoine) et proportionnée (*Cons. const., 2 févr. 2018,*

n° 2017-687 QPC, Assoc. Wikimedia France : *JurisData* n° 2018-001042 ; JCP A 2018, act. 134 ; AJCT 2018, p. 155, note J.-D. Dreyfus).

Les données du litige enfin cadrées, le quatrième acte s'est donc joué devant le Conseil d'État, réuni en assemblée. On s'attardera brièvement sur un motif de satisfaction : la mise à l'écart du litige de l'article L. 621-42 du Code du patrimoine. Adopté postérieurement aux faits d'espèce, il y avait en effet tout lieu de le juger inapplicable, sauf à ce que le législateur – ce qu'il n'avait pas fait – lui ait conféré une portée rétroactive. Cela va mieux en le disant, là où l'on regrette que la Haute Juridiction administrative se serve parfois opportunément de lois postérieures pour justifier des solutions qui ne coulent pourtant pas de source (V. au sujet des promesses de vente portant sur des biens du domaine public, l'instrumentalisation de l'ordonnance du 19 avril 2017 : CE, 15 nov. 2017, n° 409728, 409799, *Commune d'Aix-en-Provence et société d'économie mixte d'équipement du pays d'Aix* : *JurisData* n° 2017-023023 ; Lebon T. 2017 ; JCP A 2017, act. 575 ; JCP A 2017, 2320, obs. C. Chamard-Heim et F. Lichère ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 15, note J.-P. Pietri ; RDI 2018, p. 106, note N. Foulquier). Reste que demain, pour des faits similaires portant sur l'un des six domaines nationaux, la solution d'espèce sera écartée, ceci jetant immédiatement un voile de relativité quant à sa portée. Pour le reste, plaçant résolument ses pas dans ceux de la Cour de cassation, le Conseil d'État en déduit en premier lieu que, faute d'exclusivité, l'image des biens publics ne constitue pas un droit ou un bien visé par le Code général de la propriété des personnes publiques (1). En second lieu, faute de « bien » susceptible d'en constituer le support, la captation de l'image d'un bien public autant que son utilisation commerciale ne constituent pas une forme d'occupation ou d'utilisation privative (2). Malgré cette cohérence remarquable, la décision ne lève pourtant pas toutes les hypothèques. Elle surprend encore, en développant le parfait négatif de la jurisprudence Commune de Tours, le Conseil d'État se découvrant ici antipropriétaire sur un fondement déconcertant : l'exclusivité du droit de propriété. À bien des égards, un raisonnement tout à fait différent – aboutissant pourtant peut-être au même résultat – aurait pu, à notre sens, être privilégié.

1. L'image d'un bien ne constitue pas un droit ou un bien (au sens du Code général de la propriété des personnes publiques ?)

La question principale dont était saisi le Conseil d'État résidait dans le statut accordé à l'image des biens publics. Sans se dérober, c'est fermement qu'après avoir énoncé l'article L. 1 du Code général de la propriété des personnes publiques, il va retenir que « les personnes publiques ne disposant pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant, celle-ci n'est pas au nombre des biens et droits mentionnés à l'article L. 1 » ; il en déduit que l'image d'un bien du domaine public ne saurait constituer une dépendance du domaine public « ni par elle-même, ni en qualité d'accessoire indissociable ». On ne saurait le dire plus clairement ; l'argumentation est, ce faisant, marquée tout à la fois d'une confirmation et d'une équivoque, auxquelles il faut ajouter une novation qui suscite *a minima* la perplexité.

On pointera d'abord la parenté manifeste avec la jurisprudence de la Cour de cassation dont la formulation issue de l'arrêt Hôtel de Girancourt (*préc.*) est reprise *in extenso*. Sans encore évoquer le statut de l'image à ce stade, on y décèlera une confirmation : l'image du bien ne se confond pas avec le bien lui-même, le droit sur le second n'emportant pas celui sur la première. On peine dès lors un peu à valider la deuxième partie du raisonnement. À partir du moment où l'image d'un bien ne constitue pas un droit ou un bien, on voit difficilement de toute façon comment elle aurait pu constituer une dépendance du domaine public au regard de la condition (première) d'appropriation publique visée aux deux articles L. 2111-1 et L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. C'est la même réserve qui affecte la précision quant à l'absence de domanialité publique par accessoire. La théorie de l'accessoire ne se confond pas avec celle de l'accession – quoiqu'elles puissent, à notre sens, toujours se cumuler (et c'est peut-être ce que sous-entend alors le Conseil d'État) – et, pour l'emporter, encore faut-il que le bien

accessoire lui-même constitue une propriété publique. Au-delà, le juge aurait dû l'écartier plus fermement, celle-ci étant, au titre du Code général de la propriété des personnes publiques, insérée au sein du chapitre relatif au « domaine public immobilier ». Quoique cela n'ait, par le passé, visiblement jamais vraiment gêné le juge administratif (*CAA Douai, 17 sept. 2009, n° 08DA01268, Sté Delma : AJDA 2010, p. 847, note S. Carpi-Petit*. – Sur le sujet, *F. Tarlet, Les biens publics mobiliers : Dalloz, 2017, § 234*), il y a tout de même quelque incongruité à admettre qu'une « chose » (on doit s'y résoudre...) mobilière puisse intégrer par accessoire le domaine public immobilier. Il sera, en arrière-plan, loisible d'y voir une manifestation supplémentaire de la « génétique immobilière » (*Ph. Yolka, Les meubles de l'Administration : AJDA 2007, p. 964*) du Code général de la propriété des personnes publiques, la théorie de l'accessoire impliquant en effet la présence d'un lien physique indissociable, par nature inadapté aux meubles, encore plus s'ils sont incorporels. Autant dire que, à notre sens, la dissociation entre le bien et l'image du bien ne paraît toujours pas totalement aboutie.

Pour le reste, l'appréciation du Conseil d'État diffère à un double titre de celle des juges du fond. En premier lieu, ce dernier ne fait aucune mention du Code de la propriété intellectuelle, là où le juge nantais prenait soin de l'écartier en estimant que l'image n'est pas, en tant que telle, comprise dans son faisceau de protection. La précision aurait peut-être été utile là où, avec d'autres (*F. Tarlet, art. préc.*), l'on pourrait imaginer que l'image se love dans d'autres formes de protection, comme celle accordée aux données publiques. L'appropriation publique de ces dernières peut en effet se concevoir ; partant, leur domanialité publique pourrait également se discuter si l'on veut bien admettre qu'elles participent de la même raison d'être que la domanialité publique mobilière : protection, conservation, diffusion au public. Quoi qu'il en soit, cette vacuité est renforcée par le fait que le Conseil d'État précise ensuite que l'image des biens publics n'est pas « au nombre des biens et droits mentionnés à l'article L. 1 [CGPPP] ». Est-ce pour signifier que l'image des biens pourrait (au-delà même du Code général de la propriété des personnes publiques donc, mais aussi, peut-être, du Code de la propriété intellectuelle) constituer un bien protégé par d'autres législations ? Malgré notre imagination débordante (la bière aidant sans doute) on avouera se trouver un peu sec au moment de se perdre en conjectures... Sauf peut-être à concevoir que, par cette formulation, le Conseil d'État a entendu réserver l'hypothèse où le législateur en disposerait autrement – comme il l'a déjà fait dans le cadre de l'article L. 621-42 du Code du patrimoine.

En second lieu, le Conseil d'État innove en dévoilant, pour la première fois (les juges du fond s'en étaient dispensés) le fondement de la mise à l'écart du Code général de la propriété des personnes publiques : à le suivre, ce serait parce que l'image d'un bien public ne confère pas un droit « exclusif » à son propriétaire que l'évincement se justifierait. Inventée par d'autres (la Cour de cassation) et pour d'autres (la conception exclusiviste du droit de propriété... ressuscitée – malgré son dévoilement – pour les besoins de la cause), cette argumentation portant tous les stigmates d'une conception absolutiste du droit de propriété, cristallise toutes les critiques et, par suite, les impasses à laquelle la présente décision aboutit. Par extension, il faudrait comprendre qu'un bien ou un droit « non exclusif » ne peut être compris au sein du Code général de la propriété des personnes publiques. On savait certes que la domanialité publique était rétive à toute idée de copropriété (*CE, 11 févr. 1994, n° 109564, Compagnie d'assurances La Préservatrice foncière : JurisData n° 1994-040658 ; RFDA 1994, p. 502 et CJEG 1994, p. 197, concl. L. Toutée ; GDDAB, Dalloz, 2e éd., 2015, n° 5, p. 57, note Ph. Yolka*) ; on ignorait en revanche que toute propriété publique devait être exclusive, ce qui constitue(rait), ni plus ni moins, qu'un enterrement en grande pompe de sa nature particulière : ni publique, ni privée, la propriété est une institution juridique (*C. Chamard-Heim, La distinction des biens publics et des biens privés : Dalloz, 2004, spéc. § 24*) ; il n'en reste pas moins qu'il serait vain de contester que, au moins pour partie des biens publics (ceux ressortant du domaine public), l'exclusivisme du droit de propriété fait défaut, leur affectation à l'utilité publique étant source de sujétions diverses. Même dans ses rêves les plus aventureux, la doctrine privatiste n'en attendait certainement pas autant (« le privatiste éprouvant toujours quelques difficultés à comprendre la conciliation de l'exclusivité de la

propriété et de l'affectation des biens publics » : J.-M. Bruguière, *Au secours, l'image des biens revient ! : Comm. com. électr. 2013, étude 2*). L'indignation méritant certainement la brièveté, on en conclura qu'il est une chose de se placer dans les pas de la Cour de cassation ; il en est une autre de suivre le guide en oubliant de se munir de son propre bâton de pèlerin. Le législateur n'a d'ailleurs pas cru bon de le faire : l'article L. 621-42 du Code du patrimoine créant un droit à l'image des biens *sui generis* porte sur les domaines nationaux, lesquels ne ressortent pourtant pas exclusivement de la propriété des personnes publiques.

Si cette incise pourrait probablement suffire à meubler un seul commentaire, reste à éprouver la solution à laquelle la décision parvient. Comme on a pu le relever (*Tb. Revet, note sur Cass., ass. plén., 7 mai 2004, préc.*), à supposer pertinent le raisonnement du juge judiciaire, celui-ci n'en reste pas moins affecté d'une incohérence interne : tout en substituant à la propriété des mécanismes de responsabilité, le juge peine à trouver le fondement du « trouble anormal » lié à l'utilisation de l'image des biens, en dehors du droit de propriété lui-même (*Cass. com., 31 mars 2015, n° 13-21.300 : JurisData n° 2015-007085 ; JCP G 2015, doctr. 546, chron. H. Périnet-Marquet*). *Mutatis mutandis*, il en ira demain exactement de même pour l'image des biens publics. Devrait-on feindre la surprise ? En écartant le fondement propriétaire, cette jurisprudence parvient à la consécration d'un « intérêt patrimonial sans propriétaire » (*N. Foulquier, note sur CAA Nantes, 16 déc. 2015, préc.*), lequel possède tous les atours d'une lapalissade. C'est en effet précisément cet intérêt patrimonial que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne protègent (*Ch. Roux, Propriété publique et droit de l'Union européenne : LGDJ, 2015, § 371-382*). Même masquée par les mécanismes de responsabilité, il ne sera donc pas difficile de pointer l'artifice, surtout si l'on veut bien admettre que le droit de propriété s'est transformé progressivement en un droit à indemnité (*A.-F. Zattara, La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété : LGDJ, 2001, spéc. § 305. – J. Morange, La déclaration et le droit de propriété : Droits 1998, p. 103*). Il y avait pourtant probablement suffisamment de matière vive à disposition pour emprunter une autre voie : il aurait fallu peut-être « travailler les potentialités du caractère public de la propriété des personnes publiques et de la notion d'affectation au cœur du droit domanial » (*N. Foulquier, note sur CAA Nantes, 16 déc. 2015, préc.*). L'exclusivisme étant, s'agissant de la propriété publique, écarté de l'équation, il n'y avait aucune raison de se fondre dans les prismes civilistes, les caractéristiques autant que la visée « altruiste » (*N. Foulquier, Droit administratif des biens : LexisNexis, 4e éd., 2018, § 32 et s.*) de la propriété publique étant, selon nous, suffisamment souples et adaptées pour répondre aux problématiques posées.

2. L'utilisation commerciale de l'image d'un bien public ne constitue pas une occupation privative

Écartant la propriété autant que la domanialité publiques de l'image des biens dans un premier temps, le Conseil d'État en a logiquement déduit que l'établissement public ne pouvait réclamer aucune redevance domaniale, l'occupation/l'utilisation privative faisant défaut. Il y a tout lieu de s'en réjouir là où la cour administrative d'appel de Nantes, en procédant à une acclimatation de la jurisprudence judiciaire à la sauce publiciste, aboutissait à un brassage des genres assez peu digeste (c'est le cas de le dire). Comme précédemment, l'on pourra toutefois regretter que le juge administratif éprouve le besoin de revenir aux articles L. 2122-1 (nécessité d'un titre d'occupation) et L. 2125-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (soumission à redevance) pour mieux en écarter l'application. À partir du moment où la propriété et, corrélativement, la domanialité publiques de l'image des biens ont été reléguées, l'idée même d'une utilisation ou occupation privative devrait laconiquement suivre le même sort.

Vraisemblablement, le Conseil d'État a souhaité par ce biais détruire la création de la cour administrative d'appel de Nantes. C'est ce à quoi la décision aboutit, en relevant (§ 11) que le gestionnaire du domaine national de Chambord « ne tenait d'aucun texte ni d'aucun principe le droit de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image du

château ». Partant, elle rejette l'idée selon laquelle l'absence d'autorisation serait par elle-même fautive, le seul préjudice dont pouvait se prévaloir l'établissement public résidant, le cas échéant, dans le trouble anormal que lui aurait causé l'utilisation de cette image. S'attarder sur ces dispositions présentait encore une utilité si l'on se remémore, en toile de fond, la décision Commune de Tours. On rappellera que, par celle-ci, l'utilisation privative n'avait été consacrée que par le medium de l'occupation immobilière du musée, nécessaire pour la prise de vue des toiles ressortant du domaine public mobilier. Or, s'agissant des biens immobiliers, l'occupation « matérielle » n'est de fait pas forcément nécessaire, puisque leur image peut être captée sans qu'il soit indispensable d'occuper physiquement le bien objet du cliché. C'est du reste ainsi que la société Kronenbourg avait procédé en l'espèce, en photographiant le château de Chambord de l'extérieur. Or, en s'en tenant à la première phase du raisonnement, on pouvait légitimement attendre une remise en cause de la jurisprudence Commune de Tours : à partir du moment où l'image d'un bien ne constitue pas un bien, la circonstance que l'image ait pour finalité de capter un bien mobilier ou immobilier devrait être indifférente.

Telle n'est pas, pourtant, la solution à laquelle semble parvenir le Conseil d'État, la décision retenant que « si l'opération consistant en la prise de vues d'un bien appartenant au domaine public est susceptible d'impliquer, pour les besoins de la réalisation matérielle de cette opération, une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous, une telle opération ne caractérise toutefois pas, en elle-même, un usage privatif du domaine public » (§ 5). Équivoque, il y a en fait deux manières de l'appréhender. La première partie du raisonnement semble conforter la jurisprudence Commune de Tours. Au-delà de l'incohérence qu'une telle appréciation laisserait subsister au fond (l'utilisation privative d'un bien public mobilier... via l'occupation privative d'un bien immobilier), un désajustement serait entériné entre le statut de l'image des biens publics mobiliers et immobiliers, celui-ci variant uniquement en fonction du lieu de prise de vue choisi par le photographe. On admettra que ce critère paraît tout de même assez mince pour fonder la qualification juridique de l'image : on voit mal en quoi la présence ou non d'un trépied sur le domaine public aurait le pouvoir miraculeux de déclencher la patrimonialisation indirecte de l'image. La seconde partie du raisonnement offre toutefois quelques motifs d'espoir, le Conseil d'État semblant admettre que la simple opération de captation de l'image d'un bien public ne suffit pas, *per se*, à caractériser une occupation/utilisation privative, seul le dépassement du droit d'usage du domaine public appartenant à tous étant susceptible de l'emporter.

Dans les années récentes, la notion est de fait devenue la variable d'ajustement majeure pour cadrer le champ de l'occupation/l'utilisation privative. Le juge administratif l'a, dans l'ensemble (N. toutefois *CAA Versailles*, 7 juill. 2016, n° 15VE01687 : *JCP A* 2017, 2259, note Ch. Roux), plutôt instrumentalisé dans un sens favorable aux usagers du domaine public, que celui-ci rejette la perception d'une « taxe-trottoir » (*CE*, 31 mars 2014, n° 362140, *Commune d'Avignon* : *JurisData* n° 2014-006609 ; *JCP A* 2014, act. 310 ; *JCP A* 2014, 2036, note Ph. Lobéac-Derbouille ; *JCP E* 2014, act. 294 ; *Dr. adm.* 2014, comm. 37, J.-Fr. Giacuzzi ; *RJEP* 2014, comm. 36, concl. N. Escaut ; *Dr. adm.* 2014, comm. 37, note J.-F. Giacuzzi) ou qu'il censure la redevance liée à la pose de plaques professionnelles surplombant le domaine (*CAA Marseille*, 19 mai 2016, n° 14MA03832 : *JurisData* n° 2016-009517 ; *RFDA* 2016, p. 1126, concl. S. Deliancourt ; *JCP A* 2017, 2084, note Ph. Hansen). On peut se demander alors si le Conseil d'État n'aurait pas pu la mobiliser de nouveau pour les besoins de la cause quitte, en l'espèce – ce qui pourrait se discuter –, à considérer que l'utilisation commerciale de l'image du domaine de Chambord par la société Kronenbourg n'avait pas dépassé, en l'espèce, le droit d'usage appartenant à tous. Pour ce faire, ceci imposerait de totalement changer de pellicule, en prenant l'exact contrepied de la décision d'espèce : il faudrait chronologiquement admettre d'abord l'appropriation puis la domanialité publique de l'image des biens publics. Ce n'est certes pas impossible et les quelques éléments exposés plus haut constituent autant d'arguments de base pour l'envisager. L'entreprise paraît toutefois délicate compte tenu, d'une part, de la définition extrêmement restrictive du domaine public mobilier

retenue par le Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP, art. L. 2112-1) et, d'autre part, de la difficulté récurrente à penser l'utilisation privative des meubles incorporels. La rêverie (Freud, l'a toujours dit) est probablement un exutoire de frustrations.

On ne pourra pas s'empêcher, à ce stade, de considérer que la mise à l'écart de la propriété publique draine son lot d'effets pervers. La nature a horreur du vide ; le droit aussi. Or, à chaque fois que la propriété publique est écartée, ce sont les fantômes de l'appropriation privée qui ressurgissent. Il y a dès lors dans les critiques quant à la marchandisation publique de la culture quelques propos un brin naïfs : qu'on regrette la valorisation publique excessive de l'immatériel est une chose ; qu'on feigne de ne pas voir le potentiel jeu de vase communicant en est une autre. Pour le dire autrement, le gisement constitué par l'immatériel public s'est peut-être tari également parce que l'on a beaucoup concédé (cédé ?) à l'appétit d'orpailleurs privés. C'est, peu ou prou, la crainte que l'on commence à relayer s'agissant des données publiques, l'open-data profitant pour l'essentiel aux entreprises privées, et souvent pas les moins puissantes (V. H. Isaac, *La donnée numérique, bien public ou instrument de profit : Pouvoirs 2018-1*, n° 164, p. 75). Une réaction est peut-être en train de poindre, un récent rapport préconisant de qualifier les données publiques de « ressources essentielles », théorie concurrentielle conciliant leur propriété publique mais aussi leur libre accès à des conditions équitables et non discriminatoires (*Rapport, administrateur général des données, avr. 2018 : JCP A 2018, act. 377*). C'est la même réserve qui affecte le statut – suspendu en l'air – de l'image des biens publics dont l'appropriation privée rampante ne relève pas du fantasme, comme en témoigne, par exemple, le « Google Art Project » (*Google Art Project monte en puissance : 151 musées, 32 000 œuvres en quelques clics : Le Nouvel observateur, 3 avr. 2012. – C. Gévandou, Google Art Project : un musée pas si ouvert : Libération.fr, 8 févr. 2011*). La présente décision donne quelques gages à cette crainte, celle-ci semblant parfois s'être bâtie contre la propriété publique. On en verra pour preuve la référence appuyée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété (privé...) qu'opère ici le Conseil d'État, estimant qu'un régime d'autorisation préalable – en l'absence d'intervention du législateur – à la captation de l'image d'un bien public aurait pour effet de les méconnaître. La décision *Nationalisation* n'est pas si lointaine (*Cons. const., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : RDP 1982, p. 377, note L. Favoreu ; AJDA 1982, p. 209 et D. 1983, chron. 79, note J. Rivero ; GDDAB, Dalloz, 2e éd., 2015, n° 20, note R. Nogullou*). La volte-face est par ailleurs saisissante au regard de la jurisprudence Commune de Tours : écartée bien trop sommairement de l'équation domaniale par cette décision, la liberté du commerce et de l'industrie renaît subitement de ses cendres sous une forme encore plus protectrice (la liberté d'entreprendre) dès lors que le pré-carré public est relégué à l'arrière-plan.

En attendant, le législateur pourrait d'un flash neutraliser la portée de cette jurisprudence, en étendant la solution de l'article L. 621-42 du Code du patrimoine à l'ensemble des biens publics ou, à tout le moins, ceux relevant du domaine public. À vrai dire, il n'y aurait peut-être pas lieu de s'en étonner outre mesure : c'est déjà pour des finalités similaires de valorisation – mais aussi de régulation – que le législateur avait reconnu l'appropriation publique du domaine hertzien (CGPPP, art. L. 2111-17). Considérer que l'opération relèverait du braquage serait tout à fait défendable. Le tout étant de savoir, à l'inverse, si laisser les clés de la banque d'images publiques à l'initiative privée peut contribuer réellement à maximiser l'intérêt général.

Christophe Roux
Professeur de droit public
Université Lumière – Lyon 2