

L'image du domaine public mobilier : un bien public « spécial » ?

Caroline Chamard-Heim, Professeur de droit public, université Jean Moulin-Lyon 3, équipe de droit public de Lyon - IEA (EA 666)

L'essentiel

Si des autorisations peuvent être exigées et des redevances perçues à l'occasion de la captation d'images du domaine public mobilier, elles relèvent alors de la police administrative, de l'occupation du domaine public immobilier abritant l'oeuvre ou des services rendus qui permettent une patrimonialisation indirecte de l'image des biens publics. C'est uniquement par ce prisme que l'on peut admettre que l'image du domaine public mobilier est un bien spécial, plus tout à fait une chose, mais pas encore véritablement un bien.

Jean Carbonnier avait souligné, dans une formule restée célèbre, l'importance du droit civil, indiquant qu'il constituait le tronc commun en ce qu'il « est le droit privé lui-même, moins les rameaux spécialisés qui s'en sont, à différentes époques, détachés » (*Droit civil. Introduction*, 26^e éd., PUF, Coll. Thémis, 1999, p. 115). Certes, le droit administratif ne peut être considéré comme un rameau de l'arbre matrice civiliste, mais il a été planté non loin de ce dernier, permettant à certaines de leurs branches et notions de se rapprocher, de se respirer, de s'entremêler (B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. Bienvenu, éd. Panthéon Assas-LGDJ, 2003).

Cette source d'inspiration se vérifie particulièrement en matière de droit de propriété : il n'existe qu'une seule manière d'être propriétaire. Le droit de propriété n'est pas dual, selon la nature publique ou privée du titulaire. Il est unique et s'applique à tous les rapports juridiques liant une personne à un bien et se caractérise essentiellement par le pouvoir de libre disposition. Manifestation de ce que le droit de propriété des personnes publiques n'est pas fondamentalement différent de celui des personnes privées, la compétence pour trancher les litiges relatifs à la propriété des premières est confiée au juge judiciaire (CE 14 juin 1972, n° 80486, *Epoux Chabrol*, Lebon 441), seul compétent pour apprécier les titres de propriété. Cette proximité conceptuelle se retrouve également à propos de l'image des biens, le juge administratif s'étant finalement rangé à la jurisprudence de son homologue judiciaire (G. Beaussonie, Le statut juridique de l'image d'un bien public culturel : existe-t-il un modèle civiliste ?, in O. Debat et S. Saunier [dir.], *L'image des biens publics culturels*, LexisNexis, 2020, p. 29). La littérature est devenue abondante sur le sujet (v. encadré Pour en savoir plus).

Pour en savoir plus

M. Cornu, L'image des biens publics in *L'image, Journées nationales de l'association Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 2005, t. VIII, p. 77 ;

J.-M. Huon de Kermadec, La reproduction de l'image des biens du domaine public. Application du principe du droit commun et spécificités in *Mélanges A. Le Bayon*, L'Harmattan, 2005, p. 233 ;

J.-M. Bruguière, L'image des biens des personnes morales in *Mélanges Lucas*, LexisNexis 2014, p. 87

F. Tarlet, L'image des biens publics, AJDA 2017. 2069 ;

S. Saunier et O. Debat, *L'image des biens publics culturels. Regards croisés entre droits public et privé*, LexisNexis, 2020 ;

F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, Dalloz, 2017, NBT, vol. 170 ;

O. de David Beauregard-Berthier, La définition du domaine public mobilier par le CGPPP, in *Mélanges P.-L. Frier*,

PUPS, 2010, p. 119 ;

F. Hourquebie, Le domaine public mobilier, RD publ. 2005. 636 ;

C. Lavialle, La condition et la fonction des meubles en droit administratif des biens, RFDA 2013. 251.

Cependant, le présent dossier porte, non sur l'image des biens publics en général, mais sur celle des biens relevant du domaine public mobilier tel que défini à l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Sous réserve des ambiguïtés tenant à la compréhension rédactionnelle de cet article et à son champ d'application, les biens culturels ou oeuvres d'art sont principalement concernés. Il ne sera donc pas question de l'image du domaine public immobilier dont l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a jugé, suivant la jurisprudence judiciaire, que l'utilisation à des fins commerciales de l'image ne saurait être assimilée à une utilisation privative de ce dernier, ni donner lieu au versement d'une redevance domaniale (CE 13 avr. 2018, n° 397047, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, Lebon avec les conclusions ; AJDA 2018. 1850, note F. Tarlet ; D. 2018. 1051, obs. M.-C. de Montecler, note J.-M. Bruguière ; RDI 2018. 345, obs. F. Tarlet ; AJCT 2018. 463, obs. J.-D. Dreyfus ; Dalloz IP/IT 2018. 490, obs. M. Cornu ; Légipresse 2018. 306 et les obs. ; JT 2018, n° 209, p. 13, obs. E. Royer ; RFDA 2018. 461, note N. Foulquier ; RTD com. 2018. 628, obs. F. Lombard ; JCP Adm. 2018, n° 2156, note C. Roux). L'image d'un immeuble public, a-t-il été jugé, n'est donc pas un bien. Au-delà de cette jurisprudence, la question de l'utilisation commerciale de l'image des immeubles publics a été réglée dans un cas particulier par le législateur, qui soumet cette dernière à autorisation préalable assortie d'une redevance, s'agissant des seize domaines nationaux visés par le pouvoir réglementaire (L. n° 2016-925 du 7 juill. 2016, art. 75 ; décr. n° 2017-720 du 2 mai 2017 ; décr. n° 2021-1174 du 10 sept. 2021 ; C. patr., art. L. 621-34 à L. 621-42, art. R. 621-98 ; Cons. const. 2 févr. 2018, n° 2017-687 QPC, *Association Wikimedia France*, AJDA 2018. 247 ; D. 2018. 297 ; AJCT 2018. 155, obs. J.-D. Dreyfus ; Dalloz IP/IT 2018. 490, obs. M. Cornu ; Constitutions 2018. 86, chron. M. Boul et 183 ; RFDC 2018, n° 115, p. 634, note A. Bachert). Certains biens pourtant non classés dans les domaines nationaux relèvent, eux aussi, d'un tel régime d'autorisation sur la base d'acte réglementaire, comme c'est le cas des prises de vues à caractère publicitaire, professionnel ou commercial dans le jardin du Luxembourg soumises à autorisation du Sénat (règlement du jardin du Luxembourg, art. 8). L'image du domaine privé mobilier sera pareillement écartée, en dépit de sa possible dimension culturelle ou artistique, comme en témoignent les meubles gérés par le Mobilier national.

Evoquer l'image du domaine public mobilier revient en réalité à se concentrer sur son exploitation commerciale car l'utilisation d'une telle image « dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité » (pour reprendre l'exclusion formulée pour les domaines nationaux à l'art. L. 621-42 du code du patrimoine) ne répond pas aux mêmes logiques, ni aux mêmes préventions. Il en est de même de la photographie réalisée à usage privé (A. Héritier, L'interdiction de photographier au musée. Enfreindre le droit du public ou défendre l'intérêt du service public ? Un dilemme juridique à [ne pas] résoudre, in S. Chaumier [dir.], *Visiteurs photographes au musée*, La Doc. fr. 2013, p. 37 ; P. Noual, *Photographier au musée. Guide de sensibilisation juridique à l'usage du visiteur-photographe*, 2017 : https://fotoloco.fr/wp-content/uploads/2017/03/Photographier_au_musee_2017.pdf). D'ailleurs, « la photo n'est pas l'ennemie du musée. Comme la majeure partie de la pratique photographique privée, ce qu'elle manifeste est d'abord de l'amour. Refuser aux gens d'aimer les oeuvres à leur manière est un acte d'une grande brutalité et un insupportable paradoxe au regard des missions du musée. [...] Interdire la photo, c'est punir le musée » (A. Gunthert, La photo au musée, ou l'appropriation, févr. 2011, <http://culturevisuelle.org/icones/1416>). L'enjeu réside ici dans le fait que les biens publics, spécialement les meubles du domaine public, se conjuguent avec la rareté (J.-F. Calmette, *La rareté en droit public*, préf. L. Rapp., 2004, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques), aiguissant les appétits économiques. L'arrêt *Commune de Tours* du 29 novembre 2012 est d'ailleurs tout entier décliné autour de la liberté du commerce et de l'industrie (n° 341173, Lebon 744 ; AJDA 2013. 111, note N. Foulquier ; AJCT 2013. 153, obs. F. Blanc ; Légipresse 2012. 675 et 2013. 168, Etude G. Lécuyer ; RTD com. 2013. 271, obs. F. Pollaud-Dulian ; JCP Adm. 2012, n° 2390, comm. S. Carpi-Petit et 2391, comm. C. Vocanson ; RJEP 2013. 14, comm. M. Ubaud-Bergeron ; CMP 2012. 342, comm. P. Devillers).

Pourtant, le statut de l'image elle-même du domaine public mobilier n'est jamais abordé explicitement dans l'arrêt *Commune de Tours* ; cette image reste sous-jacente. C'est précisément l'intérêt de cette recherche. Si l'image d'un immeuble public n'est, en principe, pas un bien, la conclusion est-elle la même à propos de l'image d'un meuble du domaine public ? Dans l'hypothèse où cette image serait un bien (incorporel), s'agit-il d'un bien comme les autres ou est-il spécial ? Pour cela, le statut de l'image en droit civil servira de fil directeur à la détermination de l'existence de l'image des biens du domaine public mobilier.

I - L'approche civiliste de l'image des biens : inspiration

La jurisprudence judiciaire rendue en matière d'image des biens est complexe à appréhender car elle a tendance à raisonner à partir du droit à l'image des personnes. Deux grandes situations doivent être distinguées, celle des biens ordinaires et celles des oeuvres d'art ou des biens culturels.

A. L'image des biens ordinaires

Pour les biens mobiliers ou immobiliers non protégés par le droit d'auteur, deux conceptions opposées se sont affrontées en doctrine. Celle tout d'abord présentant l'image d'un bien comme faisant partie des utilités de la chose, sans elle-même constituer un bien (F. Zenati, RTD civ. 1999. 859 ¹ ; RTD civ. 2001. 618 ² et 2004. 528 ³, obs. T. Revet ; C. Atias, Les biens en propre et au figuré, D. 2004. 1459 ⁴ ; P. Deumier, Le contrôle de l'image des biens en droit privé, in *L'image*, 2005, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 69). L'image se contentant de représenter les apparences de la chose et puisque les utilités sont réservées en totalité, sur la base de l'article 544 du code civil, au propriétaire, celui-ci doit pouvoir interdire à quiconque de faire des prises de vue de ses biens et d'en diffuser l'image dont il ferait une exploitation commerciale ; il est cependant nécessaire que le bien soit sujet principal de l'image pour que la protection du propriétaire existe (Civ. 1^{re}, 25 janv. 2000, n° 98-10.671 ⁵, *Société Phot'imprim c/ Martin*, Bull. civ. I, n° 24 ; D. 2000. 61 ⁶ ; RTD civ. 2001. 618, obs. T. Revet ⁷ ; JCP 2001. II. 10554, note A. Tenenbaum). En revanche, l'image du bien prise dans un but culturel ou pédagogique, c'est-à-dire un but d'intérêt général susceptible de rivaliser avec les prérogatives issues de l'article 544, ne relève pas de cette interdiction (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, LGDJ, 2012, n° 20-2). Le droit de reproduire les biens reste réservé au propriétaire (F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, D. 2004. 962 ⁸), sous réserve que la reproduction n'accède pas au statut d'oeuvre d'art. Une autre partie de la doctrine a conçu, au contraire, l'image d'un bien comme un bien à part. Deux biens se distinguent alors, le bien corporel et son image, laquelle n'est pas nécessairement appropriée par la même personne et qui a pour titulaire celui qui l'a réalisée. En effet, une fois que l'image est fixée, elle est susceptible de s'affranchir du bien photographié ; elle devient un bien immatériel qui ne peut être réduit à l'accessoire du bien corporel, au nom de la liberté du commerce et de l'industrie (B. Gleize, *La protection de l'image des biens*, 2008, Defrénois, coll. de thèses, t. 33 ; P. Kayser, L'image des biens, D. 1995. 291 ⁹, n° 5).

La Cour de cassation avait, dans un premier temps, contenté les défenseurs du droit de propriété et de ses potentialités en jugeant, au visa de l'article 544, à propos de la première maison libérée après le débarquement (le café Gondrée) prise en photo, que « le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit » et que « l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire » (Civ. 1^{re}, 10 mars 1999, n° 96-18.699 ¹⁰, *M^{me} Pritchett c/ Société Editions Dubray*, Bull. civ. I, n° 87 ; D. 1999. 319 ¹¹, concl. J. Sainte-Rose ¹² ; 247, obs. S. Durrande ¹³, note E. Agostini ¹⁴ ; 2000. 281, obs. O. Tournafond ¹⁵ et 2002. 1161, chron. F. Kendérian ¹⁶ ; RDI 1999. 187, obs. J.-L. Bergel ¹⁷ ; RTD civ. 1999. 859, obs. F. Zenati ¹⁸ ; RTD com. 1999. 397, obs. A. Françon ¹⁹). Puis, dans un arrêt d'assemblée, elle avait au contraire affirmé que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci » et ne peut s'opposer à l'utilisation de l'image de son bien que si cette utilisation lui cause un trouble anormal (Cass., ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450 ²⁰, *Société Hôtel de Girancourt c/ Société SCIR Normandie*, Bull. AP, n° 10 ; JCP 2004. II. 10085, note C. Caron ; LPA 10 janv. 2005, avis J. Sainte-Rose, et 7 juill. 2005, note K. Salhi ; D. 2004. 1545 ²¹, note J.-M. Bruguière ²² ; 1459, point de vue C. Atias ²³, note E. Dreyer ²⁴ et 2406, obs. N. Reboul-Maupin ²⁵ ; RDI 2004. 437, obs. E. Gavin-Millan-Oosterlynck ²⁶ ; RTD civ. 2004. 528, obs. T. Revet ²⁷ ; RTD com. 2004. 712, obs. J. Azéma ²⁸).

L'image d'un bien devient une sorte de chose commune sur laquelle le propriétaire du bien ne peut prétendre à un droit exclusif. L'angle retenu réside désormais soit dans les droits de la personnalité en raison de l'atteinte à la vie privée (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, préc., n° 21-2), soit dans la responsabilité civile qui devient une alternative au droit de propriété et qui suppose de caractériser le préjudice pour le propriétaire (tenant par exemple à l'afflux de touristes) et le fait générateur résidant dans le trouble anormal existant du simple fait de l'importance du préjudice. La responsabilité n'est engagée qu'à partir d'un certain seuil de dommage, marquant mécaniquement un recul de la protection du propriétaire. L'image quitte donc le champ des biens et bascule sur le terrain de la responsabilité. Evidemment, cette solution n'a pas eu l'heur de plaire aux défenseurs du droit de propriété, considérant que la Cour de cassation avait ainsi amputé ce droit de l'une de ses utilités (F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, préc. p. 962 ; E. Agostini, Corporel et incorporel. Etre, voir et avoir, D. 2004. 821 ²⁹) ; ils pointent d'ailleurs une incohérence dans le raisonnement adopté par le juge suprême puisque seul le propriétaire peut intenter l'action pour trouble anormal, ce qui est le signe du caractère réel de ce droit (W. Dross, *Droit civil. Les choses*, op. cit., n° 21-1). Cette jurisprudence présente cependant le mérite de respecter l'article L. 111-3 du code de la propriété intellectuelle fondant le principe de l'indépendance des deux ordres de propriété, « les pouvoirs du propriétaire à la sphère matérielle, excluant tout empiétement sur la sphère immatérielle » (E. Treppoz, Nature du droit d'auteur, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1130, n° 43).

B. L'image des oeuvres d'art

Concernant les tableaux, sculptures ou autres biens, y compris immobiliers, protégés par le droit d'auteur, la solution évolue substantiellement en raison des conséquences de la propriété littéraire et artistique et du dédoublement de la propriété qu'elle suppose. Avant l'intervention de la loi du 9 avril 1910 relative à la protection du droit d'auteur, l'exploitation de l'image d'une oeuvre d'art appartenait à l'acheteur (Cass., ch. réun., 27 mai 1842, S. 1842. I. 385, note Massé ; DP 1842. I. 297, concl. Dupin ; G. de Baudry-Lacantinerie et L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XVII, Larose, 1900, n° 323). Puis, le code de la propriété intellectuelle (CPI, art. L. 111-3) a introduit la différence entre l'oeuvre (qui reste la propriété de l'auteur) et son support matériel (qui appartient à l'acquéreur). C'est l'artiste qui demeure seul le maître de la reproduction de son oeuvre et qui gère l'image de cette dernière (CPI, art. L. 122-1). La reproduction appartenant à l'auteur de l'oeuvre consiste dans la fixation matérielle de son oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. Elle peut s'effectuer notamment par imprimerie, dessin, gravure, photographie, moulage et tout procédé des arts graphiques et plastiques, enregistrement mécanique, cinématographique ou magnétique (CPI, art. L. 122-3). En revanche, la photographie à usage privé reste possible, excluant tout usage collectif (via les réseaux sociaux par exemple) ou commercial (CPI, art. L. 122-5, 2°). L'acquéreur de l'oeuvre corporelle n'a aucun droit sur son image et ne peut la reproduire sans le consentement de son auteur (CPI, art. L. 122-4). Le monopole de l'exploitation de l'oeuvre ne dure que soixante-dix ans après le décès de l'auteur et l'oeuvre tombe ensuite dans le domaine public (CPI, art. L. 123-1). Ainsi, la pyramide du Louvre est-elle encore protégée, à la différence de la Tour Eiffel qui peut être photographiée de jour, mais non de nuit, une autorisation étant nécessaire dans la mesure où son éclairage relève du droit d'auteur. Pour autant, l'extinction du droit d'auteur ne fait pas basculer le droit d'exploitation dans le patrimoine du propriétaire de l'oeuvre ; elle reste ouverte (F. Zenati, *Du droit de reproduire les biens*, préc.). Tout cela sans compter que l'image elle-même peut devenir une oeuvre d'art si elle est suffisamment originale pour être protégée par le droit d'auteur. Au final, la propriété intellectuelle permet d'appréhender l'image des biens mobiliers en la dissociant de la propriété de l'objet matériel et en lui permettant d'accéder à la propriété incorporelle. Elle fait partie du droit patrimonial de l'auteur. Au plan pratique, ne disposant en réalité d'aucun droit sur l'image de son bien corporel le propriétaire (corporel) d'une oeuvre d'art ne peut pas invoquer son droit de propriété, comme cela arrive parfois aux collectionneurs prêtant des oeuvres à des musées, qui entendent interdire les photographies.

II - La réception en droit administratif de l'image des biens : expiration









Les musées publics et autres personnes publiques propriétaires de biens relevant du domaine public mobilier ne sont généralement propriétaires que d'oeuvres limitées à leur support corporel ; il est en effet peu fréquent qu'ils en détiennent aussi la propriété intellectuelle. Pour définir l'existence de leur droit à l'image de ces oeuvres et donc leur possibilité de le réglementer, il convient de dissocier deux questions : celle des modalités de la captation de l'image du domaine public mobilier et celle de l'image elle-même de l'oeuvre.

A. Les modalités de réalisation de l'image

Prendre en photo des oeuvres du domaine public mobilier suppose d'abord de s'interroger sur la manière dont la prise de vue est réalisée. Ces modalités peuvent être patrimonialisées, à tout le moins être soumises à autorisation et donner lieu à redevance.










A cet égard, des règlements intérieurs de musées ont pu ou peuvent encore interdire au public de prendre des photos - même pour un simple usage privé - des oeuvres exposées, pour des motifs tenant à la conservation préventive (usage prohibé du flash, distance par rapport aux oeuvres) ou au confort des visiteurs (interdiction des perches à selfie et autres trépieds). D'aucuns rajouteront que cette interdiction permet aussi opportunément aux musées de conserver le monopole de l'édition de produits dérivés qui participe à leur financement. Ces textes sont fondés sur l'arrêté du 13 mars 1979 portant règlement intérieur des musées de France, consacrant un titre V aux prises de vues réalisées dans lesdits musées. Il est ainsi prévu que « dans les salles d'exposition permanente, les oeuvres peuvent être photographiées ou filmées pour l'usage privé de l'opérateur, à l'exclusion de toute utilisation collective ou commerciale » (Art. 26) et que l'usage des flashes et pieds nécessite l'autorisation du chef d'établissement (Art. 27). Ce fut le cas du musée du Louvre et du musée d'Orsay qui ont interdit, respectivement jusqu'en 2005 et en 2015, les prises de vues de leurs oeuvres, y compris pour un usage privé. La situation s'est libéralisée en 2014 avec l'adoption, par les ministères de la culture et de la communication, de la charte synthétique de l'usage de la photographie dans un établissement patrimonial, « Tous photographes ! », appliquée dans les musées et monuments nationaux. Ce document autorise les photographies et films ainsi que le partage et la diffusion des photos et vidéos, spécialement sur Internet et les réseaux sociaux (Art. 2 et 3).



Pour les prises de vues à but commercial, les personnes publiques retrouvent davantage de prérogatives. Tout d'abord, parce que réaliser des photographies de biens du domaine public mobilier suppose tout de même une utilisation, même éphémère, du domaine public immobilier « clos » (M. Boul, *Le patrimoine immatériel des personnes publiques*, 2023, LGDJ, NBT, n° 324), qu'il s'agisse du musée, de la bibliothèque ou du bâtiment d'archives conservant ces biens mobiliers. Un immeuble public fait alors l'objet d'une occupation privative qui pourra être soumise à autorisation et à redevance dès lors qu'elle excède l'usage normal (CE, as., 13 avr. 2018, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, préc.). La privatisation de l'espace muséal en constitue l'une des manifestations les plus évidentes ; l'on pense au célèbre vidéo-clip *Apeshit* tourné au Louvre par Beyoncé et Jay-Z en 2018 (sur lequel ledit musée surfe d'ailleurs en proposant désormais une visite d'une heure et demi sur les pas de ce couple aussi célèbre mais moins énigmatique que la Joconde). Ensuite et surtout, parce que des prestations portant sur les oeuvres elles-mêmes (et non seulement sur l'immobilier les environnant) peuvent être sollicitées par les photographes professionnels, prestations alors soumises à autorisation et à redevance : utilisation de matériel spécifique de photographie (charte de 2014, art. 5), manipulation des oeuvres, sortie de la réserve, mise à disposition de matériels, affectation de personnels pour la prise de vue, etc. (loi des finances pour 1922 du 31 déc. 1921 instaurant une telle redevance, art. 119).

Pour autant, il ne s'agit pas ici, au sens strict, d'autorisations pour réaliser des images d'une oeuvre, mais pour établir le dispositif matériel permettant de le faire. L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 octobre 2012, *Commune de Tours* doit s'entendre ainsi, lorsqu'il juge que : « la prise de vues d'oeuvres 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 ». Le juge administratif aborde moins le statut de l'image commercialisée d'une oeuvre d'art qui ferait l'objet d'une occupation privative du domaine public, que les conditions de la captation de cette image (*i.e.* « la prise de vue »). Les conclusions de Nathalie Escault rendues sur cette affaire sont brèves et exclusivement axées sur la portée de la liberté du commerce et de l'industrie au regard des occupations privatives du domaine public pour lequel elle n'évoque d'ailleurs maladroitement que des références concernant les biens immobiliers. Elle propose surtout de transposer au domaine public mobilier le considérant de principe de l'arrêt *RATP* (« la décision de délivrer ou non une telle autorisation, que l'administration n'est jamais tenue d'accorder, n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie », CE 23 mai 2012, n° 348909, Lebon  743 ; AJDA 2012. 1037  ; 1129, tribune S. Braconnier  et 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser  ; RDI 2012. 566, obs. N. Foulquier  ; AJCT 2012. 445, obs. A.-S. Juilles  ; RFDA 2012. 1181, note S. Nicinski  ; JCP Adm. 2013, n° 2012, note H. Pauliat ; RJEP 2012. 49, comm. M. Ubaud-Bergeron) en indiquant que « dans la mesure où la prise de ces clichés supposait de soustraire provisoirement les oeuvres d'art à l'exposition du public, la demande d'autorisation formulée par l'EUURL Josse portait sur une utilisation privative du domaine public ». Son raisonnement est ici purement téléologique ; elle débute par la question de l'opposabilité de la liberté du commerce et de l'industrie qu'elle lie au domaine public et aux autorisations d'occupation privative comme dans l'arrêt *RATP*. Dès lors, à défaut de domaine public et d'occupation privative, la liberté du commerce et de l'industrie ne peut être mobilisée. Il suffit donc d'affirmer que la prise de vue constitue une occupation du domaine public mobilier, ce qui est naturellement très excessif. Car, encore une fois, prendre un tableau en photo n'empêche pas le public de continuer à l'admirer ; si gêne il y a, c'est uniquement consécutivement à une privatisation de l'espace du musée nécessaire à la prise de vue. Si ces diverses prestations de service sont soumises à autorisation et sont payantes, cela n'a donc rien à voir avec le régime de propriété ou de domanialité. Il s'agit seulement de la rémunération de services rendus (manipulation des oeuvres, etc.). La position de la haute juridiction se comprend surtout par le caractère commercial de la démarche et la nécessité d'encadrer la liberté du commerce et de l'industrie (F. Tarlet, *Les biens publics mobiliers*, 2017, Dalloz, NBT, vol. 170, n° 761 ; S. Degommier, *Liberté du commerce et de l'industrie et gestion des musées*, AJDA 2010. 1475 ). Pour autant, cet arrêt ne permet pas de déterminer le régime juridique de l'image en tant que telle du domaine public mobilier.

B. Le statut de l'image du meuble soumis à la domanialité publique

L'image du domaine public mobilier elle-même est plus complexe à cerner en raison du brouillage des positions. Protégeant le droit d'auteur et n'étant pas soluble dans la domanialité publique, la propriété littéraire et artistique suppose que seul l'artiste puisse, de son vivant, et ses héritiers, soixante-dix ans après son décès, autoriser ou interdire les prises de vues réalisées à des fins commerciales de l'oeuvre comprise dans le domaine public. La personne publique propriétaire de l'oeuvre corporelle ne devrait pas pouvoir interférer dans l'exercice de ce droit patrimonial dont elle n'est pas titulaire. Au terme des soixante-dix ans, le droit patrimonial cesse et l'oeuvre devrait pouvoir être librement et gratuitement photographiée. La liberté de publier une image fait d'ailleurs partie des libertés de communication et d'expression ayant valeur constitutionnelle.

Cependant, mues par l'objectif de valorisation de leur patrimoine immatériel (M. Lévy et J.-P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel. La croissance de demain*, rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel, ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, La Doc. fr., 2006, p. IV ; C. Rousseau et J. Lajous, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet*, Institut universitaire Varenne, 2019, coll. Colloques et Essais ; P.-A. Blanchet, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, 2020, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques), les personnes publiques éprouvent quelques réticences à transposer l'articulation duale de la propriété intellectuelle et tentent de revendiquer « illégalement un droit sur l'image des biens que les cimaises exposent, droit absorbé dans le droit de propriété des oeuvres » (A. Héritier, *L'interdiction de photographier au musée*, préc., p. 47). L'arrêt *Commune de Tours* a pu être utilisé à l'appui de cette tendance, pour en déduire que l'image du tableau devait être considérée comme un bien ; or, une telle analyse est éminemment critiquable car elle revient à confondre l'oeuvre et son image au sein d'une seule chose, le domaine public mobilier, au mépris de la position de 2004 de la Cour de cassation. Le juge administratif semble substituer au système répressif sanctionnant le trouble anormal, qu'utilise le juge judiciaire, un régime préventif d'autorisation (F. Tarlet, *L'image des biens publics*, AJDA 2017. 2069 ). C'est d'ailleurs là le « tour de force » (C. Roux, *Le reflux de la propriété publique*, in O. Debat et S. Saunier [dir.], *L'image des biens publics culturels*, LexisNexis, 2020, p. 19) du Conseil d'Etat que d'avoir réussi à faire admettre que l'image est une forme d'utilisation privative du domaine public mobilier alors que l'image d'un bien n'est même pas un bien. Pourtant, il convient de distinguer la propriété publique corporelle dont l'image ne saurait constituer un bien et qui n'est pas soumise à l'exclusivité du propriétaire et le droit patrimonial de l'auteur de l'oeuvre. Les deux éléments ne devraient pas être mêlés, ce que l'arrêt *Commune de Tours* contribue pourtant à faire. Cette conclusion est d'autant plus excessive que, dans les différents litiges concernant l'EURL Photo Josse (à propos des musées de Tours et de Vizille), il n'est en réalité jamais clairement question de l'image en tant que telle des biens mobiliers photographiés mais uniquement de la liberté du commerce et de l'industrie, voire du principe d'égalité (CAA Nantes, 4 mai 2010, n° 09NT00705 , *EURL Photo Josse*, AJDA 2010. 1475 , chron. S. Degommier  ; CE 29 oct. 2012, *Commune de Tours*, préc. ; CAA Nantes, 28 févr. 2014, n° 12NT02907 , CE 23 déc. 2016, n° 378879 , JAC 2017, n° 43, p. 11, obs. P. Noual  et n° 46, p. 35, étude P. Noual  ; CAA Lyon, 7 juill. 2011, n° 09LY02676 ). Cet arrêt atteste du malaise du juge administratif à l'égard de l'image qui reste un impensé de la propriété publique (C. Roux, *Le reflux de la propriété publique*, préc., p. 16), tout entière tournée vers l'immobilier corporel. La notion d'occupation privative permet simplement au Conseil d'Etat de se raccrocher à une notion dont il maîtrise davantage les contours. D'une certaine manière, c'est son usage commercial qui fait de l'image un bien que l'on peut réglementer ; en 2012, la commercialité a fait la patrimonialité.

Il aura fallu attendre l'arrêt *Etablissement public du domaine national de Chambord* (préc.), que le *Lebon* présente comme une remise en cause de l'arrêt *Commune de Tours* (v., sol. contr., CE 29 oct. 2012, n° 341173 , P. 368 ; *Contra*, P.-A. Blanchet, *La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques*, préc.), pour que le Conseil d'Etat énonce clairement ce principe qui est pareillement susceptible de s'appliquer aux biens du domaine public mobilier : « 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 », soulignant dans une formule au large champ d'application 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 du code général de la propriété des personnes publiques ». Autrement dit, le volet propriété corporelle des meubles du domaine public est enfin aligné sur le régime judiciaire : l'image n'est pas un bien (C. Roux, *La mise en bière de l'image des biens publics*, JCP Adm. 2018, n° 2156 ; F. Tarlet, *Le droit à l'image des biens publics : pas si nouveau, pas si « bien »*, AJDA 2018. 1850 ) mais son utilisation peut éventuellement relever de la responsabilité en cas de trouble anormal. Dès lors, l'usage de la photographie d'une oeuvre muséale causant un trouble anormal au musée ou au propriétaire public pourrait justifier une telle interdiction. 2018 sonne donc le coup d'arrêt de la patrimonialisation de l'image des biens publics, immobiliers comme mobiliers, ce qui va d'ailleurs de pair avec l'appropriation publique de ces biens, inclinant naturellement vers un usage par l'ensemble du public, quelles qu'en soient les modalités (J.-M. Bruguière, *L'exploitation de l'image des biens*, *Legicom* 2005-2, p. 13). Le Conseil d'Etat a finalement suivi le chemin emprunté par la Cour de cassation entre 1999 et 2004 ; la propriété de l'image est délaissée au profit d'un régime de responsabilité, marquant le « reflux de la propriété publique » (C. Roux, préc., p. 13).

A défaut d'image patrimonialisée, il ne reste que le droit d'auteur des oeuvres relevant du domaine public mobilier. En principe, l'utilisation des images de ces biens doit se faire dans le respect des prérogatives morales et patrimoniales du créateur. En effet, le droit à l'image ainsi que le droit d'auteur s'appliquent alors même que l'oeuvre initiale (tableau, sculpture, etc.) appartient au domaine public mobilier. Les personnes publiques ne peuvent revendiquer ce droit d'auteur sur les images que lorsque les photographies sont réalisées par leurs propres photographes. Même lorsque l'oeuvre tombe dans le domaine public (au sens de la propriété littéraire et artistique, c'est-à-dire après les soixante-dix ans suivant le décès de l'auteur), les propriétaires publics ne récupèrent pas davantage de droits sur l'oeuvre ; le droit moral reste acquis aux héritiers et le droit patrimonial n'existe plus (Dir. UE

2019/790 du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, art. 14). L'oeuvre peut être copiée, exploitée ou photographiée par quiconque, sans avoir d'autorisation à obtenir, ni de rémunération à payer.

Il est toutefois vrai que la loi du 7 juillet 2016 soumettant à autorisation préalable la réalisation de photographies des domaines nationaux (C. patr., art. L. 621-42¹) a jeté un trouble sur les conséquences de l'expiration des droits patrimoniaux. Aux associations le saisissant d'une QPC lui demandant de reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République, selon lequel l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une oeuvre intellectuelle doit nécessairement s'éteindre après l'écoulement d'un certain délai, le Conseil constitutionnel a considéré qu'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 oeuvre intellectuelle » (Cons. const. 2 févr. 2018, *Association Wikimedia France et a.*, préc. ; CE 21 juin 2018, n° 411005², CCE 2018, n° 70, note C. Caron). Si les droits patrimoniaux expirés ne sont pas rétablis par cette loi très sectorielle, quel est le fondement juridique de cette autorisation pour capter l'image des domaines nationaux ? L'autorisation d'occupation du domaine public mobilisée en 2012 dans l'arrêt *Commune de Tours* est peu probante dans la mesure où les domaines nationaux ne sont même pas nécessairement des propriétés publiques (C. patr., art. L. 621-35³). Le droit de propriété (corporel) sur lesdits domaines ne convainc guère plus, l'autorisation de les photographier pour un usage commercial relevant de leur gestionnaire. Le droit du patrimoine ne correspond pas à l'objectif de valorisation que cette mesure suppose. Il pourrait s'agir de la propriété industrielle, d'autant plus que l'intitulé de la sous-section dans laquelle l'article L. 621-42 s'insère évoque la gestion et l'exploitation de « la marque et du droit à l'image des domaines nationaux ». En effet, une fois l'oeuvre tombée dans le domaine public son dépôt, en tant que marque ou dessin ou modèle, a pu apparaître comme un moyen efficace d'obtenir une nouvelle protection de la création par le droit de la propriété intellectuelle. Aucune règle du code de la propriété intellectuelle n'interdit d'ailleurs le dépôt d'une création tombée dans le domaine public, même si la jurisprudence n'y est en principe pas très favorable (par ex., C. Alleaume, *Droits des auteurs - Durée de la protection*, J.-Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. n° 1270, n° 78). Quoi qu'il en soit, le fondement de cette autorisation requise apparaît insaisissable, laissant apparaître un droit à l'image *sui generis*. Il n'en reste pas moins que consécutivement à cette loi de 2016, « le mélange des genres demeure troublant » (E. Treppoz, préc.). On retrouve d'ailleurs la même tendance à propos de ce que les intellectualistes qualifient de « domaine public payant » pour les oeuvres tombées dans le domaine public dont les droits continueraient à être dus par les exploitants, mais dont le produit serait socialisé et profiterait à la collectivité des auteurs (C. Alleaume, *Droits des auteurs*, préc., n° 80).

Au final, l'image des biens du domaine public mobilier n'est pas un bien ni public ni privé. Elle est soumise au droit patrimonial de l'auteur qui cesse au terme du délai de soixante-dix ans. Il peut subsister des autorisations et des redevances perçues à l'occasion de la captation de ces images, mais elles relèvent alors de la police administrative, de l'occupation du domaine public immobilier abritant l'oeuvre ou des services rendus qui permettent une patrimonialisation indirecte de l'image des biens publics. C'est uniquement par ce prisme que l'on peut admettre que l'image du domaine public mobilier est un bien spécial, plus tout à fait une chose, mais pas encore un véritable bien.

Mots clés :

DOMAINE * Domaine public * Gestion du domaine public * Image d'un bien public mobilier * Droit d'auteur

DROIT PUBLIC DE L'ECONOMIE * Liberté économique * Liberté du commerce et de l'industrie * Gestion du domaine public

CULTURE * Musée * Oeuvre d'art * Autorisation de reproduction