



HAL
open science

RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA PROTECTION ET DE LA VALORISATION DU PATRIMOINE NUMÉRIQUE DES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

Frédéric Laurie

► **To cite this version:**

Frédéric Laurie. RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA PROTECTION ET DE LA VALORISATION DU PATRIMOINE NUMÉRIQUE DES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES. Hervé Isar, Patricia Signorile. Le patrimoine artistique à l'ère du numérique, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2020. hal-03533533

HAL Id: hal-03533533

<https://hal.science/hal-03533533>

Submitted on 7 Aug 2023

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.

RÉFLEXIONS SUR L'ÉVOLUTION RÉCENTE DE LA PROTECTION ET DE LA VALORISATION DU PATRIMOINE NUMÉRIQUE DES COLLECTIVITÉS PUBLIQUES

FRÉDÉRIC LAURIE*

Résumé : Le régime juridique des biens du patrimoine numérique des collectivités publiques donne lieu à de nombreuses hésitations. Le législateur n'a fixé ce régime qu'à propos des biens des domaines nationaux. Statuant sur ce régime, le juge constitutionnel a pu dégager deux objectifs d'intérêt général de protection et de valorisation de ces biens. Si l'affirmation du premier était attendue, sans toutefois ne pas manquer de soulever des questions juridiques, cet objectif ne peut être compris sans la confirmation du second objectif de valorisation. Il n'en reste pas moins que la question de l'extension de ce régime au-delà des domaines nationaux demeure entièrement posée.

Mots-clés : Patrimoine numérique – collectivités publiques – État – domaines nationaux – protection – valorisation – redevances – code du patrimoine – domaine public

Summary : *The legal regime governing the digital heritage properties of public authorities gives rise to many hesitations. The legislator has only established this regime in respect of property in national domains. In ruling on this regime, the constitutional court was able to identify two general interest objectives of protecting and enhancing the value of these assets. If the affirmation of the first was expected, without however not failing to raise legal questions, this objective cannot be understood without the confirmation of the second valuation objective. Nevertheless, the question of extending this regime beyond national domains remains fully raised.*

Key words : *Digital heritage – public authorities – State – national domains – protection – enhancement – royalties – heritage code – public domain*

* Maître de conférences et avocat à la Cour, droit public, chercheur au LID2MS, Aix-Marseille Université.

Jusqu'il y a peu de temps, la notion de patrimoine des collectivités publiques se résumait à la question de leur patrimoine mobilier, immobilier et, en matière culturelle, monumental, c'est-à-dire leurs biens corporels. Les pouvoirs publics ne se sont guère saisis de cette question dans l'élaboration de textes de nature à définir un régime du patrimoine public. Le code du domaine public de l'État, hier, et le code général de la propriété des personnes publiques, aujourd'hui, sont silencieux sur la question des propriétés immatérielles en particulier lorsqu'elles présentent un caractère culturel ou artistique. Dans ces codes, les propriétés immatérielles se limitent au domaine public hertzien, lui-même admis tardivement par le législateur¹. Pour le reste, « notre droit des biens publics est un droit des routes, des ponts et des gares, il peine à devenir un droit des brevets, des logiciels, des droits d'auteur »². Quant au patrimoine culturel et artistique, seule son incorporation « par rattachement » au domaine public lui garantit un régime et une protection spécifiques. Chaque juriste se rappellera que c'est au moyen de la simple pose d'une chaîne supportée par deux bornes, puis d'une grille à l'entrée de l'allée des Alyscamps à Arles que ce site unique a pu bénéficier de la protection domaniale³. Et ce n'est que par exception que le patrimoine matériel culturel bénéficie de la protection du domaine public mobilier. L'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques donne une définition du domaine public mobilier orientée vers les biens mobiliers à vocation culturelle, dont l'utilité a été discutée par cette disposition comme par une réserve d'application relative aux « dispositions applicables en matière de protection des biens culturels »⁴. Cette définition est principalement issue de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1913 relative aux monuments historiques. Elle vise les biens présentant un intérêt public pour l'histoire, l'archéologie, la science ou la technique et établit corrélativement une liste non exhaustive de biens à l'image des archives publiques ou des collections de musées.

Parmi ces biens matériels, le seul régime de biens culturels qui connaît sans ambiguïté une extension numérique est celui applicable aux archives. La rédaction de l'article L. 211-1 du code du patrimoine (et non du code général de la propriété des personnes publiques, muet sur ce point) dans sa rédaction issue de la loi n°2016-925 du 7 juillet

¹ Loi n°96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications; V. T. PEZ, *Le domaine public hertzien*, LGDJ, Paris, 2011.

² J.-B. AUBY, « L'immatériel dans l'État », *Dr. adm.*, 2007, repère 6.

³ CE, Ass., 11 mai 1959, Dauphin, *Rec.*, p. 594.

⁴ V. sur cette question notamment H. BASTIEN, « À quoi sert le domaine public mobilier ? L'exemple des biens culturels », *AJDA*, 1993, p. 675.

2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP) intègre les archives numériques dans la définition des archives. Aux termes de cet article, « les archives sont l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, produits ou reçus par toute personne physique ou morale et par tout service ou organisme public ou privé dans l'exercice de leur activité ». Le régime des archives numériques a été aussi défini par la loi du 7 juillet 2016 et renforcé par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles. Ainsi, l'article L. 211-4-1 dispose que « la conservation des archives numériques peut faire l'objet d'une mutualisation entre services publics d'archives », laquelle semble progresser⁵. Cet article ajoute ces dispositions s'appliquent aux collectivités territoriales et à leurs groupements. En outre, par exception, les archives numériques peuvent être déposées avant l'expiration de leur durée d'utilité administrative.

L'omission du patrimoine public des biens incorporels ne laisse pas de surprendre mais il est ancien. Depuis la Révolution, par un décret des 22 novembre et 1^{er} décembre 1790, les biens incorporels de l'État ne sont pas classés dans le champ des propriétés publiques mais dans celui des droits et obligations financiers. La Cour de cassation reconnaissait durant cette période la titularité des droits de propriété littéraire et artistique de la Nation sur le Dictionnaire dans un arrêt du 7 prairial an XI⁶. Néanmoins, la propriété des créations intellectuelles par l'État suivait le régime de la propriété privée⁷, en l'absence de tout texte disposant du contraire. Cette intégration des propriétés incorporelles de l'Administration dans le domaine privé est confirmée par le Conseil d'État dans un arrêt du 23 mars 1960⁸. Si les personnes publiques peuvent posséder une propriété immatérielle, c'est à la condition d'être assimilées à des particuliers, dans les formes requises par le droit commun⁹. Néanmoins, pour protéger les créations des agents publics, le Conseil d'État a admis que leurs œuvres de l'esprit pourraient entrer dans le champ du service public à condition qu'elles présentent un lien avec le service public¹⁰. Une telle différence de régime montre qu'il serait opportun que le législateur définisse un régime propre au

⁵ J.-M. PASTOR, « La loi Patrimoine trois ans plus tard », *AJDA*, 2019, p. 1908.

⁶ Cass., 7 prairial an XI, *Bossange c. Monardier*, *Rec. général des lois et des arrêts*, Sirey, [180x] – 1950, première série, 1791-1830, 1791, an XII, I, p. 806.

⁷ T. civ. Seine, 3 févr. 1875, *État c. Peigné-Delacour*, *S.*, 1875, 2, p. 148, confirmée par CA Paris, 5 mai 1877, *Peigné-Delacour c. État*, *S.*, 1877, 2, p. 144.

⁸ CE, 23 mars 1960, *Sté Spiesshofer et Braun*, *Rec.*, p. 215.

⁹ C. MALWÉ, « Propriétés publiques immatérielles », *JCl. Propriétés publiques*, fascicule 49, n° 13.

¹⁰ CE, avis n° 309721 du 21 novembre 1972, *Ofratem*.

patrimoine immatériel des personnes publiques¹¹. De telles oppositions de régime juridique montre à tout le moins que le droit hésite à être fixé au regard des intérêts divergents à une qualification unique¹².

Cet état du droit est propre au droit interne et tranche avec le droit international. Dans le cadre de l'Unesco, a été adoptée en 2003 une charte sur la conservation du patrimoine numérique en raison de l'accroissement des productions et des diffusions des ressources numériques, de l'importance de l'accès au patrimoine numérique et du risque de disparition sans conservation dans l'intérêt des générations présentes et futures de ce patrimoine¹³.

C'est dire au moyen de ces quelques mots préliminaires que l'État est resté longtemps insensible à son patrimoine immatériel de caractère culturel et artistique. L'évolution de la société et le développement du numérique a conduit à ce qu'il est convenu d'appeler une « redécouverte » du patrimoine immatériel¹⁴. Situé au croisement des exigences de protection, de conservation, de rentabilité et aussi de celles du public, le patrimoine immatériel jusqu'ici absent de l'action publique se trouve désormais au centre de politiques publiques diverses, et du trop peu l'on est passé au trop-plein tant la notion même de patrimoine immatériel est elle-même complexe à être saisie.

C'est la numérisation du patrimoine immatériel, mais tout le patrimoine immatériel n'est pas numérique, qui a conduit à son développement. Quant à la définition du patrimoine numérique, celle-ci doit être maniée avec souplesse et exclure tout le patrimoine au service des technologies numériques, notamment de communication, qui constitue un patrimoine matériel au service du numérique (on pense ainsi notamment à toute l'infrastructure réseau des moyens de communication).

Plusieurs constatations préalables peuvent ainsi être déjà effectuées.

On retient d'abord que la notion de patrimoine immatériel est celle qui a été préférée à celle de propriété publique immatérielle voire de propriété publique incorporelle.

¹¹ O. DE DAVID DE BEAUREGARD-BERTHIER, « Le patrimoine immatériel de l'État », in *Mélanges en l'honneur d'Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 17.

¹² Ph. YOLKA, « Le droit de l'immatériel public », *AJDA*, 2017, p. 2047.

¹³ Charte sur la conservation du patrimoine numérique adoptée le 15 octobre 2003, Unesco, Actes de la conférence générale de l'Unesco, 32^e session des 29 septembre, 17 octobre 2003, volume 1.

¹⁴ J.-M. SAUVÉ, allocution d'ouverture au colloque le patrimoine immatériel des personnes publiques, vendredi 16 mars 2012, Conseil d'État, Paris et les actes du colloque, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, La Documentation française, Paris, 2013 ; F.-X. PETIT, *Les enjeux modernes des collectivités : l'immatérialité du patrimoine*, www.village-justice.com, 7 janvier 2015.

Puisque les mots ont un sens, il y a, d'une part, dans la notion de patrimoine immatériel une ambition mémorielle par laquelle les pouvoirs publics entendent conférer aux biens incorporels un régime de protection indéfini comparable mais en rien analogue à celui des biens corporels appartenant aux collectivités publiques. Cette ambition est donc bien celle d'une ambition patrimoniale. D'autre part, le recours aux termes patrimoine traduit davantage l'affectation qui en est fait que la conservation qu'il implique. Le terme patrimoine comporte indéniablement une dimension de propriété mais désigne aussi l'ensemble des droits qui sont susceptibles d'être exercés au titre du droit de propriété¹⁵.

On s'attardera ensuite sur la grande diversité du patrimoine immatériel. En premier lieu, celui-ci est composé du patrimoine informationnel consistant dans le champ des données publiques qui a fait l'objet de nombreuses réformes (encore avec la loi du 7 octobre 2016 sur la République numérique) et dont les maîtres mots sont l'accès et la valorisation. En deuxième lieu, celui-ci aussi composé du patrimoine matériel numérisé notamment au moyen d'inventaires topographique, photographique ou thématique. Enfin, en troisième lieu, le patrimoine immatériel est constitué par les créations proprement numériques pour lesquels les collectivités publiques jouent tour à tour le rôle de créateur ou celui de mécène. Ceci écarte le droit des données publiques. Cette mise à l'écart ne sera pas simplement justifiée par un raccourci rapide mais en en imputant la cause, comme disent les juristes, à un motif de droit. Par leur nature, le patrimoine informationnel que constitue le domaine public est destiné à une large réutilisation dans le cadre d'une politique d'open data. Le patrimoine numérique de nature culturelle ou artistique poursuit d'autres buts.

Les hésitations nombreuses sur l'incorporation dans le domaine public du patrimoine immatériel maintiennent des incertitudes quant à la détermination de leur régime juridique. Le législateur agit avec prudence pour en définir les contours. Sur ce point, la loi LCAP du 7 juillet 2016 se borne à définir un régime de l'image des biens publics limité aux seuls domaines nationaux traduisant ainsi que « la domanialité publique immobilière ne semblaient concerner que des œuvres artistiques que de nombreuses lois protégeaient non pas tant parce qu'elles appartenaient à des personnes publiques mais parce qu'elles constituaient le patrimoine national qu'il revenait aux pouvoirs publics de préserver et ce, quel que fût leur propriétaire »¹⁶. L'évolution de la jurisprudence récente des plus hautes juridictions compétentes traduit cette approche encore trop lacunaire de cette question

¹⁵ C. MALWÉ, « La valorisation du patrimoine immatériel : de quoi parle-t-on ? », *AJCT*, 2013, p. 120.

¹⁶ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, Lexisnexis, 4^e éd., Paris, 2018, p. 79, n° 184.

tout en traçant des lignes que l'on pourrait probablement étendre au-delà du champ des domaines nationaux aux immeubles propriétés des collectivités publiques.

Saisi de la constitutionnalité de l'article L. 621-42 du code du patrimoine relatif à l'utilisation à des fins commerciales de l'image des domaines nationaux auxquels cette disposition se rapporte par les associations. Wikimedia France et la Quadrature du Net, le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision particulièrement récente du 2 février 2018 que la protection de l'utilisation de l'image des biens publics repose sur deux objectifs d'intérêt général poursuivis par le législateur¹⁷. Ces deux objectifs sont la protection de l'image de ses biens et leur valorisation économique, le premier est affirmé alors que le second est confirmé.

I. L'affirmation d'un objectif d'intérêt général de protection du patrimoine numérique

Cet objectif d'intérêt général repose sur la circonstance de l'absence de toute disposition dans le code général de la propriété des personnes publiques d'un pouvoir domanial sur l'image des biens du domaine public.

Seules les dispositions des articles L. 621-34 et suivants et L. 621-42 du code du patrimoine (créées par la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine) autorisent l'utilisation à des fins commerciales des images du domaine national si 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. En conséquence, ce texte a pour effet de limiter toute utilisation de l'image d'un bien public et, au-delà, du patrimoine numérique public qui soit contraire à son affectation initiale. Sur QPC de la Fondation Wikimedia France soucieuse des images d'illustrations des articles de l'encyclopédie en ligne bien connue, le Conseil constitutionnel a été saisi dans le cadre d'un contentieux sur la gestion de l'image des domaines nationaux. D'après le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 février 2018, compte tenu de l'objectif de protection poursuivi par le législateur, l'autorisation de l'utilisation de l'image des biens ne peut être refusée que si l'exploitation commerciale porte atteinte à l'image de ce bien présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la

¹⁷ CC, décision n°2017-687 QPC du 2 février 2018, *Association Wikimedia France et La Quadrature du Net*.

Nation. Cette solution prolonge la jurisprudence de la juridiction administrative en la fondant sur les dispositions du code du patrimoine¹⁸.

En effet, dans un litige concernant l'utilisation à titre publicitaire de l'image du château de Versailles par la société Kronenbourg, le juge administratif d'appel d'abord a décidé 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. Une telle image qui n'est pas par elle-même régie par les dispositions du code de la propriété intellectuelle n'est pas au nombre des biens et droits du domaine public visés au titre du code général de la propriété des personnes publiques. Toutefois, 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'associations 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. En conséquence dans le cas où l'utilisation d'une prise de vue d'un tel immeuble est faite sans autorisation, elle constitue une faute commise par l'utilisateur qui l'oblige à réparer le dommage causé aux gestionnaires du domaine public¹⁹. Saisi d'un pourvoi en cassation contre cet arrêt, le Conseil d'État a confirmé dans sa formation la plus solennelle de l'Assemblée du contentieux cette solution en adoptant une position de principe. Aux termes de cet arrêt, le Conseil d'État a considéré 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. En outre, l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un tel bien ne saurait être assimilée à une utilisation privative du domaine public, au sens des dispositions précitées du code général de la propriété des personnes publiques »²⁰.

¹⁸ M. CORNU, « L'image des biens publics, le pas de deux du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 490.

¹⁹ CAA Nantes, 16 décembre 2015, *Société les brasseries Kronenbourg SAS*, req. n° 12NT01190, *AJDA*, 2016, p. 435, note N. FOULQUIER.

²⁰ CE, Ass., 13 avril 2018, *Établissement public du domaine national de Chambord*, req. n° 397047, *AJDA*, 2018, p. 1850, note F. TARLET ; *RFDA*, 2018, p. 461, note N. FOULQUIER ; *D.*, 2018, p. 1051, note J.-M. BRUGUIÈRE.

Cette solution s'écarte sur ce dernier point de la jurisprudence « Commune de Tours » jugée le 29 octobre 2012. Dans cet arrêt, le Conseil d'État avait jugé que « la prise de vue d'œuvres relevant de collections d'un musée à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues, doit être regardée comme une utilisation privative du domaine public immobilier impliquant la nécessité pour celui qui entend procéder d'obtenir une autorisation » ainsi que le prévoit l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques sous la condition d'être compatible avec l'affectation des œuvres au service public culturel et avec leur conservation²¹. Toutefois, la collectivité publique peut 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.

Prohibition des atteintes inappropriées pour le juge administratif, d'une part, prohibition des atteintes causées en raison du lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation pour le juge constitutionnel, d'autre part, il existe donc une réserve qui permet de limiter la diffusion du patrimoine numérique des collectivités publiques.

Au moyen du refus d'une valorisation commerciale illimitée du patrimoine numérique culturel et artistique, à rebours du principe existant en matière de données publiques, le juge administratif et, désormais, le Conseil constitutionnel relayant l'incapacité du législateur à se saisir de cette question définissent un régime de protection où l'utilisation doit se conformer à l'affectation initiale du patrimoine ; ce qui renvoie au fondement de la domanialité publique sans que le patrimoine en supporte les contraintes.

La protection « patrimoniale » du patrimoine numérique constitue donc *le panaché* de la protection « domaniale » que lui refuse jusqu'ici le législateur. Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel du 2 février 2018 confirme-t-elle l'existence d'un « pouvoir quasi domanial » sur les images des biens du domaine public, d'après Norbert Foulquier, fondé sur « l'objectif de protection poursuivie par le législateur » (cons. n° 12). Certes, celle-ci ne vaudrait que pour les biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire de la Nation au sens de la saisine du Conseil constitutionnel fondé sur l'article L. 621-42 du code du patrimoine, c'est-à-dire les six domaines nationaux énoncés à l'article R. 621-98 du même code²², mais toutefois l'on ne voit quel serait l'argument décisif pour ne pas en

²¹ CE, 29 octobre 2012, *Commune de Tours*, req. n° 341713.

²² D'après ce texte il s'agit du domaine de Chambord, du Louvre et des Tuileries, du domaine de Pau, du château d'Angers, du palais de l'Élysée et du palais du Rhin.

faire bénéficier tous les biens immobiliers publics recevant une protection en application de législation relatives aux sites inscrits et classés notamment au titre des monuments historiques. En effet, la décision étant rendue aux vises et fondements des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789, le Conseil rappelant que « en l'absence de privation de droits de propriété au sens de cet article [17], 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 ». En conséquence, il y a fort à croire que l'objectif d'intérêt général de protection de l'image des biens publics définis par le juge constitutionnel vaut pour tous les biens relevant du patrimoine numérique, en particulier culturel et artistique, des collectivités publiques même en l'absence de lien avec l'histoire de la Nation, l'objectif d'intérêt général de la protection du bien devant prédominer. Cette solution aurait aussi l'avantage de permettre la valorisation généralisée du patrimoine culturel et artistique des personnes publiques.

II. La confirmation d'un objectif d'intérêt général de la valorisation du patrimoine numérique

L'objectif d'intérêt général de la valorisation du patrimoine numérique donne lieu *a priori* à moins de controverse que celui de protection. En effet, c'est sans aucun doute en raison de l'objectif de valorisation que les pouvoirs publics ont pris conscience de l'existence même d'un patrimoine numérique leur appartenant.

Dès le tournant de la société numérique à l'orée des années 2000, les pouvoirs publics se sont saisis de l'importance de ce qui a été appelé *l'économie de l'immatériel* dans un rapport élaboré par une commission ad hoc présidée par Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet en 2006. Cette étude souligne l'importance du gisement que constituent les actifs immatériels des collectifs et des pistes pour permettre de l'exploiter. La circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État a permis au Premier ministre de donner une impulsion à la politique d'évaluation et de gestion du patrimoine immatériel de l'État. Par suite, fut créée l'Agence du patrimoine immatériel de l'État chargée de définir la stratégie opérationnelle de valorisation du patrimoine numérique naissant.

La reconnaissance de l'intérêt général de la valorisation du patrimoine numérique est une solution qui découle naturellement de la conception même que l'on se fait de l'utilisation de ce patrimoine. À bien y regarder, l'objectif de valorisation est lié à la nature même de ce patrimoine. À ce titre, l'exemple du patrimoine numérique en matière de

communications électroniques est topique : l'objet de la protection des fréquences hertziennes consiste justement à en permettre l'utilisation dans un but d'intérêt général par les opérateurs auxquels cette prérogative est reconnue ; il en va de même des numéros de téléphone dans le principe même est qu'ils soient utilisés.

C'est pour cette raison, que la jurisprudence relative à l'utilisation de l'image des biens s'est polarisée sur le motif de l'utilisation de l'image. Et ceci à telle enseigne que l'on a bien vu que le motif justifiant la protection de l'image des biens correspond justement au motif de son utilisation. Le refus d'autoriser la captation et la diffusion des images des domaines nationaux s'explique par un risque de dépréciation du patrimoine numérique lié à la surexploitation nuisible de cette ressource économique²³. C'est tout le sens de la position du Conseil constitutionnel dans l'affaire Wikimedia France qui considère que le législateur a poursuivi un but d'intérêt général en entendant « permettre la valorisation économique du patrimoine que constituent ces domaines nationaux » (considérant n° 10) complémentaire à l'autre but d'intérêt général de protection de l'image des domaines nationaux proclamé dans le même considérant.

En conséquence, l'objectif de protection n'est donc pas bien loin de l'objectif de valorisation et si le but du second est clairement assumé (à la différence de l'objectif de protection encore chancelant), l'on voit que l'indétermination de l'objectif de protection nuit aux conditions de mise en œuvre de l'objectif de valorisation. Ceci s'explique pourtant par l'absence de toute référence au caractère patrimonial dans l'exercice du pouvoir de contrôle de l'autorité qui délivre l'autorisation d'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux prévue par l'article L. 621-42 du code du patrimoine. Or, à y regarder de près, l'objectif de valorisation économique du patrimoine reconnu comme intérêt général par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 février 2018 pourrait ne présenter qu'un caractère incantatoire tant les incertitudes demeurent sur les conditions juridiques de sa mise en œuvre.

Certes, l'article L. 621-42 du code du patrimoine prévoit un mécanisme de redevance en contrepartie de l'autorisation d'utilisation à des fins commerciales de l'image des domaines nationaux. Mais il est seulement spécifié à cet effet que la redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation, ce qui conforme au droit commun des redevances d'occupation du domaine public. En pratique, le décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 d'application de la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de

²³ F. TARLET, « L'image des biens publics », *AJDA*, 2017, p. 2069.

la création, à l'architecture et au patrimoine se contentent de renvoyer aux responsables de chacun des six domaines nationaux. Ainsi, aux termes de l'article R. 621-100 du code du patrimoine issu de ce décret, « 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 ». Cette disposition a vu sa légalité admise par le Conseil d'État suite au rejet de la QPC dans l'affaire Wikimedia France²⁴. En effet, dans un arrêt du 21 juin 2018, le Conseil d'État écarte au motif de l'objectif d'intérêt général de valorisation du patrimoine le moyen de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre, de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de propriété dès lors que le décret du 2 mai 2017 n'encadrerait pas la marge d'appréciation laissée aux autorités compétentes pour autoriser l'utilisation commerciale de l'image des domaines nationaux et imposer le paiement d'une redevance. Sur le même motif, il écarte aussi le moyen tiré de ce que le décret attaqué aurait dû fixer les critères de l'octroi des autorisations et de la détermination du montant des redevances²⁵. Ce faisant, en admettant la légalité d'un dispositif renvoyant aux autorités compétentes de chaque établissement le soin de fixer les conditions financières de l'utilisation commerciale des domaines nationaux, le dispositif justifie un recours accru à l'activité commerciale. On doit voir sous ce prisme la création (opportunément critiquée mais juridiquement fondée) de la boutique officielle de l'Élysée en ligne dont l'intégralité des bénéfices est affectée à ses projets de restauration. En somme, les bénéfices de l'image commerciale d'un bien des domaines nationaux seront utilisés à son entretien, ce qui est vertueux.

Si les conditions de la redevance qui pourrait être payée en contrepartie de l'utilisation du patrimoine numérique obéit à des règles précises fixées par la jurisprudence administrative, il subsiste néanmoins une réserve sur l'accessibilité à ce patrimoine au risque de reconstituer un monopole d'exploitation du patrimoine numérique²⁶, lequel relève pourtant du patrimoine commun de la Nation. Ce risque montre que la gestion du patrimoine numérique culturel et artistique se construit à rebours de celle du patrimoine numérique informationnel où le principe de l'open data a été admis par le législateur. C'est donc fondamentalement la question de l'accès par les opérateurs

²⁴ C'est à l'occasion d'un recours en annulation pour excès de pouvoir dirigé contre le décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 que le Conseil d'État a été saisi de la QPC ayant conduit à la décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018 en suite de quoi le Conseil d'État a pu statuer en l'état du rejet de la QPC.

²⁵ CE, 21 juin 2018, *Associations Wikimedia France et La Quadrature du Net*, req. n° 411005.

²⁶ J.-M. BRUGUIÈRE, note sous CE, 29 octobre 2012, req. n° 342173, *CCE*, n° 2, p. 7.

économiques au patrimoine numérique culturel et artistique qui reste posée, et donc celle de la mise en œuvre des deux objectifs d'intérêt général définis par le Conseil constitutionnel qui reste ouverte pour le plus grand nombre d'éléments du patrimoine des collectivités publiques qui sont aussi en recherche de revenus pour en permettre l'entretien.