

# Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°268 du 29 novembre 2012

[Domaine public] Questions à...

## La possibilité de photographier les œuvres d'un musée dans un but commercial n'est pas un dû — Questions à Philippe Cossalter, Professeur agrégé de droit public et avocat au barreau de Metz

N° Lexbase : N4666BTY



par Yann Le Foll, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition publique

Réf. : CE 3° et 8° s-s-r., 29 octobre 2012, n° 341 173, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A1163IWY)

Dans une décision rendue le 29 octobre 2012, le Conseil d'Etat a dit pour droit que la possibilité de photographier les œuvres d'un musée dans un but commercial n'est pas un dû et que le maire d'une commune peut tout à fait l'interdire sans porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Dans cet arrêt, les juges du Palais-Royal indiquent que la prise de vues d'œuvres relevant des collections d'un musée, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues, doit être regardée comme une utilisation privative du domaine public mobilier impliquant la nécessité, pour celui qui entend y procéder, d'obtenir une autorisation ainsi que le prévoit l'article L. 2122-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (N° Lexbase : L4518IQE). Une telle autorisation peut être délivrée, dès lors qu'en vertu de l'article L. 2121-1 de ce code (N° Lexbase : L4517IQD), cette activité demeure compatible avec l'affectation des œuvres au service public culturel et avec leur conservation. Il est, toutefois, loisible à la collectivité publique affectataire d'œuvres relevant de la catégorie des biens mentionnés au 8° de l'article L. 2112-1 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. Afin de revenir sur cette décision, Lexbase Hebdo — édition publique a rencontré Philippe Cossalter, Professeur agrégé de droit public et avocat au barreau de Metz.

Lexbase : Après cette décision du Conseil d'Etat, qu'en est-il du statut des collections des musées à l'égard de leur exploitation commerciale par des opérateurs privés ?

**Philippe Cossalter** : Très étrangement, l'on peut dire que le statut des collections n'a pas vraiment changé. Le Conseil d'Etat tire toutes les conséquences de leur soumission au régime de la domanialité publique en considérant, d'une part, que toute utilisation privative nécessite une autorisation, et, d'autre part, que cette autorisation d'utilisation privative du domaine public n'est pas un droit. L'ambiguïté fondamentale de cet arrêt réside dans le fait que le Conseil précise le régime de captation des images, sans jamais évoquer le régime de leur réutilisation. Les musées peuvent donc désormais décider d'interdire l'accès de tout opérateur à leurs collections aux fins de constituer des banques de données d'images, publier les photographies dans des ouvrages, etc.. Mais l'arrêt ne porte pas sur la question de l'utilisation des images existantes, par exemple celles qui sont intégrées dans une banque de données publique. Dans ce dernier cas, l'encadrement juridique n'a pas changé.

L'arrêt rapporté a, cependant, évidemment une influence sur le régime de l'exploitation commerciale des collections des musées. L'exploitation par des opérateurs privés n'est plus un droit, mais dépend de la volonté de l'affectataire des collections d'accepter ou de refuser l'accès à ses collections. Si l'accès direct aux collections est refusé, se pose, alors, la question des conditions d'accès aux données. Si aucune exploitation des images n'est assurée par le musée ou un exploitant désigné, la situation est simple : aucun principe du droit public ni du droit de la concurrence n'implique qu'une exploitation commerciale des images soit assurée. Si le fonds d'images fait l'objet d'un usage commercial au profit exclusif de l'administration, les opérateurs peuvent éventuellement demander à accéder à ces images, en application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal (N° Lexbase : L6533AG3). Les images d'œuvres d'art ne constituent pas en elles-mêmes des documents administratifs. Mais la loi de 1978 prévoit, cependant, le droit d'accès à ces images.

Comme on le sait, en effet, la loi de 1978 a récemment été modifiée par l'ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 (N° Lexbase : L1397IEH), prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008, relative aux archives (N° Lexbase : L9302H8Z). Aux termes de l'article 1er, modifié, de la loi de 1978 : "*sont considérés comme documents administratifs, au sens des chapitres Ier, III et IV du présent titre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission. Constituent de tels documents notamment les dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles, correspondances, avis, prévisions et décisions*". L'article 10 de la loi dispose, désormais, que "*les informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations mentionnées à l'article 1er, quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus*". Cependant, la loi prévoit que la notion d'informations est liée à l'existence d'un droit d'accès : ne constituent des informations communicables que celles qui sont contenue dans des actes communicables.

Une exception à l'exception est prévue, ce qui rend les dispositions difficiles d'interprétation. L'article 10, alinéa 3, prévoit que "*ne sont pas considérées comme des informations publiques, pour l'application du présent chapitre, les informations contenues dans des documents [...] dont la communication ne constitue pas un droit en application du chapitre Ier ou d'autres dispositions législatives, sauf si ces informations font l'objet d'une diffusion publique*". Il résulte de ces dispositions que les collections d'images d'œuvres d'art ne sont pas des informations publiques communicables en elles-mêmes. L'on peut penser qu'elles deviennent communicables dès lors qu'elles font l'objet d'une diffusion publique. Mais l'article 11 prévoit (par une exception à l'exception de l'exception) que, "*par dérogation au présent chapitre, les conditions dans lesquelles les informations peuvent être réutilisées sont fixées, le cas échéant, par les administrations mentionnées aux a et b du présent article lorsqu'elles figurent dans des documents produits ou reçus par : a) des établissements et institutions d'enseignement et de recherche ; b) es établissements, organismes ou services culturels*".

En résumé, il semble résulter de la nouvelle rédaction de la loi de 1978 que les fonds d'images exploités par les musées peuvent faire l'objet d'un droit d'accès, dans les conditions qu'ils déterminent. Cette interprétation des dispositions des articles 10 et 11 de la loi de 1978 n'a pas, à ma connaissance, été confirmée au contentieux. L'on peut soutenir, en effet, que les images d'œuvres d'art ne sont pas des "informations". Cette interprétation restrictive me semble, cependant, difficile à soutenir.

**Lexbase : Les décisions rendues en la matière étaient jusqu'à présent plutôt favorables au photographe. Comment expliquer ce revirement ?**

**Philippe Cossalter** : Les décisions rendues en la matière étaient celles des cours administratives d'appel de Nantes (1) et Lyon (2), et non du Conseil d'Etat. L'on ne peut donc pas parler à proprement parler de "revirement". Rappelons que le statut des collections des musées publics a changé, ou a, du moins, été précisé, depuis que le Code général

de la propriété des personnes publiques établit sans ambiguïté l'appartenance des collections des musées au domaine public *mobilier* des personnes publiques. Les cours avaient estimé que seules des considérations de préservation des œuvres pouvaient justifier le refus d'utilisation privative du domaine public.

Dans son arrêt du 7 juillet 2011 (3), la cour administrative d'appel de Lyon avait annulé le refus opposé par le président du Conseil général de l'Isère à la demande de la société tendant à obtenir le droit de photographier certaines des œuvres exposées dans le musée de la Révolution française à Vizille. La cour avait rappelé que l'exploitation économique des collections des musées, dépendances du domaine public, était soumise au principe de liberté du commerce et de l'industrie. Elle considérait que ces dépendances du domaine public mobilier pouvaient, par principe, faire l'objet d'une exploitation commerciale qui ne pouvait être refusée qu'au cas où cette exploitation remettrait en cause la protection des œuvres.

Dans son arrêt du 4 mai 2000, objet de la censure du Conseil d'Etat, était en cause la décision du maire de Tours rejetant la demande de cette société tendant à ce que lui soit accordée l'autorisation de photographier certaines des œuvres exposées dans le musée des beaux-arts de Tours. La requête avait été rejetée par le tribunal administratif d'Orléans (4). La cour administrative d'appel de Nantes avait annulé le jugement et la décision du maire de Tours, en considérant que le refus pur et simple d'accéder aux collections du musée des Beaux-Arts de Tours, alors que des autorisations de photographier des œuvres du musée avaient, à plusieurs reprises, été délivrées auparavant à des photographes professionnels, violait le principe de liberté du commerce et de l'industrie (5).

Le Conseil d'Etat applique, pour sa part, aux collections sa jurisprudence récente "RATP" (6), par laquelle il avait établi que le principe de liberté du commerce et de l'industrie n'est pas opposable aux décisions d'autorisation d'occupation du domaine. Dans sa décision du 29 octobre 2012, le Conseil réitère son analyse de principe dans une espèce qui est le pendant de la précédente. Le 23 mai 2012, le Conseil avait considéré que la décision d'autoriser l'utilisation privative du domaine n'est soumise qu'au principe d'égalité, et aux règles de la concurrence ; dans sa décision du 29 octobre, il rappelle que seuls ces principes encadrent la décision de refuser l'utilisation privative du domaine.

Dans les deux décisions, le Conseil établit, en tout cas, de manière ferme que l'administration n'est jamais tenue d'accorder une autorisation d'occuper le domaine. Ce n'est pas un revirement concernant les musées, mais la confirmation d'une jurisprudence préexistante. Mais la décision du 29 octobre 2012 a plus d'impact que celle du 23 mai 2012. La possibilité d'utiliser le domaine public de manière privative pour vendre des journaux n'a, en effet, d'autre conséquence que... la possibilité d'occuper le domaine pour vendre des journaux. Concernant les œuvres des musées, l'accès au domaine n'est pas une fin en soi : c'est l'exploitation commerciale subséquente qui est en jeu. Or, cette dernière n'est pas concernée par le régime de la domanialité publique.

### **Lexbase : Plus généralement, comment concilier efficacement protection du domaine public et concurrence privée ?**

**Philippe Cossalter** : La question est importante ; je ne suis pas certain que l'on puisse lui apporter une réponse satisfaisante. En l'espèce, le Conseil d'Etat ne s'est manifestement pas fondé sur des préoccupations de préservation du domaine, mais sur la protection des deniers publics. La cour administrative d'appel de Nantes, dont l'arrêt était soumis à la censure du Conseil, avait bien fait observer que les procédés de captation utilisés par la société requérante ne mettaient pas en cause la préservation des œuvres. Je pense que la question est plus classiquement celle de la conciliation entre les missions de service public et les activités économiques privées. Sur ce plan, le droit français manque cruellement de lisibilité.

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie tient une place désormais anecdotique dans le droit public français ; les règles de la domanialité publique, créées pour préserver le domaine, sont utilisées comme des talismans pour protéger les intérêts financiers des collectivités publiques ; la prétendue égalité de concurrence entre personnes publiques et privées, énoncée par un avis du 8 novembre 2000 (7), n'est jamais garantie dans les faits en l'absence de recours juridictionnel effectif.

L'analyse du Conseil d'Etat dans la présente décision cache certainement la préoccupation, légitime, de protéger les collections publiques contre un accès non maîtrisé des opérateurs privés. Peut-être permettra-t-elle d'interdire à Google de réaliser des musées virtuels comme c'est déjà le cas pour de nombreuses collections dans le monde, musées virtuels qui pourraient avoir un effet dévastateur sur la fréquentation. Mais l'on ne sait pas exactement jusqu'où s'étend ce régime de protection : permet-il aux personnes publiques de publier les images des œuvres, sans que les opérateurs privés ne puissent faire de mêmes ? Le Conseil d'Etat ne le dit pas ; peut-être les conclusions seront-elles plus explicites sur ce point.

### **Lexbase : Au final, quelles conclusions peut-on tirer de cet arrêt au regard de la nature du droit de propriété**

## de l'image des biens publics ?

**Philippe Cossalter** : Aucune. L'arrêt reste silencieux sur ce point ; le régime des images n'est pas abordé. Mais il existe déjà un certain nombre de réponses claires. Tout d'abord, les images ne sont pas un démembrement du droit de propriété (8). Une fois captée, l'image nous semble pouvoir faire l'objet d'une exploitation libre, sous réserve des droits patrimoniaux de l'artiste (et non du propriétaire). Les bâtiments publics aussi bien que les œuvres des musées, s'ils ont été photographiés, peuvent faire l'objet d'une exploitation commerciale libre, sauf si cette exploitation cause un "trouble anormal" à la collectivité. Toute la question sera de savoir en quoi peut consister ce "trouble anormal". Si les images ont été captées au moyen d'une autorisation d'utilisation privative du domaine, le trouble anormal ne pourra pas exister.

- 
- (1) CAA Nantes, 2ème ch., 4 mai 2010, n° 09NT00 705 (N° Lexbase : [A4541EYT](#)).
  - (2) CAA Lyon, 4ème ch., 7 juillet 2011, n° 09LY02 676 (N° Lexbase : [A8954HWK](#)).
  - (3) CAA Lyon, 4ème ch., 7 juillet 2011, n° 09LY02 676, précité.
  - (4) TA Orléans, 20 janvier 2009, n° 0 603 317 (N° Lexbase : [A6342EYK](#)).
  - (5) CAA Nantes, 2ème ch., 4 mai 2010, n° 09NT00 705 , précité.
  - (6) CE 2° et 7° s-s-r., 23 mai 2012, n° 348 909, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A0935IML](#)).
  - (7) CE Avis, 8 novembre 2000, n° 222 208, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A5990B7Y](#)).
  - (8) Ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-10.450 (N° Lexbase : [A1578DCG](#)).