**UNIVERSITE D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE**

**UNITE DE FORMATION, DE RECHERCHE, ET D'INSERTION PROFESSIONNELLE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE GESTION**

---

**ECOLE DOCTORALE CULTURE ET PATRIMOINE – E.D. 537**

*Année 2017*

**THESE**

pour obtenir le grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITE D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE**

**Discipline : Droit public**

présentée et soutenue publiquement par

**Benjamin VALERIAN**

# LE PATRIMOINE IMMATERIEL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES : PROTECTION ET RESERVATION

---

*Directrice de thèse : Mme Delphine COSTA*

*Professeure de droit public à Aix-Marseille Université*

---

**JURY**

**Caroline CHAMARD-HEIM, Professeure de droit public à l'Université Lyon III Jean Moulin, Rapporteur**

**Charles-André DUBREUIL, Professeur de droit public à l'Université Clermont-Auvergne, Rapporteur**

**Catherine RIBOT, Professeure de droit public à l'Université de Montpellier**

**Pierre FRESSOZ, Maître de conférences en droit public à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse**

# REMERCIEMENTS

Dans un travail de recherche, les remerciements sont l'un des rares espaces, pour ne pas dire le seul, où il est possible d'exprimer, par écrit, la solide et profonde reconnaissance que l'étudiant éprouve et exprime de manière continue dans ses échanges avec ses accompagnateurs. Personnellement, il me faudrait une bonne dizaine de pages pour remercier tout ce que je dois aux sept personnes qui suivront. A ce titre, j'ai longtemps cherché les mots à la fois les plus forts et les plus précis pour exprimer ma gratitude. J'en suis arrivé à la conclusion que, parfois, les meilleurs sentiments se traduisent par des mots simples, concis, et d'autant plus vrais. Aussi, ces remerciements se veulent à l'image de tout le travail qui va suivre, à savoir, clarté et simplicité dans la sensibilité.

Mes premiers mots de remerciements iront à ma directrice, Madame Delphine Costa, Professeure de droit public à l'Université d'Aix-Marseille. Néanmoins, ce n'est ni dans la cité aux mille fontaines, et encore bien moins dans la cité phocéenne, que Madame Costa et moi-même avons été amenés à travailler ensemble. C'est bien dans la cité des Papes que la présente étude a trouvé son origine. Alors enseignante à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, Madame Costa a su me donner goût à un sujet aussi complexe que novateur, que celui du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Après m'avoir brillamment enseigné le contentieux administratif en troisième année, Madame Costa m'a accompagné en tant que doctorant durant quatre ans. Au-delà de ses qualités évidentes d'enseignante, ce sont surtout sa gentillesse, sa patience, sa bienveillance, et sa disponibilité, qui ont retenu mon attention. En effet, en dépit de son emploi du temps chargé, Madame Costa s'est toujours montrée disponible, et a pris grand soin de répondre à mes correspondances dans les délais les plus brefs. Lors de nos nombreux entretiens, sa bienveillance s'est notamment caractérisée par des conseils de qualité dont je faisais du strict respect ma plus grande priorité. Sans cesse motivée par la réussite de ses étudiants, elle a toujours été animée par la prévalence de leurs intérêts. Aussi, ce dernier travail saura, je l'espère, lui apporter entière satisfaction.

En deuxième lieu, c'est à Monsieur Pierre Fressoz, Maître de conférences en droit public à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, à qui j'aimerais, n'ayons pas peur des mots, rendre hommage. Monsieur Fressoz et moi-même nous connaissons depuis de nombreuses années. Après m'avoir enseigné le droit administratif en deuxième année, puis le droit des

contrats administratifs en quatrième année, Monsieur Fressoz a dirigé l'ensemble des travaux de recherche que j'ai pu réaliser dans le cadre de mes deux années de Master. C'est lui qui, non seulement, m'a initié à la recherche juridique, mais qui a également su m'en transmettre les plaisirs. Outre la précision dans l'apprentissage, il m'a enseigné à structurer un rapport de recherche, à en construire la bibliographie, à en rédiger l'introduction, et d'une manière générale, à éviter tous les pièges dans lesquels les étudiants peuvent tomber dans le cadre d'un exercice aussi complexe. C'est précisément cette rigueur inflexible, pour ne pas dire militaire, qui a guidé ce dernier travail. Les méthodes qui y ont été appliquées sont celles que Pierre Fressoz m'a brillamment enseignées. Mais son rôle ne s'est pas arrêté là, puisqu'il a également su me prodiguer de précieux conseils dans l'orientation de mes recherches en étant membre du Comité de pilotage de thèse chargé de me guider. Aussi, à des moments où je pouvais parfois « patiner », Monsieur Fressoz me proposait alors des pistes de réflexion auxquelles je n'avais pas pensé. Autrement dit, tout au long de mes études, son accompagnement a été permanent. Par conséquent, quelle ne fût pas ma satisfaction d'avoir intégré son équipe pédagogique de droit administratif en tant que Chargé de travaux dirigés. Le juriste que je suis aujourd'hui doit beaucoup à Pierre Fressoz. C'est pourquoi, ce dernier travail, tout comme les précédents, se veut véritablement le témoignage de la qualité de son enseignement.

En troisième lieu, c'est bien Madame Catherine Ribot, Professeure à l'Université de Montpellier, que j'aimerais remercier. Alors même qu'elle ne me connaissait pas, Madame Ribot s'est tout de suite montrée véritablement passionnée par mon sujet de recherche, en participant aux Comités de pilotage de thèse. A ce titre, elle a employé toute son énergie à la réussite de ce travail et m'a fait directement confiance pour le mener à bien. A des moments où j'ai pu me trouver en difficulté, elle a su m'insuffler l'énergie nécessaire pour surmonter les obstacles. Très pragmatique, elle a été jusqu'à me proposer un « calendrier de rédaction » me permettant d'évaluer ma propre progression. Autrement dit, Madame Ribot a constitué un point de repère fort rassurant dans les méandres de la recherche juridique, au risque de confusion et de perdition omniprésent. Elle a même eu la gentillesse de proposer à l'étudiant avignonnais que je suis, d'intégrer son équipe pédagogique de droit administratif. Ainsi, Madame Ribot a foi en ce travail, et j'ai employé toute l'énergie qu'elle m'a transmise à ne pas la décevoir.

En quatrième lieu, c'est bien Madame Caroline Chamard-Heim, Professeure de droit public à l'Université Lyon III, que j'aimerais saluer. Inutile de préciser que ses réflexions sur la notion de bien public n'ont eu de cesse d'innerver la présente étude. De même, sa précieuse contribution aux Grands Arrêts du Droit Administratif des Biens a clairement constitué une aide

plus que bienvenue dans un sujet où les écrits, certes présents, se font en revanche suffisamment épars pour en compliquer la consultation. Aussi, je suis très honoré de sa présence au sein de ce jury, ainsi que de sa qualité de Rapporteur du travail que je propose.

En cinquième lieu, c'est vers Monsieur Charles-André Dubreuil, Professeur de droit public à l'Université Clermont-Auvergne, qu'iront mes remerciements, d'abord et avant tout, parce que c'est aussi grâce à lui que ce travail a pu voir le jour. En effet, Monsieur Dubreuil a très grandement contribué aux origines de ce sujet de thèse. Un sujet que j'ai pris soin de m'approprier (le terme est sans doute bien choisi), et de traiter en essayant de respecter la vision qu'a pu en avoir son initiateur. Par conséquent, son rôle de Rapporteur au sein du jury chargé de m'éprouver est particulièrement rassurant et je tiens à le remercier de sa présence.

Enfin, je ne pourrais terminer ces remerciements sans éprouver de profonds remords, en omettant de saluer tout le Service juridique de Bordeaux Métropole, et plus particulièrement son Directeur, Jacques Lajous, ainsi que Christelle Rousseau, Chargée de la mission protection et valorisation du patrimoine immatériel. En effet, c'est grâce au réseau de relations de Madame Costa que j'ai été amené à rencontrer Monsieur Lajous. Notre « première prise de contact » a été d'autant plus amusante que, le hasard faisant bien les choses, Monsieur Lajous et moi-même sommes entrés en relation, au moment même où le Service juridique de Bordeaux Métropole avait fait le choix d'organiser un colloque portant sur la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques, et célébrant dans le même temps, les dix ans du rapport Lévy-Jouyet. Quelle opportunité pour un étudiant rédigeant un travail sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales ! Monsieur Lajous et Madame Rousseau ont alors eu la gentillesse de m'associer immédiatement à leurs travaux. C'est ainsi que j'ai pu intégrer l'équipe organisatrice du colloque en tant que coordonnateur scientifique. J'ai ainsi pu participer à la construction du programme, et j'ai été en charge de coordonner l'ensemble des échanges et travaux entre les différents intervenants. Inutile de préciser que cette fonction m'a offert la possibilité de dialoguer avec les plus grands noms de la matière, de Claire Malwé à Hubert Delesalle, en passant par Sébastien Brameret. De surcroît, inutile de préciser que ces nombreuses discussions, ainsi que le colloque lui-même, ont bien évidemment innervé la présente étude. Par conséquent, je ne saurais terminer ces remerciements sans exprimer ma gratitude et ma profonde reconnaissance envers Monsieur Jacques Lajous et Madame Christelle Rousseau, pour leur gentillesse, leur professionnalisme, leur disponibilité, et il faut le dire, pour leur hospitalité dans cette belle ville qu'est Bordeaux.

# TABLE DES ABREVIATIONS

| | |
|---|---|
| ***Art.*** | ***Article*** |
| ***Ass.*** | ***Assemblée*** |
| ***AAU*** | ***Acte(s) Administratif(s) Unilatéral/aux*** |
| ***AJCT*** | ***Actualité Juridique des Collectivités Territoriales*** |
| ***AJDA*** | ***Actualité Juridique de Droit Administratif*** |
| ***AMF*** | ***Autorité des Marchés Financiers*** |
| ***AOC*** | ***Appellation d'Origine Contrôlée*** |
| ***AOP*** | ***Appellation d'Origine Protégée*** |
| ***AOS*** | ***Appellation d'Origine Simple*** |
| ***AOT*** | ***Autorisation d'Occupation Temporaire*** |
| ***API*** | ***Autorités Publiques Indépendantes*** |
| ***APIE*** | ***Agence du Patrimoine Immatériel de l'Etat*** |
| ***BOPI*** | ***Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle*** |
| ***Chron.*** | ***Chronique*** |
| ***Comm.*** | ***Commentaire*** |
| ***Concl.*** | ***Conclusions du rapporteur public*** |
| ***Convention EDH*** | ***Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme*** |
| ***Cour de cass.*** | ***Cour de cassation*** |
| ***Cour EDH*** | ***Cour Européenne des Droits de l'Homme*** |
| ***CA*** | ***Cour d'Appel*** |
| ***CAA*** | ***Cour Administrative d'Appel*** |
| ***CC*** | ***Conseil Constitutionnel*** |
| ***CCAG-PI*** | ***Cahier des Clauses Administratives Générales – Propriété intellectuelle*** |
| ***CCPRO*** | ***Communauté de Communes des Pays de Rhône et Ouvèze*** |
| ***CE*** | ***Conseil d'Etat*** |

| | |
|---|---|
| ***CEE*** | ***Communauté Economique Européenne*** |
| ***CET*** | ***Contribution Economique Territoriale*** |
| ***CG3P*** | ***Code Général de la Propriété des Personnes Publiques*** |
| ***CGCT*** | ***Code Général des Collectivités Territoriales*** |
| ***CJCE*** | ***Cour de Justice des Communautés Européennes*** |
| ***CJUE*** | ***Cour de Justice de l'Union Européenne*** |
| ***CNIL*** | ***CommissioN Informatique et Liberté*** |
| ***COGA*** | ***COmmunauté d'Agglomération du Grand Avignon*** |
| ***Dir.*** | ***Sous la direction de*** |
| ***Directive INSPIRE*** | ***Directive n° 2007/2/CE du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne (en anglais : INfrastructure for SPatial InfoRmation in Europe – INSPIRE)*** |
| ***Directive PSI*** | ***Directive n° 2003/98 du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public (en anglais : « Public Sector Information » - PSI)*** |
| ***Dr. adm.*** | ***Revue LexisNexis de droit administratif*** |
| ***DAB*** | ***Droit Administratif des Biens*** |
| ***DALLOZ IP/IT*** | ***Revue Dalloz du droit de la propriété intellectuelle et numérique*** |
| ***DDHC*** | ***Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*** |
| ***DGF*** | ***Dotation Globale de Fonctionnement*** |
| ***DPI*** | ***Droit de la Propriété Intellectuelle*** |
| ***DSP*** | ***Délégation de Service Public*** |
| ***EPAD*** | ***Etablissement Public pour l'Aménagement de la Défense*** |
| ***EPDNC*** | |

| | |
|---|---|
| | *Etablissement Public du Domaine National* |
| *EPCI* | *de Chambord* |
| | *Etablissement Public à caractère* |
| *EPIC* | *Intercommunal* |
| | *Etablissement Public à caractère Industriel* |
| *ETD* | *et commercial* |
| | *Centre de ressources du développement* |
| *Gaz. cnes* | *territorial* |
| *Gaz. Pal.* | *Gazette des communes* |
| *GIP* | *Gazette du Palais* |
| *HALDE* | *Groupement d'Intérêt Public* |
| | *Haute Autorité de Lutte contre les* |
| *IADT* | *Discriminations et pour l'Egalité* |
| | *Institut d'Auvergne pour le Développement* |
| *IGP* | *des Territoires* |
| *IGPIA* | *Indication Géographique Protégée* |
| | *Indication Géographique protégeant les* |
| *INAO* | *Produits Industriels et Artisanaux* |
| | *Institut National des Appellations* |
| *INSEE* | *d'Origine* |
| | *Institut National de la Statistique et des* |
| *INPI* | *Etudes Economiques* |
| | *Institut National de la Propriété* |
| *JCP ACT* | *Industrielle* |
| | *JurisClasseur Périodique – La Semaine* |
| | *Juridique – Edition Administration et* |
| *JCP CCE* | *Collectivités Territoriales* |
| | *JurisClasseur Périodique – La semaine* |
| | *juridique – Edition Communication* |
| *JCP CPM* | *Commerce Electronique* |
| | *Jurisclasseur Périodique – La semaine* |
| | *juridique – Edition Contrats et Marchés* |
| *JCP E* | *Publics* |

| | |
|---|---|
| *JCP G* | *Jurisclasseur périodique – La semaine juridique – Edition Entreprise et Affaires* |
| *JCl PI* | *Jurisclasseur Périodique – La semaine juridique – Edition Générale* |
| *JS* | *Jurisclasseur – Revue de Propriété Industrielle* |
| *LPA* | *JuriSport – Editions Dalloz* |
| *Loi CADA* | *Les Petites Affiches* |
| *Loi NOTRe* | *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 (et instaurant la Commission d'Accès aux Documents Administratifs – CADA)* |
| *LOLF* | *Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant Nouvelle Organisation Territoriale de la République* |
| *OFRATEME* | *Loi Organique relative aux Lois de Finances* |
| *OHMI* | *Office FRAnçais des TEchniques Modernes d'Education* |
| *OPR-RO* | *Office de l'Harmonisation sur le Marché Intérieur* |
| *PACA* | *Offre Publique de Retrait suivie d'un Retrait Obligatoire* |
| *PCI* | *Provence-Alpes-Côte d'Azur* |
| *PGD* | *Patrimoine Culturel Immatériel* |
| *PLA* | *Principe Général du Droit* |
| *PME* | *Propriété Littéraire et Artistique* |
| *PMR* | *Petite(s) et Moyenne(s) Entreprise(s)* |
| *PNR* | *Personne à Mobilité Réduite* |
| *QPC* | *Parc(s) Naturel(s) Régional(-aux)* |
| *Rec. Dalloz* | |

| | |
|---|---|
| ***Rec. Lebon*** | ***Question Prioritaire de Constitutionnalité*** |
| ***RATP*** | ***Recueil Dalloz*** |
| ***RDA*** | ***Recueil Lebon*** |
| ***RDI*** | ***Régie Autonome des Transports Parisiens*** |
| ***RFDA*** | ***Revue de Droit Administratif*** |
| ***RJEP*** | ***Revue de Droit Immobilier*** |
| ***RTEDF*** | ***Revue Française de Droit Administratif*** |
| | ***Revue Juridique de l'Economie Publique*** |
| ***s.*** | ***Société Réseau de Transport Electricité De*** |
| ***Sec.*** | ***France*** |
| ***Société APRP*** | ***Suivant(es)*** |
| ***SEM*** | ***Section*** |
| ***SIEG*** | ***Société d'Autoroutes Paris-Rhin-Rhône*** |
| ***SPL*** | ***Société d'Economie Mixte*** |
| ***Tribunal de l'UE*** | ***Service d'Intérêt Economique Général*** |
| ***TC*** | ***Société Publique Locale*** |
| ***TGI*** | ***Tribunal de l'Union Européenne*** |
| ***UNESCO*** | ***Tribunal des conflits*** |
| | ***Tribunal de Grande Instance*** |
| | ***United Nations Educational, Scientific and*** |
| | ***Cultural Organization – Organisation des*** |
| ***V.*** | ***Nations Unies pour l'Education, la Science*** |
| | ***et la Culture*** |
| | ***Voir*** |

# SOMMAIRE

**Remerciements** ……3

**Table des abréviations** ……7

**Sommaire**……..……..13

**Introduction – Du droit domanial au patrimoine immatériel**……..……...15

Section 1 : L'avènement de la propriété publique au service de la notion de patrimoine……..…….19

Section 2 : L'élargissement du patrimoine public au champ de l'immatériel……..……...48

**Partie 1 – La réservation des actifs immatériels locaux par la propriété publique**……..73

**Chapitre 1 – Les vertus de la protection domaniale : du patrimoine immatériel de l'Etat à celui des collectivités territoriales**……..……....75

Section 1 : L'identification du patrimoine immatériel des collectivités territoriales.....83

Section 2 : Un patrimoine, apanage du domaine privé des collectivités territoriales……108

**Chapitre 2 : Les limites de la protection domaniale**…….195

Section 1 : L'opportunité du domaine public……...…202

Section 2 : La complexité du domaine public…….....220

**Partie 2 – La réservation des actifs immatériels locaux en dehors de la propriété publique**……..……257

**Chapitre 1 : La protection statique des actifs immatériels locaux**……..261

Section 1 : L'approche concrète du patrimoine immatériel local…….263

Section 2 : L'approche abstraite du patrimoine immatériel local…..……...299

**Chapitre 2 : La protection dynamique des actifs immatériels locaux**……341

Section 1 : La protection des actifs immatériels générés par les principaux contrats administratifs…….342

Section 2 : Le nommage, un outil contractuel adapté aux particularités du patrimoine immatériel des collectivités territoriales……...365

**Conclusion générale**……..383

**Bibliographie**……...……..387

**Table de jurisprudence**…….....409

**Index alphabétique**……413

**Table des matières**…….....417

# INTRODUCTION

## DU DROIT DOMANIAL AU PATRIMOINE IMMATERIEL

« Le patrimoine immatériel des collectivités territoriales » peut tout à fait surprendre au regard de son caractère extrêmement ciblé : c'est en effet une étude très précise, qui ne laisse que peu de place à l'interprétation. De prime abord, il ne semble pas non plus justifier un balayage étendu des pistes à explorer, sans risquer le hors sujet. Pourtant, en elle-même, l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales est déjà très large. En effet, elle s'inscrit dans le vaste mouvement de « prise de conscience » des collectivités publiques des potentialités offertes par l'immatériel. L'illustration par excellence de ce phénomène reste sans nul doute la création de l'Agence du patrimoine immatériel de l'Etat[1] (APIE), service placé sous la direction du Ministère de l'Economie et des Finances (et le choix, comme il sera vu plus avant, n'est pas anodin). Ses missions se déclinent en six axes, et visent notamment la mise en place d'une stratégie de gestion des actifs immatériels de l'Etat[2]. Autrement dit, et à l'instar des acteurs privés, voilà deux décennies environ que les collectivités publiques dans leur ensemble s'intéressent au champ de l'immatériel. Et il serait bien naïf de penser que cet intérêt « soudain » pour les actifs immatériels relève d'une réflexion innocente et purement altruiste. Tout comme avec le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) dans sa version actuelle, les collectivités publiques visent l'exploitation des actifs immatériels *« afin de compenser la situation officiellement désastreuse des finances publiques »*[3]. En effet, le contexte regrettable d'explosion des déficits publics, amorçant par là même, l'entrée des personnes publiques et des contribuables dans une période de véritable disette budgétaire, pousse les premières à rechercher de nouvelles ressources en faveur du rééquilibrage des comptes publics. Cette observation conduit à une double remarque, positive d'une part, et négative d'autre part. Positive d'abord, en ce que l'évolution du cadre social a suscité un intérêt certain des acteurs

[1] Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat », *JORF* n° 110, 12 mai 2007, p. 8684.

[2] Arrêté du 23 avril 2007, *op.cit.,* article 2.

[3] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens,* Lonrai, LexisNexis, Collec. Manuel, 3ème éd., 2015, p. 4.

publics pour les potentialités immatérielles. *A contrario*, la question du patrimoine immatériel public n'aurait absolument pas connu le même développement dans un contexte, plus que souhaitable, d'équilibre des comptes publics et de réduction des déficits. Négative ensuite, en ce que précisément, l'actuelle et réelle déroute des finances publiques peut tout à fait conduire à une vision purement économique du patrimoine immatériel public, en visant une exploitation massive et non régulée de ce dernier, alors même que, comme il sera vu, il ne s'y prête pas complètement. En effet, le patrimoine immatériel de l'Etat, mais surtout celui des collectivités territoriales, englobe entre autres, et comme il sera démontré, des savoir-faire locaux sur lesquels la collectivité n'a absolument aucune maîtrise, est dépourvue de droit de propriété, mais dont elle tire pourtant des bénéfices en termes d'attractivité et de renommée (ce qui est loin d'être négligeable, la réputation étant le deuxième actif immatériel le plus important).

La question est alors de savoir si le cadre qu'offre actuellement le droit positif est prêt à accueillir cette nouvelle dimension du patrimoine public, une dimension détachée de la propriété. De toute évidence, la réponse est négative. Si parler du patrimoine immatériel des collectivités territoriales fait nécessairement appel à des savoirs fondamentaux de droit privé, tel la propriété intellectuelle (la dualité des droits étant une nouvelle fois transcendée), le débat doit inéluctablement se fonder sur le droit administratif des biens et le droit public économique. Or, force est de constater, que le droit administratif des biens notamment, est particulièrement démuni lorsqu'il s'agit d'aborder l'immatériel. En effet, le droit administratif des biens, est un droit du corporel, du meuble et de l'immeuble, et le CG3P, pour sa part, ne traduit pas autre chose. Dès lors, les interrogations relatives à l'immatériel public demeurent, et se développent dans un cadre juridique flou et incertain, bien loin du sacrosaint principe général du droit (PGD) de sécurité juridique[4]. Comme il sera vu, la très grande majorité des actifs immatériels publics sont même immédiatement « catalogués » comme faisant partie intégrante du domaine privé des personnes publiques, cédant ainsi à la facilité, et au chant des sirènes de la rentabilité. Non pas que les actifs immatériels publics soient incompatibles avec le domaine privé des personnes publiques, simplement, une réflexion réfléchie et approfondie, sur cette appartenance (ou non) est souhaitable, et prenant en considération les aspects économiques mais non aveuglée par eux.

[4] CE, Ass., 24/03/2006, *Société KPMG et société Ernest & Young et autres,* concl. AGUILA (Y.) ; *RFDA,* 2006, p. 463, note MODERNE (F.).

Finalement, les incertitudes qui gravitent autour de la notion de « patrimoine immatériel des personnes publiques », et des collectivités territoriales en particulier[5], diffèrent peu de celles qui accompagnent traditionnellement une évolution sociale nécessitant une adaptation du droit positif. Car c'est bien d'une évolution dont il s'agit. En effet, la prise de conscience de l'existence d'un « patrimoine immatériel » est une donnée nouvelle, créatrice de besoins (d'encadrement entre autres). La question est alors de savoir si la norme existante, conçue pour une situation désormais dépassée, peut être adaptée, ou bien s'il faut la recréer. La première solution ravirait les tenants la méthode exégétique[6], alors que la seconde comblerait les tenants de la méthode scientifique[7]. Mais encore au-delà, cette évolution est véritablement fascinante lorsqu'elle est observée sous le prisme de la construction séculaire du droit administratif des biens. En effet, comment un droit jurisprudentiel, très pratique, très pragmatique, dont la « théorisation » a nécessité l'investissement acharné des plus belles plumes de la doctrine, un droit de l'immeuble, un droit du corporel, est aujourd'hui amené à se saisir des potentialités immatérielles ? Toutefois, ne nous y trompons pas, l'immatériel public, qu'il s'agisse de l'Etat, des collectivités territoriales, ou de leurs établissements publics, en est encore à ses balbutiements. En cette matière, le droit positif se situe actuellement dans une période transitoire, et les historiens du droit, mieux que tous autres, ne connaissent que trop bien son importance. Il s'agit du fondement sur lequel la norme se reconstruira afin d'intégrer en son sein cette donnée nouvelle de l'immatériel public. Par conséquent, cette transition ne doit pas être négligée au risque d'en compromettre l'aboutissement, lequel pourrait s'avérer extrêmement profitable, en levant enfin le voile sur les méandres des actifs immatériels publics. Les écrits actuels (et la présente étude ne fait pas exception à la règle), outre de faire progresser la réflexion, ont un véritable devoir de veille envers cette évolution sociale, et l'apparition des nouveaux besoins sociaux qui y sont afférents. Partant à l'origine d'une dimension domaniale, le droit administratif des biens, ainsi que le droit public dans son ensemble, envisagent désormais la notion de « patrimoine immatériel ».

[5] *Infra* p. 91.

[6] Ainsi, Charles Demolombe verrait ses théories, deux siècles après leur élaboration, accréditées par une longue permanence dans le temps. V. en cela DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, Volume I,* Paris, Imprimerie Générale A. Lahure Editeur, 644 pp.

[7] Idem pour François Gény qui verrait dans la recréation de la norme pour la prise en compte de l'immatériel public, une illustration contemporaine des limites de la méthode exégétique. V. en cela GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique – Tome I,* Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 448 pp.

En effet, depuis sa « théorisation », force est de constater que le droit administratif des biens est en constante évolution. D'une logique purement domaniale au XIX$^{ème}$ siècle, et excluant toute idée de propriété, l'on est passé à une consécration du droit de propriété publique au début du XX$^{ème}$ siècle. Ce repositionnement a modifié la vision que les acteurs publics pouvaient avoir de leurs biens. Prenant conscience de l'importance de leurs actifs, les « entités administratives » ont alors commencé à raisonner comme de véritables gestionnaires, à l'image des personnes morales de droit privé. Par conséquent, l'idée de personnalité morale de droit public commença à traverser les esprits, de sorte que la notion même de patrimoine public, jusqu'alors battue en brèche, n'était plus si absurde dans la nouvelle logique de gestion des biens publics (Section 1). A tel point que le concept de « patrimoine public », s'est véritablement « désencastré » de l'idée même de propriété, dans laquelle, d'un point de vue historique, il trouve pourtant son origine. Désormais, c'est lui qui vient la saisir, de sorte que la propriété publique, bien qu'elle en reste la meilleure illustration[8], n'est qu'une composante du patrimoine des personnes publiques, au prix donc d'un bouleversement historique. Aujourd'hui, la mutation se poursuit avec l'existence d'un patrimoine immatériel des personnes publiques. Autrement dit, l'idée d'un patrimoine immatériel public n'est que le franchissement d'un niveau d'abstraction supplémentaire dans un vaste mouvement d'étude des biens publics amorcé depuis la Révolution française (Section 2).

S'il s'agit bien sûr de revenir ici sur le raisonnement du législateur et du juge les ayant conduits d'un refus d'un droit de propriété sur les biens publics, à l'existence d'un patrimoine immatériel public, il ne s'agira pas en revanche de retracer classiquement cette évolution, car tel n'est absolument pas l'objet de la présente étude. De nombreux auteurs, de la doctrine universitaire ou organique, s'en chargent déjà très bien, et nous leur laissons bien volontiers le soin de le faire. Simplement, à ce stade de l'analyse, le souhait est émis d'observer la même évolution, mais sous un prisme différent. A chaque étape de la description historique, des comparaisons et confrontations seront faites entre le droit privé, le droit public, et la prise en considération plus ou moins forte de l'intérêt général, qui bien sûr innerve l'action publique.

[8] Ce qui d'ailleurs fausse encore trop de raisonnements aujourd'hui, car trop ancrés sur l'idée même de propriété, au détriment de celle de patrimoine. Or, si l'angle d'observation diffère peu, il est vrai, la vision et les conclusions obtenues en revanche peuvent être radicalement différentes.

# SECTION 1

# L'AVENEMENT DE LA PROPRIETE PUBLIQUE AU SERVICE DE LA NOTION DE PATRIMOINE

Le droit de propriété des personnes publiques n'a pas toujours été admis par le droit positif. Au XIX$^{ème}$ siècle, le concept de domanialité reposait même sur le rejet de toute propriété, l'idée étant que les biens du domaine étaient trop indispensables à l'intérêt général pour être appropriés. Après de nombreuses discussions et confrontations doctrinales, le concept d'une propriété publique commence à s'installer dans les esprits au début du XX$^{ème}$ siècle (§1). Parallèlement, et assez logiquement, la notion de patrimoine public est évoquée puis consacrée par le juge et le législateur, et semble aujourd'hui s'exprimer bien plus largement que par la seule propriété (§2). Toutefois, la conduite de ces développements appelle auparavant la maîtrise de certains concepts (Remarque préalable).

## REMARQUE PREALABLE

## APPROCHES CONCEPTUELLES

Avant d'évoquer un quelconque droit de propriété publique, lequel « se love dans la notion de patrimoine public »[9], il est nécessaire de préciser, avant tout raisonnement au fond, la nature (A), le sujet (A) et l'objet (C) de ce droit.

### A. LA NATURE JURIDIQUE DE LA PROPRIETE PUBLIQUE

Concernant la nature de la propriété publique, il s'agira ici de revenir aux bases du droit les plus primaires, mais ô combien fondamentales. Il s'agira en effet de distinguer le droit de la propriété publique d'une part, du droit de propriété publique d'autre part.

Le droit de la propriété publique, droit objectif, désigne l'ensemble des règles de droit applicables à une catégorie juridique, et formant le régime juridique du droit de propriété publique. Concrètement, le droit de la propriété publique renvoie *« à l'ensemble des règles, procédures et formalités, applicables à l'acquisition, à la gestion, la conservation, à*

[9] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 7.

*l'utilisation et à la protection des biens, propriétés des collectivités publiques »*[10]. Autrement dit, il ne s'agit ni plus ni moins que du droit administratif des biens tel qu'il est actuellement conçu et étudié. Si cette conception de la propriété publique est d'une importance capitale, et innervera de fait l'ensemble du sujet d'étude, ce n'est pas celle-ci qui sera retenue dans le développement présentement mené, au profit du droit de propriété publique.

Pour sa part, le droit de propriété publique, droit subjectif, est une prérogative reconnue à certaines personnes morales de droit public, par le droit (objectif) de la propriété publique, et dont celles-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres sujets de droit. C'est précisément cette conception de la propriété publique qui sera retenue dans les développements à venir. Toutefois, au regard de la présente définition, se pose immédiatement la question de savoir ce que le droit entend par « personne morale de droit public » (B).

## B. LE SUJET DU DROIT DE PROPRIETE PUBLIQUE

Concernant le sujet du droit de propriété publique, les précisions apportées par l'article L. 1er du CG3P sont très courtes :

*« Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics ».*

De cette disposition, il faut en déduire que seuls sont titulaires du droit de propriété publique l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements, et les établissements publics. Par conséquent, il s'agit d'une liste limitative des personnes susceptibles d'exercer la propriété publique. Toutefois, si limiter, c'est préciser, il convient de remarquer que rien n'est dit sur la nature juridique des sujets du droit de propriété publique, et cela se comprend aisément, à la fois pour des raisons historiques qui seront évoquées, et pour des raisons pratiques.

D'un point de vue pratique, l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements, et les établissements publics sont des personnes morales de droit public. Aujourd'hui, le concept est clairement admis : une personne morale de droit public est une expression désignant une construction juridique à laquelle la loi reconnaît des droits semblables à ceux des personnes

[10] Selon Elise Langelier, Maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas. V. CLAVEL (S.), UNJF, Cours de droit de la propriété publique par Elise Langelier, Maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Assas, Disponible sur http://cours.unjf.fr/ (page consultée le 20 mai 2017).

physiques (nom, domicile, nationalité, droit d'administrer un patrimoine, etc.)[11], motivée par la satisfaction de l'intérêt général, et dotée de prérogatives de puissance publique pour y parvenir. Cette représentation figurée, abstraite, mentale, d'une réalité, autrement dit, cette conceptualisation de la personnalité morale de droit public permet naturellement de matérialiser la notion afin de l'insérer dans une catégorie juridique définie par le législateur, préalable nécessaire à l'application du droit. Le problème vient de ce que l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements, et les établissements publics, s'ils sont bien des personnes morales de droit public, ne sont pas les seules (les Autorités Publiques Indépendantes en sont d'ailleurs un exemple). Précisément, le Code n'a pas voulu étendre les personnes susceptibles d'exercer le droit de propriété publique, en balisant très clairement le premier des critères de la propriété et de la domanialité, à savoir, le critère organique. Il n'en reste pas moins que la personnalité morale de droit public figure bien au rang des notions conceptuelles[12]. Par ailleurs, elle reste déterminante dans la qualification centrale de bien public (C).

## C. L'OBJET DU DROIT DE PROPRIETE PUBLIQUE : LA NOTION DE BIEN PUBLIC

Avant même celle de bien public, la notion de bien constitue véritablement le point névralgique de toute étude s'intéressant au patrimoine. C'est elle qui va non seulement en déterminer, mais plus encore, en incarner, le contenu. Par conséquent, il est primordial d'en définir le sens et la portée, surtout dans un travail s'intéressant aux potentialités immatérielles « publiques » encore mal connues.

Qu'est-ce qu'un bien ? L'article 516 du Code civil, très cité dans les débats autour de la notion de bien, n'apporte pas de grandes précisions :

*« Tous les biens sont des meubles ou des immeubles ».*

Pour leur part, l'ensemble des dictionnaires de vocabulaire juridique semblent plus complets et proposent deux entrées à la notion de bien :

[11] CORNU (G.), Association CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique,* Vendôme, Puf, Collection Quadrige, 8ème éd., p. 680.

[12] CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger,* n° 119 / 2003, janvier-février 2003, p. 3.

- ***D'abord, les biens sont les choses matérielles susceptibles d'appropriation :*** Ici, une distinction est réalisée entre les biens et les choses. Autrement dit, toutes les choses ne sont pas des biens. En effet, les seules choses qui vont recevoir la qualification de bien sont celles susceptibles d'appropriation. Ainsi, cela signifie qu'il est possible et utile de s'approprier ces choses. Il s'agit là du sacrosaint critère de l'utilité, cher aux civilistes, et dont il faut comprendre l'utilité à devenir propriétaire de la chose, l'utilité à en être le maître, parce que sa possession présente un intérêt. Ce concept va être retrouvé au cœur même de la notion économique de valeur (la valeur se compose de l'utilité, de la rareté, et de la possibilité, c'est-à-dire, que le droit rende possible l'appropriation) ;
- ***Ensuite, relativement à une personne, les biens sont les éléments mobiliers ou immobiliers composant son patrimoine, à savoir d'une part, les choses matérielles qui lui appartiennent (bien corporels), et d'autre part, les droits autres que le droit de propriété dont elle est titulaire (biens incorporels) :*** Autrement dit, ici, les biens sont des choses ou des droits. Par conséquent, cette définition est plus complète, puisqu'elle distingue le bien corporel, du bien incorporel. Par ailleurs, elle signifierait également que toute la première entrée serait la définition des biens corporels. Ainsi, les biens corporels sont des choses, les biens incorporels sont des droits.

Si le droit privé, lui, est allé plus loin en démontrant l'existence de choses immatérielles appropriées bénéficiant de leur propre corps de règles constitué par le droit de la propriété intellectuelle, le droit public, pour sa part, s'en est arrêté à la dimension matérielle du bien :

*« Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier […] »*[13].

Cette conception purement matérielle de la notion de bien a de lourdes conséquences. En effet, elle signifierait que le droit administratif des biens est complètement hermétique aux biens immatériels. Dès lors, la problématique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales n'aurait pas lieu d'être, puisqu'il s'agirait d'une « non-question », tuée dans l'œuf par l'absence de reconnaissance ne serait-ce que de son objet, à savoir, les actifs immatériels. En réalité, il s'agit là d'une position tranchée. Le droit administratif des biens n'est pas fermé aux potentialités immatérielles : une administration peut tout à fait être détentrice de licences ou de brevets. Autrement dit, le critère organique précédemment étudié et nécessaire à la propriété

[13] Art. L. 1er, CG3P, *op.cit.*

publique est rempli. Par ailleurs, c'est également ce critère qui confère au bien, la qualité de bien public : c'est parce qu'il est détenu par une personne morale de droit public, que le bien dont il s'agit, est un bien public. En revanche, la gestion de ce bien diffère en fonction du régime domanial au sein duquel il sera affecté. Par ailleurs, la confrontation était nécessaire : comment situer la propriété publique par rapport à la notion ancestrale de domaine ?

Ainsi, un bien est dit public lorsqu'il appartient à une personne publique. D'un point de vue théorique, il s'agit là du premier critère exigé par la domanialité publique[14]. Mais celle-ci est beaucoup plus rigide que la propriété publique dans la mesure où l'application de son régime très protecteur (inaliénabilité notamment) exige la satisfaction de deux autres critères, l'un matériel et l'autre fonctionnel.

Le critère matériel exige l'affectation du bien, soit à l'usage direct du public, soit à un service public. De création prétorienne[15], ce critère d'affectation a été repris par le CG3P, consacrant ainsi au rang législatif les jurisprudences *Marécar* pour l'affectation à l'usage direct du public[16], et *Société Le Béton*[17] pour l'affectation à un service public.

Pour sa part, le critère fonctionnel a subi d'importantes évolutions. A l'origine, il s'agissait de l'aménagement spécial exigé par le même arrêt *Société Le Béton,* ainsi que par l'arrêt *Sieur Dauphin*[18]. Auparavant, le critère de l'aménagement spécial était exigé quelle que soit l'affectation du bien, consacrant ainsi le caractère cumulatif des trois critères de la domanialité publique. Toutefois, face à une extension « non maitrisée » du champ de cette domanialité (qui est un régime certes protecteur, mais contraignant en termes de gestion), le

[14] La Loi prévoit des hypothèses selon lesquelles le régime de la domanialité publique va pouvoir s'appliquer à des biens appartenant à des personnes privées. La nécessité de ces biens à la satisfaction de l'intérêt général explique ce raisonnement. Néanmoins, il s'agit là d'exceptions très encadrées et limitées. Tel est le cas par exemple de certains biens d'EDF, ou encore, de la SNCF.

[15] Le droit administratif des biens est un droit jurisprudentiel, et si la Loi s'en est saisie au travers du CG3P, celui-ci reprend beaucoup des solutions dégagées par le juge administratif. Même à l'heure actuelle, la jurisprudence reste déterminante dans la mutation de la discipline, relançant ainsi le débat sur la question de savoir si la jurisprudence est, doit ou peut être une source du droit.

[16] CE, 28/06/1935, *Marécar, Rec. Lebon p. 734,* concl. LATOURNERIE (R.) ; *Rec. Dalloz,* 1936, p. 20, note WALINE (M.).

[17] CE, Sec., 19/10/1956, *Société Le Béton, Rec. Lebon p. 375,* concl. LONG (M.) ; *RFDA,* 2010, p. 533, note LAVIALLE (C.).

[18] CE, Ass., 11/05/1959, *Sieur Dauphin, Rec. Lebon p. 294,* concl. MAYRAS (M.) ; *JCP,* 1959, p. 11269, note LANVERSIN (J.).

CG3P parle désormais « d'aménagement indispensable », plus réducteur, et en limite l'exigence à la seule affectation du bien à un service public.

Ainsi, est un bien soumis au régime de la domanialité publique, un bien appartenant à une personne publique, affecté soit à l'usage direct du public, soit à un service public, pourvu qu'en ce cas, il ait fait l'objet d'un aménagement indispensable. Cette qualification entraînera l'application du régime très protecteur de la domanialité publique, dont les biens qui la composent se caractérisent notamment par leur inaliénabilité et leur imprescriptibilité. De sorte qu'à ce stade du raisonnement, une question se pose : que faire des biens publics appartenant à une personne publique, mais qui ne sont ni affectés à l'usage direct du public, ni à un service public ? Cette interrogation en entraîne une autre : ces biens, sont-ils vraiment des biens ? Ces questionnements méritent une réponse car, comme il sera vu, le législateur, le juge, et la doctrine ont longtemps considéré que les personnes publiques (si tant est qu'ils reconnaissaient la notion) n'avait qu'un seul « patrimoine » constitué des biens du domaine public. Autrement dit, les notions de « propriété publique » et de « domanialité publique » étaient synonymes, et se confondaient l'une dans l'autre, de sorte que par la seule évocation de la domanialité publique, la question de la propriété était éludée. Pour autant, elle n'en était pas moins présente, vieillissant quelque peu, la conception propriétariste des biens publics, que beaucoup font remonter à 2006 avec l'apparition du CG3P. Par conséquent, considérer que l'Etat par exemple était également propriétaire de biens non soumis au domaine public, c'était considérer qu'il était titulaire de deux « patrimoines », dont l'un serait incompatible avec l'intérêt général, outre le fait que cette duplicité était bien sûr elle-même incompatible avec la notion de patrimoine telle qu'elle a pu être dégagée par Aubry et Rau[19]. La solution a alors été trouvée dans le concept de domanialité. Si l'Etat pouvait affecter ses biens à la domanialité publique en fonction des critères étudiés plus haut, *a contrario,* il pouvait alors disposer tout à fait librement de ses biens qui n'y satisfaisaient pas, tel un propriétaire privé au sens civiliste du terme. Le domaine privé des personnes publiques, auquel celles-ci affectent leurs biens insusceptibles de domanialité publique, et dont elles peuvent librement disposer de la « manière la plus absolue », est alors regardé autrement. Par ailleurs, cette évolution trouve son origine dans la distinction des actes d'administration, justifiant la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, et les actes de gestion assimilables à ceux que pourraient passer une personne privée. En outre, l'existence d'une domanialité privée n'est pas incompatible avec l'intérêt général. En effet, la vente d'un

[19] *Infra* p. 38 et s.

bien public, pour ne prendre que cet exemple, est forcément motivée par un souci d'intérêt général, en raison de la qualité de son propriétaire. Ainsi, pour reprendre l'exemple de l'Etat, celui-ci est alors propriétaire de biens publics, affectés soit à son domaine privé, soit à son domaine public. Ce raisonnement présente trois vertus :

- ***D'abord, parce que les critères de la domanialité publique sont clairement posés, cela montre que celle-ci se constate, et ne se décide pas ;***
- ***Ensuite, il a le mérite d'émanciper la propriété publique de la domanialité, en prouvant que cette dernière est bien un régime d'affectation, et non pas de propriété ;***
- ***Enfin, il harmonise la notion de patrimoine telle que conçue par les civilistes, en permettant de dire qu'une personne (publique) n'est titulaire que d'un seul patrimoine.***

Ainsi, non seulement la propriété publique est désormais mise en lumière, mais de surcroît, elle prime le concept même de domanialité, qu'elle vient englober.

Concernant maintenant la question de savoir si les biens publics relevant du domaine privé restent des biens, la réponse est évidemment positive, mais n'en mérite pas moins quelques développements. Que l'on parle d'un bien public relevant du domaine privé ou d'un bien public relevant du domaine public, la présente affectation ne saurait faire perdre la qualité de bien (au sens civil du terme) à l'objet du droit de propriété publique, laquelle qualité préexiste à toute appropriation. Dès l'instant où la chose est appropriable, alors elle est un bien, et comme le soulignera Norbert Foulquier, *« […] avant d'appartenir au domaine public, de nombreux biens ont appartenu à des personnes privées : l'appropriation publique ne change pas leur nature. De plus, l'appartenance au domaine public n'étant que l'expression d'un assujettissement à un régime particulier applicable à des biens, elle ne saurait avoir pour effet de retirer à une chose (détenue par l'administration) la qualité de bien »*[20]. Autrement dit, la qualité de bien[21] est autonome par rapport à tout droit de propriété.

[20] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 10.

[21] Ici, le débat porte réellement sur la « qualité de bien », et non pas de la « notion de bien », dont l'autonomie sera étudiée plus avant, à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH). V. en ce sens Cour EDH, 23/02/1995, *GasusDosier – UndFördertechnikGmbH c/ Pays-Bas,* n° 15375/89 ; Cour EDH, 30/11/2004, *Öneryyildiz c/ Turquie,* n° 48939/99

A ce stade de la réflexion, il est alors possible d'affirmer que le droit administratif des biens n'ignore pas les actifs immatériels publics bien au contraire, il s'en saisit. Simplement, faute d'en connaître, et donc, d'en maîtriser la nature, le régime, et le champ, ces actifs sont systématiquement affectés au domaine privé des personnes publiques. Autrement dit, il s'opère un classement par défaut de ces actifs, sans même se poser la question de savoir s'ils sont véritablement impropres au régime de la domanialité publique. Leur nature immatérielle est-elle un obstacle ? Le CG3P, dans sa logique de gestion des biens du domaine public, est-il véritablement fermé à l'immatériel ? Autant de questions restées jusque-là sans réponse, et qui font des actifs immatériels publics, biens publics s'il en est, des biens au sens civil du terme, prenant ainsi le risque de livrer en pâture aux lois du marché, des ressources dont l'importance pour l'intérêt général aurait justifié un régime plus protecteur. Non pas que l'ensemble des actifs immatériels publics doit être protégé par un régime aussi rigide que celui de la domanialité publique, mais une distinction réfléchie et aboutie entre ceux qui mériteraient de l'être, et ceux dont la nature ou le contenu ne s'oppose pas à la domanialité privé, voire même l'y encourage, est souhaitable. Par ailleurs, la propriété publique est-elle le seul mécanisme de réservation de ces actifs ? Cette interrogation se pose d'autant plus que l'appropriation publique n'a pas toujours été admise, au profit d'une dimension purement domaniale des biens publics (§1).

## §1 – LA PROPRIETE PUBLIQUE, DU REJET AU CULTE

Si la propriété publique est un préalable nécessaire à toute idée de patrimoine, elle n'a pas toujours été admise par le droit positif. D'où toute la difficulté, comme il sera vu, d'envisager au XVIII$^{ème}$ siècle, et au début du XIX$^{ème}$, une quelconque notion de patrimoine public, l'idée étant anéantie dès l'origine, dans son essence même. Par ailleurs, cette idée de patrimoine public n'effleurait même pas les esprits, puisqu'il était inutile de pousser plus avant un raisonnement niant tout concept de propriété publique. Par ailleurs, la doctrine a joué un rôle majeur dans ce que Norbert Foulquier a appelé la « négation du droit de propriété sur le domaine public »[22]. En effet, le droit administratif des biens est un droit prétorien, et par conséquent, difficilement abordable sous sa forme « primaire ». La doctrine s'en est alors saisi, et l'a « théorisé », afin que la discipline puisse être comprise, utilisée, et justement appliquée par les praticiens. La particularité de cette construction vient de ce que les auteurs ont retranscrit la matière, en y ajoutant leur propre interprétation et vision du droit administratif des biens. A tel

[22] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 58.

point, et de manière si pertinente et convaincante, que le droit positif lui-même, paradoxalement, a repris certaines des solutions proposées par les auteurs. C'est précisément ce chemin qu'a suivi ce que l'on appelle aujourd'hui le droit de propriété publique. En effet, d'un droit domanial au XIX$^{ème}$ siècle (A), le concept de propriété publique s'est affirmé au XX$^{ème}$ (B), avant de connaître une troisième évolution avec l'avènement du Code de la propriété des personnes publiques (C).

## A. LE DROIT DOMANIAL DU XIX$^{EME}$ SIECLE

La conception domaniale du droit administratif des biens, qui perdure encore aujourd'hui avec la subsistance de la distinction des domaines public et privé précédemment abordée, est due à Victor Proudhon, juriste de la fin du XVIII$^{ème}$ siècle, et du début du XIX$^{ème}$, Doyen de l'Ecole de droit de Dijon. Dans son *Traité du domaine public*[23], paru en 1833, sous la Monarchie de Juillet, et largement imprégné du concept de « domaine de la Couronne » d'Ancien régime, Proudhon élabora le raisonnement suivant.

L'ancien article 538 du Code civil disposait :

*« Les chemins, routes et rues à la charge de l'Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public ».*

En outre, Proudhon partait du postulat que le seul droit de propriété existant était le droit de propriété privé tel qu'il est édicté par l'article 544 du même Code :

*« La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».*

De la combinaison de ces deux articles, le Doyen de l'Ecole de droit de Dijon en déduisait que l'Etat ne pouvait pas être propriétaire de son domaine public. En effet, le seul moyen d'être

[23] PROUDHON (J.-B.-V.), *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public, Tome Premier, Tome Deuxième, Tome Troisième, Tome Quatrième, Tome Cinquième,* Dijon, Victor Lagier Librairie-éditeur, 1833, 2527 pp., Disponible sur

http://gallica.bnf.fr/Search?adva=1&adv=1&tri=&t_relation=cb31154793f&q=proudhon+trait%C3%A9+du+domaine+public+1833

propriétaire, c'est la propriété privée (article 544 du Code civil), or, les biens du domaine public sont précisément insusceptibles de propriété privée (article 538 du Code civil). Ils ne peuvent donc être appropriés par quiconque, pas même par l'Etat. Autrement dit, et pour en revenir à la distinction des domaines public et privé, l'Etat n'était propriétaire que de son domaine privé. La question se pose de savoir d'une part, qui est en charge de la « gestion » du domaine public, et de savoir d'autre part, quelles sont la nature et la finalité des prérogatives exercées par cette entité sur le domaine public. Concernant la gestion du domaine public, il est clair que cette compétence revient à l'Etat. Que le choix se fasse par sélection ou par élimination, il est particulièrement difficile, au XIX$^{ème}$ siècle[24], de concevoir une autre administration que celle étatique pour assurer la gestion et l'unité du domaine public. Concernant maintenant l'interrogation plus complexe de la nature et de la finalité des prérogatives exercées par l'Etat sur le domaine public, une réponse satisfaisante semble se trouver dans ce que Norbert Foulquier appellera *« un droit de surintendance d'un gardien ou d'un tuteur dans l'intérêt du "public" »*[25]. Autrement dit, *« la principale mission de l'Etat consistait donc à conserver le domaine public »*[26]. Comme il sera vu, cette notion de conservation est déterminante dans l'orientation que prendra le droit administratif des biens. En effet, la question de la « conservation » se pose encore aujourd'hui, et avec davantage de conviction, à propos du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Ainsi, le pouvoir de gestion qu'exerce l'Etat sur le domaine public au XIX$^{ème}$ siècle rappelle très fortement celui qu'exerçait le Roi sur le domaine de la Couronne. Par ailleurs, les prérogatives de gestion du domaine public, dont l'Etat est titulaire, semblent très fortement se rapprocher de ses prérogatives de police administrative, lesquelles ont longtemps justifié la seule intervention de l'Etat sur le domaine public en faveur de sa conservation.

Ainsi, au XIX$^{ème}$ siècle, la domanialité est le point névralgique de toute réflexion menée sur les biens publics. Elle n'est pas un régime d'affectation, et encore moins un régime de propriété : la domanialité publique est un concept autonome excluant même toute idée d'appropriation, dans un but d'intérêt général. *A contrario,* la domanialité privée semble se confondre avec la propriété du Code civil, en dehors des impératifs d'intérêt général. Autrement

[24] Et voire encore aujourd'hui de par l'unité du domaine public, d'où l'importance de la question d'un patrimoine des collectivités territoriales.

[25] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 59.

[26] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

dit, dans cette représentation, le critère organique n'existe pas, et le concept de domanialité n'est pas un « vecteur de gestion » des biens publics, mais la catégorie juridique venant les encadrer et dans laquelle ils s'insèrent. Par conséquent, au XIX$^{ème}$ siècle, les auteurs ne parlent pas de droit administratif des biens, encore moins de droit de la propriété publique, mais de droit domanial, au sein duquel, toute idée de propriété publique est proscrite.

Par ailleurs, la théorie de Proudhon était d'autant plus séduisante *« qu'elle reprenait des conceptions déjà connues sous l'Ancien régime,* [et qui avaient été développées] *pendant la Révolution française pour légitimer la nationalisation des biens du clergé »*[27].Le législateur lui-même l'a reprise dans de nombreux textes, donnant ainsi à Victor Proudhon bien plus d'arguments qu'il n'en aurait jamais pour asseoir la pertinence de ses réflexions.

Les facteurs de cette réussite sont multiples[28]. D'abord, la doctrine du XIX$^{ème}$ siècle ne considérait pas les biens du domaine public comme des biens, mais comme des choses hors du commerce juridique. Le raisonnement, qui avait pour point de départ la notion de bien telle que précédemment étudiée, était le suivant : seuls sont des biens les choses appropriables, c'est-à-dire, les choses représentant une valeur, au cœur de laquelle le critère de l'utilité occupe une place centrale. Ces choses appropriables sont donc susceptibles de produire des ressources. Or, les « biens du domaine public » ne pouvant produire aucune ressource puisqu'étant au service de l'intérêt général, ne sont donc pas des biens, mais des choses. Par ailleurs, cette représentation figurée de la domanialité publique avait pour mérite de justifier l'éviction du critère organique, sur lequel la doctrine ne semblait pas s'interroger. De surcroît, cette éviction constitue le deuxième facteur du succès des idées de Proudhon. En effet, le concept même de personnalité morale de droit public était inconcevable au XIX$^{ème}$ siècle. La notion de personnalité juridique existait, mais elle était *«* [calquée] *sur le modèle de l'individu propriétaire »*[29]. Lorsque l'Etat agissait en tant que propriétaire privé, il pouvait dès lors être assimilé à une personne, mais lorsqu'il agissait sur le domaine public en vertu de l'intérêt général, au moyen de ses prérogatives de puissance publique, il était alors assimilé à « l'Etat-puissance publique ». Enième illustration s'il en est de la distinction des actes de gestion et des actes d'administration. Par ailleurs, le raisonnement était exactement le même concernant les

[27] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

[28] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 60.

[29] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

collectivités territoriales, ce qui, comme il sera vu, posera de nombreux problèmes à la formation du concept de patrimoine public. En effet, de sérieux doutes existaient sur le statut juridique des communes notamment. Envisagés par beaucoup comme des associations privées animées par les intérêts particuliers des habitants, elles étaient alors conçues comme des personnes morales de droit privé, insusceptibles de « détenir » un domaine public. Enfin, la théorie de Proudhon avait également pour conséquence de confier le contentieux de la domanialité publique au juge administratif, au détriment du juge civil. Ainsi, la combinaison de ces facteurs explique l'écho du droit domanial au XIX$^{ème}$ siècle ; la résonance des idées du Doyen de l'Ecole de droit de Dijon perdurera jusqu'au début du XX$^{ème}$ siècle (B).

## B. LA PROPRIETE PUBLIQUE AU XX$^{EME}$ SIECLE

La particularité des apports doctrinaux est qu'ils se caractérisent par un dynamisme intellectuel passionnant (et passionné), en perpétuel mouvement. La réflexion est sans cesse sollicitée à son plus haut niveau, de sorte que ce qui était vrai hier, ne l'est plus forcément aujourd'hui. Le droit domanial, puis droit administratif des biens, pour être ensuite appelé droit de la propriété des personnes publiques, en est un exemple. Si le droit domanial de Proudhon, reposant sur un rejet catégorique de toute appropriation publique, présentait de nombreux atouts, à la fois philosophiques, contextuels, théoriques et pratiques, il n'en connaissait pas moins deux incohérences majeures. D'abord, l'Etat, qui ne peut être propriétaire des biens composant le domaine public, percevait pourtant des redevances en échange de leur occupation. Le juge, influencé par la théorie des domaines, essaiera, en vain, de requalifier ces revenus en taxes fiscales[30]. Ensuite, le droit domanial de Proudhon se conciliait très mal avec la notion même de bien. Dans l'esprit du Doyen de l'Ecole de droit de Dijon, est un bien une chose matérielle susceptible d'appropriation. Partant de ce constat, il en arrivait à la conclusion que les biens composant le domaine public, nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général, insusceptibles d'appropriation, n'étaient donc pas des biens. Dès lors, comment expliquer que certaines choses basculaient tantôt dans le domaine privé de l'Etat, tantôt dans le domaine public, gagnant et perdant réciproquement, au gré des humeurs et des orientations de l'intérêt général, la qualité de bien ? Cette première interrogation, très dangereuse, en appelle une seconde encore plus inquiétante : finalement, la qualification de bien (public), est-elle

[30] Le législateur a en effet une compétence exclusive en la matière : *« La loi fixe les règles concernant […] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures […] »* (art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958).

nécessaire ? La réponse est évidemment positive : comme démontré précédemment, la notion de bien public est un préalable indispensable à toute étude et à tout régime s'intéressant aux problématiques posées par le droit administratif des biens. Autrement dit, cela signifierait que les théories de Proudhon seraient une incitation à ignorer un aspect fondamental de la réflexion : tout comme la domanialité publique, la qualité de bien se constate, elle ne se décide pas.

Outre cette double incohérence, la théorie des domaines de Proudhon a également été remise en cause par certains auteurs de la fin du XIX$^{ème}$ siècle, tel qu'Henri Barckausen (1834-1914). Sa contestation de la théorie des domaines reposait sur un triple constat. D'abord, contrairement à la pensée de Proudhon, Barckausen considère que la notion de « domaine public » ne se confond pas avec celle de « domaine de la Couronne ». En effet, dans l'esprit du professeur de Bordeaux, les deux notions sont bien distinctes, et correspondent à des réalités historiques différentes. Pour sa part, le domaine de la Couronne, effectivement insusceptible d'appropriation, correspondait au domaine public tel que conçu par Proudhon et la Monarchie. Quant au domaine privé, il était constitué des biens du Roi. Autrement dit, pour Barckausen, la théorie des domaines *« ne concernait pas les biens au sein du patrimoine de l'Etat »*[31], lequel serait bien plus large que le domaine de la Couronne. En revanche, la notion de domaine public telle que conçue par le Professeur de Bordeaux, et de nombreux autres auteurs, englobe *a minima* les biens détenus par l'Etat, admettant ainsi une « forme de propriété » sur ce domaine. Sont jetés là les premiers jalons de ce qui deviendra de nombreuses années plus tard le droit de propriété publique. Ainsi, plus qu'une différence terminologique, c'est une véritable divergence de conception qui opposait les deux auteurs : alors que pour Proudhon, la notion de domaine public est l'héritière de celle de domaine de la Couronne avec laquelle elle se confond, pour Barckausen, elles sont complètement distinctes, et traduisent des réalités différentes. Ensuite, pour déstabiliser les théories de Proudhon, Henri Barckausen fit valoir que les révolutionnaires employaient parfois les termes de « domaine public » pour désigner le domaine national, propriété de l'Etat, et ayant succédé au domaine de la Couronne, insusceptible de toute propriété. Par conséquent, dans l'esprit de la doctrine, *« l'Etat* [exerce] *donc bien un droit de propriété sur son domaine national, quelle que soit l'affectation de ses biens »*[32]. En troisième lieu, Barckausen se basait sur l'article 539 du Code civil :

[31] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 61.

[32] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

*« Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public ».*

Si des biens peuvent « appartenir » au domaine public, c'est alors que ces biens ne sont pas insusceptibles de propriété, d'une part, et que l'Etat peut en être le propriétaire d'autre part. Partant de ce constat, l'article précédent, l'article 538 du Code civil, sur le fondement duquel Prouhdon basait sa théorie, n'est pas la reconnaissance d'une catégorie de biens insusceptibles de propriété, mais un rappel de la propriété de l'Etat sur certains biens en particuliers (les chemins, les routes, etc.)[33]. La théorie des domaines se trouve ici atteinte dans ses fondements les plus profonds, Proudhon ne pouvant arguer que d'une erreur de rédaction du Code. Ainsi, l'idée d'un rejet catégorique de la propriété publique commence à se briser, au profit de son admission progressive.

Par ailleurs, cette reconnaissance a été d'autant plus facilitée que la doctrine de la fin du XIX$^{ème}$ siècle et du début du XX$^{ème}$, élabora la notion centrale de personnalité morale de droit public. Selon Norbert Foulquier, le raisonnement était le suivant : *« Si l'Etat-puissance était patrimonialement responsable pour ses actes de puissance publique, sa personnalité juridique ne se limitait pas à ses activités de propriétaire. Elle recouvrait nécessairement ses activités de puissance publique. Il en allait de même pour les collectivités locales, même les communes. Dès lors, rien ne s'opposait à ce que le domaine public – lieu d'exercice de sa puissance publique – relevât de sa propriété »*[34]. De sorte qu'un véritable courant doctrinal en faveur de la propriété publique commença à se construire, et fit même écho en jurisprudence. En effet, par un important arrêt du 16 juillet 1909, dit *Ville de Paris,* le Conseil d'Etat a reconnu, certes de manière incidente, deux notions majeures : la propriété publique d'une part, et la personnalité morale de droit public d'autre part. L'espèce était simple : l'Etat s'emparait de l'usage de parcelles appartenant à la ville de Paris, pour les besoins de la circulation ferroviaire. Bien que cet arrêt consacrât, on l'aura compris, la théorie des mutations domaniales, le juge administratif énonça tout de même les propos suivants :

*« Cette incorporation ayant eu lieu sans un déclassement préalable, aucune mutation de propriété n'a pu se produire ; […] la ville de Paris a conservé les droits de propriété qu'elle*

[33] Autrement dit, une seule et même disposition a donné lieu a deux interprétations complètement différentes ayant produit des résultats opposés.

[34] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 62.

*pouvait avoir sur les parcelles dont il s'agit et qu'elle recouvrera, en cas de désaffectation, le plein exercice de ses droits »*[35].

Autrement dit, il s'agit là d'une véritable reconnaissance, par le juge, d'un droit de propriété publique des collectivités territoriales sur leur domaine public. Qui plus est, cette reconnaissance *« reposait sur l'abandon de l'acceptation du droit de propriété compris comme droit souverain et exclusif »*[36]. En outre, le Conseil d'Etat confirmera sa position seize ans plus tard par un arrêt de 1925. Ainsi, la propriété publique des collectivités territoriales, personnes publiques, sur leur domaine public, ne fait plus aucun doute. Mais qu'en est-il de l'Etat ? Pour lui, il faudra attendre 1923 avant que le Conseil d'Etat ne tranche la question au travers d'un arrêt, dit *Ministre des Travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieurs Piccioli.* En l'espèce, les sieurs Piccioli avaient extrait du charbon dans le port d'Oran, et en réclamaient la propriété. Dès lors, les juges énoncèrent que:

*« Il résulte de l'instruction que le charbon dont les sieurs Piccioli réclament une part, a été extrait des déblais effectués au cours des travaux par eux exécutés dans le port d'Oran, c'est-à-dire dans des terrains appartenant à l'Etat ; il était donc, aux termes de la disposition contractuelle ci-dessus rappelée, réservé en totalité à l'administration, et les entrepreneurs ne pouvaient prétendre, à raison de cette opération, qu'au prix du bordereau, augmenté de telle somme que de droit pour leurs soins particuliers »*[37].

Ainsi, le Conseil d'Etat a ici clairement reconnu la propriété de l'Etat sur ces terrains. Autrement dit, et plus largement, il a reconnu que l'Etat, personne morale de droit public, était titulaire d'un droit de propriété publique.

En réalité, la jurisprudence *Ministre des Travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieurs Piccioli* fait partie de ces grands arrêt domaniaux *« qui brillent surtout grâce à l'éclat du commentaire doctrinal »*[38]. En effet, si l'idée même de propriété publique fait son apparition au XIX$^{ème}$ siècle, elle n'a toutefois rien à voir avec le concept tel qu'il est

[35] CE, 16/07/1909, *Ville de Paris, rec. Lebon p. 707,* concl. TEISSIER (G.).

[36] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.* p. 63.

[37] CE, 17/01/1923, *Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieur Piccioli, Rec. Lebon p. 44,* concl. CORNEILLE (L.-F.).

[38] CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.); YOLKA (P.), *Les grandes décisions du droit administrative des biens,* Mayenne, Dalloz, Collection Grands Arrêts, 1$^{ère}$ éd., p. 8.

actuellement conçu, et la doctrine y est pour beaucoup. C'est à Maurice Hauriou (1856-1929), célèbre Doyen de la faculté de droit de Toulouse, que revient le mérite d'avoir théorisé et interprété cette nouvelle donnée « brute » fournie par la jurisprudence, faisant ainsi progresser la réflexion. Pour lui, il est évident que l'Etat, personne morale de droit public, est doté de nombreuses prérogatives, dont celle d'être propriétaire de son domaine public. En revanche, à la dualité domaniale de Proudhon, reposant sur l'affectation et désormais dépassée, se substitue une autre dualité : celle d'Hauriou, reposant sur la distinction entre propriété privée, et propriété administrative, au sein d'une même personne morale de droit public. Autrement dit, selon Hauriou, une personne publique était titulaire de deux droits de propriété, à savoir :

- ***Un droit de propriété privée tel qu'il est posé par l'article 544 du Code civil, sur l'ensemble des biens relevant du domaine privé de la personne publique ;***
- ***Un droit de propriété administrative sur l'ensemble des biens relevant du domaine public de la personne publique.***

Qui plus est, une fois encore, c'est la notion de bien public qui se trouve ainsi mise à mal, réduite aux seuls biens soumis à la propriété administrative. Si Hauriou va bien plus loin que Proudhon, en reconnaissant un droit de propriété des personnes publiques (préalable nécessaire) sur leur domaine public, force est de constater que la doctrine du XX$^{ème}$ siècle a encore du mal à se défaire du sacrosaint critère de l'affectation. En effet, il faudra attendre la période contemporaine pour que la notion de propriété publique soit unifiée (C). Le principal intérêt de l'arrêt *Ministre des Travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieurs Piccioli* est *« avant tout* [de servir] *comme prétexte d'une réflexion doctrinale, qui est fondamentale en la matière »*[39].

## C. LA PROPRIETE PUBLIQUE DEPUIS 2006

Longtemps ignoré, divisé, malmené, le concept de propriété publique est aujourd'hui unifié. En effet, il n'est plus nécessaire de distinguer, au sein même de la propriété publique, la propriété privée d'une part, et la propriété administrative d'autre part. Il n'existe qu'une seule propriété publique, dont la manifestation reste matérialisée par l'appartenance du bien à une personne morale de droit public. L'affectation du bien au domaine public ou au domaine privé

[39] CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.); YOLKA (P.), *Les grandes décisions du droit administrative des biens, ibid.*

ne change pas (du moins plus) cette réalité : *« Aujourd'hui, le droit positif consacre même l'idée de propriété publique »*[40]. Par ailleurs, le CG3P, par sa consécration, se veut, non seulement l'aboutissement de cette réflexion intellectuelle, mais aussi, de par cette évolution, un véritable outil permettant de repenser la gestion des biens publics.

Voilà de nombreuses décennies que la doctrine était dans l'attente d'un véritable Code rassemblant et harmonisant les diverses constructions et évolutions jurisprudentielles, qu'elle avait elle-même interprétées et théorisées. A l'image du Code civil, qui se veut un véritable Code des biens, un Code du propriétaire, la doctrine administrativiste était restée « frustrée » par les insuffisances du Code du domaine de l'Etat de 1957[41]. Non content de se satisfaire de recenser et de déterminer le régime juridique des seuls biens de l'Etat, même en ce qui les concerne, certains points restaient particulièrement obscurs. La jurisprudence a donc pallié ces difficultés en érigeant les règles relatives à l'identification et à la gestion des biens publics dans leur ensemble, le législateur ne se contentant pour sa part que d'interventions ponctuelles. Le problème de cette « stratégie de fonctionnement » vient de ce que le juge a éprouvé certaines difficultés à faire évoluer les principes qu'il avait lui-même dégagés depuis le XX$^{ème}$ siècle. Ce constat a eu deux incidences majeures. D'une part, les interventions législatives se sont multipliées, afin d'adapter le droit administratif des biens aux diverses évolutions sociales, et aux besoins sociaux nouveaux. D'autre part, les administrations et leurs partenaires ont imaginé divers montages juridiques s'affranchissant des règles jurisprudentielles dépassées et inadaptées à la société contemporaine[42]. En soi, cette « liberté d'action » est plus que louable, et explique sans doute, pour partie, la profusion des contrats administratifs amorcée dans les années 1980. Néanmoins, ces nouvelles relations contractuelles en matière de droit administratif des biens évoluaient dans un cadre juridique incertain. Quoi qu'il en soit, elles avaient pour mérite d'apporter une certaine souplesse de gestion des biens publics, longtemps souhaitée par les acteurs publics et leurs partenaires.

Ainsi, la construction essentiellement jurisprudentielle du droit administratif des biens ayant montré ses limites, un important travail de fond a été réalisé, et le Code général de la

[40] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

[41] Décret n° 57-1336 du 28 décembre 1957 portant réforme des règles de gestion et d'aliénation des biens du domaine national et codification sous le nom de Code du domaine de l'Etat des textes législatifs applicables à ce domaine, *JORF* n° 0000, 29 décembre 1957, p. 11871.

[42] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 4.

propriété des personnes publiques en constitue l'aboutissement. Consacré par une ordonnance du 21 avril 2006[43], il instaure une véritable logique de gestion des biens publics, qui semble davantage « se plier » à une conception propriétariste. Les écueils hérités du Code du domaine de l'Etat sont corrigés, et la jurisprudence administrative est réactualisée. C'est ainsi que dans une volonté de réduction du champ de la domanialité publique, celle-ci se compose désormais des biens appartenant à une personne publique, affectés soit à l'usage direct du public, soit à un service public, pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable (et non plus spécial). Très attendu, la satisfaction apportée par le CG3P n'est pas encore complète. Ce constat se justifie doublement. D'abord, parce que même s'il constitue le texte de référence en matière de propriété publique, il ne rassemble pas pour autant toutes les règles s'y rapportant. Les administrations doivent aussi composer avec le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), ou encore, avec le Code civil lui-même. Ensuite, parce que, pour des raisons de sécurité juridique évidentes, le CG3P n'est pas rétroactif. C'est ainsi que de nombreux biens sont restés affectés au domaine public, quand bien même ils ne correspondent plus à la nouvelle définition posée par le Code. La conséquence en est que la réduction du champ de la domanialité publique, souhaitée par les rédacteurs du Code, n'est en réalité effective que pour l'ensemble des biens dont la saisine des juridictions administratives est postérieure à l'entrée en vigueur de l'article L. 2111-1. Quoi qu'il en soit, l'objectif visé par le nouveau texte est bel et bien de substituer une logique d'exploitation des biens publics à une logique de protection[44] : le contexte de crise économique ayant introduit le souci (pour ne pas dire l'obsession) de l'équilibre budgétaire et de réduction des déficits publics, a largement orienté le CG3P vers un objectif de rééquilibrage des comptes publics.

Toutefois, cette vision purement financière de la propriété publique et des biens sur lesquels elle porte, ne doit pas faire illusion. En effet, le CG3P ne se plie pas complètement à une logique propriétariste, et donc, d'exploitation des biens publics, quand bien même elle a été souhaitée. Certes le Conseil constitutionnel avait posé les jalons d'une telle interprétation en considérant que l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)[45] bénéficiait également aux biens des personnes publiques. Séduit (pour ne pas dire aveuglé) par

[43] Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, *JORF* n° 95, 22 avril 2006, p. 6024.

[44] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 4.

[45] *« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constaté, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».*

cette conception novatrice des biens publics, et comme le rappellera très bien Norbert Foulquier, le Conseil d'Etat, sur la base de cet article, a considéré que la protection du domaine public était un impératif constitutionnel, poussant ainsi à l'extrême la nouvelle approche propriétariste du droit administratif des biens, et réduisant *« la notion d'affectation à une simple expression du droit de propriété »*. Néanmoins, la « nouvelle » politique d'exploitation des biens publics reste limitée pour deux séries de raisons. D'une part, si le CG3P se veut réellement un Code de la propriété publique, un « Code de gestion », et non plus seulement un « Code de protection » (Code du domaine de l'Etat), il n'en reste pas moins qu'outre le fait qu'il ne soit pas la seule référence en matière de biens publics (comme précédemment énoncé), il comprend également un chapitre relatif aux biens loués par l'administration (art. L. 4121 du CG3P)[46]. Par ailleurs, la subsistance de la dichotomie domaine public/domaine privé démontre que l'affectation du bien (directe ou indirecte) demeure le point névralgique du droit administratif des biens, du droit de la domanialité publique. D'autre part, il est clair que l'utilisation des pouvoirs de police administrative, dont *« le domaine public constitue le lieu d'excellence »*[47], se justifient davantage par l'unité du domaine, que par le respect du droit de propriété publique. En effet, en dépit de la multiplicité des personnes publiques propriétaires, le juge a mis en place des garde-fous ayant pour objet d'éviter une fragmentation du domaine public. Celui-ci ayant toujours été conçu comme le contenant de la puissance publique, aussi bien sous l'Ancien régime, que sous la Révolution, l'Etat craignait une inhibition de son pouvoir de police que pourrait provoquait une politique de cession (ou de division ?) des biens publics. En outre, et comme le soulignera Christian Lavialle, *« le domaine public est une figure de l'unité de la République qui ne peut être touchée sans qu'indirectement celle-ci le soit aussi »*[48]. Par conséquent, cela peut poser un problème dans le traitement d'un sujet d'étude consacré au patrimoine immatériel des seules collectivités territoriales : la détention par elle d'un domaine public ne porte en rien atteinte à l'unité du domaine dans son ensemble. Cette difficulté ne doit pas être oubliée, et doit même innerver sans cesse la présente recherche :

*« […] l'Etat conserve un pouvoir de contrôle sur les affectations du domaine public local et il peut exproprier le domaine privé des collectivités territoriales. Même en tant que propriétaires*

[46] CHAMARD-HEIM (C.), « Les personnes publiques locataires », *JCP ACT,* n° 17, 30 avril 2012, p. 2139.

[47] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 66.

[48] CC, 21/07/1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ; RFDA,* 1994, note LAVIALLE (C.), p. 1110.

*et protégées par la Constitution, les collectivités territoriales restent des entités dépendantes et tributaires de l'Etat. La théorie des mutations domaniales repose, au profit de l'Etat, sur l'unité du domaine public, par-delà les découpages administratifs du pays. Bref, le lien entre le domaine public et la souveraineté étatique survit »*[49].

Ainsi, la propriété publique des collectivités territoriales[50] sur leurs biens n'est pas « absolue ». Certes les lois de décentralisation[51] ont accordé aux collectivités territoriales une véritable autonomie de gestion domaniale, mais il s'agit bien là d'autonomie, et non pas d'indépendance. L'Etat dispose d'un droit de regard sur la gestion du domaine local qui, en dépit de règles de gestion plus contraignantes que pour le domaine national, conserve donc un lien indubitable avec celui-ci. En outre, le juge administratif entretient sciemment la confusion, ou plutôt, l'unité du domaine : lorsqu'il doit se prononcer sur une problématique liée au domaine public, il fonde davantage sa décision sur des motifs d'ordre public et de police administrative, que sur des motifs de propriété publique. Autrement dit, la propriété publique ne fonde pas, ou très peu, l'action administrative.

Le droit administratif des biens a connu une évolution considérable. D'un droit purement domanial au XIX$^{ème}$ siècle, excluant l'idée même de propriété, le concept fut accepté par la doctrine du XX$^{ème}$. Pour sa part, le CG3P consacre la propriété publique telle qu'on la connaît aujourd'hui. Pour autant, est-ce à dire que le droit administratif des biens se plie enfin à une logique du propriétaire, une logique de gestion, une logique d'exploitation des biens publics, en complémentarité avec la traditionnelle politique de protection ? Rien n'est moins sûr, car les empreintes de l'histoire sont encore très fortes. En cela, le CG3P pourrait parfaitement incarner une « œuvre inachevée ». Autrement dit, le droit administratif des biens se trouve aujourd'hui enferré dans une période transitoire : les notions et théories qui le composent sont en pleine mutation, et d'autres ont fait leur apparition, alors que ne serait-ce que leur idée même aurait été auparavant inconcevable. Ainsi, l'admission de la propriété publique a logiquement entraîné la construction de la notion de personnalité morale de droit public, et avec elle, celle de patrimoine public. Les administrativistes ont certes accepté l'idée

[49] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 66.

[50] Et plus largement, de toutes les personnes publiques qui ne sont pas l'Etat.

[51] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* n° 52 du 3 mars 1982, p. 730

d'une propriété publique, mais en arrière-plan, c'est toute une logique conceptuelle qu'il a fallu repenser. Plus encore, aujourd'hui, cette propriété publique est dépassée par des notions qu'elle a elle-même engendrées, comme celle de patrimoine public. A tel point qu'elle en est aujourd'hui une simple composante : la propriété publique n'est l'expression que d'un seul des nombreux aspects du patrimoine public (§2). Le phénomène est visible : non seulement la société évolue, mais en outre, elle évolue de plus en plus vite. En conséquence de quoi, le droit doit évoluer avec elle : le droit administratif des biens serait en pleine mutation.

## §2 – UNE PROPRIETE COMPOSANTE DU PATRIMOINE PUBLIC

Même à l'heure actuelle, parler de patrimoine en droit public reste une initiative audacieuse. Non pas parce que le droit administratif des biens serait complètement hermétique à la notion, mais bien parce qu'il ne comprend pas encore toutes les assises nécessaires à la pérennité et à l'épanouissement du concept. Comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, le droit administratif des biens se situe dans une période transitoire : la construction, certes en cours mais pas moins inachevée, d'une théorie du patrimoine public explique, en partie, cette transition. Par ailleurs, ce constat n'est pas sans lien avec le sentiment d'incomplétude laissé par le CG3P : s'il n'aborde le patrimoine public qu'avec parcimonie, c'est précisément parce que le concept doit encore être réfléchi, pour son insertion dans une catégorie juridique permettant l'application du droit. Est-ce à dire pour autant que la notion de patrimoine public doit être totalement ignorée tant qu'elle n'est pas stabilisée ? Rien n'est moins sûr, car pratiquer un concept à ses balbutiements reste un moyen efficace pour en assoir correctement les fondements. Il n'empêche que la prudence est de mise quant à la manipulation des termes de « patrimoine public ». Cela d'autant plus que la notion civiliste du patrimoine, dont s'imprègne inévitablement le droit public, est elle-même en pleine réformation, avec l'apparition de ce que les privatistes ont appelé « les nouveaux patrimoines », établissement ainsi la distinction entre la conception traditionnelle du patrimoine (A), et la conception moderne du patrimoine (B).

### A. LE PATRIMOINE *STRICTO SENSU*

Le patrimoine est un concept intellectuel venant de la doctrine civiliste du XIX$^{ème}$ siècle. Charles Aubry et Charles Rau, se sont fondés sur l'article 2092 du Code civil[52] pour le définir.

[52] *« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».*

De sorte qu'en droit civil, le patrimoine désigne l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent, les biens, et les obligations d'une même personne, le tout formant une universalité dans laquelle l'actif et le passif ne peuvent être dissociés. Le patrimoine est donc la projection économique d'une personne, reposant ainsi sur l'idée que seule une personne peut avoir un patrimoine.

Par ailleurs, il s'agit précisément de la première des trois raisons pour lesquelles un quelconque concept de patrimoine ne pouvait « prendre effet » en droit public. Comme précédemment énoncé[53], au XIX$^{ème}$ siècle, le refus catégorique de toute idée de propriété sur le domaine public, même par l'Etat, avait empêché, avant son ascension, l'apparition du critère organique comme critère nécessaire de la propriété publique. Autrement dit, l'idée même de personnalité morale de droit public ne pouvait « germer » dans l'esprit de la doctrine, l'Etat n'étant considéré, au mieux, que comme propriétaire de son domaine privé, au sens civiliste du terme. La personnalité morale de droit public n'existant pas, *a fortiori,* l'Etat, les collectivités territoriales, et autres, ne pouvaient être titulaires d'un patrimoine (public). Deuxièmement, au tout début du XX$^{ème}$ siècle, quand bien même le concept de personnalité publique avait fait son chemin, les personnes publiques ne pouvaient être titulaires d'un patrimoine, car de par la duplicité des domaines public et privé, elles paraissaient ainsi en posséder deux, contrevenant dès lors au premier des trois principes animant la théorie du patrimoine, et selon lequel, une personne n'a qu'un seul patrimoine. En troisième et dernier lieu, le patrimoine étant la projection économique d'une personne, l'un de ses intérêts est de permettre aux créanciers de se rémunérer sur les divers biens, droits, et obligations, qui le composent[54].Or, quid lorsque le bien est insaisissable ? : *« […], la notion de patrimoine perdrait de son utilité »*[55].

Ainsi, pour l'ensemble de ces raisons, la théorie du patrimoine a pendant longtemps été tenue à l'écart du droit public en général, et du droit administratif des biens plus spécialement. Pourtant, l'idée même d'un patrimoine public n'est pas odieuse, et encore moins inique. En effet, après avoir formalisé le concept de personne morale de droit public, la doctrine a rappelé, dans un premier temps, que la distinction des domaines public et privé n'était pas un régime de propriété, mais bien un régime d'affectation. De sorte qu'il n'existe pas d'un côté, les « biens

[53] *Supra* p. 24 et s.

[54] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 9.

[55] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

publics appartenant au domaine public », et de l'autre « les biens publics appartenant au domaine privé », cette dichotomie établissant effectivement la fausse idée de l'existence de deux patrimoines. En réalité, il existe un seul et unique patrimoine public, dont le contenu est constitué par des biens publics au régime juridique plus ou moins souple en fonction de leur affectation. De surcroît, l'affectation au domaine public et l'affectation au domaine privé ne sont pas étanches l'une de l'autre : *« Il y a toujours eu des mécanismes permettant à des biens de passer d'un régime juridique à un autre […]. Les deux ensembles […] ont en commun de participer, certes de manière plus ou moins directe, à la mission de satisfaction de l'intérêt général dévolue à l'administration »*[56]. Dans un second temps, le juge administratif a lui-même cantonné l'insaisissabilité des biens publics aux seules exigences strictement dictées par l'intérêt général. De sorte qu'en termes de gestion, la distinction des patrimoines public et privé perd en visibilité.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Ville de Paris,* précédemment abordé[57], et consacrant de manière incidente les notions de propriété publique et de personne publique, a également été évoquée dans les débats (même si l'arrêt ne reprend pas la notion), la reconnaissance d'un patrimoine public. Or, sur le plan « normatif », celle-ci ne se fera qu'en 1986. En effet, par une importante décision du 26 juin, dite *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*[58]*,* le Conseil constitutionnel a consacré le principe de la prohibition des cessions à vil prix des biens publics, entraînant *de facto* et *de jure* la consécration de la notion de patrimoine public. Par la suite, le législateur et le Conseil d'Etat ont confirmé cette position.

Le patrimoine public étant désormais consacré, les personnes morales de droit public sont dès lors soumises aux trois principes qui le régissent, à savoir :

- ***Toute personne publique a un patrimoine ;***
- ***Une personne publique n'a qu'un patrimoine ;***

[56] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

[57] *Supra* p. 29.

[58] CC, 26/06/1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social ; AJDA,* 1987, p. 102, note WACHSMANN (P.).

- ***Tout patrimoine public appartient à une personne publique[59].***

Ainsi, au sein de cette conception du patrimoine public, la propriété (publique) occupe une place centrale. Autrement dit, le point névralgique de la théorie du patrimoine public telle que présentement conçu, c'est la propriété. Autrement dit encore, le patrimoine public ne se conçoit que par la propriété : elle est l'outil, le mécanisme de réservation par excellence, qui permet d'acquérir du contenu (biens publics) à placer dans un contenant (patrimoine public). Or, il n'y a là rien d'étonnant, dans la mesure où le patrimoine, puisant clairement sa source dans une philosophie individualiste, place, par essence, l'individu au centre de l'ordre politique et juridique. Il est libre, et est l'égal d'autrui.

C'est précisément sur ce point que la notion de patrimoine public s'éloigne, inéluctablement, de la théorie civiliste du patrimoine. En effet, plus qu'une divergence de fondement, il y a là une opposition frontale dans les assises d'un concept pourtant similaire, sur le plan fonctionnel, en droit public et en droit privé. Par ailleurs, on retrouve dans cette opposition, certains des arguments qui avaient justifié, pendant un temps, la négation de tout droit de propriété sur le domaine public. Le Code civil, ce Code des biens, ce Code du propriétaire, est clairement animé par ce que de nombreux auteurs ont appelé, et appellent encore aujourd'hui, la doctrine de l'autonomie de la volonté. Très souvent développée, voire désormais usée, il ne s'agit pas de revenir ici sur le contenu de cette doctrine et de ses principes directeurs. Simplement, étymologiquement parlant, l'autonomie est la faculté de se donner sa propre loi par la création d'acte juridique. Dans cette théorie, l'Homme est libre par essence. De ce fait, il ne peut être obligé que par sa propre volonté. Ici, l'obligation n'a qu'une seule source : la volonté. Par conséquent, un important pouvoir est reconnu à la volonté. Cela est vrai au niveau de la société tout entière, c'est à dire, au niveau du contrat social, mais cela l'est aussi au niveau des relations individuelles. Le droit civil est indiscutablement empreint de cette philosophie, puisqu'il promeut la liberté, protège l'individu, permet à chacun de protéger ses intérêts, donc il serait inspiré par l'individualisme. Le Code civil serait par conséquent un Code individualiste, libéral. Précisément, l'autonomie de la volonté synthétiserait ces aspects-là. Dès lors, en vertu de la notion d'intérêt général, il est aisé de comprendre pourquoi l'applicabilité

[59] La personnalité publique, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association française pour la recherche en droit Administratif, Lonrai, LexisNexis, Collec. Colloques et Débats, p. 38.

En réalité, il s'agit là d'une adaptation du troisième principe de la théorie civiliste du patrimoine, selon lequel, le patrimoine dure aussi longtemps que dure la personne. En effet, comme il sera vu, la théorie civiliste du patrimoine ne peut être en adéquation avec le patrimoine public.

de la doctrine de l'autonomie de la volonté aux personnes publiques pose problème, en raison de sa dimension individualiste. En effet, cette vision ne correspond pas, *a priori,* à ce qu'est l'administration en France : dans la tradition française, l'administration est un instrument, un rouage, une mécanique, qui n'aurait pas de volonté propre. Et à supposer qu'elle ait une volonté, alors il s'agirait d'une volonté non autonome, bornée par l'intérêt général. Par ailleurs, selon Bertrand Seiller, l'activité administrative exclut la recherche prioritaire du profit personnel : c'est une activité désintéressée qui tend à la satisfaction, encore et toujours, de l'intérêt général. Echappant à toute définition positive, cette dernière notion ne semble se comprendre, selon Bertrand Seiller, que relativement : *« Plus que la simple somme des intérêts particuliers, il les transcende pour promouvoir l'unité de la société »*[60].

Précisément, c'est cette philosophie, celle de l'intérêt général, qui innerve en l'occurrence la notion de patrimoine public (et non pas la philosophie individualiste). La théorie du patrimoine public ne peut se confondre avec la théorie civiliste du patrimoine. Cette dernière est même inadaptée à une quelconque réception, en l'état, par le droit public. De surcroît, à l'occasion d'un colloque portant sur la personnalité publique, Philippe Yolka dit que :

*« Toutes les conséquences n'ont pas été déduites de la liberté patrimoniale en droit administratif, comme si l'unité domaniale originelle conservait une consistance (reflet en droit des biens, peut-être, d'un inachèvement de la théorie de la personnalité publique) […]*

*Récupérer la théorie* [civiliste] *du patrimoine impliquerait donc de l'extraire de sa gangue philosophique, d'opérer une véritable « dé-kantation ». Le risque de travestissement n'est pas mince »*[61].

Enfin, la notion de patrimoine public n'a pas encore à son actif (s'il est possible de l'écrire ainsi), la même ancienneté, et donc, la même expérience pratique que la théorie civiliste du patrimoine. Par conséquent, il faut encore la travailler, il faut encore lui permettre de se tromper, afin qu'elle puisse évoluer, complètement, vers une conception plus moderne, et sans nul doute plus adaptée à la culture administrative française (B).

[60] SEILLER (B.), *Droit administratif, Tome 1 : Les sources et le juges – Tome 2 : L'action administrative,* Barcelone (Espagne), Flammarion, Collec. Champs Université, 4ème éd., p. 17 à 18.

[61] La personnalité publique, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association française pour la recherche en droit Administratif, Lonrai, LexisNexis, Collec. Colloques et Débats, p. 45.

## B. LE PATRIMOINE *LATO SENSU*

Parler de patrimoine au sens large, de « patrimoine moderne » en droit public, peut sembler dangereusement énigmatique. En effet, outre le caractère très sibyllin du raisonnement, la démarche pourrait, par manque de vigilance, conduire la réflexion sur un terrain hors-limite de l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. C'est précisément la raison pour laquelle la méthodologie adoptée se veut pédagogique et balisée, afin que l'axe directeur de la présente étude soit respecté.

En réalité, évoquer les nouvelles conceptions du patrimoine se trouve fort à propos. En effet, il va s'agir d'envisager le patrimoine public indépendamment de la personne publique propriétaire, ou plus précisément, à un degré d'interdépendance entre propriété et patrimoine beaucoup moins élevé que dans la conception classique précédemment évoqué. Autrement dit, ici, le patrimoine va être considéré de manière objective, c'est-à-dire, comme étant une masse de biens[62] affectés à un but. Ce but ou cette communauté d'affectation viendrait souder les éléments ente eux. Par exemple, en vertu de cette conception, il serait possible de considérer qu'il existe un patrimoine familial : en réalité, seraient affectés à ce patrimoine tous les biens de famille. Par conséquent, l'idée est que le patrimoine pourrait exister sans forcément rattacher les biens qui le composent à un droit de propriété (qui lui-même serait rattaché à une personne[63]), mais tout simplement parce qu'ils servent, partagent, et participent à un but commun. La principale conséquence de cette conception du patrimoine serait qu'une personne morale de droit public pourrait ainsi être titulaire de plusieurs patrimoines : tout dépendrait de l'affectation donnée aux biens lui appartenant. A titre d'illustration, la création (ou l'acquisition) de sociétés dites publiques, ou bien d'économie mixte, par une collectivité territoriale par exemple, démontre bien la cohabitation de deux patrimoines grâce à la fiction du contrat social : d'une part, le patrimoine propre de la collectivité territoriale dans lequel s'insèrent les actions de la société publique et d'autre part, le patrimoine de ladite société publique.

[62] Pour des raisons de simplicité et de clarté, le terme de « biens » a été ici préféré. Les actifs immatériels (création de valeur, droits, etc.) seront abordés et traités dans le développement suivant consacré au patrimoine immatériel.

[63] Attention, ici, il ne s'agit pas d'ignorer la personne, mais simplement, d'accorder une importance moindre au droit de propriété qui peut la lier au bien.

Mais plus encore, cette conception nouvelle du patrimoine trouve un prolongement dans des visions beaucoup plus « holistes » de la notion. En effet, aujourd'hui, les textes normatifs font de plus en plus référence à des patrimoines tel que :

- ***Le patrimoine commun de l'humanité (fonds de mer, océans, lune, ressources naturelles) ;***
- ***Le patrimoine commun de la nation (composé de l'eau[64], de la langue française, et du territoire français) ; ou encore,***
- ***Le patrimoine spirituel et moral de l'Union Européenne (présent dans le Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne).***

Autrement dit, le rapport aux valeurs patrimoniales évolue. Le patrimoine n'est plus tant ce que possède la personne publique, mais davantage ce qui la constitue. La propriété publique, précédemment présentée comme l'élément central de la théorie du patrimoine public, est ici reléguée à un rôle beaucoup plus périphérique. Plus encore, elle ne constitue plus le mécanisme de réservation par excellence : dans cette conception, et comme il sera vu, certains des actifs composant le patrimoine public s'affranchissent même de toute propriété publique. Ainsi, le patrimoine public ne se contente pas de se « désencastrer » du droit de propriété : désormais, c'est lui qui vient le saisir, et ne la conçoit que comme un mécanisme de réservation parmi d'autres[65]. Cette nouvelle conception du patrimoine a pour principal mérite, parmi ceux qu'elle offre, de comprendre en son sein certains actifs immatériels comme les savoir-faire, sur lesquels les collectivités territoriales ne possèdent la plupart du temps aucun droit de propriété intellectuelle, et dont elles tirent pourtant un bénéfice en termes de réputation ou de renommée[66]. Par ailleurs, Jean-Jacques Casteret, Ethnomusicologue, précise que :

*« Provoquant un engouement pour la patrimonialisation du vivant, et une appropriation politique de manifestations culturelles,* [cette vision du patrimoine] *serait une façon de*

[64] Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, *JORF* n° 3, 4 janvier 1992, p. 187.

[65] *Supra* p. 16.

[66] Ainsi en est-il par exemple de la viticulture pour le village de Chateauneuf-du-Pape dans le Vaucluse.

*réintroduire la communauté dans la société, et de permettre à ses membres de devenir propriétaires de ce patrimoine et sujets de droit »*[67].

Aussi, dans l'étude d'un sujet portant sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, cette conception du patrimoine public sera largement préférée à la précédente, en ce que d'une part, elle n'exclut pas la propriété publique, et d'autre part, elle n'est pas pour autant limitée par elle.

De surcroît, cette nouvelle vision de la notion de patrimoine, celle d'un patrimoine pris comme un ensemble de biens affectés à un but, indépendamment de la personne propriétaire, a reçu un bel écho avec la consécration en 2004 d'un véritable Code du patrimoine[68]. A son article L. 1er, il dispose que :

*« Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ».*

Bien que ce Code évince à son tour les questions immatérielles, il s'agit de l'un des seuls textes désignant les biens couverts par la protection du Code. Qui plus est, à la lecture de la présente liste, il est possible de dire que s'est produite une véritable révolution de la notion de patrimoine. En effet, aujourd'hui, le patrimoine doit être témoin du temps, d'une époque. Par ailleurs, une partie de la doctrine poussera tellement loin l'analyse en ce sens, qu'elle en conclura à une vision négative du patrimoine, en affirmant que celui-ci serait le rangement de ce qui est mort, et la dévitalisation de ce qui survit[69]. Or, il convient de ne pas glisser dans un tel écueil : le patrimoine n'est pas un vieux concept révolu figé par le temps et l'histoire. Comme il sera vu, il peut également incarner un véritable vecteur de modernité synonyme d'avenir.

En cela, cette nouvelle vision du patrimoine présente des liens évidents avec la conception classique telle qu'érigée par Aubry et Rau. Ces connexions sont au nombre de deux.

---

[67] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[68] Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine, *JORF* n° 46, 24 février 2004, p. 37048.

[69] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

D'une part, dans la conception moderne, comme dans la conception traditionnelle, le patrimoine reste quelque chose qui doit être transmis intact aux générations futures (autrement dit, protéger pour transmettre). D'autre part, les conceptions traditionnelle et moderne accordent toutes les deux une place prépondérante à l'Homme. Il est toujours présent. En revanche, son positionnement diffère, voire s'oppose d'une conception à l'autre. Dans la conception traditionnelle, l'Homme est envisagé en tant qu'individu pris indépendamment du reste de la société : il existe une relation « verticale » entre la personne et son patrimoine. Cette relation est isolée du reste de la société dont elle est séparée de manière tout à fait étanche. *A contrario,* dans la conception moderne, l'Homme est envisagé en tant que communauté. Les individus pris un à un « ne comptent pas » : c'est précisément le but pour lequel ils se rassemblent qui motive la protection du « patrimoine collectif », et auquel les personnes sont toutes rattachées de manière égale. Autrement dit, la conception classique du patrimoine fait une place à l'homme, tandis que la conception moderne fait une place à l'Homme.

Mais cela étant dit, et pour en revenir à un niveau d'abstraction moins élevé malgré l'extrême nécessité des dernières réflexions, quelles en sont les incidences sur le patrimoine public ? Pour quelle conclusion ? Voire pour quelle définition ? Le moins que l'on puisse dire, c'est que la notion de patrimoine public a connu une évolution extrêmement rapide en droit public. Le concept a tout juste été évoqué, a à peine commencé à produire ses effets en termes de gestion des biens publics, en est à ses balbutiements dans les enseignements universitaires, qu'il a déjà dû muter pour comprendre en son sein les nouvelles perspectives dictées par l'intérêt général. Et même encore au-delà, à ce jour, la « simple » notion de patrimoine public ne jouit encore (en jouira-t-elle un jour ?) d'aucune définition conceptuelle, que les professionnels du droit s'adaptant à l'inéluctable évolution sociale se posent maintenant la question d'un patrimoine immatériel public (Section 2). Par ailleurs, Norbert Foulquier lui-même parle d'un « régime sans notion ? »[70]. Toutefois, ces quelques lignes n'ont pas pour objet de créer ce qu'il serait possible d'appeler une « psychose du patrimoine public ». Au contraire, est-il nécessaire de rappeler une énième fois l'objet de recherche de la présente étude ? En outre, comme il a été dit plus haut[71], pratiquer un concept en pleine construction reste le moyen privilégié afin d'en assoir correctement les fondements. Simplement, il convient de souligner le danger bien présent à raisonner sur un concept encore mal assis. D'où la « politique d'extrême prudence » qui devra

[70] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 7.

[71] *Supra* p. 36.

nécessairement innerver l'ensemble de l'étude. Par ailleurs, ce dernier constat ne fait que souligner le devoir de veille du présent travail dans une période de transition maintenant bien amorcée.

## SECTION 2

## L'ELARGISSEMENT DU PATRIMOINE PUBLIC AU CHAMP DE L'IMMATERIEL

Dans la plupart des manuels et des enseignements universitaires, qu'il s'agisse de droit administratif des biens ou de droit civil des biens, les premiers développements sont systématiquement consacrés au contenu du patrimoine, c'est-à-dire, aux biens et aux droits eux-mêmes. Ils sont identifiés, conceptualisés, catégorisés, classés, pour une application uniforme du droit. Après seulement, sont-ils « patrimonialisés », conçus comme un ensemble comptable. Autrement dit, l'étude du « contenant », l'étude du patrimoine, intervient dans un second temps. D'une très juste pédagogie, cette démarche présente en outre le mérite de fixer les bases conceptuelles nécessaires à la compréhension de la notion très concrète d'universalité, et selon laquelle les biens et les droits composant l'actif du patrimoine, viennent en compenser le passif. Mais pour cela, il convient d'avoir identifié auparavant, et avec exactitude, ce que sont ces actifs.

Or, l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, pour sa part, peut-elle suivre la même méthode ? L'approche a été tentée[72] et a échoué. En effet, l'étude préliminaire de la notion de bien public en a conclu au caractère exclusivement corporel, matériel : le CG3P en constitue même la plus belle des illustrations. De surcroît, comme il a été démontré jusqu'ici, la notion de patrimoine public est en pleine construction. Par ailleurs, les biens saisis par ce patrimoine sont *a fortiori* des biens corporels. Plus encore, commencer par l'étude des biens publics dans le domaine immatériel, reviendrait à qualifier, instinctivement, les biens composant le patrimoine public immatériel, de « biens publics incorporels ». Cependant, cette qualification ne convient pas, ne serait-ce que sur un plan terminologique. En effet, d'une part, parler de « biens » sur un tel sujet, c'est céder à l'aisance de l'évidence. Il est vrai que qualifier de biens les « valeurs immatérielles » permettrait une meilleure appréhension

[72] *Supra* p. 18 et s.

de la notion par le CG3P. Qui plus est, sans même parler du Code de 2006, la notion de bien est sans nul doute plus familière (et donc beaucoup plus fédératrice) à l'ensemble de la doctrine qui marcherait alors en terrain « balisé ». Cela étant, est-il certain que la qualification de bien public incorporel recouvre l'ensemble des réalités existantes ? L'immatériel, ne recouvrerait-il pas également des droits (ou autres) détenus par les administrations locales ? Comme il sera vu, la réponse à cette dernière question est évidemment positive, de sorte que le terme de bien ne convient pas, car trop restrictif. D'autre part, le terme « d'incorporel » est-il lui-même adéquat ? Dans les dictionnaires encyclopédiques, l'incorporel est unanimement défini comme étant ce qui n'a pas de corps, ce qui n'est pas matériel, ou encore, ce qui est immatériel. Pour sa part, l'immatériel, lui, se définit comme étant ce qui n'a pas de consistance corporelle. Le raisonnement s'enlise très vite, et de manière tout à fait vicieuse. Autrement dit, « en sens commun », incorporel et immatériel sont synonymes. Par conséquent, l'utilisation de l'un ou l'autre terme ne devrait avoir aucune incidence. Or en réalité, sur le plan juridique, il convient impérativement de les distinguer. En effet, le terme « d'incorporel » sera utilisé, en droit positif, lorsque la réflexion menée mettra en jeu des attributs de la propriété. C'est ainsi qu'en droit privé, la doctrine intellectualiste, notamment, parle facilement de biens et/ou droits incorporels : il s'agit du droit de la propriété intellectuelle. De même, en droit public, l'immatériel approprié est désigné (entraînant une confusion des notions), par les termes de propriétés incorporelles[73]. Autrement dit, derrière « l'incorporel » se love le spectre, « la main invisible », de la propriété. Pourtant, et comme il a été évoqué plus haut, le patrimoine public se détache clairement de la propriété, qu'il considère comme un de ses moyens d'expression les plus sollicités, mais non exclusif. Le patrimoine immatériel, prolongement du patrimoine public, n'échappe pas à la règle (§1). C'est aussi ce qui justifie, et de manière tout fait corollaire, que les termes d'actif immatériel public soient préférés à ceux de bien public incorporel (§2).

Ces dernières précisions sont d'autant plus importantes que le caractère immobilier de la propriété publique a conduit les manuels de droit administratif des biens (pour achever ainsi le raisonnement sur ce point) à des développements sur le « domaine public immatériel » particulièrement succincts. En effet, au sein des manuels de droit qui évoquent les questions liées à l'immatériel, celui-ci occupe une portion congrue. De surcroît, ils se contentent de poser brièvement la question de savoir si les valeurs immatérielles doivent être analysées comme des

[73] Voir en ce sens la thèse de Claire Malwé : MALWE (C.), *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique,* dir. René Houstiou, Nantes, Thèse, 2008, 762 pp.

biens ou des droits (le débat est devenu récurrent), cette qualification étant déterminante de l'applicabilité du CG3P tel qu'il est actuellement rédigé. Après quoi, il est possible de lire quelques développements épars sur les actions de société.

## §1 – UN PATRIMOINE IMMATERIEL DETACHE DE LA PROPRIETE

Contrairement à ce que les développements précédents ont pu laisser entendre, les « valeurs immatérielles publiques » ne sont pas une nouveauté de l'ordre juridique français. Sous l'Ancien Régime, la Couronne dispensait privilèges, charges, et offices, contre redevances. Sous la Révolution, la Nation a étendu la potentialité de ces valeurs en réformant en profondeur le droit de la propriété intellectuelle, et en reconnaissant, entre autres, l'existence de droits d'image attachés aux monuments. Par ailleurs, Claire Malwé fit remarquer dans sa thèse que, dès le XIX$^{ème}$ siècle, le patrimoine public, y compris dans ses aspects immatériels, faisait l'objet d'une diffusion pédagogique. Autrement dit, l'immatériel public a toujours contribué à l'évolution du patrimoine public. Longtemps ignoré, parfois même oublié, il fait aujourd'hui l'objet d'une redécouverte sans précédent, ainsi que d'une attention constante. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat le dit lui-même :

*« Le paradoxe est toutefois bien réel : depuis quelques années, le patrimoine immatériel fait l'objet d'une redécouverte alors qu'il a toujours constitué une part importante du patrimoine des personnes publiques »*[74].

Mais qu'est-ce que le patrimoine immatériel ? S'il est parfaitement légitime que certains auteurs s'étonnent de sa redécouverte dans la mesure où il a toujours existé, pour autant, force est de constater que, malgré ses origines aux racines plus profondes qu'il n'y paraît, le patrimoine immatériel ne bénéficie pas de stabilité conceptuelle (A). Plus encore, celle-ci est-elle possible ? Serait-elle nécessaire dans une approche comptable de la notion (B), laquelle se soucie moins des concepts que d'un strict équilibre financier ?

### A. PATRIMOINE IMMATERIEL : ESSAI D'UNE DEFINITION

En raison de l'instabilité de la notion, il convient d'identifier les pistes susceptibles d'incarner un point de repère permettant, dans un premier temps, d'orienter le raisonnement.

[74] Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat le 16 mars 2012 à l'Ecole Nationale de l'Administration, Paris, La documentation française, Collec. Droits et Débats, p. 10.

La première des bases de réflexion reste sans nul doute la définition posée par la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, du 17 octobre 2003, souhaitée par l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture (UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization). A son article 2, alinéa 1er, elle définit le *patrimoine culturel immatériel* de la manière suivante :

*« On entend par "patrimoine culturel immatériel" les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable ».*

Bien que partielle, cette définition présente tout de même des éléments convergents avec la notion de patrimoine immatériel. Malheureusement, les divergences sont trop profondes pour permettre l'élaboration d'un contenu conceptuel du patrimoine immatériel sur cette seule base.

Ainsi de nombreux éléments convergent. Bien que très partielle, la définition du patrimoine culturel immatériel présente au moins le mérite de concevoir le patrimoine immatériel, non plus par ce que possède la personne publique, mais bien par ce qui la constitue[75]. D'une extrême précision (le patrimoine culturel immatériel semble être constitué d'un certain nombre de « valeurs » dont la liste ainsi dressée semble exhaustive), ce patrimoine reste quelque chose qui doit être conservé, pour être transmis intact aux générations futures : plus qu'une simple projection économique, le patrimoine immatériel deviendrait alors un véritable vecteur d'identité. Il incarne, il est, la communauté (et non pas seulement l'individu pris isolément) qui le détermine, et le fait évoluer au gré des mutations sociales. Il est sa mémoire, ses coutumes, ses traditions. Par ailleurs, l'enjeu de protection ici assuré se comprend aisément : quelles qu'en soit les raisons, il peut arriver qu'une population soit en voie

[75] *Supra* p. 32 et s.

d'extinction. Sa culture, elle en revanche, est intemporelle. De surcroît, cette définition présente également l'avantage d'inhiber la fausse idée selon laquelle tout patrimoine s'exprime nécessairement par la propriété. Ici, le patrimoine culturel immatériel est bien constitué *« [de] pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire […]- que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel ».* Autrement dit, quel que soit le titulaire du droit de propriété (à supposer qu'il existe) sur chacun des éléments composant le patrimoine culturel immatériel, la valeur immatérielle, l'actif immatériel, est intégré(e) au patrimoine dès l'instant d'une reconnaissance par la communauté. Par conséquent, dans la notion de patrimoine immatériel, la propriété est encore présente, mais elle n'est plus déterminante. L'angle de vue est radicalement différent.

Mais cette définition présente des divergences beaucoup trop importantes pour que les points communs qu'elle pourrait présenter avec la notion de patrimoine immatériel constituent la seule et unique base de son élaboration. D'abord, la notion de *patrimoine culturel immatériel* est beaucoup trop réductrice par rapport à ce qu'incarne le patrimoine immatériel beaucoup plus large. La culture n'est pas la seule dimension du patrimoine immatériel : comme il sera vue, celui-ci comprend également en son sein de véritables stratégies de fonctionnement, tel que le markéting public, l'ingénierie publique, ou encore, le management territorial. En réalité, le patrimoine culturel immatériel ne serait que l'une des deux dimensions composant le patrimoine immatériel public. Celui-ci formerait ainsi une dichotomie avec :

- ***Une approche statique effectivement incarnée par le patrimoine culturel immatériel ;***
- ***Une approche dynamique incarnée par les différentes stratégies de fonctionnement.***

Ensuite, la définition du patrimoine culturel immatériel ignore complètement la dimension économique du patrimoine immatériel. En effet, elle n'évoque pas les bénéfices (directs ou indirects, pécuniaires ou autres) que la communauté est susceptible d'en tirer. En troisième et dernier lieu, la définition du patrimoine culturel immatériel ne saurait fournir à elle seule une assise suffisamment solide au patrimoine immatériel public, en ce que le premier reste beaucoup trop vague sur ses acteurs. Il parle de communauté, de groupes, d'individus, sans davantage de précisions sur leur qualité, leur légitimité, ou encore, leur statut. Par ailleurs, cela se comprend aisément : le patrimoine culturel immatériel n'a pas été conçu pour « muter » dans un second temps en patrimoine immatériel public. Il a été simplement imaginé pour constituer l'une de ses deux approches.

Ainsi, la définition du patrimoine culturel immatériel est largement insuffisante. Pour autant, est-il possible de déduire de ses imperfections une exacte définition du patrimoine immatériel des collectivités territoriales ? En vertu des réflexions menées jusqu'ici, il serait alors possible de dire que *« le patrimoine immatériel est constitué par tout actif immatériel, objet d'une propriété publique ou non, présentant un intérêt culturel ou stratégique, et dont la collectivité territoriale tire un bénéfice plus ou moins direct ».* On l'aura compris, au sein de cette définition, et très logiquement, la notion « d'actif immatériel » occupe une place tout à fait centrale. De surcroît, certains de ces actifs sont clairement détachés de la propriété publique, qui pour autant, n'est pas ignorée. Mais cette définition, se suffit-elle à elle-même ? En réalité, rien n'est moins sûr, car elle présente de nombreux écueils, certains décelables, d'autres qui ne le sont pas encore, et dont la résolution n'est pas certaine dans un futur immédiat. Est-ce à dire pour autant que la notion de patrimoine immatériel des collectivités territoriales est instable ? La réponse à cette question dépend du prisme au travers duquel le patrimoine est observé. En effet, au même titre que l'intérêt général par exemple, il semblerait que le patrimoine immatériel public soit à ranger parmi les notions fonctionnelles du droit administratif, chères au Doyen Vedel qui les a imaginées[76], c'est-à-dire, parmi ces notions qui ne jouissent pas d'un contenu conceptuel précis, mais dont la composition et les contours sont suffisamment clairs pour permettre son appréhension par le droit. En cela, le patrimoine immatériel s'oppose aux notions conceptuelles, qui elles, sont dotées d'un contenu précisément défini. Si cette notion de patrimoine pâtit d'une instabilité conceptuelle, elle jouit en revanche d'une stabilité fonctionnelle. Ce constat est-il regrettable ? En l'état d'avancement des travaux portant sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, rien ne permet de le penser. En effet, définir un concept, c'est préciser. Mais définir un concept, c'est également limiter. Dès lors, est-ce qu'en l'état actuel de la construction du patrimoine immatériel public, il est possible, voire souhaitable, que celui-ci soit d'ores-et-déjà défini ? Sa construction est-elle achevée ? Peut-elle être jugée comme telle ? Le principal avantage d'une notion fonctionnelle, c'est que le législateur et le juge, aidés en cela des diverses interprétations doctrinales, sont « encore » libres d'en déterminer le contenu et les contours. Ils peuvent les compléter, les faire évoluer, les faire muter, les adapter, au gré des besoins nouveaux et des imperfections constatées. Autrement dit, ils peuvent expérimenter la notion. Ce n'est qu'une fois que la Loi et la Jurisprudence sont stabilisées, qu'une politique législative et jurisprudentielle se dessine sur le sujet, que les mêmes

[76] VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* Paris, Dalloz, Collec., « Bibliothèque Dalloz », 632 pp.

solutions reviennent, et si le besoin s'en fait sentir (en général exprimé par les praticiens et professionnels du droit), que l'assise conceptuelle peut être envisagée. Or, tel n'est pas (encore) le cas pour le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, qui en outre, doit comprendre en son sein les particularités propres aux acteurs qu'elle désigne, et non pas seulement aux personnes publiques dans leur ensemble.

Par ailleurs, ces précisions sont d'autant plus importantes que la conceptualisation de la notion de patrimoine immatériel est clairement déterminante de son approche comptable (B). En effet, si les aspects théoriques de la notion doivent être encore définis, les enjeux pratiques qui en résulteront n'ont pas échappé aux professionnels de la finance. Le « tout » accentué par une rigueur budgétaire sans précédent, les richesses attendues de l'exploitation du patrimoine immatériel sont regardées comme une source « inépuisable » de revenus, dont la perception permettra, l'espérons-nous, de rétablir l'équilibre des comptes publics. De surcroît, dans leur rapport intitulé *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain,* remis en décembre 2006 au Ministre des Finances, de l'Economie, et de l'Industrie, Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet, Co-présidents de la Commission de l'économie sur l'immatériel, énoncent très clairement que :

*« Aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas matérielle, elle est immatérielle. C'est désormais la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenu l'avantage compétitif essentiel »*[77].

Le constat est sans appel.

## B. L'APPROCHE COMPTABLE DU PATRIMOINE IMMATERIEL

*« Un pan de la réalité* [le patrimoine immatériel] *semble donc avoir échappé, au moins en partie, à notre droit et rattrapés par des impératifs économique et budgétaire, qui ne peuvent être éludés »*[78].

Jusqu'au début des années 2000, le patrimoine public n'était absolument pas conçu comme une universalité de droit au sein de laquelle l'actif répond du passif. Au contraire, Caroline Chamard-Heim, parle du patrimoine public comme d'une « universalité publique » se

[77] LEVY (M.), JOUYET (J.-P.), L'économie de l'immatériel, la croissance de demain, Rapport remis au Ministre des Finances, de l'Economie, et de l'Industrie, Décembre 2006, Paris, La documentation française, Collec. Rapports publics, p. 1.

[78] Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, *ibid.*

caractérisant par le fait que seuls certains biens répondent de l'ensemble des obligations de l'administration. En effet, en raison de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité des biens affectés au domaine public, seuls les biens affectés au domaine privé (minoritaires) garantissent les dettes de l'administration, et rassurent (en partie) les créanciers chirographaires. Par conséquent, même dans une vision purement économique du patrimoine, le patrimoine public ne saurait correspondre en tout point à la théorie civiliste du patrimoine : il ne constitue en réalité qu'une simple universalité de fait. Par ailleurs, Caroline Chamard-Heim le dit très bien : *« Il ne s'agit pas d'une simple nuance, mais d'une véritable atteinte au principe même de l'universalité de droit. Il y a bien, entre les deux universalités, une différence de nature, non pas seulement une différence de degré »*[79].

Toutefois, il y eut une évolution en 2001, qui pourrait laisser croire au commencement du long et lent processus de passage d'une universalité de fait à une universalité de droit du patrimoine public. En effet, dans son article 27, la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), du 1er août 2001[80], dispose que :

*« Les comptes de l'Etat doivent être réguliers, sincères, et donner une image fidèle de son patrimoine et de sa situation financière ».*

Et la loi d'ajouter dans son article 30 que :

*« La comptabilité générale de l'Etat est fondée sur le principe de la constatation des droits et des obligations ».*

De surcroît, concernant les collectivités territoriales, les impératifs sont les mêmes depuis qu'une mesure d'instruction a clairement été rendue en ce sens. Les biens composant le patrimoine public sont en train de se « comptabiliser », à chaque actif devant être associé une valeur économique.

Quid du patrimoine immatériel ? Comme il sera vu, les actifs appropriés composant le patrimoine immatériel sont (trop facilement ?) affectés au domaine privé des collectivités territoriales. L'aspect pratique n'est plus à démontrer : l'actif du patrimoine public doit véritablement « être gonflé », afin d'en équilibrer le passif. En outre, le contenu du patrimoine

[79] CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la notion de bien public,* Thèse, Lyon, Dalloz, 2004, p. 554.

[80] Loi n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, *JORF* n° 177, 2 août 2001, p. 12480.

immatériel est en évolution constante : évalué à 735 millions d'euros en 2007, il a été estimé à 13 milliards d'euros en 2008[81]. Claude Rubinowicz, ancien Directeur général de l'APIE, explique cette évolution exponentielle par le fait que l'APIE, en étroite collaboration avec la Direction générale des finances publiques et la Cour des comptes, ont mis au point une méthodologie suffisamment fiable pour identifier de nouveaux actifs[82].

Par ailleurs, ce constat pose une question fondamentale, à savoir, celle de l'indépendance de la notion de patrimoine immatériel. Le patrimoine immatériel, est-il une notion indépendante ? Est-il détaché du patrimoine public, ou bien, en constitue-t-il un prolongement ? Une double réponse peut être apportée. D'un point de vue comptable, le patrimoine immatériel est composé d'actifs non monétaires, sans substance matérielle, mais susceptibles de générer des avantages économiques futurs ou une capacité d'offre de services potentielle[83]. Par conséquent, dans cette conception, le patrimoine immatériel n'est qu'un simple vecteur économique, un simple vivier de valeurs, lesquelles viennent se fondre dans le patrimoine public en visant encore et toujours le parfait équilibre financier. Autrement dit, ici, le patrimoine immatériel n'est qu'un simple prolongement du patrimoine public. D'un point de vue juridique[84], le patrimoine immatériel reste inéluctablement rattaché au patrimoine public. Pour autant, il n'y perd pas en visibilité, dans la mesure où, par sa dimension « identitaire », il transcende la vision purement économique du patrimoine public, et suscite dans l'esprit des groupes d'individus, un fort sentiment d'appartenance culturelle. Autrement dit, ici, le patrimoine immatériel ne se détache toujours pas du patrimoine public dont il constitue un des « deux modes d'expression » (le matériel, l'immatériel), il n'est pas indépendant, mais il en reste en revanche parfaitement autonome. Par ailleurs, dans un souci d'unité de la notion de patrimoine public, en pleine construction, est-il nécessaire de le rappeler, ce constat est préférable. Quoi qu'il en soit, la frontière est ténue. Qui plus est, et comme il sera vu, le débat de l'indépendance ou de l'autonomie de la notion de patrimoine immatériel n'est que la simple manifestation d'une confrontation beaucoup plus large, et ô combien plus importante, entre la

[81] Chiffres concernant le patrimoine immatériel de l'Etat.

[82] Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, *op.cit.,* p. 27.

[83] Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, *op.cit.,* p. 26.

[84] *Supra* p. 41 et s.

rigueur du vocabulaire juridique, et les impératifs financiers. La meilleure illustration en reste sans nul doute les interrogations liées à la notion d'actif immatériel (§2).

## §2 – LE CONTENU DU PATRIMOINE IMMATERIEL : LA NOTION D'ACTIF IMMATERIEL

La notion d'actif immatériel est tout à fait centrale dans l'élaboration d'un « droit de l'immatériel public ». Toutefois, la carence conceptuelle qui caractérise le patrimoine immatériel se retrouve inéluctablement au sein des actifs qui le composent. Qu'est-ce qu'un actif immatériel public ? Contrairement au patrimoine immatériel, ici, les essais de définition, ne manquent pas. Qui plus est, si la très grande majorité d'entre elles sont encore beaucoup trop larges, le travail de réflexion ainsi mené permet d'identifier avec exactitude ce que sont ces actifs, ou encore, la qualification qu'ils seraient éventuellement susceptibles d'adopter. Ainsi, malgré la diversité des propositions, un point converge, à savoir, la création de valeur : les actifs immatériels sont de puissants vecteurs de modernité économique, porteurs d'avenir (A). Par ailleurs, c'est aussi la raison pour laquelle on parle d'actif immatériel, et non pas d'actif incorporel : dès qu'il existe une valeur, celle-ci doit alors pouvoir être réservée quel qu'en soit le moyen, dont la propriété n'est qu'un mécanisme (B).

### A. UNE CREATION DE VALEUR, SYNONYME DE MODERNITE ECONOMIQUE PORTEUSE D'AVENIR

Danielle Bourlange, actuelle Directrice générale de l'APIE, a défini les actifs immatériels de la manière suivante :

« [Il s'agit] *d'éléments de nature extrêmement diverse, et ne faisant l'objet d'aucune définition juridique englobante, systémique, ou générique »*[85].

Selon elle, ce qu'elle appelle le « capital immatériel », se présente en quatre sous-ensembles, à savoir :

- ***Le capital structurel :*** Les savoir-faire, les brevets, les méthodes, les innovations, les marques, les systèmes d'information, les données ;

[85] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

- ***Le capital relationnel :*** La satisfaction des usagers, l'image, la réputation, les partenariats, les lieux symboliques ;
- ***Le capital humain :*** L'expérience, les compétences, la motivation, le climat social, l'adhésion à des projets ;
- ***Le capital naturel[86] :*** Qualité de l'air, du paysage, capital structurel.

Par ailleurs, l'emploi du terme « capital » montre bien cette idée de création de valeur, facteur de croissance, et insérée dans un patrimoine.

Cette « définition » de l'APIE semble beaucoup plus élaborée que celle qu'elle avait pu dégager par le passé, ce qui traduit une nette évolution dans la prise de conscience, et dans la progression de la réflexion sur le patrimoine immatériel. En effet, pour sa part, Claude Rubinowicz, ne définissait pas avec davantage de précision la notion d'actif immatériel, mais les classait néanmoins en trois catégories, à savoir :

- ***Les droits de propriété industrielle :*** Les marques, les brevets, les modèles ;
- ***Les droits liés à la propriété littéraire et artistique :*** Le droit d'auteur, le droit de producteur de bases de données ;
- ***Les droits spécifiques que détient l'Etat :*** Le droit de lever l'impôt, le droit d'instaurer des quotas, le droit d'instaurer une limite à l'accès au domaine public.

Cette définition semble à la fois beaucoup plus réduite, et beaucoup plus incertaine que la précédente. Beaucoup plus réduite d'une part, en ce qu'elle se contente, dans deux de ses catégories, de définir les actifs immatériels en les limitant aux seuls droits de la propriété intellectuelle. Autrement dit, comparée au concept dégagé par Danielle Bourlange, la définition de Claude Rubinowicz ne correspondrait, en très grande partie, qu'au seul capital structurel. Beaucoup plus incertaine d'autre part, cette définition des actifs immatériels l'est pour deux séries de raisons. D'abord en ce qu'elle considère que la troisième catégorie d'actifs, les « droits que détient l'Etat », de lever l'impôt et autres, constituent de véritables droits patrimoniaux, évaluables, et donc, cessibles, transmissibles, prescriptibles, saisissables. La réflexion n'avait peut-être pas cet objet, pour autant, juridiquement parlant, c'est la conclusion qu'elle prône. Or, selon Pierre Delvolvé, le raisonnement ne tient pas : ces droits sont des prérogatives de

[86] Capital par excellence des territoires, le capital naturel ne saurait être ignoré dans une étude portant sur les collectivités territoriales.

puissance publique rattachées à la personne même de l'Etat souverain. Il s'agit d'un véritable pouvoir de l'Etat :

*« Ces droits ne sont pas des biens immatériels susceptibles d'être considérés comme l'objet d'une exploitation économique, financière, d'une valorisation, d'une estimation comptable ! […] Même si le droit donne du pouvoir et le pouvoir s'exerce par le droit, il n'est pas possible d'assimiler le pouvoir de règlementer à un bien »*[87].

Cela étant, et comme le fera remarquer Claude Rubinowicz, la Cour des comptes, ainsi que les institutions internationales ont une vision comptable des « prérogatives régaliennes ». Non pas forcément en argent, mais en tant que création de valeur exploitable par l'économie. Il s'agit d'une réalité. Toutefois, se pose la question inéluctable de leur appréhension par le droit : soit il s'agit de prérogatives de puissance publique propres à l'Etat, et rendant aberrante toute idée d'appropriation. Soit il s'agit de droits patrimoniaux effectivement évaluables, mais pouvant être cédés. Si les économistes ont raison, les juristes n'ont pas tort : on le voit, il existe une véritable confrontation d'idéologies, qui va bien au-delà de la simple friction, entre la rigueur de la qualification juridique, et les impératifs financiers. Ensuite, cette définition des actifs immatériels est incertaine, car elle ne semble les considérer que comme des droits. En soi, cette conception n'a rien d'erroné. En effet, la qualification des actifs immatériels publics n'étant pas encore établie, la vision de ces actifs comme des droits est tout à fait concevable. Pour autant, elle ne sera définitivement assise que si la conception en tant que biens est exclue. En outre, une partie de la doctrine envisage même les actifs immatériels en tant que biens, afin de les rendre compatibles avec l'article L. 2111-1 du CG3P, et pourquoi pas, envisager à terme, une protection par la domanialité publique de certains de ces actifs.

Quoi qu'il en soit, le débat est loin d'être tranché. Ce qui est clair, c'est qu'à l'image du droit civil des biens au XX$^{ème}$ siècle, les insuffisances de la notion de bien public, en ce qu'elle n'envisage que l'aspect matériel de la chose, se font aujourd'hui véritablement sentir en droit public. Le droit administratif des biens, par un « jeu de miroir », est confronté aux mêmes difficultés que le droit civil en son temps, qui ont conduit à l'émergence du droit de la propriété intellectuelle. Et cela alors même que *« jusqu'à une période très récente, le mot immatériel ne*

[87] Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, *op.cit.,* p. 28.

*faisait pas partie du vocabulaire public »*[88]. Qui plus est, tout comme le droit civil des biens au début des années 1990, le droit public ne se pose pas (ou plus) la question de l'existence des actifs immatériels : cette existence est désormais acquise. En revanche, la question qui se pose est celle de savoir si ces actifs immatériels peuvent devenir un bien, un droit, une valeur, exploitable ou protégeable. Le débat n'est donc plus du tout le même. Ainsi, l'existence d'actifs immatériels renvoie d'une part, à l'utilité de la création de valeur, et d'autre part, à la possibilité de l'exploitation de cette valeur (que le droit rende possible et régule cette exploitation). Les efforts intellectuels tentant d'apporter une réponse à la question de savoir si les actifs immatériels sont des biens ou des droits, n'ont pas (encore) produit de réponse satisfaisante. Qui plus est, en dépit de la tendance actuelle de la qualification de ces actifs en droits (selon les auteurs), il existe une « volonté sous-jacente » de les voir qualifiés de bien pour intégrer plus facilement les cadres légaux existants, et ainsi éluder l'éventuelle nécessité d'un droit de l'immatériel public. Quoique même dans cette dernière hypothèse fort arrangeante, les problèmes ne manqueront pas de se poser. De surcroît, si le droit civil enseigne que les biens sont forcément des choses, mais que toutes les choses ne sont pas forcément des biens, concernant les actifs immatériels en droit public, il est possible de dire que tous les droits sont forcément des actifs immatériels, mais qu'en revanche, tous les actifs immatériels ne sont pas forcément des droits. Dès lors, quid de la nature juridique des actifs qui n'en sont pas ? La réflexion aboutit dans une impasse.

Une solution pourrait être trouvée dans la jurisprudence de la Cour EDH, et notamment, dans un arrêt du 23 février 1995, dit *Gasus Dosier*[89]. Le problème portait sur une clause de réserve de propriété, et le Gouvernement néerlandais, partie à l'affaire, considérait cette clause comme étant une sûreté réelle, et non pas comme un bien, n'entrant donc pas dans le champ d'application de l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention EDH. Celui-ci dispose que :

*« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ».*

Selon le Gouvernement, la clause de réserve de propriété n'étant pas un bien, la société Gasus Dosier ne pouvait se prévaloir de la protection offerte par cet article. Or, la Cour EDH n'a pas

[88] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, intervention de Danielle Bourlange, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[89] Cour EDH, 23/02/1995, *Gasus Dosier – Und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas,* n° 15375/89.

adhéré à cette argumentation, et a estimé au contraire qu'une clause de réserve de propriété était un bien au sens dudit article. Quel a été le raisonnement des juges ? En réalité, depuis cet arrêt, la Cour EDH considère que tous les droits et intérêts constituant des actifs, sont considérés comme des biens. Autrement dit, dès lors qu'il existe une valeur patrimoniale, on va alors considérer qu'il y a bien. Ainsi, cette vision des actifs dépasse largement la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels (ce qui permet d'englober par exemple, la clientèle, les parts sociales, etc.). Par ailleurs, cela sera le cas des créances, mêmes des créances incertaines, dès lors que leur titulaire dispose de *« l'espérance légitime »* de les voir se concrétiser. Toutefois, en l'espèce, la Cour EDH a considéré qu'il n'y avait pas d'espérance légitime à devenir propriétaire, puisque le droit au respect de ses biens ne joue que pour les biens actuels, il ne garantit pas un droit à devenir propriétaire. Ainsi, cette jurisprudence a eu une influence importante sur celle du droit interne, en particulier sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. En effet, celui-ci a pu considérer qu'une créance détenue sur l'Etat par un organisme de gestion d'un établissement scolaire, était un bien. En revanche, ledit Conseil reste réticent sur les créances susceptibles de naître d'une jurisprudence établie.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence *Gasus Dosier* est d'une aide précieuse dans l'opération de qualification des actifs immatériels, de même que dans leur identification. Elle enseigne qu'une disposition contractuelle, ou même, qu'une créance, valeur immatérielle s'il en est, peuvent constituer un bien. Le raisonnement de la doctrine administrativiste, tout comme l'a fait en son temps la doctrine civiliste dans la construction de la notion de bien, pourrait s'appuyer sur cette première base, afin de donner des assises solides à la notion d'actif immatériel public. Or à l'heure actuelle, celle-ci reste assez vague sur le plan conceptuel, suivant ainsi, et assez logiquement d'ailleurs, le caractère « fonctionnel » du patrimoine immatériel. En réalité, plus qu'une définition, les actifs immatériels semblent s'identifier, en pratique, par la technique du « faisceau d'indices », et au premier desquels figure la création de valeur. La question qui se pose maintenant est celle de la réservation de cette valeur (B) : celle-ci passe-t-elle nécessairement par la propriété ? Comment une collectivité territoriale peut-elle réserver un actif immatériel participant à la composition de son patrimoine immatériel ?

## B. LA PREFERENCE DE L'IMMATERIEL A L'INCORPOREL : LA RESERVATION REPLACEE AU CENTRE DE LA NOTION DE VALEUR

Comme précédemment énoncé[90], le terme d'immatériel a été préféré à celui d'incorporel afin d'écarter toute idée de propriété publique comme moyen exclusif de réservation des actifs composant le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, s'il est évidemment nécessaire que ces actifs soient « réservés », autrement dit, qu'il existe des mécanismes de réservation valorisant et protégeant les actifs immatériels, et permettant ainsi une véritable plus-value sur le patrimoine, le droit de propriété publique est certes l'illustration par excellence de ces mécanismes, mais il n'en est pas le seul. Par ailleurs, ce constat est d'autant plus vrai, qu'à elle seule, la propriété publique ne peut saisir l'ensemble des actifs immatériels, et donc, en offrir une vision globale. Le droit de propriété publique ne saisit que certains actifs immatériels, tels que :

- ***Les œuvres originales de l'esprit, les licences, les brevets (etc.) des collectivités territoriales ;***
- ***Les données publiques leur appartenant ;***
- ***Leurs créances ; ou encore,***
- ***Leurs actions dans les sociétés commerciales ;***
- ***Etc.***

Par conséquent, n'envisager que la seule propriété publique comme mécanisme de réservation des valeurs immatérielles, reviendrait à condamner la réflexion à une approche purement partielle du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Comme il sera vu, il existe en effet des actifs immatériels composant le patrimoine public qui ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété. Philippe Terneyre, en citera quelques exemples[91], tels que :

- ***Les autorisations délivrées par les collectivités territoriales aux opérateurs économiques ;***
- ***Le nom des communes, des départements, des régions, ainsi que leurs numéros d'identification ;***
- ***Les œuvres de l'esprit créées par les agents dans le cadre même du service ; ou encore,***

[90] *Supra* p. 46 et s.

[91] TERNEYRE (P.), « Les actifs immatériels des personnes publiques », *RJEP,* n° 714, décembre 2013, étude 16.

- ***Les énergies naturelles ;***
- ***Etc.***

Ainsi, à l'image du droit de la commande publique, au sein duquel l'ensemble des marchés publics n'était pas soumis au Code des marchés publics, celui-ci ne régissant que les seuls marchés de travaux, de fournitures, et de services, les actifs immatériels ou le « droit de l'immatériel public » dépassent largement la seule propriété publique.

La question se pose de savoir comment saisir et identifier sans erreur l'ensemble du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Autrement dit, existe-t-il une assise théorique suffisamment certaine permettant d'en « décomposer » le contenu et d'en comprendre les enjeux ? Une réponse pourrait être trouvée dans la doctrine civiliste, plus précisément dans les réflexions menées en matière de droit de la propriété intellectuelle par Jean-Marc Mousseron (1931-2000). Celui-ci a en effet mené un raisonnement dont le postulat consiste à dire que la notion de bien se détache complètement de la propriété. Pour cet auteur, dès qu'il existe une valeur, le droit doit alors pouvoir la protéger par un mécanisme de réservation, quel qu'il soit[92]. Pour sa part, la propriété n'est que l'un de ces mécanismes. A titre d'illustration, la « propriété publique » ne permet pas à une personne publique de se réserver un savoir-faire. Dès lors, comment le saisir ? La responsabilité peut permettre à une collectivité territoriale de se réserver une valeur dont elle n'est pas propriétaire, mais dont elle tire pourtant un bénéfice. Le couteau de Laguiole pourrait en constituer un exemple tout à fait parlant. Le savoir-faire coutelier des artisans de la commune et des territoires alentours n'est plus à démontrer, de sorte que la commune de Laguiole en tire un bénéfice certain en termes de réputation et de renommée à l'échelle nationale, voire internationale. Pour autant, elle n'est bien évidemment pas propriétaire de ce savoir-faire. Dès lors, comment protéger cet actif immatériel de toute usurpation ou agissement parasitaire ? C'est ici que les mécanismes de responsabilité entrent en jeu, en condamnant toute utilisation abusive d'un actif immatériel « inappropriable » pour la commune. Autrement dit, la responsabilité semble offrir une protection tout à fait satisfaisante de ces actifs immatériels, non pas en disant « c'est à lui », mais « vous ne touchez pas ». Certes, la méthode suivie par le mécanisme de la responsabilité diffère radicalement de celui suivi par la propriété, mais force est de constater que les résultats sont identiques, d'autant que cette théorie doctrinale permet de saisir avec exactitude l'ensemble des actifs immatériels

[92] MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », in mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Paris, Dalloz, 1991, pp. 277-283.

composant, ou susceptibles de composer, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Or, par la disparité des mécanismes de réservation qu'elle propose, et *a fortiori* de leurs régimes, elle met également en exergue un besoin d'harmonisation, voire d'unification des règles, lequel pourrait passer par la construction d'un droit de l'immatériel public.

Mais précisément au-delà des seules propriété et responsabilité, existe-t-il d'autres mécanismes de réservation susceptibles d'aider à l'identification et à la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales ? Car comme il sera vu, c'est bien de cela dont il s'agit : réserver pour protéger. La protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales passe inéluctablement par sa réservation. L'identification de ces mécanismes doit-elle se faire de manière empirique ou bien certains d'entre eux sont-ils encore à construire ?

Ainsi, bien que se coupant de nombreuses racines du droit civil des biens, la théorie de Mousseron, prônant le détachement de la notion de bien par rapport à la propriété, se révèle tout à fait adaptée à l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, elle permet de saisir l'ensemble des actifs immatériels qui le composent. De surcroît, cette conception de la notion d'actif, de la notion de bien, a reçu un certain écho dans la jurisprudence de la Cour EDH. Outre leur vision particulièrement large de ce qui constitue un bien, les juges de Strasbourg considèrent également que cette notion de bien est indépendante de tout droit de propriété. Autrement dit, plus qu'un détachement du droit de propriété, la notion de bien est une notion complètement autonome. Il s'agit là d'un élément fondamental. La conséquence, aux yeux de la Cour EDH, est que l'article 1er du Premier protocole additionnel à la Convention EDH[93] pourra être mis en œuvre, quand bien même il n'existe pas de droit de propriété : c'est ce que la Cour EDH a pu consacrer dans un arrêt du 30 novembre 2004, dit *Öneryyildiz c/ Turquie*[94]. En l'espèce, M. Öneryyildiz s'était créé une sorte d'habitation de fortune sur un terrain qui ne lui appartenait pas, se trouvant à côté d'une décharge. Une explosion se produit : l'habitation est ensevelie sous les déchets. M. Öneryyildiz va alors tenter d'obtenir réparation. Or, il occupait les lieux de manière illégale. Pourtant, la Cour EDH va lui donner raison, provoquant ainsi chez les professionnels du droit une véritable prise de conscience du niveau de protection accordé par la Cour. Ici, l'argument était de dire que cette personne s'était créée un environnement social et familial, et que, parce que les autorités turques avaient toléré cette

[93] *« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Supra* p. 57.

[94] Cour EDH, 30/11/2004, *Öneryyildiz c/ Turquie,* n° 48939/99.

situation, ledit environnement méritait alors une protection. Les juges iront même jusqu'à parler *« d'intérêt économique substantiel »,* de sorte qu'avec lui, le raisonnement se trouve à mi-chemin entre l'absence totale d'un droit de propriété, et le droit de propriété lui-même. Ainsi, cet arrêt est vraiment fondamental dans la compréhension de la notion de bien, et donc, par analogie, dans la compréhension de la notion d'actif immatériel : un actif immatériel public se détache de tout droit de propriété publique.

Ainsi, la notion d'actif immatériel est également à ranger parmi les notions fonctionnelles du droit administratif. Pour autant, la jurisprudence de la Cour EDH, tout comme elle l'a fait pour le droit civil des biens, pourrait fournir une assise conceptuelle tout à fait solide à la notion, par sa méthode désormais bien connue de l'interprétation autonome[95]. En effet, son apport est double, de sorte que la notion d'actif immatériel pourrait se définir de la manière suivante :

*« Tous les droits et intérêts constituant une valeur sont des actifs immatériels, détachables du droit de propriété publique ».*

Tout comme la précédente définition du patrimoine immatériel, celle d'actif immatériel souffre de nombreuses imperfections, plus ou moins décelables, et dont la résolution ne pourra se faire qu'après une certaine pratique du concept. Quoi qu'il en soit, les concepts de patrimoine immatériel et d'actif immatériel sont en train d'être élaborés de manière générique quelle que soit la collectivité territoriale. Or, il faut bien garder à l'esprit que le présent sujet d'étude s'intéresse au patrimoine immatériel des seules collectivités territoriales. Si les réflexions menées jusqu'ici par les auteurs ont été accomplies en raisonnant, dans la très grande majorité des cas, sur le patrimoine immatériel de l'Etat, il ne faut pas oublier que celui des collectivités territoriales, également très important, possède des caractéristiques qui lui sont propres. De sorte qu'il est éminemment nécessaire de le distinguer, dans un contexte où les communes, les départements et les régions, voire même les intercommunalités, prennent peu à peu conscience que l'Etat n'est pas le seul à jouir d'importantes valeurs immatérielles, qu'ils n'ont rien à lui envier, et que les potentialités locales sont importantes. Par ailleurs, cette « distinction » du patrimoine immatériel local, de celui de l'Etat, passe également, voire surtout, par la question centrale et nouvelle de sa protection (§3).

[95] L'interprétation autonome est une technique utilisée par la Cour EDH pour permettre une application uniforme de la Convention.

## §3 – LA PROTECTION DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Ici, il s'agira de fixer une fois pour toutes la problématique que la réflexion se proposera de résoudre, déjà abordée en filigrane dans ces premières pages (A). Il conviendra également d'expliquer, et surtout, de justifier, le fil directeur que le raisonnement aura au préalable construit, qu'il se proposera de suivre, et dont il ne pourra s'écarter sous aucun prétexte (B).

### A. PROBLEMATIQUE RETENUE

La protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales est une question particulièrement complexe. Cette complexité puise sa source première dans l'instabilité conceptuelle de la notion. En effet, le droit public français n'est absolument pas familiarisé avec les ressources immatérielles, que le droit privé, lui, est plus habitué à manipuler. Comme énoncé à maintes reprises, même le CG3P de 2006 reste clairement un Code du matériel, un Code de l'immobilier. Les acteurs publics locaux se trouvent largement démunis lorsqu'ils sont confrontés à l'immatériel public. Ne serait-ce que sur son objet même : qu'est-ce qu'un actif immatériel ? De quoi peut bien se composer un patrimoine dit « immatériel public » ? Eu égard aux singularités propres aux collectivités territoriales, peut-il et doit-il comprendre des actifs nécessairement appropriés par une personne publique ? Autrement dit, il est extrêmement difficile pour l'administration, aussi bien locale que nationale, d'identifier clairement, et de manière unanime, l'objet de l'immatériel public. Mécaniquement, cette première instabilité sera génératrice de déséquilibres plus profonds, et rejaillira nécessairement sur l'appréhension du patrimoine immatériel par le droit. Car c'est bien de cela dont il s'agit, et d'où vient toute la difficulté : pour l'heure incapable d'être correctement conceptualisée (pour un certain nombre de raisons qui ont toutes été évoquées dans les pages précédentes), il est impossible d'insérer la notion de patrimoine immatériel dans une catégorie juridique précise, laquelle insertion permettrait l'application d'un régime juridique existant ou à créer. Par conséquent, si les orientations liées à la valorisation de ce patrimoine ne pâtissent que partiellement de cette inadaptation du droit (raison pour laquelle elles sont plus largement développées), cette inadaptation se retrouve en revanche avec une force accrue dans les orientations liées à la protection de ce même patrimoine. En effet, en droit administratif des biens, lorsque l'on pense protection, l'on pense systématiquement au régime protecteur de la domanialité publique. Cependant, et pour faire écho à ce qui vient d'être dit, la question se pose de savoir si le régime juridique applicable à cette protection est transposable aux actifs composant le patrimoine

immatériel local. La question mérite d'être posée, car la réponse à y apporter dépendra en réalité de la qualification juridique à donner aux actifs immatériels locaux. L'article L. 2111-1 du CG3P ne concernant que les seuls biens, tout l'enjeu sera alors de savoir si les ressources immatérielles publiques peuvent être qualifiées comme tels. Si la réponse est positive, l'insertion des actifs appropriés dans la catégorie juridique de bien public se fera alors sans obstacle, et lesdits actifs pourront se voir appliquer le régime protecteur de la domanialité publique. Si en revanche la réponse est négative (ce qui, comme il sera vu, semble la tendance largement partagée par les professionnels du droit), alors les ressources immatérielles publiques ne pourront être saisies par la domanialité publique. Qui plus est, *quid* de la protection des actifs immatériels que les acteurs publics ne détiennent pas, et dont ils tirent pourtant un bénéfice ? De sorte qu'une première dichotomie semble se dessiner entre les actifs immatériels appropriés d'une part, et ceux qui ne le sont pas d'autre part.

Concernant les actifs immatériels appropriés, ceux-ci sont donc systématiquement affectés au domaine privé des collectivités territoriales. Le constat (malheureux) qui en résulte est que cette classification se fait par défaut, et non pas, par « conviction », en raison de l'inaptitude du droit public à saisir les enjeux de l'immatériel. En effet, le domaine privé n'étant qu'un régime juridique applicable à une catégorie de biens, il a été conçu au sein même de ce droit du matériel qu'est le droit administratif des biens. Certes, dans cette hypothèse, la qualification juridique est en revanche satisfaisante, puisque tout actif détenu par une personne publique, mais qui n'est affecté ni à l'usage direct du public, ni à un service public (bénéficiant à ce titre d'un aménagement indispensable), est alors un actif affecté au domaine privé de l'administration propriétaire. Autrement dit, toute la difficulté vient du fait que si la qualification juridique est ici pleine et entière, elle a pour principal défaut de se faire en aval. Si cela ne pose pas de problème particulier pour les biens matériels, cela en pose en revanche pour les ressources immatérielles publiques. En effet, en quoi le régime de la domanialité privée serait-il plus adapté aux problématiques qu'elles soulèvent ? D'autant qu'étant par définition plus souple, celui-ci se révèle beaucoup moins protecteur que la domanialité publique. Par conséquent, ce seul régime est-il en mesure de saisir les singularités de l'immatériel public et de satisfaire son grand besoin de protection, lequel ne doit pas non plus confiner au verrouillage ? D'évidence, la réponse à cette question est clairement négative, et c'est alors dans le droit de la propriété intellectuelle que les collectivités territoriales, et plus largement, les personnes publiques dans leur ensemble, vont chercher les réponses qui leur manquent. Bien que n'ayant pas été conçus pour répondre aux spécificités de l'immatériel public, il s'avère que

certains dispositifs offerts par le droit privé sont transposables au droit public. Or, bien évidemment, cette transposition n'est pas complète, puisque de cette « combinaison de régimes », apparaissent de nouvelles difficultés. En réalité, l'utilisation des mécanismes du droit de la propriété intellectuelle est confrontée à la délicate difficulté du verrouillage des actifs immatériels publics. Comment permettre l'exploitation en évitant le pillage ? A l'inverse, comment protéger sans isoler ? Ces deux questionnements trouvent chacun une illustration. D'une part, on sait que l'actif immatériel que constituent les données publiques, est mis à la disposition de l'ensemble des opérateurs économiques. Le principe de ces données étant celui de la gratuité, les acteurs publics procèdent à la mise en place de licences (telles qu'imaginées par le droit de la propriété intellectuelle), les moins contraignantes possibles, et clarifiant les droits et les obligations des ré-utilisateurs, en matière de copie, diffusion, réutilisation, et commercialisation. L'objectif d'une telle démarche a été de maîtriser l'exploitation faite de ces données, afin d'éviter que leur libre accès soit définitivement verrouillé par une exploitation commerciale. Pour autant, la licence prévoyant cette exploitation ne doit pas non plus se montrer trop protectrice, au risque de brider l'innovation, et d'exclure les PME du marché de l'immatériel public. Toute la difficulté, et donc tout l'enjeu, est de trouver le bon « degré », le bon niveau de protection, qui ne livrera pas les actifs immatériels à une politique de rendement immédiat, mais qui dans le même temps, saura être suffisamment souple afin que les objectifs visés de modernisation du service public soient remplis. D'autre part, il s'agit d'évoquer brièvement le cas des « marques de territoire ». Elles sont l'actif immatériel public brillamment saisi par le droit de la propriété intellectuelle. Là aussi, si leur enregistrement à l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) permet d'offrir une protection « suffisante », la jurisprudence pose néanmoins quelques garde-fous, afin que l'utilisation, par un opérateur économique, de la dénomination administrative d'un territoire ne donne pas lieu à une contestation systématique, du seul fait de l'existence d'une marque. Exact pendant du premier, ce second exemple rencontre pourtant les mêmes difficultés, à savoir, la recherche du niveau de protection adapté.

Concernant les actifs immatériels locaux ne faisant pas l'objet d'une appropriation publique, la complexité n'en est que renforcée. Elle l'est à un double titre :

- ***D'une part, parce qu'à première vue, rien ne saurait justifier l'intérêt des acteurs publics locaux pour de tels actifs ;***
- ***D'autre part, parce que contrairement aux actifs immatériels faisant l'objet d'une appropriation publique, qui trouvent certaines assises dans le droit de la propriété***

***intellectuelle, il semblerait que l'absence d'appropriation publique amoindrisse considérablement le cadre légal mobilisable.***

Pour sa part, le premier de ces obstacles est facilement surmontable. Comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, et comme il sera vu, le lien entre les collectivités territoriales et ces actifs immatériels non appropriés par elles, se trouve dans le fait que les acteurs publics locaux en tirent également des bénéfices indiscutables. Pour le second obstacle en revanche, la réflexion ne saurait se satisfaire d'un simple constat, et mérite au contraire une construction élaborée. A l'image du droit de la responsabilité civile délictuelle, l'idée d'un mécanisme de réservation similaire en droit public, qui dirait non pas « c'est à lui », mais « vous ne touchez pas », est-elle concevable ? Autrement dit, est-il possible de raisonner sur du droit prospectif ? Rien n'est moins sûr. En réalité, la seule certitude que ces actifs mettent clairement en exergue, c'est le besoin d'une protection venant saisir l'ensemble des actifs immatériels locaux, et non pas seulement ceux détenus par les administrations locales.

La problématique liée à l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales comporte deux grands questionnements, à savoir, l'appréhension par le droit de l'ensemble des ressources immatérielles publiques à protéger d'une part, et l'adaptabilité de cette protection aux différents enjeux posés par le patrimoine immatériel local d'autre part.

Autrement dit, le droit positif permet-il d'embrasser l'ensemble des actifs immatériels composant le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, en leur proposant une ou des protection(s) adaptée(s) à leurs spécificités ?

Pour répondre à une telle question, la méthodologie suivie par la présente étude sur un sujet aussi novateur s'est voulue prudente (B).

## B. ANNONCE DE PLAN

C'est une réalité, aujourd'hui : le patrimoine public doit indubitablement composer avec les ressources immatérielles. En effet, la question ne porte même plus sur l'existence ou non de tels actifs, celle-ci est désormais acquise. Tout l'enjeu pour le droit d'une manière générale, et pour le droit administratif des biens plus précisément, est maintenant de les absorber, afin que le patrimoine immatériel local bénéficie enfin d'un régime juridique certain. La première étape de ce vaste mouvement en faveur de ce qui deviendra sans doute à terme le droit de l'immatériel public, consiste clairement à identifier le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, autrement dit, à identifier l'objet constituant l'assise de la protection envisagée. Au-delà de

« l'inventaire » des actifs immatériels existants, la question qui se pose avec clarté est celle de leur classification et de leur réception par le droit. En effet, comment aborder ce patrimoine immatériel des collectivités territoriales ? Comment le saisir ? C'est précisément à ce stade de la réflexion que la protection de ce patrimoine, sa réservation, pourrait offrir un début de réponse satisfaisant. Tout au long de la présente introduction, il a été évoqué les insuffisances du droit de propriété publique à saisir l'ensemble du patrimoine immatériel public. Autrement dit, l'étude du patrimoine immatériel par la seule propriété publique n'offre en réalité qu'une vision parcellaire de ce patrimoine. Si l'on pousse le raisonnement jusqu'à son terme, cela signifie clairement que le droit de propriété publique aurait désormais atteint ses limites. Confronté à l'évolution de l'immatériel, il est désormais à lui seul bien insuffisant pour embrasser l'ensemble du droit administratif des biens, et en saisir les subtilités dans ses dimensions notamment immatérielles. L'appropriation publique, à la fois dans ses qualités et dans ses défaillances, offrirait une première approche intéressante du patrimoine immatériel des collectivités territoriales.

Dans ses qualités, en ce qu'elle est tout à fait capable d'assurer la protection de certains actifs immatériels publics *(Partie 1 – La réservation des actifs immatériels locaux par la propriété publique).* Du moins, elle est tout à fait capable de s'en saisir. C'est ainsi que l'on retrouve le régime classique de l'affectation de ce droit de propriété, avec le domaine privé d'un côté, et le domaine public de l'autre. De sorte qu'il est intéressant de se poser la question de savoir comment un concept aussi novateur que celui de « patrimoine immatériel des collectivités territoriales » arrive à se « concilier » avec une notion aussi chargée d'histoire que celle de la domanialité. Précisément, ce « choc des cultures » entraîne une affectation systématique des actifs immatériels objets de propriété publique, au régime de la domanialité privée. La souplesse que ce dernier régime offre en termes de gestion est indéniable *(Chapitre 1 – Les vertus de la protection domaniale : du patrimoine immatériel de l'Etat à celui des collectivités territoriales).* De surcroît, elle est particulièrement bienvenue dans un contexte grandissant d'approche propriétairiste des biens publics. Elle permet même une parfaite conjugaison avec les divers régimes issus du droit de la propriété intellectuelle. En revanche, le caractère mécanique d'une telle affectation pose un réel problème. En effet, il signifierait notamment que la protection offerte par la domanialité publique serait bien trop contraignante et confinerait au verrouillage des actifs immatériels locaux. Pourtant, que dire par exemple du domaine public hertzien ? Les ondes hertziennes ne sont-elles pas des actifs immatériels affectés à la domanialité publique ? A-t-on pour autant constaté un verrouillage de ces ondes

par les pouvoirs publics ? Plus encore, cet exemple démontre-il réellement que le domaine public est hermétique à l'immatériel ? Comme il sera vu, l'objectif dans ces développement ne sera pas de prétendre que les actifs immatériels publics sont susceptibles de domanialité publique, mais plus modestement, il s'agira simplement de démontrer que leur affectation au domaine privé des collectivités territoriales propriétaires n'est pas systématique *(Chapitre 2 – Les limites de la protection domaniale).*

Des défaillances ensuite, en ce que le patrimoine immatériel des collectivités territoriales s'étend bien au-delà du seul droit de propriété publique dont celui-ci n'est que l'un des nombreux moyens d'expression *(Partie 2 – La réservation des actifs immatériels locaux en dehors de la propriété publique).* Toutefois, cela ne signifie pas forcément que de tels actifs sont insusceptibles de toute propriété (bien qu'il en existe). Cela signifie simplement que le droit de propriété susceptible d'exister n'est pas forcément exercé par une collectivité territoriale. Pourtant, force est de constater que cette dernière peut tout à fait en tirer des bénéficies socio-économiques. Dès lors, comment les acteurs publics locaux peuvent-ils protéger de tels actifs du pillage économique notamment, alors même que les mécanismes de réservation en apparaissent pour eux très limités ? *(Chapitre 1 – La protection « statique » des actifs immatériels locaux).* D'autre part, comment les collectivités territoriales peuvent-elles assurer une protection efficace des actifs immatériels qu'elles n'ont pas eu l'intention de créer ? En effet, si le droit administratif des biens se modernise, il entraîne avec lui une profonde mutation du droit des contrats administratifs notamment. Il n'y a là rien de bien étonnant dans la mesure où ces deux matières sont clairement aux portes du droit public économique. C'est ainsi que les délégations de service public et les marchés publics deviennent, ou bien, génèrent des actifs immatériels valorisables sans pour autant qu'un quelconque droit de propriété vienne les saisir (comment le pourrait-il ?). De même, comment les acteurs publics locaux doivent-ils se comporter face au démembrement sans cesse grandissant du droit de propriété sur leurs biens soumis à la domanialité publique ? Autant de questions, auxquelles les collectivités territoriales doivent désormais répondre *(Chapitre 2 – La protection « dynamique » des actifs immatériels locaux).* Or, si la présente étude ne constitue qu'un modeste travail transitoire, dans le vaste mouvement de prise de conscience des potentialités immatérielles, raison pour laquelle elle proposera des solutions en accord avec le droit positif, cela ne l'empêche pas pour autant de se poser la question de savoir si l'immatériel public ne doit pas constituer une branche du droit à part entière, et complètement autonome, à l'image du droit de la propriété intellectuelle. La présente interrogation se pose avec une force d'autant plus accrue que la réponse apportée

pourrait tout à fait solutionner le « statut » des actifs immatériels non appropriés par une personne publique. En effet, ces actifs-là ne révèleraient-ils pas en réalité l'existence de droits extrapatrimoniaux pour les personnes morales de droit public ? Leur intégration au sein du patrimoine immatériel, comme semble le proposer le droit positif, ne peut être que temporaire. Autrement dit, aujourd'hui, la nécessité d'un droit des personnes publiques se fait réellement sentir, à tel point que les enjeux de l'immatériel public posent la question finale de l'éventualité d'un droit public de la propriété intellectuelle.

# PARTIE 1

# La réservation des actifs immatériels locaux par la propriété publique

Lorsque l'on s'intéresse à la question de la propriété publique, la première qui vient immédiatement à l'esprit est celle de l'affectation. Il semblerait en effet qu'en dépit des nombreuses évolutions qu'il a pu connaître, le droit administratif des biens reste encore très attaché à son histoire. C'est ainsi que, très vite, s'impose au juriste la traditionnelle dichotomie entre domaine privé et domaine public. Aussi, une étude portant sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales et mettant en jeu des questionnements relatifs à l'identification, à la protection, et à la réservation de ce patrimoine, ne saurait s'affranchir de cette première *summa divisio* sans risquer les affres du hors-sujet. En effet, la problématique du droit de propriété publique en matière d'immatériel impose de réfléchir, ne serait-ce qu'un tant soit peu, sur l'impact de la domanialité en matière de classification et de protection des actifs immatériels locaux. Précisément, cet impact est déterminant pour une double série de raisons.

D'une part, parce que la protection domaniale des actifs immatériels locaux offre un certain nombre de vertus *(Chapitre 1 – Les vertus de la protection domaniale : du patrimoine immatériel de l'Etat à celui des collectivités territoriales).* La construction séculaire du domaine privé et l'admission progressive de l'exercice du droit de propriété publique, à l'image de tout propriétaire privé, permettent clairement une souplesse de gestion des biens publics au profit de la collectivité territoriale propriétaire. Par ailleurs, cette souplesse permet une meilleure considération des nombreux enjeux posés par le patrimoine immatériel public local, notamment, en ce qui concerne le nom et la réputation des collectivités territoriales, véritables fer de lance des droits extrapatrimoniaux des personnes publiques. De même, elle facilite, pour les acteurs publics locaux, la régulation et l'exploitation de leurs actifs immatériels.

Mais d'autre part, et corollairement, l'affectation au domaine privé des actifs immatériels locaux des collectivités territoriales propriétaires, se fait précisément en dehors de ces considérations stratégiques *(Chapitre 2 – Les limites de la protection domaniale).* En effet, ce qui détermine l'affectation au domaine privé ou au domaine public de la collectivité territoriale propriétaire, c'est précisément la matérialité, ou plutôt, l'immatérialité de l'actif

considéré. En effet, le domaine public étant un régime d'affectation des biens matériels, tout ce qui ne l'est pas relève alors du domaine privé. C'est ce qui résulterait notamment de l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Autant dire que l'extrême majorité des actifs immatériels (pour ne pas dire la totalité) relève précisément du domaine privé des collectivités locales. Or, une telle mécanique est particulièrement néfaste pour le patrimoine immatériel, en ce qu'elle semble confier l'affectation des actifs immatériels au seul « hasard ». En effet, c'est ainsi que certains actifs immatériels, qui auraient mérité une protection accrue (comme le nom des collectivités par exemple), ont été livrés en pâture aux opérateurs économiques de droit privé. A tel point que les déviances pratiques qui en ont résulté ont dû être corrigées par le législateur lui-même. *A contrario,* il ne s'agit pas de conclure à l'affectation systématique de certains actifs immatériels au domaine public. Il s'agit simplement de démontrer que l'affectation de l'actif à la domanialité privée n'est pas systématique, et qu'en ce sens, la domanialité publique n'est pas complètement fermée à l'immatériel. Pour autant, cela ne démontre pas que le régime très contraignant de la domanialité publique est souhaitable en matière de patrimoine immatériel : il s'agit simplement de réfléchir à la protection la plus adaptée à la nature profonde de l'actif immatériel public local et à ses spécificités, lesquelles transcende clairement la dichotomie classique de la domanialité.

# CHAPITRE 1

# LES VERTUS DE LA PROTECTION DOMANIALE :

# DU PATRIMOINE IMMATERIEL DE L'ETAT A CELUI DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Outre la saisie des actifs immatériels locaux par le droit de propriété publique, la problématique de la domanialité du patrimoine immatériel des collectivités territoriales a pour principal mérite de poser trois questions fondamentales. Si la première d'entre elles est de loin la plus importante, en revanche, elle est loin d'être déterminante : il s'agit d'évoquer la nature des actifs immatériels publics locaux. En effet, sont-ils des biens ou des droits ? A l'heure actuelle, c'est précisément la réponse donnée à cette question qui semble clairement déterminer l'affectation domaniale des actifs en jeu. S'il s'agit de biens, alors pourra se poser l'éventualité de leur affectation à la domanialité publique sous réserve de la satisfaction des critères posés par l'article L. 2111-1 du CG3P. S'il s'agit de droits, alors une telle affectation leur serait définitivement fermée, et le patrimoine immatériel des collectivités territoriales devrait se contenter de la protection offerte par la domanialité privée. En deuxième lieu, il faut bien garder à l'esprit que la réponse apportée à cette première question aura naturellement des incidences certaines sur l'unité du domaine public. Car au-delà du principe de libre administration des collectivités territoriales, et donc, de leur droit d'administrer comme elles l'entendent leur propre domaine public, l'Etat a toujours cherché à maintenir une certaine cohérence dans la gestion de ce domaine, qu'il soit local ou national. Corollairement, et en dernier lieu, cela pose la question de la construction d'un patrimoine immatériel détenu par les collectivités territoriales à côté de celui de l'Etat.

En effet, de prime abord, évoquer le patrimoine immatériel de l'Etat pour glisser subrepticement vers celui des collectivités territoriales pourrait laisser croire à un simple changement d'acteur, la réflexion se contentant de se focaliser sur une « dimension » plus locale du patrimoine immatériel. En réalité, il n'en est rien, les changements sont plus profonds, de sorte que si certains éléments se recoupent avec le patrimoine immatériel de l'Etat, d'autres en

revanche sont caractéristiques des enjeux locaux. Par conséquent, plus qu'une banale mutation, c'est toute une réflexion qu'il est nécessaire de repenser. D'autant plus qu'il convient dès à présent de remettre en cause une idée, certes « répandue », mais malheureusement fausse, et selon laquelle, le patrimoine immatériel de l'Etat constituerait le « régime général » du patrimoine immatériel, de sorte que celui des collectivités territoriales en constituerait un « régime spécial, particulier, voire exceptionnel ». Or, il n'en est rien. Pourtant, la très grande majorité des études existantes se consacrant au patrimoine de l'Etat, le danger est alors qu'une telle idée soit véhiculée. En réalité, la plupart des raisonnements gravitent autour du spectre de l'Etat, car ils sont aveuglés, à juste titre, par les retombées sociaux-économiques que les potentialités immatérielles nationales seraient seules susceptibles d'offrir (chiffrées à plusieurs dizaines de milliards d'euros). Or, c'est précisément ce point qui est en train de changer. En effet, les acteurs publics (au premier rang desquels figurent les collectivités territoriales), ainsi que les opérateurs économiques de droit privé, commencent peu à peu à prendre conscience que l'Etat n'est pas le seul à disposer d'importantes ressources immatérielles. Si dès 2007, le Gouvernement procéda à la création de l'APIE[96], pour les collectivités territoriales en revanche, il a fallu attendre 2014 pour qu'une réflexion d'envergure posant de profonds questionnements, soit conduite[97]. Plus encore, entre temps, en 2012, un important débat a été mené sur le patrimoine immatériel des personnes publiques[98], c'est-à-dire, prises dans leur ensemble, en général, de manière globale. On le voit, ici, l'évolution est radicale : le patrimoine immatériel des personnes publiques devient un sujet d'étude à part entière (non plus sectoriel), et décrivant ce qu'il serait possible d'appeler le « régime général » de ce patrimoine, lequel prend naturellement en considération les particularités des acteurs publics. Ce n'est qu'ensuite, dans un second temps, que ce régime général va se conjuguer, se confronter, ou s'effacer face aux

[96] Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat », *JORF* n° 110, 12 mai 2007, p. 8684.

[97] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[98] Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat le 16 mars 2012 à l'Ecole Nationale de l'Administration, Paris, La documentation française, Collec. Droits et Débats, 148 pp.

spécificités propres à chaque acteur public. De sorte qu'une première approche du droit de l'immatériel public pourrait sans doute se traduire comme suit[99] :

- ***Régime général du patrimoine immatériel des personnes publiques :*** Il s'agirait en réalité d'identifier les « règles de droit commun » s'appliquant à l'ensemble des acteurs publics pris indistinctement, et qui pourrait venir, à l'image du droit commun des contrats du Code civil, pallier les points que le droit spécial n'aurait pas besoin de régir ;
- ***Les régimes spéciaux :***
  - *Concernant le patrimoine immatériel de l'Etat ;*
  - *Concernant le patrimoine immatériel des collectivités territoriales ;*
  - *Etc.*

Par conséquent, dans cette conception, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales n'est plus conçu comme une étrange nouveauté de l'immatériel public, mais bien comme un vecteur susceptible d'obéir aux règles communes régissant le patrimoine immatériel, et bénéficiant, tout comme l'Etat, de particularités qui lui sont propres. Cette première approche se révèle particulièrement utile, en ce qu'elle permet à la fois une prise de conscience de la place réelle du patrimoine immatériel des collectivités territoriales (par rapport à celui de l'Etat, etc.), et permet aussi de bien cibler le niveau d'abstraction auquel se situe la réflexion.

Précisément, c'est bien du patrimoine immatériel des collectivités territoriales et d'elles seules dont il s'agit ici. Ainsi, l'article 72, alinéa 1er, de la Constitution du 4 octobre 1958, définit les collectivités territoriales de la manière suivante :

*« Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa ».*

De sorte qu'en réalité, la Constitution du 4 octobre 1958 définit les collectivités territoriales par énumération, en énonçant que sont des collectivités territoriales tout ce qui n'est pas l'Etat. D'un fort intérêt pratique, cette conception, constitutionnelle, des collectivités territoriales innervera bien évidemment l'ensemble de la présente étude.

[99] Il ne s'agit là que d'une première approche, particulièrement sommaire qui se justifie moins par la volonté réelle de concevoir de droit de l'immatériel public de cette façon, que par une réflexion ponctuelle susceptible de faire progresser le raisonnement.

Mais plus précisément, une collectivité territoriale est une personne morale de droit public, distincte de l'Etat, et dotée de l'autonomie juridique, patrimoniale, et financière. Cette approche des acteurs publics locaux ne doit pas non plus être oubliée, car elle a une incidence certaine sur la gestion faite par les collectivités de leur patrimoine. En effet, depuis la première loi de décentralisation du 2 mars 1982[100], dite loi *Defferre* (Ministre de l'intérieur en charge de la décentralisation), les communes, départements et régions, jouissent d'une « réelle » autonomie. L'article 72, alinéa 3, de la Constitution du 4 octobre 1958 pose même les jalons du sacrosaint principe de libre administration des collectivités territoriales[101], et repris mot pour mot par l'article L. 1111-1 du Code général des collectivités territoriales. Ainsi, en vertu de ces dispositions, l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales ne devrait pas poser de difficultés majeures, lesdites collectivités constituant des acteurs publics à part entière. Pourtant, si leur autonomie est assurée dans les textes, elle semble en revanche l'être beaucoup moins en pratique. Par ailleurs, le présent constat s'observe à un triple point de vue.

D'un point de vue juridique tout d'abord, il est clair que l'autonomie des collectivités territoriales, ainsi que leur libre administration, s'exercent dans la limite de la Loi. Qui plus est, force est de constater qu'en dépit de la décentralisation, les résurgences du contrôle de l'Etat sur la gestion des collectivités territoriales sont encore bien présentes, comme en témoigne le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales. Par ailleurs, le sixième et dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 est très clair :

*« Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».*

Certes, depuis le premier acte de la décentralisation, le contrôle exercé par le Préfet de la République est *a posteriori,* et non plus *a priori,* ce qui trancherait en faveur d'une réelle autonomie des collectivités. Toutefois, force est de constater qu'il ne s'agit là que d'une autonomie relative, dans la mesure où, même à l'heure actuelle, les actes administratifs unilatéraux, ainsi que les contrats administratifs, des communes notamment, peuvent être orientés par la volonté préfectorale. De surcroît, le constat est encore plus prégnant lorsqu'il est

[100] Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, *JORF* n° 52 du 3 mars 1982, p. 730.

[101] *« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir règlementaire pour l'exercice de leur compétence ».*

observé à travers le prisme du « droit domanial » : même si le régime du domaine étatique, s'est longtemps distingué de celui du domaine local, *« le législateur a imposé, bien souvent, des régimes plus contraignants pour le domaine des collectivités que pour le domaine national »*[102].

D'un point de vue patrimonial ensuite, les exemples de la « relativité » de l'autonomie des collectivités territoriales sont légion. La plus belle illustration en reste sans nul doute la théorie des mutations domaniales[103], et selon laquelle, l'Etat peut, sans indemnité, et de manière tout à fait arbitraire (la démarche restant bien sûr motivée par des considérations d'intérêt général), transférer la gestion d'un bien appartenant à une personne morale de droit public, à une autre personne morale de droit public. Les déclinaisons de cette théorie sont nombreuses :

- ***L'Etat peut transférer la gestion d'un bien d'une collectivité territoriale, à une autre collectivité territoriale ;***
- ***Il peut transférer la gestion d'un bien d'une collectivité territoriale, à lui-même ; ou encore,***
- ***Il peut décider de transférer la gestion d'un bien lui appartenant, à une collectivité territoriale, l'intérêt étant ici que l'Etat propriétaire n'a plus à supporter les charges d'entretien par exemple.***

Bien que ne transférant pas la propriété du bien, mais la seule gestion, la mise en œuvre de cette théorie peut ainsi tout à fait se justifier pour la réalisation d'opérations immobilières d'envergure. Il n'empêche *«* [qu'] *en se préservant un pouvoir de contrôle sur l'utilisation des biens des collectivités locales, l'Etat maintient, par-delà la diversité des régimes domaniaux, une certaine unité du domaine »*[104]. Qui plus est (et comme énoncé plus haut), très illustratrice, la théorie des mutations domaniales n'est pas le seul instrument démonstrateur de l'étreinte de l'Etat sur les patrimoines locaux. A ce sujet, Philippe Yolka est encore plus explicite : *La main invisible de l'Etat limite l'autonomie de gestion des patrimoines locaux : mutation domaniale, vente forcée des biens communaux, obligation de saisir le préfet pour engager des poursuites*

[102] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 5.

[103] CE, 16/07/1909, *Ville de Paris, rec. Lebon p. 707,* concl. TEISSIER (G.).

[104] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, ibid.*

*en matière de contraventions de grande voirie, etc. A travers la figure tutélaire de l'Etat "super-propriétaire" transparaît une logique d'hétéronomie »*[105].

Ainsi, l'empreinte de l'Etat sur les collectivités territoriales est encore bien présente.

Mais c'est sans doute du point de vue financier que les collectivités territoriales voient leur autonomie amoindrie encore plus largement. Certes dans un contexte de décentralisation sans cesse grandissant, il est logique que les transferts de compétences (de l'Etat vers les collectivités) s'accompagnent d'un transfert des moyens financiers. C'est ainsi que les collectivités territoriales bénéficient des quatre impôts directs que sont :

- ***La taxe d'habitation ;***
- ***La contribution économique territoriale (CET) :*** Ancienne taxe professionnelle autrefois perçue par les communes, la CET est aujourd'hui collectée au profit des Etablissements Publics à caractère intercommunal (EPCI) ;
- ***La taxe sur le foncier bâti ;***
- ***La taxe sur le foncier non bâti.***

Par ailleurs, l'article 72-2 de la Constitution du 4 octobre 1958 fixe très clairement l'autonomie financière des collectivités, qui n'est en réalité que l'une des conditions nécessaires à la libre administration :

*« Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.*

*Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.*

*Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en œuvre.*

*Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute*

[105] La personnalité publique, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association française pour la recherche en droit Administratif, Lonrai, LexisNexis, Collec. Colloques et Débats, p. 45.

*création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.*

*La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales ».*

Cela étant, même du point de vue financier (pour ne pas dire surtout), la résurgence de l'autorité centrale étatique est bien présente. En dépit de l'autonomie financière locale constitutionnellement consacrée (laquelle bénéficie également de garanties légales au sein du CGCT), force est de constater que le budget des collectivités territoriales reste tributaire des diverses dotations versées par l'Etat. Le lien Etat/collectivité, non seulement n'est pas complètement rompu, mais de surcroît, l'Etat peut tout à fait exercer une pression fiscale très nette sur les communes, les départements et les régions. Il ne s'en n'est d'ailleurs pas privé au travers de la loi de finances pour 2014[106], laquelle traduit un mouvement sans précédent de participation des collectivités territoriales à « l'effort de redressement des finances publiques »[107]. Reconduite dans la loi de finances pour 2015[108], cette volonté d'assainissement des comptes publics se traduit notamment par une baisse significative de la Dotation Globale de Fonctionnement (DGF) versée par l'Etat aux collectivités. En effet, après un gel de trois ans des concours financiers de l'Etat aux collectivités territoriales, la DGF a connu une baisse de trois milliards d'euros en deux ans (soit une baisse égale à 7%), passant ainsi de près de 49 milliards d'euros en 2013, à 46 milliards en 2015. Comme l'exprime Loïc Levoyer : justifiée et compréhensible d'un point de vue pratique, cette politique semble néanmoins avoir pour incidence de reléguer des autorités publiques, soi-disant décentralisées, au rang de simple « instrument d'ajustement d'une maîtrise globale des finances publiques »[109]. Enfin, le comble de cette stratégie est que l'Etat la justifie précisément par l'argument de la décentralisation !

Une illustration de ce phénomène, certes plus accessoire, peut également être trouvée en matière d'urbanisme dans le transfert de l'instruction des permis de construire, autrefois

[106] Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, *JORF* n° 303, 30 décembre 2013, p. 21829.

[107] LEVOYER (L.), « Loi de finances pour 2014 : une contribution accentuée des collectivités territoriales à l'assainissement des finances publiques », *JCP ACT,* n° 5, 3 février 2014, p. 2023.

[108] Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, *JORF* n° 301, 30 décembre 2014, p. 22828.

[109] LEVOYER (L.), « Loi de finances pour 2014 : une contribution accentuée des collectivités territoriales à l'assainissement des finances publiques », *JCP ACT,* n° 5, 3 février 2014, p. 2023.

assumée par les services de l'Etat, mais devant être assuré, au 1er juillet 2015, par les communes, et ce, sans aucun transfert de ressources financières.

Autrement dit, ces deux exemples mettent clairement en exergue la volonté de l'Etat d'exhorter les collectivités territoriales (dites dépensières), à une contenance de leurs charges de gestion, en passant notamment par une maîtrise rigoureuse de leur budget de fonctionnement (maîtrise de la masse salariale)[110].

Les présents constats mettent clairement à mal le principe textuel de l'autonomie financière des collectivités territoriales, qui en pratique, n'est pas complète. De sorte qu'il s'agit là d'une donnée à intégrer et à considérer, afin de mener à bien une étude portant sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Cela d'autant plus que l'identification des actifs composant le patrimoine immatériel local est bien un préalable indispensable (Section 1). Toutefois, cette identification devra être la plus exhaustive possible, afin de fixer, une fois pour toutes, l'objet des enjeux immatériels. Par ailleurs, cela n'en facilitera que davantage les approches comptables dont l'objectif poursuivi reste bel et bien l'insertion des actifs immatériels au « bilan financier des organismes publics ». Cela en facilitera également l'exploitation, notion sur laquelle il faudra rester particulièrement vigilant, l'état désastreux des finances publiques rendant particulièrement agressifs les opérateurs, aussi bien privés (souhaitant remplir leur carnet de commandes) que publics (souhaitant renflouer leur portefeuille), et qui donc, seraient bien tentés de livrer en pâture au marché quelques nouvelles ressources. C'est précisément la raison pour laquelle cette exploitation pourrait prendre la forme d'un triptyque avec :

- ***Une exploitation économique (celle sans doute la plus attendue) ;***
- ***Une exploitation démocratique, qui viserait un meilleur accès et une meilleure information des citoyens et des entreprises, pour une qualité sans cesse plus importante des services publics, et des liens administration/administré renforcés :*** Ici, c'est tout l'enjeu de ce qu'il serait possible d'appeler la « démocratie numérique », et qu'il convient de cerner. En effet, ce concept est amené à prendre une importance

[110] Bien qu'également animée par la volonté de réguler les finances publiques, l'Etat n'ayant plus à supporter le coût de l'instruction des permis de construire, le second exemple conduit en réalité à un effet tout à fait pervers : les communes devront se doter de personnels assermentés, capable de prendre en charge l'instruction urbanistique. Dès lors, *quid* de la maîtrise de la masse salariale ?

accrue, de sorte qu'il convient d'en maîtriser les différentes acceptions dès à présent, aussi primaires soient-elles ;

- ***Une exploitation « créatrice », c'est-à-dire, suscitant l'innovation.***

Cela étant, il faudra bien garder à l'esprit que la logique d'exploitation des actifs immatériels publics est assortie d'une difficulté particulière à laquelle ne sont pas confrontées les autres orientations de la valorisation, à savoir, la gratuité et/ou le coût des diverses opérations envisagées. Sur quels critères, à partir de quel seuil, l'exploitation d'un actif pourrait-elle justifier une perception monétaire ? La question, non seulement mérite, mais doit être posée.

Par ailleurs, et pour conduire le raisonnement jusqu'à son terme, le patrimoine immatériel public obligerait, si l'on devait se satisfaire des dispositions actuelles, à revoir la nature même des actifs qui le composent, seul fondement concret sur lequel le raisonnement pouvait s'appuyer. Faut-il considérer les actifs du patrimoine immatériel des collectivités territoriales comme des biens ou comme des droits ? Dès lors, le régime protecteur de la domanialité publique est-il applicable ? S'il ne l'est pas, doit-on se satisfaire du régime juridique de la domanialité privée ? Mais celle-ci est-elle dotée des assises juridiques permettant de considérer les particularités propres à l'actif immatériel public ? Pour sa part, le droit de la propriété intellectuelle offre certaines solutions, mais *quid* de la dichotomie droit privé/droit public ? Plus encore, même si elle semble être ce qui s'en rapproche le plus, est-elle suffisamment adaptée aux questions immatérielles publiques, alors qu'elle n'a pas été conçue pour les résoudre ? Saisit-elle l'ensemble de ces actifs ? Qui plus est, le fait d'entrevoir une affectation de ces valeurs dans le domaine public, dans le domaine privé, ou encore, dans la propriété intellectuelle, ne traduirait-il pas un « éclatement de régimes », facteur d'insécurité juridique ? Le classement systématique des actifs immatériels locaux au sein même du domaine privé des collectivités territoriales permet d'apporter un début de réponse (Section 2).

## SECTION 1

## L'IDENTIFICATION DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

A l'origine de l'actuelle rigueur budgétaire, l'état déplorable des finances publiques a poussé les acteurs publics à rechercher de nouvelles ressources dont les actifs immatériels sont

une illustration. Autrement dit, l'intérêt pour le patrimoine immatériel des collectivités territoriales est « né », notamment, d'une participation accrue de celles-ci à l'assainissement des comptes publics. Par conséquent, aujourd'hui, le patrimoine immatériel des collectivités est un véritable atout qu'il faut valoriser. Précisément, la littérature portant sur la valorisation du patrimoine immatériel public ne manque pas. Si de nombreux auteurs, parmi lesquels Jean-Bernard Auby, et Yves Gaudemet, s'essayent à une conceptualisation de la notion, c'est sans doute l'APIE qui définit le mieux en quoi consiste une politique de valorisation menée par un acteur public, de son patrimoine immatériel :

*« Valoriser les actifs immatériels, c'est à la fois reconnaître et exploiter leur potentiel de valeur pour les administrations elles-mêmes, pour leurs personnels et pour la société dans son ensemble. C'est aussi, au besoin, mettre en œuvre les mesures de protection nécessaires pour garantir l'intégrité de ces actifs et éviter les détournements éventuels.*

*Valoriser signifie ainsi à la fois :*

- *Savoir identifier les actifs immatériels ;*
- *Savoir les exploiter efficacement pour mieux remplir sa mission de service public ;*
- *Inscrire, lorsque c'est possible, la valeur de ces actifs au bilan des états financiers des organismes publics ;*
- *Optimiser la mise à disposition de ces actifs, notamment auprès des entreprises, des citoyens, des chercheurs, ou d'autres administrations qui peuvent les utiliser pour innover, développer ou consolider leur activité. Cette diffusion peut selon les cas s'opérer à titre gratuit ou payant ;*
- *Développer des services à valeur ajoutée sur la base de ces actifs dans le prolongement des missions de service public et pour répondre à des besoins d'acteurs privés ou publics ;*
- *Protéger ces actifs contre les risques d'appropriation indue »*[111].

Ainsi, la valorisation du patrimoine immatériel comprend de nombreuses orientations. Bien évidemment, si chacune d'entre elle mérite d'être réfléchie et approfondie, force est de constater que la très grande majorité connaît déjà de nombreux développements. Les écrits et les textes

[111] POYAU (J.-F.), Le portail de l'économie et des finances, APIE, Publications, Disponible sur http://www.economie.gouv.fr/apie/publications, Ressources de l'immatériel – Patrimoine immatériel public : quels enjeux ?, Décembre 2011.

légaux foisonnent, mettant ainsi en exergue l'intérêt désormais évident des divers opérateurs économiques, aussi bien privés que publics, pour les ressources immatérielles. A tel point qu'il semble nécessaire de saisir l'ensemble de ces travaux, et, plus qu'une simple compilation, de les étudier, de les confronter, de les harmoniser, afin d'en dégager les lignes directrices communes. Par ailleurs, la présente étude, portant sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, et qui ne prétend ni à l'exhaustivité, ni à l'originalité, ne pourra donc pas échapper à ce premier travail.

Par conséquent, s'ils doivent encore être approfondis et travaillés, les cinq premiers enjeux de la valorisation ont clairement été saisis. Toutefois, il en est un, très souvent cité en dernier, parfois même éludé, et pourtant ô combien fondamental, qui ne retient guère l'attention. Il s'agit de la protection des actifs immatériels publics, de la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, l'aspect « protectionnel » des valeurs immatérielles est très peu étudié pour deux raisons principales, l'une simple, guidée pourrait-on dire par des considérations de « bon sens », l'autre plus technique. D'abord, de manière assez simple, parce que, comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales est complètement nouvelle. Dans sa découverte, la question de sa protection n'est évidemment pas celle qui vient immédiatement à l'esprit. Ensuite, de manière plus technique, parce que la protection de ce patrimoine dérange à plusieurs titres. En effet, force est de constater que les professionnels du droit, qu'ils soient auteurs ou praticiens, sont assez gênés par la question de la protection des valeurs immatérielles. Pourtant, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales mérite une protection adaptée à ses spécificités, et c'est précisément l'orientation que la présente étude se propose modestement d'adopter : si la question de la valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales est évidente de par les enjeux qu'elle comprend (§1), celle de sa protection l'est tout autant, et ce, précisément pour les mêmes raisons (§2).

## §1 – UN PATRIMOINE EN COURS DE VALORISATION

Dire que le patrimoine immatériel des collectivités territoriales est en cours de valorisation correspond tout à fait au vaste mouvement de « prise de conscience » des potentialités immatérielles. Valoriser ce patrimoine, c'est en saisir les enjeux, et ils sont légion (A). Mais valoriser ce patrimoine, c'est aussi en relever les nombreux défis (B).

## A. LES ENJEUX DU PATRIMOINE IMMATERIEL LOCAL

Si les collectivités territoriales présentent des actifs immatériels similaires à ceux de l'Etat par exemple (telle que les données publiques), elles en disposent d'autres qui, en revanche, leur sont spécifiques. Si, par certains de ses aspects, le patrimoine immatériel local présente des enjeux communs à l'ensemble des acteurs publics titulaires de valeurs immatérielles (participant ainsi à la construction du concept générique et fédérateur de patrimoine immatériel public) (1), il en possède d'autres, plus spécifiques, aux problématiques rencontrées par les collectivités territoriales (2).

Mais toute la difficulté va être précisément d'arriver à « fédérer » ces enjeux. Car la notion de patrimoine immatériel en étant à ses balbutiements, il semble que son intérêt ne puisse se comprendre, non pas en amont, mais en aval, en identifiant clairement les enjeux des actifs immatériels qui le composent. Le danger est alors de concevoir ces objectifs de manière étanche, séparée, hermétique, car en dépit de leurs spécificités, ils servent bien une politique globale de valorisation des ressources immatérielles. Aussi, cela suppose que le concept de patrimoine immatériel réussisse dans sa démarche d'incarnation d'une volonté fédératrice, vecteur d'une véritable synergie, d'une véritable coordination. Pour cela, il est donc nécessaire d'élever la réflexion à un niveau d'abstraction supplémentaire.

### 1. LES ENJEUX COMMUNS A L'ENSEMBLE DES ACTEURS PUBLICS

Les enjeux du patrimoine immatériel public, aussi bien local que national, sont nombreux. Par ailleurs, leur importance stratégique met en exergue l'intérêt d'un sujet consacré au patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, certains actifs locaux, jusque-là insoupçonnés, servent pourtant des enjeux d'envergure, voulus par l'institution politique. Ceux-ci peuvent se répartir en deux grands ensembles.

D'une part, le patrimoine immatériel public vise la modernisation du service public, laquelle vise elle-même deux objectifs, à savoir l'efficience, et la proximité avec l'administré. L'efficience du service public, quel qu'il soit, signifie que l'administration optimise ses outils pour parvenir à un résultat. Ainsi, l'efficience d'un service public, d'un point de vue strictement économique, se mesure en comparant le résultat obtenu et les ressources utilisées. Concrètement, comment cet enjeu se traduit-il ? Les procédures dématérialisées en sont un exemple saillant. En matière de marchés publics par exemple, la dématérialisation de la procédure d'appel d'offre permet au candidat d'obtenir un délai supplémentaire dans le dépôt

du dossier, et évite à l'administration la lourdeur de consultation et de gestion d'un « dossier papier ». Plus encore, et pour rapprocher davantage la réflexion du sujet d'étude, l'efficience du service public est précisément l'un des objectifs visés par les données publiques mises à la disposition des citoyens et des opérateurs économiques. En effet, comme il sera vu, la mise en place de la plateforme interministérielle « Opendata », et de ses déclinaisons régionales (« openpaca » par exemple), favorisent l'innovation économique et sociale. La démarche consiste à mettre à la disposition du public, et de manière tout à fait gratuite, des données dites « brutes » et portant sur des thèmes très variés, allant par exemple des transports en commun d'une commune, aux bâtiments en conformité avec l'accessibilité Personne à Mobilité Réduite (PMR), en passant par des données plus économiques portant sur les contrats administratifs et l'activité économique publique. Par la suite, c'est à l'opérateur, ré-utilisateur de la donnée, de l'interpréter en la transformant en donnée utile (graphique, article, carte, application), et en la croisant, ou non, avec d'autres données[112]. Concrètement, l'intérêt est de moderniser le « fonctionnement des structures publiques et de médiation avec les citoyens ». Autrement dit, l'enjeu est « d'avoir accès à la bonne information au bon moment ». La modernisation du service public se trouve donc au cœur des données publiques, lesquelles rapprochent également les citoyens de l'administration, puisqu'il leur est permis de compléter ces données : est jeté là un énième jalon de la démocratie participative. L'enjeu de cet actif immatériel public est donc crucial[113].

Par ailleurs, c'est précisément dans la même optique de participation citoyenne que s'inscrit le mouvement de dématérialisation des archives publiques. En effet, de nombreux documents (actes cadastrés ou d'état civil par exemple) sont soumis aux dégâts du temps, et donc à terme, à une disparition irréversible. Si la loi impose de les garder dans du mobilier à température « régulable », elle ne stoppe pas pour autant la détérioration de certains documents. Une solution a alors été trouvée dans la dématérialisation par la numérisation. De surcroît, selon Edouard Bouye, Conservateur en chef du patrimoine, et Directeur des archives départementales de la Côte-d'Or, l'enjeu est ici *« d'élargir le champ des fonds numérisés, de mettre en ligne de l'image, du son, de l'audiovisuel, afin de permettre à ceux qui s'intéressent à leur patrimoine*

[112] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[113] Sachant qu'il sera abordé plus en détail dans le développement, les données publiques, et donc leurs enjeux, restant très abstraits sans démonstration concrète.

*de trouver leurs ancêtres et leur cadre de vie ».* En outre, la numérisation des archives, par la conception d'un site internet, détruit l'enclave territoriale à laquelle sont inévitablement soumis les actes physiques, et donne ainsi aux fonds documentaires une visibilité accrue à l'échelle nationale, voire mondiale. Mécaniquement et de manière sous-jacente, le territoire de la collectivité bénéficie d'une véritable promotion de son histoire, laquelle pourrait tout à fait s'insérer dans une politique de markéting territorial et de stratégie locale. Par ailleurs, est-il nécessaire de rappeler qu'un concept aussi moderne que celui de *patrimoine immatériel* se construit indéniablement sur l'histoire de l'entité publique. Belle combinaison s'il en est, de l'approche statique et de l'approche dynamique du patrimoine immatériel[114], laquelle combinaison montre bien que cette double vision ne doit pas se concevoir de manière étanche, mais bien de manière complémentaire.

D'autre part, la valorisation et l'exploitation du patrimoine immatériel public visent la perception de bénéfices socio-économiques. Il s'agit là du point névralgique, de l'enjeu sans doute le plus central, du patrimoine immatériel des personnes publiques, mais aussi, du plus sensible. En effet, si les divers acteurs publics valorisant leur patrimoine visent clairement un objectif de rentabilité pure, force est de constater que la notion de « bénéfice » ne se conçoit pas exclusivement de manière pécuniaire. Les bénéfices sociaux, tels que la création d'emplois, ne sont pas non plus à exclure : la distinction entre les bénéfices directs, et les bénéfices indirects, prend alors tout son sens. Plus encore, c'est elle qui est précisément à l'origine de l'approche dynamique du patrimoine immatériel, et de toutes les stratégies de fonctionnement qui la composent.

La première d'entre elles reste incarnée par le concept particulièrement novateur d'ingénierie publique. Selon Stéphanie Le Bihan, juriste au Centre de ressources du développement territorial (ETD), dans une première approche, l'ingénierie pourrait être définie comme *« l'ensemble des plans et des études qui permettent de déterminer, pour la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet d'investissement, les tendances les plus souhaitables, les meilleures modalités de conception, les conditions de rentabilité optimales, les matériels et les procédés les plus adaptés »*[115]. En effet, les administrations se sont rendues compte qu'elles

[114] *Supra* p. 49.

[115] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

disposaient de facultés, de ressources, de méthodes et de savoir-faire, susceptibles d'exploitation. Par exemple, la plupart d'entre elles sont titulaires de logiciels de gestion que, dans la très grande majorité des cas, elles ont elles-mêmes élaboré, étant le plus au fait de leurs propres besoins. Les opérateurs économiques de droit privé (les entreprises) et de droit public (les autres administrations) peuvent tout à fait montrer un intérêt certain pour tel ou tel concept, ou bien, pour tel ou tel procédé technique. On l'aura compris, les enjeux des stratégies d'ingénierie publique sont légion. Par ailleurs, il est possible d'en citer au moins cinq :

- ***Par le partage de connaissances, de savoir-faire, de compétences, elles contribuent à une valorisation sociale et économique certaine de ce savoir, et prolongent utilement la mission de service public ;***
- ***Elles permettent une mise en avant et une reconnaissance du travail des agents publics ;***
- ***Elles confèrent à l'administration titulaire une visibilité assurée, et la transforment en référente dans un domaine particulier ;***
- ***Elles améliorent considérablement les rapports de l'administration titulaire avec ses divers partenaires (usagers, entreprises, etc.), et peuvent même permettre, si le besoin s'en fait sentir, une mutualisation des procédés, au bénéfice des autres administrations, pour une efficacité de service toujours plus grande ; et enfin,***
- ***Elles sont une source évidente de revenus :*** L'administration titulaire de procédés ingénieux peut tout à fait proposer des prestations de service, ou bien, des offres de formation contre redevance.

Ainsi, les stratégies d'ingénierie publique présentent de colossaux enjeux que la notion de patrimoine immatériel ne saurait ignorer.

La seconde stratégie de fonctionnement qui mérite d'être abordée est incarnée par le management public, laquelle conditionne indubitablement la réussite ou l'échec des stratégies d'ingénierie publique. Au sens commun, le management désigne un ensemble de techniques de direction, d'organisation et de gestion d'une entreprise. Par ailleurs, le choix des termes est révélateur : le management semble être une stratégie conçue et adaptée à la logique purement entrepreneuriale. Or ici, il convient d'être prudent. En effet, les spécificités du management font que cet « actif immatériel » peut tout à fait être créateur de valeur, mais peut aussi, par un éventuel manque d'inadaptation et de considération des particularités de la sphère publique, dévaluer le patrimoine immatériel public. Ce qui est clair, c'est qu'il n'existe pas

d'incompatibilité de principe entre les stratégies de management et le service public. Le droit de la fonction publique est même largement imprégné d'orientations managériales. L'enjeu est précisément d'avoir la pleine maîtrise de la décision publique, à travers la mise en place, non seulement d'outils, mais aussi voire surtout, de véritables cultures de l'objectif, de la performance et du rendement. Par ailleurs, c'est sur ce dernier point que le management public peut à la fois être salvateur et avoir des effets pervers. L'exemple le plus saillant reste sans nul doute la présence d'objectifs chiffrés dans la Loi Organique relative aux Lois de Finances (LOLF) de 2015[116]. C'est ainsi qu'elle prévoit le nombre précis de dossiers à traiter pour les magistrats administratifs, ou encore, le nombre d'affaires à résoudre pour les fonctionnaires de police. Si dans le premier cas, la démarche se justifie pleinement par le bon fonctionnement de la justice et le respect du justiciable, dans le second en revanche, elle est une incitation à ne résoudre que les petites affaires facilement classées, au détriment des plus importantes. Aussi, cela donne le sentiment d'un passage de la responsabilité du fonctionnaire, à la responsabilisation du fonctionnaire. De sorte qu'il convient de rester prudent dans l'application de cette stratégie de fonctionnement à la sphère publique : elle peut se révéler indispensable, mais il reste nécessaire d'en maîtriser le champ et la portée. Plus encore, est-elle adaptée à la fonction publique territoriale ? Il s'agit là d'une question que les collectivités locales doivent absolument se poser.

En dernier lieu (mais la liste est non exhaustive), il convient d'aborder les enjeux liés aux différentes stratégies de communication publique, à savoir, le markéting public. Il s'agit sans doute de la stratégie de fonctionnement la plus importante, car les bénéfices socio-économiques susceptibles d'être perçus par les acteurs publics sont déterminants. Selon l'association américaine du markéting, *« Le markéting est une activité, un ensemble d'institutions, de processus, pour créer, communiquer, délivrer, échanger, des offres qui ont une valeur pour le client, les consommateurs, les partenaires, et de manière générale, la société »*[117]. Selon Corinne Rochette, l'enjeu est précisément d'élaborer un processus, un ensemble de techniques et d'actifs destinés à créer plus de valeur pour l'ensemble des acteurs[118].

---

[116] Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, *JORF* n° 301, 30 décembre 2014, p. 22828.

[117] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[118] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

Par ailleurs, c'est précisément dans une telle stratégie (qui sera étudiée dans le détail un peu plus avant dans l'analyse), que s'insèrent les « marques publiques ». Autrement dit, les marques publiques sont une expression (pas la seule) du markéting public, la finalité d'une stratégie, dont l'importance est telle, que le besoin de démarcation (et de protection) doit être concrétisé. Il est clairement admis que la marque est un signe distinctif synonyme de services, de valeurs, de qualité, d'identité, permettant à l'individu de les distinguer d'autres stratégies, produits ou services. Mais en ce qui la concerne, la marque publique est bien plus encore. En effet, elle incarne un véritable socle identitaire auquel est associée la valeur d'intérêt général. Ce sont des savoir-faire, des talents, des atouts, en finalité, une identité reconnue et admise par l'ensemble des opérateurs publics et privés. Autrement dit, une marque publique incarne « une politique, une communauté d'acteurs »[119], souvent justifié par l'histoire. Aussi, les enjeux des marques publiques sont beaucoup trop précieux pour être ignorés des acteurs publics et de leur patrimoine immatériel, car :

- ***Elles provoquent la confiance des usagers dans le service public, en démontrant qu'elles placent leurs besoins et leurs attentes au centre de leur stratégie ;***
- ***Elles donnent à la mission assurée par l'acteur public qui la détient, une visibilité accrue ;***
- ***Elles motivent le personnel autour de valeurs communes (le lien avec le management public est ainsi fait) ;***
- ***Elles peuvent être une source évidente de revenus.***

Les stratégies de markéting public présentent un intérêt évident pour le patrimoine immatériel public, et en constituent sans doute les actifs les plus importants.

Ainsi, le patrimoine immatériel des personnes publiques, prises dans leur ensemble, présentent des enjeux évidents. Par ailleurs, s'ils se conçoivent en aval, on le voit, en identifiant les enjeux propres à chaque actif immatériel (la notion de patrimoine immatériel n'étant pas encore complètement stabilisée), il est possible de remarquer que certains de ces actifs possèdent des liens entre eux. A titre d'illustration, les stratégies d'ingénierie publique présentent des interdépendances avec le management public, sur lesquelles agissent également les stratégies de markéting public. De sorte qu'une « fédération » de ses actifs, par la notion de

[119] Danièle Bourlange, Directrice générale de l'APIE, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

patrimoine immatériel est en train de se dessiner et mérite d'être approfondie. Est-il possible d'envisager, à terme, non plus une fédération ni une harmonisation de la notion, mais bien une unification ? C'est précisément le chemin que semble emprunter le patrimoine immatériel des personnes publiques, toutefois, il reste très important de ne pas se hâter, et de respecter les étapes de la construction. Est-il nécessaire de rappeler la période transitoire dans laquelle se trouve le droit administratif des biens, et dont la veille doit être assurée ? De surcroît, la notion de patrimoine immatériel ne doit pas se concevoir isolément. En effet, s'il est évidemment nécessaire d'en cerner les enjeux, force est de constater que ceux-ci peuvent tout à fait varier en fonction de l'acteur public au travers duquel le patrimoine immatériel est observé. En l'occurrence, si le patrimoine immatériel des collectivités territoriales se trouve concerné par la très grande majorité des enjeux tout juste présentés, il ne les reprend cependant pas tous, en présente de nouveaux, et en récuse même certains eu égard aux spécificités des acteurs publics locaux (2).

## 2. LES ENJEUX PROPRES AUX COLLECTIVITES TERRITORIALES

Outre la convergence avec certains enjeux nationaux, ou alors, communs à toute personne publique détenant des ressources immatérielles, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales est composé d'actifs qui le différencient notablement des autres actifs immatériels pouvant être détenus par les acteurs publics. Bien évidemment, ces spécificités sont liées à la nature même des collectivités territoriales, le patrimoine immatériel s'imprégnant indubitablement des caractéristiques de la personne publique qu'il représente. Plus encore, le patrimoine immatériel est l'acteur public « personnifié ». Autrement dit, la notion s'adapte au gré des besoins et des opérateurs.

Ainsi, l'enjeu caractéristique des collectivités territoriales, en termes de valeurs immatérielles, est celui de l'attractivité. Selon Jean-Marc Devanne, l'attractivité est la *« capacité d'un territoire à rayonner, à promouvoir son offre et à attirer sur place, d'une manière ponctuelle ou permanente, des personnes et des capitaux »*[120]. Selon lui, les enjeux de l'attractivité pour les collectivités territoriales, acteurs locaux par excellence, sont triples :

- ***Enjeux économiques :*** Savoir attirer les entreprises et les investisseurs ;

[120] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

- ***Enjeux touristiques :*** Savoir favoriser le tourisme culturel, ou encore, le tourisme d'affaire ;
- ***Enjeux résidentiels :*** Savoir favoriser la qualité de vie, les savoir-faire locaux, etc.

Clairement, il s'agit là d'objectifs que les collectivités territoriales, au moyen de leur patrimoine immatériel, peuvent tout à fait satisfaire. De quelle manière ? D'une double façon : en mettant en avant certains actifs immatériels propres aux territoires, tout en les insérant dans une stratégie de fonctionnement que la collectivité aura pris soin d'adapter aux particularités locales.

Concernant les actifs immatériels propres au territoire, il est possible d'évoquer les savoir-faire traditionnels, ou encore, le patrimoine gastronomique ou musical. A titre d'illustration, le département de Vaucluse se caractérise notamment par une très forte activité viticole. Les terres bordant la commune de Chateauneuf-du-Pape produisent en effet l'un des meilleurs vins du monde, et participent ainsi à la réputation et à la renommée du terroir. Il s'agit là d'un savoir-faire artisanal, la culture de la vigne, dont les communes alentours, le département et la région ne sont bien évidemment pas propriétaires, et ne détiennent pas non plus de droit sur les divers procédés de vinification. Autrement dit, comme longuement abordé dans les pages précédentes, ici, l'appropriation publique est absente. Pourtant, force est de constater que la collectivité en tire un bénéfice notable parfaitement exploitable, ne serait-ce qu'en termes d'image. De sorte qu'avec l'existence même de tels savoir-faire traditionnels, c'est aux différents acteurs locaux qu'il incombe de rattacher l'activité à la valorisation du territoire, de faire en sorte que l'activité soit identifiée à un territoire. Tout l'enjeu de tels actifs est donc de mettre en avant les singularités d'un terroir, afin que celui-ci se distingue de ses voisins, et provoque alors l'envie d'y vivre ou d'y investir. Par ailleurs, cet enjeu des savoir-faire traditionnels, artisanaux, ou encore, du patrimoine gastronomique et musical, se décline lui-même en plusieurs orientations[121] :

- ***Mise en évidence d'un patrimoine identifiable par le grand public ;***
- ***Mise en place de structures (association loi 1901 ou autres) fédérant les professionnels de l'activité ;***
- ***Création d'outils de promotion et de valorisation du patrimoine collectif ;***
- ***Valorisation de l'identité du territoire ;***

[121] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

- ***Promotion des produits de qualité ;***
- ***Information et communication à l'ensemble des acheteurs potentiels.***

En outre, et comme précédemment énoncé[122], dans, les différents éléments composant leur patrimoine immatériel, les collectivités territoriales, contrairement aux autres acteurs publics, doivent prendre en considération un capital qui leur est propre, à savoir, le capital naturel. En effet, la qualité de l'air (enjeux énergétiques et environnementaux), des paysages, la qualité des prestations culturelles, sont autant d'atouts que les acteurs locaux sont seuls susceptibles de valoriser, et donc, d'exploiter. Il s'agit là d'un avantage certain dont disposent les collectivités territoriales, par rapport à l'ensemble des autres acteurs publics, et qui, avec la mise en place de stratégies de fonctionnement appropriées, peut leur conférer une position clé sur le « nouveau marché » de l'immatériel public. Par ailleurs, les acteurs locaux commencent à en saisir les enjeux, puisqu'ils investissement progressivement, de manière de plus en plus importante, sur leurs atouts environnementaux et paysagers. A titre d'illustration, et pour rester en Vaucluse, un EPCI, dit Communauté de Communes des Pays de Rhône et Ouvèze (CCPRO), deuxième intercommunalité la plus importante du département après la Communauté d'agglomération du Grand Avignon (COGA), a procédé à la réhabilitation d'un Espace Naturel Sensible (ENS), à savoir, un étang salé, véritable atout touristique, économique, et environnemental. Situé sur la commune de Courthézon, il s'agit de la seule zone humide du département, lesquelles se font de plus en plus rares à l'échelle nationale, en dépit de leur importance en termes de sécurité (régule les risques d'inondation), de biodiversité (présence d'espèces animales rares), et d'écosystème. Précisément, les acteurs locaux en ont clairement saisi les enjeux, puisque l'entretien de cet espace est notamment à la charge de l'EPCI référent et de la commune, au travers de ce que l'on appelle un *contrat de rivière*. Il s'agit là d'une spécificité, non seulement propre aux collectivités, mais de surcroît, que toutes les collectivités n'ont pas. Aussi, la mise en place d'une politique de markéting territorial équilibrée pourrait tout à fait permettre, à la commune d'abord, à l'EPCI ensuite, au département en troisième lieu, et à la région en dernier lieu, de se distinguer nettement de leurs homologues.

Précisément, l'insertion de ces actifs singuliers au sein de stratégies de fonctionnement, elles-mêmes adaptées au territoire, est tout l'enjeu du patrimoine immatériel local. Or, les

[122] *Supra* p. 55.

stratégies d'ingénierie, de management et de markéting public, sont-elles adaptées aux particularités du terroir ? Les réponses varient en fonction des stratégies abordées.

Concernant en premier lieu l'ingénierie publique, ce qui est clair, c'est qu'il s'agit d'une stratégie de fonctionnement qui a été pensée par l'Etat, pour l'Etat. Par conséquent, en théorie, rien ne pourrait laisser présager une ouverture du concept au territoire. Pourtant, en pratique, il est possible de constater un très net glissement de l'ingénierie vers les acteurs publics locaux, donnant ainsi naissance au concept *d'ingénierie territoriale.* Comme le soulève très bien, Stéphanie Le Bihan, ce phénomène a été motivé par trois facteurs, à savoir :

- ***Des contraintes budgétaires au niveau de l'Etat sans cesse plus importantes ;***
- ***Un besoin croissant d'ingénierie des territoires ;***
- ***La nécessité de résoudre au plus vite les tensions naissantes, d'ordre technique, pour les communes et les groupements ruraux.***

Ainsi, les stratégies d'ingénierie publique, non seulement ne sont pas incompatibles avec les impératifs locaux, mais en outre, sont tout à fait susceptibles d'en satisfaire certains.

Concernant en deuxième lieu les stratégies de fonctionnement liées au management public, le raisonnement semble en revanche beaucoup moins ouvert. En effet, les enjeux liés au management public, s'ils semblent justifiés pour la fonction publique d'Etat, le seraient en revanche beaucoup moins pour la fonction publique territoriale. Jean-Laurent Nguyen-Khac, Directeur Général du Centre de Gestion de la Grande Couronne, associe ce constat à trois séries de raisons, à savoir :

- ***Les difficultés liées à la mobilisation des agents :*** 80% des agents de la fonction publique territoriale appartiennent à la catégorie C, et y sont très souvent entrés par manque de mobilité et de qualification. Autrement dit, leur situation explique qu'ils se sont donc tournés vers l'employeur public le plus proche de leur lieu de rattachement ;
- ***Le cadre juridique incertain ;***
- ***Les difficultés liées au recensement des effectifs, et à certains outils de management.***

De prime abord, les enjeux liés au management public ne sont donc pas encore suffisamment adaptés aux particularités locales. A l'évidence, la notion de management territorial devra être approfondie.

Enfin, concernant en troisième et dernier lieu les stratégies de markéting public, il s'agit en réalité de celles les plus adaptées aux territoires. Par ailleurs, le concept de « markéting territorial » est loin d'être nouveau, remonterait même aux années 1850, et trouverait ses origines aux Etats-Unis[123]. Ainsi, si les efforts de définition ne manquent donc pas, le markéting territorial serait la stratégie de fonctionnement rassemblant l'ensemble des pratiques, permettant à un territoire ou une destination de développer son attractivité[124]. Les enjeux qu'il présente sont véritablement au centre des préoccupations locales. Bien que la liste soit non-exhaustive, Corinne Rochette et Jean-Marc Devanne en identifieront une dizaine, à savoir :

- ***Différenciation du territoire de ceux concurrents ;***
- ***Positionnement et valorisation de « l'offre territoire » ;***
- ***Orientation des décisions et de l'action publique ;***
- ***Fédération autour des valeurs du territoire ;***
- ***Retombées économiques et financières ;***
- ***Retombées sociales ;***
- ***Amélioration de la qualité de vie, et création de service à la population ;***
- ***Retombées culturelles ;***
- ***Création d'une dynamique vertueuse (image valorisante source de fierté).***

Par conséquent, plus que de la simple promotion, les stratégies locales de markéting public vise la « vente » du territoire, il faut que, par ces stratégies et leurs diverses manifestations, les collectivités « vendent » leur territoire. Le markéting territorial est donc une stratégie de fonctionnement tout à fait centrale que ne peut ignorer le patrimoine immatériel public, d'autant que l'élaboration de « marques de territoire », ou encore, de « marques partagées », en sont l'expression par excellence. Derrière une marque de territoire, c'est toute une stratégie de communication qui a été réfléchie. Autrement dit, une marque de territoire est le résultat, la finalité, d'une stratégie markéting beaucoup plus profonde. Aussi, à ce stade du raisonnement, il est possible de dire que plus que la simple attractivité pour les collectivités, que le seul besoin pour les particuliers, il faut créer chez les divers opérateurs potentiels un véritable « désir de territoire ». Le choix du terme est symboliquement fort, et autrement plus porteur : il ne faut

[123] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[124] Jean-Marc Devanne, Enseignant à Science Po Paris, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

pas créer une simple attraction ou un simple besoin, mais un profond désir. Ainsi, c'est toute une politique de communication qu'il convient de repenser, avec toutefois des frontières à ne pas franchir comme celle de la transformation de l'usager du service public en client ou consommateur. Un équilibre reste donc à trouver.

Outre ceux propres au patrimoine immatériel public, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales présente des enjeux qui lui sont propres. En effet, les spécificités du territoire donnent au patrimoine immatériel des acteurs locaux, une dimension largement méconnue des autres opérateurs publics. Si l'APIE vise essentiellement l'exploitation du patrimoine immatériel de l'Etat, les collectivités territoriales, elles, au travers de leur patrimoine immatériel, visent notamment l'attractivité de leur territoire. Non pas que l'Etat ne vise pas l'attractivité de la France à l'échelle internationale, ou encore, que les collectivités territoriales ne s'intéressent pas à l'exploitation des ressources immatérielles (cela serait une erreur très grossière, ne serait-ce que de le penser), simplement, la teneur et l'orientation du patrimoine immatériel public varie en fonction du prisme au travers duquel il est observé, et que sont les acteurs publics. C'est aussi précisément la raison pour laquelle la présente étude s'est montrée vigilante dans le traitement des enjeux, en distinguant ceux communs à l'ensemble des acteurs publics (ce qui signifie que les collectivités territoriales ne les ignorent pas), et ceux propres aux collectivités territoriales (c'est-à-dire, ceux qu'elles privilégient pour des raisons évidentes). Par ailleurs, la précaution était d'autant plus nécessaire que le territoire d'un acteur public local est un objet clairement protéiforme. Un territoire, c'est un cadre de vie, un cadre historique (un esprit, des symboles, des valeurs), un cadre d'activité économique, un cadre structurel, ou encore, un cadre d'apprentissage et de transmission du savoir. Mais cet ensemble de cadres, n'est pas forcément le même d'une région à l'autre, d'un département à l'autre, d'une commune à l'autre. Si l'attractivité d'un territoire est déjà construite, il n'en reste pas moins nécessaire d'en renforcer les singularités, afin que chaque individu, chaque investisseur, chaque entreprise, en fonction de ses intérêts ou de ses secteurs d'activité, puisse se reconnaître dans telle ou telle offre de territoire. Toutefois, deux écueils sont à éviter. D'une part, il ne va pas s'agir de faire du territoire national, une simple mosaïque de territoires locaux, lesquels se contenteraient de s'additionner pour former un pays. Autrement dit, il ne va pas s'agir pour les collectivités territoriales de se livrer une guerre concurrentielle de l'investisseur, pour la simple et bonne raison que les opérateurs sont nombreux, attachés à un territoire, et que par conséquent, chaque collectivité peut s'épanouir, ne serait-ce que sur le plan économique en valorisant les bons actifs au moyen de stratégies réfléchies. D'autre part, la valorisation d'un patrimoine

immatériel local doit se concevoir de manière globale afin d'encourager la synergie territoriale, et non pas de manière sectorielle. C'est-à-dire que d'un point de vue pratique, la valorisation des enjeux d'une commune par exemple, ne doit pas être l'antithèse de ceux de la commune voisine se trouvant à moins de dix kilomètres. Cela d'autant plus que la France compte environ 36 000 communes, et donc, au moins autant de patrimoines immatériels. Au contraire, il conviendra d'identifier les actifs immatériels communs, afin de réfléchir à une politique de valorisation globale d'envergure. Autrement dit, un juste équilibre est à trouver, et il s'agit là, de l'un des nombreux défis du patrimoine immatériel des collectivités territoriales (B).

## B. LES DEFIS DU PATRIMOINE IMMATERIEL LOCAL

En réalité, les enjeux du patrimoine immatériel local sont autant de défis à relever pour les collectivités territoriales. Or, naturellement, il ne va pas s'agir de revenir ici sur ce qui a été dit dans les pages précédentes. Au contraire, sur le fond, il va s'agir de mettre en exergue un enjeu particulier, commun à l'ensemble des actifs immatériels locaux, et dont la satisfaction reste encore inachevée. En effet, la question de la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales doit se poser. C'est précisément sur elle que se fonde toute stratégie de valorisation et d'exploitation de l'immatériel local. A titre d'illustration, à quoi peut bien servir l'exploitation de l'image ou du savoir-faire d'un territoire pour une collectivité, si un opérateur extérieur, ne recherchant que son propre profit, sans retombée directe ou indirecte pour la communauté, peut concurrencer la démarche publique ? Plus encore, comment lutter contre la contrefaçon des savoir-faire locaux, laquelle se sert également de la réputation, voire de la renommée de la collectivité, pour faire du profit en trompant le consommateur sur la réelle qualité des produits (sans parler des conséquences néfastes sur la réputation de l'acteur local en termes de communication) ? Les actions offertes par le droit de la propriété intellectuelle sont-elles suffisantes et adaptées ? Autant de question que pose la protection du patrimoine immatériel local, et que la présente étude devra tenter de résoudre.

Mais pour ce faire, il convient auparavant d'être vigilant sur la forme, en identifiant avec précision l'axe directeur que devra suivre le raisonnement, afin d'éviter toute confusion. Celui-ci se dessine en repérant les limites (1) de la réflexion à conduire sur le patrimoine immatériel local, et en surmontant les difficultés (2) qu'il présente.

## 1. LES LIMITES DU PATRIMOINE IMMATERIEL LOCAL

Le présent travail est bel et bien consacré au patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Il ne s'agit en aucun cas d'une étude générale sur la propriété publique incorporelle. Ainsi, la réflexion à conduire est à la fois plus large et plus ciblé que la propriété publique incorporelle. Plus large, en ce que les actifs immatériels composant le patrimoine public, comme il a déjà été dit à maintes reprises jusqu'ici, et comme il sera démontré plus avant, ne se limite pas à la seule appropriation publique. Plus ciblé, en ce que l'étude de la propriété publique incorporelle ne se cantonnait pas à un acteur public en particulier, de sorte que la réflexion pouvait tout à fait être menée, aussi bien de manière globale, que s'accommoder des différents niveaux d'abstraction, au gré des besoins exprimés par le raisonnement. Or, la présente étude ne porte que sur le patrimoine immatériel des seules collectivités territoriales. Si les propos pourront (et devront absolument, s'ils veulent aboutir à une conclusion satisfaisante) s'appuyer sur des comparaisons et des constats concernant le patrimoine immatériel de l'Etat ou d'autres acteurs publics, afin de prouver la qualité de l'argumentation, ils ne pourront toutefois se confondre avec de tels acteurs, le tout de manière très opaque, créant ainsi un sentiment de confusion dans l'esprit du lecteur. Précisément, il s'agit là de la première limite dont il est nécessaire de se méfier dans les travaux présentement menés.

La seconde limite concerne les collectivités territoriales elles-mêmes. S'il ne s'agit évidemment pas de les redéfinir ici[125], il convient cependant de fixer définitivement la portée de ces deux termes. Qu'entend-t-on par collectivités territoriales ? Si d'un point de vue constitutionnel, il faut comprendre les communes, les départements et les régions, dans un souci de simplicité, et surtout d'exhaustivité, il conviendra d'y associer tout ce qui n'est pas l'Etat, ni même les personnes publiques non identifiées par un territoire[126]. Ce postulat, certes tranché, présente au moins le mérite d'englober en son sein les EPCI, ainsi que les établissements publics locaux, et plus largement, protège le raisonnement de toute omission.

Mais au-delà des obstacles purement terminologiques, l'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales est confrontée à la rareté des travaux s'y consacrant. En effet, la plupart des écrits portant sur les ressources immatérielles, eux-mêmes peu nombreux, n'envisagent que le seul patrimoine immatériel de l'Etat. Les questionnements résultant de

[125] *Supra* p. 76 et s.

[126] Penser ici aux Autorités Publiques indépendantes (API), ou encore, aux Groupements d'Intérêt Public (GIP).

l'étude des ressources immatérielles ne gravitent qu'autour de la personne publique de l'Etat, en omettant que ces problématiques ne sont pas forcément adaptées à celles que rencontrent le patrimoine immatériel local. Ce constat impose donc une vigilance accrue dans l'application du raisonnement par analogie, qui trouve ainsi une limite organique importante. Qui plus est, pour les travaux qui envisagent l'étude des actifs immatériels des acteurs publics locaux, ils n'abordent le sujet qu'avec parcimonie, souvent en développant des thèmes récurrents, tels que la valorisation, ou bien, l'inapplicabilité de la domanialité publique aux actifs immatériels. Le cadre légal lui-même se révèle largement insuffisant, et n'envisage l'approche des potentialités immatérielles locales que de manière parcellaire, en considérant chaque actif (lorsqu'il les envisage) indépendamment des autres, le tout au détriment d'une réflexion globale qui ne serait pas seulement guidée par un objectif financier. A ce stade, s'est posée une double difficulté (2).

## 2. LES DIFFICULTES LIEES AU PATRIMOINE IMMATERIEL LOCAL

Les développements sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales sont rares et fragmentaires. Mais ils sont aussi épars. En effet, si certains éléments de réponse se trouvaient naturellement dans les dispositions applicables au droit administratif des biens, au droit des collectivités territoriales, au droit de la fonction publique, ou encore, au droit public économique, force a été de constater que d'autres se trouvaient également dans le droit civil des biens et le droit de la propriété intellectuelle. La sacro-sainte dichotomie du droit privé et du droit public était une nouvelle fois transcendée. Par conséquent, le traitement d'un sujet aussi novateur demandait également une maîtrise parfaite des arcanes du droit civil pour pouvoir prospérer. Plus encore, il s'agissait là de la condition *sine qua non* pour que la réflexion aboutisse à un résultat fédérateur apportant une véritable plus-value, et n'aboutisse pas seulement à une simple compilation du droit existant.

Cependant, au-delà de ces obstacles purement formels, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales présente sur le fond une dernière complication jusque-là restée en suspens. Pourtant, elle est clairement considérée par l'ensemble des acteurs s'intéressant aux problématiques liées à l'immatériel public, comme l'enjeu déterminant l'effectivité réelle de l'élaboration d'un patrimoine immatériel public local (§2). Elle constitue le socle sur lequel repose la mise en avant et l'exploitation des ressources immatérielles. En effet, si les développements liés à la valorisation de ce patrimoine ne se comptent plus, ceux liés à sa protection en revanche se font beaucoup plus discrets, alors même que cet enjeu constitue le point névralgique de toute stratégie fondée sur l'immatériel public.

## §2 – L'ENJEU DETERMINANT DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

A titre liminaire, il convient de préciser que la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales n'a pas pour finalité de verrouiller l'accès aux ressources immatérielles publiques. En effet, est-il nécessaire de rappeler que chaque action venant modifier la physionomie du patrimoine public est motivée, et doit être motivée, par des considérations d'intérêt général. Le verrouillage systématique des actifs immatériels serait clairement contraire, de par son essence même, à de telles motivations. Il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel du droit, la protection des actifs immatériels est clairement insuffisante (A). Par ailleurs, les conséquences désastreuses de cette insuffisance, observables ne serait-ce qu'au travers de l'utilisation abusive du nom des collectivités, mettent clairement en exergue le besoin crucial d'une amélioration (B).

### A. UNE PROTECTION INSUFFISANTE : LE CAS DU NOM DES COLLECTIVITES

Comme le dit Emmanuelle Hoffman, Avocate au barreau de Paris, *« on constate aujourd'hui un besoin croissant de protection exprimé par les collectivités territoriales »*[127]. Ce besoin, les acteurs publics locaux le manifestent notamment par des recours de plus en plus nombreux à des cabinets de propriété intellectuelle. L'exemple le plus saillant (mais non le seul) en reste sans nul doute la lutte contre l'utilisation abusive du nom des collectivités territoriales, notamment à des fins commerciales. Malheureusement, force est de constater qu'aujourd'hui, les actions défensives offertes par le cadre légal se révèlent largement insuffisantes à cette protection, laquelle, de par une évolution sociétale, ne couvre plus toutes les situations d'abus, désormais extrêmement diverses.

On sait que l'article L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle offre à la collectivité territoriale ce que Emmanuelle Hoffman appelle « un droit prioritaire » sur son nom. Cet article dispose que :

*« Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :*

[127] HOFMANN (E.), BOUCHARD (L.), CAPIAUX (J.), « Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés », *Gaz. Pal.,* n° 344, 10 décembre 2011, p. 11.

*[…]*

*h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ».*

Ainsi, la présente disposition a pour objectif de lutter contre l'usurpation, par un tiers, du nom de la collectivité, et qui cherche à tirer profit de sa réputation, de sa renommée, etc. Or, le problème vient du fait que les applications jurisprudentielles de cet article sont strictement conditionnées, réduisant considérablement le nombre de cas au sein desquels la présente protection pourrait être invoquée. En effet, pour la jurisprudence, le seul dépôt par un tiers d'une marque comprenant le nom d'une collectivité, est insuffisant à la mise en œuvre de la protection prévue par l'article L. 711-4 h). Il faut en outre que cette utilisation cause une atteinte aux activités de service public dont la collectivité lésée a la charge (en proposant des activités similaires, etc.). Par ailleurs, c'est précisément en ce sens que s'est prononcé un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 juin 2009[128]. En l'espèce, le département du Finistère était intervenu pour dénoncer le dépôt à titre de marque du signe « 29 » par une société privée dont l'activité consistait en la vente de vêtements. Les juges ont alors estimé que :

*« L'article L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle n'ayant pas pour objet d'interdire aux tiers, de manière générale, de déposer en tant que marque un signe identifiant une collectivité territoriale, mais seulement de réserver cette interdiction au cas où résulte de ce dépôt une atteinte aux intérêts publics, la cour d'appel n'avait pas à répondre à des conclusions inopérantes soutenant qu'une telle atteinte résulterait de ce seul dépôt ».*

La volonté de la Cour se comprend aisément : par cet article, il ne s'agit pas « d'ouvrir la boîte de Pandore » pour les collectivités, en leur permettant d'exercer un recours systématique dès qu'un opérateur privé utilise un nom local pour exercer son activité. Cela d'autant plus que non seulement, la collectivité pourrait tout à fait en tirer un bénéfice indirect en termes de communication et de publicité (même infime), mais en outre, l'opérateur privé justifie son utilisation par un lien de rattachement au terroir. De surcroît, par la contestation systématique de l'utilisation de son nom, la collectivité nuirait à « l'écosystème[129] » de ses propres PME, en les condamnant, ou bien, en les dissuadant de s'installer. Il n'empêche que cette conception de

[128] Cour de cass., com., 23/06/2009, *Département du Finistère,* n° 07-19542.

[129] Comprendre ici *économie.*

l'article L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle en limite considérablement le champ d'application, lequel est donc soumis à une double condition :

- ***Le dépôt par un tiers d'une marque comprenant le nom d'une collectivité ;***
- ***Et dont les activités, similaires à celles de cette collectivité, créent un risque de confusion dans l'esprit de l'usager du service public.***

Aussi, à titre subsidiaire, pour pallier cette difficulté, les acteurs publics locaux ont de plus en plus recours à ce que l'on appelle, la théorie de la fraude[130]**.** La logique qui anime cette théorie est sensiblement la même que celle de l'article L. 711-4 h) du Code de la propriété intellectuelle. La différence réside dans le fait qu'elle peut tout à fait être exercée contre un tiers ayant déposé une marque comprenant le nom d'une collectivité, mais dont les activités ne peuvent pas être confondues avec les missions de service public qu'elle assume. Pourtant, ce tiers est clairement animé d'une intention frauduleuse en proposant des produits ou services avec lesquels la collectivité entretient un lien identitaire particulièrement fort, et dont le tiers entend bien profiter. Autrement dit, l'exercice de la théorie de la fraude est lui aussi soumis à une double condition, à savoir :

- ***Le dépôt par un tiers d'une marque comprenant le nom d'une collectivité ;***
- ***L'existence (et donc la preuve dont la charge incombe à la collectivité) d'une intention frauduleuse.***

Autant dire que si le raisonnement diffère, la conclusion reste la même : les recours de protection offerts aux collectivités trouvant à s'appliquer à des cas précis, leur exercice reste rare. C'est précisément la raison pour laquelle un projet de loi du 1er août 2011 renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, a pour objet, en l'occurrence, de permettre aux collectivités territoriales, sur le fondement de l'article L. 711-4 h), de s'opposer à l'enregistrement d'une marque, devant le directeur de l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI), dès lors que cette marque reprend tout ou partie de leur nom. Or, le problème vient du fait que même à l'heure actuelle, cette initiative en est restée à l'état de projet, bloquée en deuxième lecture, laquelle a eu lieu le 23 décembre 2011.

[130] HOFMANN (E.), BOUCHARD (L.), CAPIAUX (J.), « Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés », *op.cit., p. 3.*

Le besoin de protection éprouvé par les collectivités territoriales étant bien réel, cette carence législative a pour conséquence d'inciter les acteurs publics locaux, chaque année plus nombreux, à déposer leur nom comme marque auprès de l'INPI. Autrement dit, la protection que les collectivités sont légitimement en droit d'attendre, mais qu'elles ne trouvent pas dans leur « droit prioritaire », va être recherchée dans le droit des marques. Elles peuvent alors exercer l'action en contrefaçon prévue à l'article L. 716-1 du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, si l'hypothèse est maintenant observée sous l'angle du droit des marques, la problématique est identique : il ne va pas s'agir pour les collectivités de mettre en œuvre une politique de recours systématique dès lors qu'une utilisation de leur marque est constatée. En effet, *« la collectivité territoriale ne peut être considérée comme un titulaire de marque comme les autres »*[131]. Est-il nécessaire de rappeler que l'enjeu reste bien celui de la protection, et non pas celui du « verrouillage » ? La jurisprudence l'a d'ailleurs très bien compris en posant certains garde-fous. Elle pose en effet une double condition, la première classique, la seconde propre aux acteurs que sont les collectivités territoriales :

- ***D'une part, les juges exigent l'utilisation, par le tiers, du signe déposé par la collectivité, à titre de marque ;***
- ***Mais d'autre part, ils demandent l'utilisation illégitime du nom de la collectivité territoriale par les tiers :*** *A contrario,* cela signifie que dès l'instant où cette utilisation faite par le tiers est jugée légitime, alors la collectivité ne pourra agir en contrefaçon.

Lorsque la seconde condition n'est pas remplie, elle se transforme alors en limite du droit d'action des collectivités. Par ailleurs, cela met parfaitement en exergue le caractère singulier des marques de collectivités territoriales. En effet, il est tout à fait probable que certains opérateurs économiques de droit privé utilisent leur lien de rattachement avec la collectivité afin de se construire une clientèle, et de justifier leur activité. Pour sa part, Emmanuelle Hoffman en relève deux illustrations saillantes.

Dans un premier arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 13 septembre 2007[132], il s'agissait d'un administré de la Ville d'Issy-les-Moulineaux qui avait déposé le nom de domaine « www.issy.net », afin que les internautes puissent utiliser le service de télévision par

[131] HOFMANN (E.), BOUCHARD (L.), CAPIAUX (J.), *op.cit.,* p. 16.

[132] CA Versailles, 13/09/2007, *Ville d'Issy-les-Moulineaux,* n° 06/03071.

internet qu'il proposait sous la forme associative. Or, titulaire de la marque « Issy », la commune d'Issy-les-Moulineaux exerça une action en contrefaçon. Celle-ci sera rejetée par les juges du fond, au motif qu'eu égard aux activités proposées par les deux sites (l'une concernant des missions de service public, l'autre des services « télévisés » sur internet), aucun risque de confusion ne pouvait exister dans l'esprit de l'usager du service public. Par ailleurs, il était très clair que le site proposant des services télévisés était géré par une personne privée, et non pas par la municipalité. La Cour a en effet statué de la manière suivante :

*« Une commune peut déposer son nom en intégral ou en abrégé à titre de marque et l'enregistrer comme nom de domaine, mais elle ne peut interdire son utilisation par des tiers et doit la tolérer, dès lors que celui qui utilise dans la marque ou le nom de domaine tout ou partie du nom de la commune, justifie d'un intérêt légitime à se prévaloir de ce nom, notamment pour y mentionner le lieu où il exerce effectivement son activité et qu'il n'existe aucun risque de confusion avec la marque déposée ou le site officiel de la commune ».*

La position des juges est donc très claire.

En revanche, dans une seconde affaire, plus ancienne[133], il s'agissait d'un producteur de vin qui avait fixé son siège social à Saint-Tropez (simple boîte aux lettres), et qui restait particulièrement évasif sur la provenance réelle de ses produits. Pourtant, l'étiquette des bouteilles mentionnait bien « La Cave des Seigneurs de Saint-Tropez », et leur collerette reprenait clairement les termes « Saint-Tropez ». Titulaire de la marque « Saint-Tropez », la commune de Saint-Tropez a alors agi en contrefaçon. Les juges du fond ont fait droit à la présente demande, aux motifs suivants :

*« La SARL La Cave des seigneurs ne peut manifestement pas soutenir avoir utilisé le terme "Saint-Tropez" pour indiquer seulement l'adresse de son siège, dès lors qu'entre la collerette et l'étiquette arborées par chaque bouteille, les termes de Saint-Tropez sont déclinés plus de cinq fois, sur un fond reproduisant de façon stylisée un clocher, un phare, le bord de l'eau et, en arrière-plan, des montagnes. Ce faisant, elle a commis des actes de contrefaçon de la marque Saint-Tropez. La SARL La Cave des seigneurs a ainsi entendu utiliser le nom de la commune où elle a établi sinon son siège, du moins un établissement, pour créer une confusion dans l'esprit du public sur l'origine des produits qu'elle commercialise ».*

[133] TGI Paris, 22/03/1996, *Ville de Saint-Tropez,* n° 95/9978.

Ainsi, cette seconde illustration, alliée à la première, montre bien ce qu'est une utilisation, légitime ou non, du nom d'une collectivité territoriale, et donc, tout l'enjeu d'une protection effective.

Par conséquent, si à l'heure actuelle, les collectivités territoriales ont tout intérêt à protéger leur nom en le déposant comme marque (pour ne raisonner que sur ce seul exemple), ce qui reste contrariant, ce sont les raisons pour lesquelles les acteurs publics locaux sont conduits à entreprendre une telle démarche. En effet, certains d'entre eux ne se rapprochent de l'INPI qu'uniquement parce que l'état du droit positif ne leur permet pas de protéger correctement leurs actifs immatériels. Or, est-il nécessaire de rappeler que toute personne déposant une marque afin de bénéficier d'un statut protecteur, se trouve également dans l'obligation de l'exploiter, sous peine de se voir opposer sa déchéance, telle que prévue par les articles L. 714-5, et suivants, du Code de la propriété intellectuelle. Si en l'occurrence ce risque reste minime, les collectivités territoriales ayant, dans la très grande majorité des cas, déposé une marque afin d'en faire un véritable vecteur d'attractivité, laquelle marque s'insère en général dans une politique globale de markéting territorial, il existe également l'hypothèse inverse des petits villages aux forts atouts patrimoniaux, et qui ne déposent de marque que dans un souci de protection, faute de cadre juridique adapté. Comme il sera vu, de telles initiatives, communes à l'ensemble des actifs immatériels publics, et non pas seulement aux noms des collectivités, posent de très nombreuses difficultés, lesquelles, dans un contexte de mondialisation sans cesse grandissant, ne se cantonnent plus au territoire national. En effet, et pour revenir en Vaucluse, la commune d'Avignon subit à l'heure actuelle une usurpation de son nom, mais cette fois, à l'échelle internationale. Dans l'Etat du Massachusetts, aux Etats-Unis, une boulangerie au savoir-faire français est installée dans la ville de Hyannis depuis 1992, sous le nom de « Pain d'Avignon »[134]. *A priori,* rien ne dérange eu égard au nombre de boulangeries au savoir-faire français ayant été développées aux Etats-Unis par des Français, et ayant eux-mêmes utilisé leur lien de rattachement pour se constituer une clientèle. Or, il se trouve que « Pain d'Avignon » a été fondée par quatre ressortissants de l'ex-Yougoslavie, et n'ayant aucun lien de rattachement avec Avignon, ou même, avec la France. Néanmoins, en l'absence d'une protection spéciale à l'échelle internationale du nom de la commune, toute contestation semble impossible. Cette énième illustration montre donc bien qu'en raison de leur histoire, les collectivités territoriales françaises sont titulaires d'actifs immatériels convoités à

[134] http://www.paindavignon.com/ (page consultée le 20 mai 2017).

l'échelle mondiale. L'élaboration d'une protection effective de ces actifs prend alors tout son sens (B).

## B. UNE PROTECTION A AMELIORER

Les enjeux économiques que les actifs immatériels mettent en évidence sont d'une importance telle, que leur exploitation non régulée par les opérateurs de droit privé, reviendrait à les soumettre purement et simplement à la loi du marché. Par ailleurs, les retours financiers étant certains, « l'agressivité » des divers acteurs, justifiée par un contexte difficile, ne s'en trouve que renforcée, d'où la nécessité d'un cadre légal adapté aux spécificités des ressources immatérielles locales. D'autant plus que cette protection conditionne véritablement toute politique de valorisation et d'exploitation du patrimoine immatériel public : c'est précisément parce que les actifs immatériels locaux sont réservés, ou alors, que leur disponibilité est conditionnée, que leur valeur (notion centrale s'il en est dans un tel sujet d'étude) est avérée. Autrement dit, c'est dans la réservation, et dans la maitrise de l'exploitation des actifs immatériels locaux (en d'autres termes, dans leur protection), que leur valeur se construit. En finalité, la protection des ressources immatérielles publiques participent largement au concept déterminant de création de valeur. En effet, sans une protection effective des ressources immatérielles, leur valeur n'existe pas. D'un point de vue concret, quelle serait l'utilité pour une PME de mettre en avant son lien de rattachement au terroir, afin de singulariser son activité et de se construire une clientèle, si ses concurrents, incapables de justifier tout lien de rattachement avec la collectivité, peuvent néanmoins en faire autant ? La réponse est sans appel : aucun, et la valeur du lien de rattachement, la plupart du temps, du nom de la collectivité, est nulle. Par un effet systémique, un tel constat serait également néfaste pour les acteurs publics locaux, qui, faute de protection efficace de leurs actifs immatériels, seraient absolument incapables de rattacher leur nom et leur image à une qualité de produits ou de services, c'est-à-dire, incapables de construire un axe identitaire vecteur d'attractivité. Au contraire, les singularités territoriales seraient noyées et polluées par des savoir-faire similaires et contrefaits.

Tel est l'enjeu (pour ne pas dire les enjeux) de la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Fondamental, il n'est pourtant abordé que très succinctement dans les divers écrits consacrés au patrimoine immatériel public, et ce, au sein même des enjeux liés à sa valorisation. Valorisation que, paradoxalement, ces mêmes écrits développent bien plus volontiers pour une double raison :

- ***D'une part, parce qu'elle pose la question de l'exploitation, et donc, celle de la perception très attendue de redevances ;***
- ***D'autre part, parce que la question de la protection du patrimoine immatériel « embarrasse ».***

Or, au sens de la présente étude, en abordant la valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, avant même sa protection, il semblerait qu'en réalité, la problématique des ressources immatérielles soit complètement renversée. L'approche des actifs immatériels publics ne peut être que partielle. C'est précisément pour toutes ces raisons, sans pour autant s'inscrire à contre-courant des travaux existants, que la présente étude s'est modestement proposée d'observer la problématique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales sous le seul prisme de sa protection. La tentative prendra classiquement son assise théorique dans une approche analytique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, avant même d'étudier, d'adapter, voire d'élaborer un régime protecteur du patrimoine immatériel public local, encore faut-il en maîtriser la « substance ». Aussi, la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales passe-t-elle nécessairement par une étude précise de sa composition et de ses différents mécanismes de réservation. En cela, l'étude du domaine privé des collectivités territoriales offre une approche intéressante (Section 2).

## SECTION 2

## UN PATRIMOINE APANAGE DU DOMAINE PRIVE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

A ce stade, de nombreuses réflexions ont été menées, en amont, sur la nature juridique du patrimoine immatériel local et des actifs qui le composent. Si ces débats sont essentiels du point de vue de la philosophie du droit, la conclusion en reste cependant largement insatisfaisante. En effet, le patrimoine immatériel public ne jouit encore d'aucun contenu conceptuel précis, et les actifs immatériels, quant à eux, sont impossibles à qualifier de biens ou de droits, en dépit d'une tendance doctrinale largement favorable à la seconde catégorie. La construction d'une typologie des actifs immatériels publics (droits de propriété intellectuelle, services, propriétés commerciales), de même que l'identification structurelle du patrimoine, permettent d'avoir une vision plus limpide et plus ordonnée de ce véritable maquis que peut constituer le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Pour autant, elle reste

inachevée, de sorte qu'à l'heure actuelle, il est encore impossible de penser le patrimoine immatériel public dans sa globalité, d'y réfléchir de manière synthétique, et donc, d'en dégager les principaux axes stratégiques, y compris en termes de protection. En réalité, l'échec de l'approche globale et synthétique se justifie encore et toujours par l'aspect très novateur du concept.

Dès lors, quelle démarche adopter ? Tout comme Descartes qui, dans son œuvre intitulée *Discours de la méthode pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences* (1637), déconstruit l'ensemble de son savoir pour le fonder sur un socle de connaissances solides et certaines, il conviendra d'avoir une approche analytique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Celle-ci devra tendre le plus possible vers l'exhaustivité sans bien sûr avoir l'extrême prétention de l'atteindre. De sorte qu'il est absolument nécessaire de saisir l'ensemble des actifs immatériels dont les collectivités territoriales tirent un bénéfice certain. L'acception de l'immatériel telle que dégagée dans la précédente section prend alors tout son sens, en ce qu'elle permet précisément de décompter en son sein l'appropriation publique sans pour autant être conditionnée par elle. En effet, les collectivités territoriales sont notamment riches des actifs immatériels qu'elles « détiennent ».

Ainsi, les actifs immatériels détenus par les collectivités territoriales incarnent une interprétation purement téléologique des textes du CG3P. En effet, ils obéissent à la démarche d'identification telle que voulue par la loi en remplissant le premier des critères de l'ancien droit domanial, à savoir, l'appartenance à une personne publique. Se pose ensuite la question traditionnelle de l'affectation domaniale : les actifs immatériels sont-ils des biens ? Si oui, sont-ils des biens affectés à l'usage direct du public, ou bien, à un service public, pourvu qu'en ce cas, ils aient fait l'objet d'un aménagement spécial ? Si la réponse est négative à une seule de ces deux interrogations, les actifs immatériels locaux seront alors systématiquement affectés au domaine privé de la personne publique propriétaire. Mais force est de constater que les raisonnements menés sur le patrimoine immatériel public, lorsqu'ils existent, sont malheureusement brefs et expéditifs. Expéditifs en ce que la « tendance » générale, aussi bien en jurisprudence (à quelques exceptions intéressantes) qu'en doctrine, s'exprime très clairement en faveur de la domanialité privée, en se contentant d'indiquer très brièvement que le patrimoine immatériel des personnes publiques entre nécessairement, « par nature », dans le domaine privé des personnes publiques.

Or, comme l'exprime Norbert Foulquier dans le cadre du colloque consacré au patrimoine immatériel des collectivités territoriales[135], il y a un problème avec le « par nature » : *« Il cache un défaut de raisonnement ou un choix idéologique ou économique. C'est rarement très argumenté. Là, les choses ne démentent pas cette intuition ».* Il est vrai que la qualification des actifs immatériels souffre clairement d'un défaut de raisonnement. A tel point que se pose la question de savoir si cette qualification en biens ou en droits est déterminante. Nécessaire, elle l'est à de nombreux titres ; en cela l'aide fournie par la jurisprudence de la Cour EDH est appréciée. En revanche, le postulat de base selon lequel cette opération de qualification conditionne l'adéquation du patrimoine immatériel avec le régime de la domanialité publique est trompeur. En effet, en l'état actuel de l'avancée des débats, il conduit forcément le raisonnement dans une impasse. Afin d'assoir une notion aussi novatrice que celle de *patrimoine immatériel* sur des bases solides, il ne convient pas forcément de se demander si les actifs qui le composent constituent des biens publics entrant dans le champ d'application des textes du CG3P. Procéder ainsi, c'est raisonner « à l'envers ». En réalité, il est beaucoup plus prudent de se poser la question de savoir si le CG3P est (complètement ?) fermé à l'immatériel. Autrement dit, le CG3P est-il véritablement un Code du meuble et de l'immeuble ? Rien ne serait moins sûr pour deux séries de raisons. D'abord parce que la méthode conceptuelle d'identification des biens affectés au régime de la domanialité publique (dégagée par la jurisprudence, reprise par le CG3P), si elle constitue, pourrait-on dire, la méthode de droit commun d'identification des biens publics, ne reste que l'une des trois méthodes au travers desquelles un bien détenu par une personne publique peut se voir affecté au domaine public. En effet, est-il nécessaire de rappeler qu'un bien peut également être affecté au domaine public par simple détermination de la loi, en vertu de la méthode énumérative. En l'occurrence, si le choix du terme de « bien » est malheureux, la méthode énumérative ne se pose pas la question de la nature juridique de l'actif en question. Peu importe qu'il s'agisse d'un bien ou non, peu importe qu'il soit affecté ou à l'usage direct du public ou à un service public : si le législateur décide de l'affectation à la domanialité publique, alors il en sera ainsi. En troisième lieu, un bien peut également suivre le régime de la domanialité publique en vertu des méthodes dites complexes d'identification. Dégagées par la jurisprudence, elles sont au nombre de trois, à savoir :

[135] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

- ***La domanialité publique par accessoire[136] ;***
- ***La domanialité publique globale[137] ;***
- ***La domanialité publique virtuelle[138].***

Bien sûr, il ne s'agit pas ici de revenir sur chacune de ces théories jurisprudentielles. Simplement, le juge administratif considère que dans certaines situations exceptionnelles, la satisfaction de l'intérêt général impose une protection accrue.

Ensuite, la seconde série de raisons pour laquelle le CG3P n'est pas complètement fermé à l'immatériel se justifie par l'existence, au sein même du Code, d'un domaine public hertzien, domaine public immatériel s'il en est. Ce constat a un impact considérable sur la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Bien évidemment, il ne s'agit pas encore de se demander si les impératifs de la domanialité publique sont réellement adaptés aux particularités des actifs immatériels, mais simplement de constater que certains d'entre eux pourraient bel et bien bénéficier de son régime particulièrement protecteur.

Or, l'affectation « par nature » des actifs immatériels locaux au domaine privé des personnes publiques propriétaires a de nombreuses incidences sur le régime juridique à leur appliquer. Notamment, le droit de la propriété intellectuelle est très présent dans la gestion, l'exploitation, la valorisation et la protection de l'immatériel public. Cela alors même que, comme le rappelle Henri Arsac, le mariage entre la propriété intellectuelle et les collectivités territoriales n'est pas naturel. Pourtant, force est de constater qu'il réussit. En effet, l'immatériel pris dans sa globalité est un *« gisement de la fin du XXI*$^{ème}$ *siècle »*[139]. Selon Henri Arsac, le droit de la propriété intellectuelle a vu son champ s'élargir jusqu'à la sphère publique pour deux séries de raisons :

---

[136] CE, 11/12/2008, *Mme Perreau-Polier et autres, Rec. Lebon p. 734,* concl. OLLEON (L.) ; *AJDA,* 2009, p. 828, note FEVROT (O.).

[137] CE, Sec., Avis, 13/06/1989, n° 345012.

[138] CE, 06/05/1985, *Association Eurolat, Rec. Lebon p. 641,* concl. GENEVOIS (B.) ; *AJDA,* 1985, p. 620, note FATÔME (E.), MOREAU (J.).

[139] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

- ***Des raisons techniques et technologiques :*** L'évolution informatique, et de l'offre diversifiée de ses supports, a considérablement accéléré et modernisé la gestion publique ;
- ***Des raisons économiques :*** La propriété intellectuelle est un outil de valorisation des biens communs et des biens rares.

En l'occurrence, le droit de la propriété intellectuelle vient pallier la carence laissée par le droit public en matière d'immatériel. Mais au-delà d'un simple palliatif, force est de constater que si le droit de la propriété intellectuelle n'a pas été conçu pour le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, en pratique, celui-ci s'en accommode très bien. Notamment, il intervient au sein du premier et du plus important des actifs immatériels des collectivités territoriales, à savoir, leur nom (§1). Mais s'il convient d'analyser le patrimoine immatériel des collectivités de manière analytique, il serait dangereux et complètement erroné de raisonner de façon « cloisonnée ». En effet, « analytique » ne signifie pas « étanche », et les actifs immatériels présentent de nombreux liens entre eux, témoignant ainsi d'une articulation saine et profitable des différentes stratégies de fonctionnement. C'est précisément la raison pour laquelle le nom des collectivités territoriales participe aussi largement à leur réputation (§2). Deuxième aspect du patrimoine immatériel local, la réputation est sans doute « l'actif »[140] ayant subi l'évolution la plus importante ces dix dernières années. En effet, d'une image purement « institutionnelle », les acteurs publics locaux, tels des acteurs économiques positionnés sur un marché, adoptent désormais de véritables politiques de markéting aux enjeux centraux. Mais avec l'octroi de nombreuses licences, dont il convient de déterminer le « juste degré » de contrainte, le droit de la propriété intellectuelle est également présent en matière d'ingénierie publique (§3). La mise à disposition des données publiques locales, ou encore, la dématérialisation des archives (avec toute la question de leur exploitation et de leur commercialisation) posent de réelles interrogations. Par ailleurs, les stratégies de management public, reflétant ainsi la modernisation de la gestion locale ainsi qu'une nouvelle approche du fonctionnement et de son coût, n'échappent pas non plus au droit de la propriété intellectuelle (notamment mais pas seulement). En effet, que dire des évolutions en matière de créations réalisées par les agents de l'administration, ou encore, du capital relationnel considérant la satisfaction des usagers (etc.), actif et valeur immatérielle s'il en est ? (§4). En dernier lieu,

[140] En réalité, ce sont les nombreux produits qui en résultent, tels que les marques territoriales, qui constituent des actifs immatériels publics.

l'étude des actifs composant le patrimoine immatériel des collectivités territoriales ne peut être complète si la question de la propriété commerciale n'est pas, sinon résolue, au moins présentée (§5).

## §1 – LE NOM DES COMMUNES, EPCI, DEPARTEMENTS ET REGIONS : SIGNE DISTINCTIF PAR EXCELLENCE DES COLLECTIVITES

*« […] la défense du nom de la collectivité territoriale n'est pas une affaire simple »*[141]. S'il était possible de résumer le véritable maquis juridique dans lequel se perd la protection du nom des collectivités territoriales en une phrase seulement, c'est bien sans doute celle de Jacques Larrieu qui y parviendrait le mieux. En effet, le cadre juridique régissant tant bien que mal le régime applicable au nom des collectivités traduit une approche purement institutionnelle des personnes morales de droit public, toujours considérées, même à l'heure actuelle, comme un ensemble de compétences, et non pas comme de véritables sujets de droit. Pourtant, le patrimoine immatériel local met en exergue, plus que tout autre concept, un cruel besoin de reconsidération de la notion. Le nom des collectivités en est un exemple saillant, en ce que d'une part, le droit commun en offre une protection bien insuffisante (A), et en ce que d'autre part, le droit des marques, sacrosaint refuge des actifs immatériels en mal de protection, peut lui-même aboutir à d'importantes dérives (B). C'est pourquoi, le législateur a tenté de proposer un régime « abouti » de protection du nom des collectivités territoriales. Or, si le droit d'alerte et le droit d'opposition constituent de réelles avancées en la matière, ils sont en eux-mêmes bien insuffisants et ne peuvent constituer qu'un prélude à une protection renforcée (C).

### A. LES INSUFFISANCES DU DROIT COMMUN

Plus qu'une simple indication géographique, le nom d'une commune, d'un département, d'une région, est le reflet de son histoire, de sa culture, de sa population, ou encore, de son patrimoine. Dès lors, il semblerait logique que la collectivité puisse en avoir l'usage exclusif. Or**,** la première difficulté du régime juridique concernant ce signe distinctif est qu'en réalité, les collectivités territoriales ne sont titulaires d'aucun droit de propriété sur leur appellation. Plus exactement, le nom des collectivités territoriales ne fait l'objet d'aucun droit de propriété qui serait détenu par les acteurs locaux, publics ou privés, ni même d'aucun droit spécifique, de

[141] LARRIEU (J.), « Un an de protection de nom des communes », *Revue de la propriété industrielle,* n° 4, 4 avril 2008, chron. 3.

quelque nature que ce soit, s'en rapprochant ou s'en éloignant. La jurisprudence, qui a largement participé à l'élaboration du régime juridique en question en raison de la pauvreté des textes existants, considère en effet que :

*« Les noms de commune, comme de manière plus générale les noms géographiques, ne font pas l'objet d'une protection particulière et il est considéré de l'intérêt général de préserver leur disponibilité »*[142].

La justification en est simple : le nom des collectivités étant en premier lieu des indications géographiques, leur disponibilité conditionne alors l'épanouissement des activités économiques et culturelles, autrement dit, l'épanouissement des activités ne relevant pas (du moins directement) des missions de service public assurées par la collectivité. Mais précisément en raison des missions de service public qu'elle assure, la collectivité doit pouvoir être identifiée par les administrés, ne serait-ce que par différenciation avec les autres collectivités territoriales. Par ailleurs, c'est ce qu'a paradoxalement retenu le Tribunal de Grande Instance de Nanterre dans l'affaire précédemment citée :

*« Cependant, le nom officiel Levallois-Perret ou même le nom d'usage courant Levallois constitue un signe distinctif essentiel pour la commune demanderesse qui doit pouvoir être identifiée sans risque de confusion ;*

*La désignation de cette collectivité territoriale par ce terme [...] constitue pour cette commune un élément d'identité assimilable au nom patronymique d'une personne physique ressortissant aux droits de la personnalité [...] ».*

Paradoxalement car il reste étrange d'affirmer d'un côté que le nom des collectivités territoriales doit rester disponible, tout en retenant de l'autre que ce nom est un signe distinctif essentiel, vecteur identitaire de la collectivité.

Concrètement, de quoi s'agissait-il ici ? Dans la commune de Levallois-Perret, un Conseiller municipal d'opposition a procédé à la création d'un site internet intitulé *Levallois-TV*. En désaccord total avec le nom dudit site et sa conception, la commune de Levallois-Perret a alors assigné en référé ledit Conseiller municipal, aux fins d'en voir interdire la diffusion. Au soutien de ses prétentions, elle explique d'une part qu'elle est propriétaire de nombreux noms

[142] TGI Nanterre, 30/01/2007, *Commune de Levallois-Perret c/ Loïc L., 1&1 Internet ; Revue de la propriété industrielle,* comm. 46, note LARRIEU (J.).

de domaine contenant le terme *Levallois,* et que d'autre part, le site litigieux Levallois-TV présente l'hôtel de ville sur sa page d'accueil. Par ailleurs, le Conseiller municipal d'opposition y présente également ses vœux, et propose aux citoyens une visite numérique de la ville. Selon la commune de Levallois-Perret, ce site est de nature à entraîner, dans l'esprit de l'administré, une confusion avec le site officiel de la commune *Ville-Levallois.fr.*

Or, cela ne sera pas l'avis du juge de Nanterre qui considère que le site *Levallois-TV* est associé au nom du Conseiller municipal d'opposition, à une photographie le représentant, ainsi qu'à son adresse e-mail. Dans sa navigation, l'administré comprend immédiatement qu'il se trouve sur le site d'un particulier. De surcroît, le juge estime que les administrés sont habitués à la présentation des documents municipaux, orné de couleur bleue et par la reproduction d'une abeille (représentation distinguant la commune), éléments graphiques qui ne se retrouvent pas sur le site *Levallois-TV,* excluant dès lors tout risque de confusion avec le site officiel de la commune. Ambivalente, et rendue en matière de nom de domaine (identifiant internet composé d'un mot et d'un suffixe), la jurisprudence affirme néanmoins le caractère disponible des noms de collectivité, sous réserve donc du risque de confusion.

Il s'agit là d'une précision importante lorsqu'on connaît la pauvreté des textes législatifs existants en la matière. A l'heure actuelle, il n'existe que deux dispositions, l'une légale, l'autre règlementaire, consacrées à la protection des noms locaux. Elles constituent, pourrait-on dire, le « droit commun de la protection des noms de collectivités ». Il s'agit d'abord de l'article L. 711-4 h)[143] du Code de la propriété intellectuelle ; il s'agit ensuite de l'article R. 20-44-44 du Code des postes et des communications électroniques :

*« Le choix d'un nom de domaine au sein des domaines de premier niveau correspondant au territoire national ne peut porter atteinte au nom, à l'image ou à la renommée de la République française, de ses institutions nationales, des services publics nationaux, d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, ou avoir pour objet ou pour effet d'induire une confusion dans l'esprit du public »*[144].

---

[143] *« Ne peut être adopté comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :*

*[…]*

*h) Au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale ».*

[144] Décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le code des postes et des communications électroniques, *JORF* n° 33, 8 février 2007, p. 2422.

Ces dispositions, alliées à la jurisprudence, constitue le régime juridique de droit commun de cet actif immatériel qu'est le nom des collectivités : un droit commun qui vient protéger l'appellation par un mécanisme classique de responsabilité. La combinaison est désormais bien connue. Par ailleurs, le risque de confusion constitue une véritable limite à la disponibilité des appellations. Lorsque l'usage d'une appellation, fait par un tiers, cause un préjudice (la seule utilisation du nom ne suffit pas) à la collectivité, résultant du risque de confusion, dans l'esprit de l'administré, entre les activités du tiers et les siennes, l'utilisation de l'appellation doit alors pouvoir être sanctionnée. Le fondement de la demande variera simplement en fonction de qui est contesté :

- ***S'il s'agit de la réutilisation de l'appellation en tant que nom propre, la requête devra alors se fonder sur l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle ;***
- ***S'il s'agit de la réutilisation en tant que nom de domaine, la requête devra alors se fonder sur l'article R. 20-44-44 du Code des postes et des communications électroniques.***

C'est sur la collectivité lésée que repose la charge de la preuve d'un tel risque de confusion, et du préjudice qui en résulte. Ici, intervient une seconde difficulté. En effet, aujourd'hui, les affaires communales, départementales et régionales, ne se limitent plus seulement à leurs activités régaliennes de service public. Au contraire, elles ont tendance à s'étendre à des domaines divers et variés, ce qui mathématiquement, augmente le nombre des hypothèses de confusion entre les activités locales, et celles développées par les tiers. Aussi, il est préférable que le juge limite son pouvoir d'appréciation du risque de confusion aux seules missions de service public assurées par la collectivité, afin de ne pas provoquer un vaste mouvement de contestations systématiques de l'utilisation des appellations locales, et dans le même temps, d'éviter une paralysie de « l'écosystème » des PME. D'une protection nécessaire, il s'agit encore et toujours d'éviter le verrouillage systématique ; tout est affaire d'équilibre, et même plus, de juste équilibre entre protection et exploitation.

Néanmoins, il ne s'agit là que du droit commun, car grâce au droit de la propriété intellectuelle, il est possible pour une collectivité d'optimiser et de renforcer la protection de son appellation. En effet, est-il nécessaire de rappeler que la dichotomie animant la propriété intellectuelle se répartit entre la propriété littéraire et artistique (PLA) d'une part, et la propriété industrielle d'autre part ? En ce qui la concerne, *« la propriété industrielle est l'ensemble des règles juridiques relatives aux dessins et modèles industriels, aux brevets d'invention, aux*

*marques et aux appellations d'origine et indications de provenance »*[145]. Cette dernière comprend une sous-catégorie en distinguant les règles applicables aux créations industrielles, des règles applicables aux signes distinctifs. Enfin, pour évoquer un dernier niveau d'abstraction, le régime juridique des signes distinctifs se répartit lui-même entre celui des marques, et celui des appellations d'origine et des indications de provenance. Précisément, afin de pallier les malheureuses carences laissées par le droit commun, de nombreuses collectivités territoriales, faute d'une protection suffisante de leur nom, se tournent alors vers le droit des marques et ses imperfections en matière d'immatériel public (B).

## B. LES LIMITES DU DROIT DES MARQUES

Le dépôt d'un nom de collectivité en tant que marque a pour mérite de résoudre la première des difficultés liées aux appellations locales, à savoir, l'absence de tout droit de propriété. L'enregistrement d'un nom de collectivité en tant que marque, confère à la collectivité qui la dépose le monopole de son usage, de sa jouissance et de sa disposition pour les produits ou services désignés dans la demande d'enregistrement, et seulement pour ceux-ci[146]. Il s'agit là d'un droit de propriété incorporelle dont l'article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle pose le principe[147] :

*« L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés ».*

Par ailleurs, cette démarche est d'autant plus simple pour un acteur public local, dans la mesure où il peut disposer, pour ce faire, d'un véritable droit de priorité pour le dépôt de son nom en tant que marque (c'est-à-dire que la collectivité pourra déposer la même marque dans des pays différents, lesquels, en vertu du droit de priorité, feront alors remonter la date d'enregistrement à celle du premier dépôt ; le droit de priorité est enfermé dans un délai de six mois commençant à courir à partir de la date du premier enregistrement de la marque).

Mais encore, au-delà du statut très protecteur conféré par le dépôt de la marque (et qui l'est bien davantage que la modeste protection offerte par le droit commun), la collectivité lésée

[145] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle,* Paris, Gualino, Collec. Master Pro, 3ème éd., p. 305.

[146] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 404 à 405.

[147] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, ibid.*

pourra, en cas d'usurpation de son nom, agir en contrefaçon sur le fondement combiné des articles L. 716-1 et L. 713-3 du Code de la propriété intellectuelle. Ce dernier dispose que :

*« Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public :*

*a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;*

*b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ».*

Concernant la charge de la preuve reposant sur la collectivité, l'enregistrement d'une marque, et donc l'action en contrefaçon, a pour mérite de faciliter la constitution de cette preuve par des procédures de saisie et des mesures provisoires. Autrement dit, ce n'est qu'en déposant son nom en tant que marque que la collectivité territoriale devient propriétaire, non pas de son nom, mais de la marque qu'elle aura déposée, et que celle-ci réutilise. Belle illustration s'il en est d'un procédé détourné, offert par le droit de la propriété intellectuelle, pour qu'un acteur public local puisse devenir propriétaire de son appellation. Les « positivistes » y verront là une belle alliance du droit privé et du droit public, le premier venant combler les lacunes du second.

Pour autant, Jacques Larrieu pose la question du caractère absolu de ce droit de propriété des collectivités sur leur nom, et y apporte même une réponse sans appel :

*« Le dépôt d'une marque ou l'enregistrement d'un nom de domaine par la commune, constituent-ils pour autant l'arme absolue contre toute référence au nom de la commune dans les signes distinctifs des tiers ? Certainement pas »*[148].

La réponse à la présente question est forcément négative, car dans le cas contraire, cela frapperait de caducité la disponibilité du nom des collectivités telle que voulue par la jurisprudence dans un souci de favorisation des activités économiques et culturelles. En effet, en vertu de la disponibilité des noms des collectivités territoriales, un acteur public local ne peut pas prétendre à l'exclusivité d'une désignation géographique sous prétexte de l'avoir déposée en tant que marque. En cela, le dépôt d'un nom d'une collectivité trouve la première de ses deux principales limites, et fait du droit de propriété conféré, un droit de propriété, non

[148] LARRIEU (J.), « Un an de protection de nom des communes », *Revue de la propriété industrielle,* n° 4, *op.cit.*

pas absolu, mais relatif.

Ainsi, le régime juridique relatif aux noms des collectivités pourrait se résumer de la manière suivante :

| | **Nom protégé par le droit commun** | **Nom protégé par le droit des marques** |
|---|---|---|
| **Principe** | Disponibilité | Droit de propriété incorporel |
| **Limite** | Préjudice résultant du risque de confusion (art. L. 711-4 du CPI ; art. R. 20-44-44 du Code des postes et des communications électroniques) | Disponibilité |
| **Charge de la preuve** | Incombe à la collectivité | Facilitée par les procédures de saisie et les mesures provisoires du CPI |

Autrement dit, de principe pour les noms protégés par le droit commun, la sacrosainte disponibilité en devient la limite lorsque ces mêmes noms sont protégés par le droit des marques.

Par ailleurs, et comme il sera développé dans les pages suivantes, le régime juridique choisi déterminera en réalité le degré de protection conféré au nom d'une collectivité territoriale. Car c'est bien de cela dont il s'agit : trouver la protection juridique adaptée aux intérêts patrimoniaux en présence. En effet, le nom d'une commune notamment, est parfois associé à d'importantes potentialités économiques qui n'échappent en rien aux sociétés privées. A cela, il faut ajouter que le droit des marques obéit à la politique dite du premier déposant. Cela signifie qu'est propriétaire de la marque la première personne qui en fait la demande et en obtient l'enregistrement. Autrement dit, une collectivité territoriale ne pourra déposer son nom en tant que marque uniquement si, et seulement si, personne n'en a fait l'initiative avant elle, c'est-à-dire, si elle est bien la première candidate à accomplir la procédure. Autrement dit encore, le fait qu'une commune par exemple soit légitime à déposer son nom en tant que marque, précisément parce qu'elle présente un lien de rattachement évident avec cette marque, n'a absolument aucune incidence sur la légalité des démarches à accomplir devant l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI). Seule compte la célérité dans l'accomplissement des formalités. Ces deux facteurs combinés (potentialités économiques pour les initiatives

privées, alliées à la politique du premier déposant) constituent en réalité la seconde limite du droit des marques. En effet, un acteur économique local de droit privé peut très bien déposer une ou plusieurs marques reprenant le nom d'une collectivité, dont la réputation et la renommée qui ne seraient plus à prouver s'étendraient à l'échelle nationale, voire mondiale, afin de :

- ***Soit tirer profit de cette renommée en misant sur une confusion dans l'esprit du consommateur entre les produits proposés par la marque ainsi déposée, et ceux effectivement proposés par la collectivité territoriale ou ses habitants,***
- ***Soit tirer profit de cette marque en proposant de la vendre à la collectivité concernée, le tout au prix fort.***

Malheureusement, l'hypothèse n'est pas un cas d'école, et le droit des marques, qui n'a en rien été conçu pour assurer la protection du nom des collectivités, l'a brillamment démontré dans l'affaire Laguiole.

Laguiole est une petite commune de 1 300 habitants environ située dans l'Aveyron en Languedoc-Roussillon-Midi-Pyrénées. Appartenant au bassin de vie thiernois, la commune excelle dans l'artisanat coutelier. Depuis plus de 700 ans, certains de ses habitants ont en effet développé un savoir-faire certain et reconnu dans la fabrication du couteau, un savoir-faire transmis de génération en génération. Destinée à l'exportation, la qualité de la production coutelière laguiolaise est reconnue dans le monde entier, et est synonyme « de très haute distinction ». Parfaitement conscient des possibilités d'exploitation économique qu'il serait possible de tirer de cette notoriété, un certain Gilbert Szajner, habitant de la commune de Niort (département des Deux-Sèvres, région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes), a eu la bonne idée de déposer et de faire enregistrer à l'échelle nationale pas moins de 23 marques contenant le terme Laguiole, et commercialisant des produits aussi divers que variés allant des accessoires de cuisine, aux barbecues, en passant par la gamme des meubles extérieurs, celle du nécessaire à tabac (coupe-cigare par exemple), ou encore, celle de la lingerie. Une marchandise commercialisée par pas moins de 12 sociétés différentes dont la dénomination sociale de certaines d'entre elles reprennent le terme « Laguiole ». S'ouvre alors une période contentieuse qui va durer plus de 20 ans, et qui n'a été résolue que très récemment par la Cour de cassation. Comparable à une véritable pièce de théâtre, la procédure se déroule en réalité en trois actes[149].

[149] En réalité, le troisième acte se déroule parallèlement au deuxième, et à l'échelle européenne. Portant davantage sur le savoir-faire coutelier, et mené par une entreprise privée laguiolaise (La Forge de Laguiole SARL), il sera abordé dans la partie relative aux savoir-faire locaux : *infra* p. 251 et s.

Premier acte, suite aux agissements de Monsieur Szajner, la commune de Laguiole, estimant qu'il réalise de la fausse publicité sur le nom de la commune, ou bien, de la publicité « de nature à induire en erreur » le consommateur sur l'origine réelle des produits, l'assigne devant le Tribunal de Grande Instance de Paris. Par une première décision du 23 avril 1997, le juge de première instance fit droit à la demande de la commune. L'affaire commence alors devant le juge d'appel qui, par un arrêt en date du 3 novembre 1999, infirma partiellement le jugement de première instance, aux motifs que *« l'emploi du nom "Laguiole" ne constituait pas, "une indication de provenance de nature à tromper le public sur l'origine des produits ou des services commercialisés", qui justifierait que la commune puisse valablement s'y opposer »*[150]. Fin du premier acte accompagnée du bilan suivant : la commune de Laguiole n'est pas fondée à se prévaloir d'un préjudice résultant d'une utilisation abusive de son nom, et ce alors même que toutes les activités commerciales réalisées par Monsieur Szajner et ses sociétés ne pas sont exercées sur le ressort de la commune de Laguiole, avec lequel elles ne présentent pas non plus le moindre lien de rattachement ! Deuxième acte, de loin beaucoup plus intéressant que le premier en raison de la précision des arguments qu'il rapporte : le 28 février 2009, la commune de Laguiole déposa devant l'INPI pour enregistrement, la marque « Laguiole » en vue de la commercialisation de certains produits. Bien évidemment, le 28 mai 2009, Monsieur Szajner a formé une demande d'opposition en revendiquant l'antériorité de ses droits sur le nom « Laguiole ». Conformément à l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle, la démarche de la commune s'est en effet heurtée à l'indisponibilité de la marque, première illustration s'il en est de la limite de la protection du nom des collectivités territoriales par le droit des marques. C'est pourquoi, par diverses assignations s'étalant sur toute l'année 2010, la commune de Laguiole assigna Monsieur Szajner et ses sociétés pour utilisation abusive de son nom. Devant le juge, elle fit valoir de nombreux arguments, certains des plus classiques, allant de la nullité des marques déposées par Monsieur Szajner, notamment, pour indication de provenance trompeuse des produits et des services, aux actions en responsabilité quasi-délictuelle[151], en passant par le terrain des pratiques commerciales trompeuses.

Mais là où l'argumentation de la commune de Laguiole dénote un intérêt particulier,

[150] TGI Paris, 13/09/2012, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* n° 10/08800, p. 6.

[151] La stratégie est désormais bien connue : dans l'hypothèse où le juge refuserait toute condamnation sur le terrain du droit des marques, les avocats ont alors pris l'habitude de joindre à leur demande un recours subsidiaire fondé sur l'article 1382 ancien (1240 nouveau) du Code civil. Il s'agit de la Théorie du parasitisme économique. Cela n'est alors plus de la propriété, c'est de la responsabilité : le fondement n'est plus du tout le même.

c'est qu'elle a expliqué au juge de première instance que l'utilisation du terme « Laguiole » par Monsieur Szajner et ses sociétés portait atteinte au nom, à la renommée, et à l'image de la commune. Autrement dit, la commune de Laguiole a fait prévaloir devant le juge que l'utilisation du terme « Laguiole » par Monsieur Szajner lui causait un préjudice résultant de l'atteinte portée à « ses droits extrapatrimoniaux », à « ses droits de la personnalité », à l'image de n'importe quelle autre personne physique ou morale, sujet de droit. Est-il nécessaire de rappeler en effet qu'en 2008, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a considéré que, pour une commune, le nom constitue un élément d'identité assimilable au nom patronymique d'une personne physique[152] ? De ce fait, la commune a expliqué que[153] :

- ***Une collectivité territoriale, personne morale de droit public, avait la charge de préserver les intérêts de ses administrés ;***
- ***Les communes bénéficiaient ainsi d'une « clause de compétence générale » qui leur donnait qualité pour agir sur l'ensemble des domaines de l'action publique mettant en jeu un intérêt public local ;***
- ***Les communes avaient un domaine d'intervention économique, directement lié à une volonté d'attractivité territoriale, de sauvegarde et développement des emplois ;***
- ***Depuis de nombreuses années, la commune de Laguiole investit pour développer son attractivité touristique et faire de Laguiole un lieu touristique incontournable, elle est une localité de terroir renommée pour ses nombreux produits tels que le couteau, le fromage, l'élevage et, plus largement, sa gastronomie ;***
- ***A la fin des années 80, en relançant la production coutelière locale, la commune de Laguiole a contribué à asseoir la notoriété du lieu où était né ce couteau de grande qualité.***

Belle illustration s'il en est que les collectivités territoriales se considèrent et se comportent comme de véritables personnes morales de droit public, sujets de droit, et non pas comme un simple ensemble de compétences. Par conséquent, les acteurs publics locaux estiment être les mieux placés pour défendre leurs intérêts. Peu importe que ceux-ci se confondent avec ceux de leurs administrés (économie, emplois, etc.), car précisément, les intérêts des administrés de la commune, du département, de l'EPCI, ou de la région, en matière d'économie, d'emploi,

[152] CJCE, 09/12/2008, *Verein Radetzky-Orden c/ Bundesvereinigung Kameradschaft " Feldmarschall Radetzky ",* n° C-442/07.

[153] TGI Paris, 13/09/2012, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner, op.cit.,* p. 8.

d'image, et autres, sont aussi les intérêts de la collectivité. Il y a là une convergence qu'il convient de ne pas ignorer, car c'est elle qui est précisément à l'origine du patrimoine immatériel public, vecteur identitaire, et créateur de valeur. Une création de valeur qui plus est, qui n'a pas échappé à l'économie privée, laquelle est en train de se l'octroyer faute d'un régime juridique adapté. En effet, faute de reconnaître aux personnes morales de droit public, et en l'occurrence aux collectivités territoriales, le fait d'être titulaires de droits extrapatrimoniaux, de droits de la personnalité, et autres, bref, faute de penser véritablement la conception d'un droit des personnes publiques, les acteurs publics locaux se tournent alors vers un cadre légal imparfait livrant en pâture l'exploitation de certains actifs immatériels publics, comme le nom, aux initiatives privées. Car, sur cette atteinte au nom, à la renommée, et à l'image de la commune de Laguiole, le juge de première instance a statué de la manière suivante :

*« Il est de principe que le nom constitue, pour une commune, un élément d'identité assimilable au nom patronymique d'une personne physique.*

*Mais une commune n'est pas fondée à invoquer une atteinte à son nom, à son image et à sa renommée dès lors qu'il est établi que son nom correspond aussi à un terme devenu générique pour désigner un produit fabriqué non exclusivement sur son territoire »*[154].

Autrement dit, le juge lui-même semble reconnaître que les collectivités territoriales sont de véritables sujets de droit, sont de véritables personnes morales ayant donc droit au nom, à l'honneur, à la considération, comme n'importe quelle autre personne physique. Mais, faute d'un régime juridique adapté, la commune de Laguiole ne peut que se heurter à la sévérité du droit des marques. Par conséquent, la position de la jurisprudence s'illustre moins par la porte qu'elle ouvre en matière d'immatériel public, que par son incroyable ambivalence dans l'affaire Laguiole. Aussi, sans grande surprise, par une décision du 13 septembre 2012, le Tribunal de Grande Instance de Paris, débouta la commune de Laguiole de l'ensemble de ses prétentions. Pour sa part, le juge d'appel ne fera pas moins en rendant un arrêt confirmatif en date du 4 avril 2014[155]. Dès lors, fin du deuxième acte ? Rien n'est moins sûr, car dès le mois de septembre 2014, la commune de Laguiole a fait connaître son intention de se pourvoir en cassation. Face à la gravité de la situation et aux enjeux en présence, il est sans doute préférable que les juges

[154] TGI Paris, 13/09/2012, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner, op.cit.,* p. 30.

[155] CA Paris, 04/04/2014, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* n° 12/20559.

du quai de l'horloge statuent définitivement sur la problématique de l'utilisation du nom des collectivités territoriales, en dépit de fondements juridiques largement insuffisants.

Et c'est précisément ce que n'a pas fait la Cour de cassation dans un arrêt du 4 octobre 2016[156], à la publicité fort étendue… Particulièrement riche d'enseignements, la décision a toutefois bien pris le soin d'éluder l'embarrassante question du statut à donner au nom des collectivités territoriales, par l'application classique de la règle de procédure civile relative à l'autorité de la chose jugée. Ne nous y trompons pas, la solution est salvatrice, et a clairement rendu ses lettres de noblesse à la Commune de Laguiole face aux agissements de Monsieur Szajner. Toutefois, et contre toute attente, ce n'est pas sur le terrain du droit des marques que les juges du Quai de l'horloge ont entendu donner raison à la petite commune auvergnate, mettant ainsi fin à ses nombreux tourments. Mais c'est bien par le biais des pratiques commerciales déloyales que la Cour a entendu mettre un terme à ce qui ressemble de plus en plus à un véritable feuilleton judiciaire. Le paradoxe est d'autant plus à souligner que la commune de Laguiole avait précisément occupé le terrain du droit des marques pour obtenir satisfaction, et c'est finalement celui du droit de la consommation qui lui vient en aide ! Finalement, la divergence des règles de droit invoquées par les divers acteurs, de même que les positionnements contradictoires qui sont adoptés, ne font que démontrer l'existence d'un besoin urgent d'une intervention législative en la matière. Concrètement, quel a été le raisonnement de la Cour qui a très habilement confié le dossier à sa Chambre commerciale ? Celle-ci a raisonné en deux temps. D'abord, et comme précédemment énoncé, elle a qualifié les agissements de Monsieur Szajner de « pratiques commerciales déloyales » sur le fondement du risque de confusion susceptible d'orienter les comportements de consommation. En cela le juge de cassation a adopté une interprétation radicalement différente de celle des juges du fond, de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Celui-ci dispose en ses deux premiers alinéas que :

*« Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.*

*Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le*

[156] Cour de cass., com. 04/10/2016, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner, AJDA,* 2016, p. 2416 ; *DALLOZ IP/IT,* 2016, p. 612, note LE GOFFIC (C.) ; *JCP E,* 2016, p. 1689, note MENDOZA-CAMINADE (A.)

*comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».*

Alors que les juges du fond avaient conditionné l'application de cet article à l'existence avérée d'une confusion dans l'esprit du consommateur (ce qui les avait conduits à rejeter sur ce fondement les moyens invoqués par la commune de Laguiole), la Cour de cassation, elle, a estimé que l'existence d'un simple risque de confusion susceptible de modifier les comportements de consommation suffisait à l'application de l'article. Se posait maintenant la question de la preuve, par la commune de Laguiole, de l'existence de ce risque de confusion susceptible d'orienter les comportements de consommation. Là aussi, alors que les juges du fond avaient estimé que cette preuve n'était pas apportée, la Cour de cassation a estimé le contraire au moyen de l'attendu suivant :

*« En se déterminant ainsi, sans rechercher si l'utilisation, pour désigner des produits, du nom d'une commune de 1 300 habitants connue par 47 % d'un échantillon représentatif de la population française, fût-ce d'abord pour ses couteaux et son fromage, n'était pas susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, en lui faisant croire que ces produits étaient originaires de ladite commune, et si elle n'était pas, en outre, de nature à altérer de manière substantielle son comportement, en l'amenant à prendre une décision d'achat qu'il n'aurait pas prise autrement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».*

Par conséquent, sur ce premier point, la position de la Cour de cassation se montre particulièrement sévère et particulièrement tranchante vis-à-vis de la décision des premiers juges. Dans la même lignée (et en second lieu), l'arrêt du 4 octobre 2016 a également ouvert la voie, en l'espèce, d'une pratique commerciale déloyale pouvant aussi parfaitement se fonder sur la théorie de la fraude. En effet, dans ses écritures, la commune de Laguiole n'a eu de cesse de démontrer que les dépôts de marques effectués par Monsieur Szajner avait pour objectif de profiter frauduleusement de la réputation de la commune pour en percevoir des bénéfices commerciaux, alors même que Monsieur Szajner n'a jamais présenté le moindre lien de rattachement avec la commune, ou à tout le moins, avec le territoire auvergnat. Là aussi, alors que les premiers juges avaient rejeté une telle argumentation en raison de la différence des produits commercialisés (fromage et couteaux d'un côté, allume-cigare et autres accessoires de l'autre), la Cour de cassation l'a en revanche admise au moyen de l'attendu suivant :

*« En se déterminant ainsi, alors qu'elle avait relevé que MM. S. et la société Laguiole connaissaient l'existence de la commune de Laguiole et qu'aucun des produits et services*

*revêtus des marques n'était fabriqué ou fourni sur le territoire de celle-ci, la cour d'appel, qui n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si le dépôt d'un ensemble de marques comprenant le nom "Laguiole", parfois combiné au dessin emblématique d'une abeille, pour désigner de nombreux produits et services sans lien de rattachement avec cette commune, ne s'inscrivait pas dans une stratégie commerciale visant à priver celle-ci, ou ses administrés actuels ou potentiels, de l'usage de ce nom nécessaire à leur activité, caractérisant la mauvaise foi de MM. Szajner et de la société Laguiole et entachant de fraude les dépôts effectués, a privé sa décision de base légale ».*

En d'autres termes, ce qui est dénoncé ici, c'est l'excès de réservation du nom de la commune par un individu qui lui est étranger, et qui la prive, elle et ses administrés, de l'exploitation commerciale légitime de son nom. Autrement dit, la Cour de cassation a, sur ce point également été beaucoup plus sévère que les juges du fond. Ainsi, si elle a pu se montrer particulièrement persuasive sur l'utilisation du nom d'une commune, il faut espérer que le point final du feuilleton Laguiole sera bien mis par la Cour d'appel de Paris, Cour de renvoi, autrement composée. Par ailleurs, Alexandra Mandoza-Caminade pose la question :

*« L'arrêt de la Cour de cassation permettra-t-il à la commune de Laguiole de « récupérer son nom » ? La décision de la Cour de cassation est convaincante, mais c'est désormais à la cour d'appel de Paris, cour de renvoi, de trancher l'affaire. Elle pourrait décider de conférer à nouveau une certaine maîtrise de son nom à la commune, ce qui ne manquera pas de rassurer l'ensemble des collectivités territoriales »*[157].

Ainsi, si l'arrêt du 4 octobre 2016 est bienvenue, inutile d'indiquer que dans son attente, la position adoptée par les premiers juges avait provoqué un véritable tollé, à la fois chez les communes, mais aussi (et cela est suffisamment rare pour être soulevé), chez les artisans locaux (qui fondent leur image, et donc, la commercialisation de leurs produits, sur le lien que leur savoir-faire entretient avec le terroir) ! De quel « droit », un individu qui n'entretient aucun lien avec un territoire, n'y est pas né, n'y a jamais exercé la moindre activité, peut-il s'octroyer le nom d'une localité reconnue pour exercer une activité commerciale à son seul profit ? Comment le droit positif peut-il autoriser, comment peut-il accepter un tel stratagème ? A tel point, que la question se pose également de savoir si les juges, au pied du mur, n'auraient pas en réalité

[157] MENDOZA-CAMINADE (A.), « Affaire Laguiole, retournement de situation : suite et fin ? », *JCP E,* n° 51-52, décembre 2016, p. 1694.

rendu un jugement et un arrêt dits de provocation, afin de forcer le législateur à réagir face à l'insuffisance de la protection juridique des noms locaux. Si tel était toutefois le cas, l'objectif a alors été atteint, puisque, dans la même année, la loi Hamon du 17 mars 2014 relative à la consommation[158] a notamment instauré un droit d'alerte, ainsi qu'un droit d'opposition, au profit des communes et des EPCI, afin d'éviter que ce qui est désormais tristement connu sous le nom du « drame Laguiole » ne se reproduise (C).

## C. LES AVANCEES DU DROIT D'ALERTE ET DU DROIT D'OPPOSITION : UN REGIME LEGAL DE PROTECTION DU NOM EN DEVELOPPEMENT

La loi Hamon[159] précitée du 17 mars 2014 introduit au sein du Code de la propriété intellectuelle un nouvel article L. 712-2-1. Cet article dispose :

*« Toute collectivité territoriale ou tout établissement public de coopération intercommunale peut demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alerté en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant sa dénomination, dans des conditions fixées par décret.*

*Les conseils régionaux, la collectivité territoriale de Corse et les conseils généraux peuvent demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alertés en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant un nom de pays se situant sur leur territoire géographique, dans des conditions fixées par décret ».*

Par conséquent, en vertu de cette nouvelle disposition, les communes et les EPCI qui en feront la demande auprès de l'INPI, pourront être alertés de l'utilisation de leur nom par des tiers dans le dépôt d'une marque : c'est alors ce que l'on a appelé le droit d'alerte. D'une portée essentiellement théorique, ce nouveau droit n'a eu en réalité d'impact pratique que lors de la parution du décret d'application en date du 15 juin 2015[160]. Ainsi, la demande formulée par les collectivités doit se faire sous forme électronique et doit contenir certaines mentions obligatoires (dénomination ou nom de pays pour lequel l'alerte est demandée, adresse

[158] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* n° 65, 18 mars 2014, p. 5400.

[159] Du nom du Ministre délégué (à l'époque), à l'Economie sociale et solidaire et à la Consommation, Benoît Hamon.

[160] Décret n° 2015-671 du 15 juin 2015 relatif à la procédure d'alerte des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale sur les dépôts de marques auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, *JORF* n° 138, 17 juin 2015, p. 9965.

électronique à laquelle l'alerte doit être envoyée, etc.). Dès le dépôt d'une marque contenant le nom couvert par le droit d'alerte, l'INPI doit alors en avertir la collectivité concernée dans un délai de cinq jours ouvrables[161].

Précisément, l'intérêt du droit d'alerte est qu'il est doublé de ce que le législateur a appelé un droit d'opposition. En effet, l'article L. 712-4, 3°, du CPI dispose que :

*« Pendant le délai mentionné à l'article L. 712-3, opposition à la demande d'enregistrement peut être faite auprès du directeur de l'Institut national de la propriété industrielle par :*

*[…]*

*3° Une collectivité territoriale au titre du h de l'article L. 711-4 ou au titre d'une atteinte à une indication géographique définie à l'article L. 721-2, dès lors que cette indication comporte le nom de la collectivité concernée ;*

*[…] »*

Les collectivités territoriales peuvent donc s'opposer à l'enregistrement d'une marque par un tiers dès lors qu'elles estiment que cela leur cause un préjudice. Mais le principal intérêt de ce droit d'opposition est qu'il n'est pas subordonné au droit d'alerte. Au contraire, il en est complètement indépendant. Cela signifie qu'une collectivité territoriale pourra tout de même l'exercer, même si la marque litigieuse ne reprend pas son nom, ou bien, même « à défaut d'atteinte à [ses] droits »[162].

L'exercice du droit d'alerte et du droit d'opposition combinés offre un « début » de protection du nom commençant à devenir intéressant, bien qu'insuffisant, pour les collectivités territoriales. Par ailleurs, serait-il possible de voir dans ce droit d'alerte et ce droit d'opposition une « ébauche » d'un « semi-droit de la personnalité » au profit des personnes morales de droit public ? Autrement dit, serait-il possible de voir dans ce cadre légal de protection du nom en développement, un « début de commencement d'élaboration d'un droit des personnes publiques » (à l'image du droit civil des personnes) ? A l'heure actuelle, le cadre légal de la protection du nom des collectivités territoriales est encore beaucoup trop ancré dans sa période

[161] V. art. D. 712-29 et D. 712-30 du Code de la propriété intellectuelle.

[162] DA PALMA (D.), NOURI-MESHKATI (S.), PAGGI (F.), « La protection des marques et des noms de domaine des collectivités publiques », *JCP ACT,* n° 335, 31 août 2015, p. 2258.

de gestation pour trancher une interrogation aussi profonde et lourde de significations. Ce qui est clair en revanche, c'est que l'affaire Laguiole a suscité un émoi unanime et pose de vraies questions. A terme, elle obligera sans doute le législateur à poursuivre l'élaboration d'une protection enfin suffisante et adaptée du patrimoine immatériel des collectivités territoriales.

Ainsi, bien que complexe, la compréhension du régime de protection du nom des collectivités territoriales est essentielle, dans la mesure où elle s'insère dans un « mouvement » beaucoup plus vaste qui la dépasse largement, à savoir, la réputation des collectivités territoriales (§2). Certes premier actif immatériel local, le nom n'est en réalité qu'une seule des nombreuses contributions à cette réputation. Dans une société ultra-consumériste et clairement guidée par la consommation de masse, l'importance de l'image (au sens le plus large qui soit) n'est plus à démontrer. De surcroît, les acteurs publics locaux émettent le besoin de moderniser leur image. Aujourd'hui, les collectivités éprouvent un réel besoin de séduction des populations, dans un objectif incontournable de « dynamisation » des territoires.

## §2 – LA REPUTATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES : DE L'IMAGE INSTITUTIONNELLE AUX STRATEGIES DE MARKETING

Parler de la « réputation des collectivités territoriales » comme un actif immatériel approprié semble très audacieux. En effet, la réputation, peut-elle être considérée comme un droit de propriété incorporel que, tout comme le nom, le droit de la propriété intellectuelle viendrait protéger ? Répondre positivement à la présente interrogation reviendrait alors à considérer la réputation comme un bien incorporel cessible, transmissible, saisissable, et prescriptible. Evidemment, une telle position n'est pas tenable, la réputation étant intrinsèquement liée à la personne dont elle émane. Pourtant, force est de constater que l'APIE, en la personne de sa Directrice générale, Danielle Bourlange, considère la réputation des collectivités comme étant leur deuxième actif immatériel le plus important[163]. Enième illustration s'il en est du choc frontal entre l'incohérence du droit positif, et la nécessité d'un droit des personnes publiques. Bien que non conçu pour le concept novateur qu'il incarne, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales n'a pas pour prétention de contester la dichotomie établie entre les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. En réalité, constituent

[163] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

des actifs immatériels appropriés par les collectivités au sens « juridique » et « économique » du terme, les produits résultant des diverses stratégies de communication mises en place. Bien qu'en étant l'exemple central, les marques de territoire n'en sont pas le seul.

L'image des acteurs publics connaît actuellement une évolution profonde. En effet, d'une image purement institutionnelle de l'action publique, celle-ci est en train de glisser, subrepticement, vers la mise en place de véritables stratégies de markéting territorial. Le temps des stratégies de communication basiques, au sein desquelles c'est l'acteur institutionnel qui est au centre, semble révolu. La seule valorisation des actions et des services (publics) de la collectivité est dépassée. Comme le rappellera très bien Cedrine Lebrument, Doctorante en Sciences de gestion et en Sciences de l'information et de la communication à l'Université de Clermont-Ferrand, les stratégies de communication guidées par les collectivités et pilotées par les élus, sont peu à peu abandonnées. De même, la mise en avant de l'intervention institutionnelle et de son nom est remise en question. Désormais, c'est sur une démarche collective de construction que se recentre la réflexion. Les nouvelles stratégies de communication valorisent l'attractivité du territoire (et non plus les actions et services de la collectivité), elles sont à son service, ainsi qu'à celui de l'ensemble de ses acteurs. De surcroît, ce sont les mécanismes de gouvernance du territoire qui sont présentés : *« C'est un markéting de l'offre, un markéting de la demande, dont le territoire de destination constitue le cœur »*[164].

Par conséquent, l'angle de réflexion est radicalement différent. Dans les stratégies de communication valorisant l'aspect institutionnel, la collectivité territoriale dégage une image froide, austère et solennelle : elle n'est que l'objet de cette stratégie, son action est statique. A l'inverse, dans une stratégie locale de markéting, elle en devient actrice, elle en devient le sujet, décide et participe à la manipulation des instruments valorisant, non plus son nom ou l'institution qu'elle incarne, mais son territoire, son offre, et renforce de fait son attractivité en insufflant une dynamique. Par ailleurs, cette attractivité ne se démontre plus sur les qualités d'une image acquise, mais bien sur les atouts d'un territoire sans cesse retravaillé, questionné, et adapté.

Les enjeux stratégiques du markéting territorial ne sont plus à démontrer (différenciation du territoire de ceux concurrents, amélioration de la qualité de vie, et création de service à la

[164] Cedrine Lebrument, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

population, etc.). D'une importance cruciale, leur satisfaction conditionne clairement la réputation d'un acteur public local, laquelle détermine elle-même la venue et l'épanouissement d'une population sur son territoire. Est-il nécessaire de rappeler que le markéting territorial serait donc la stratégie de fonctionnement rassemblant l'ensemble des pratiques, permettant à un territoire ou une destination de développer son attractivité[165]. Pour autant, toutes les stratégies de communication ne se valent pas. En effet, Cedrine Lebrument fait le malheureux (mais réel) constat selon lequel, aujourd'hui, les budgets locaux sont soumis à une forte pression. Aussi, les stratégies d'action n'ayant pour impact que la seule communication sont vouées à disparaître. Désormais, tout projet doit se baser sur une « identification des objectifs clés pour un territoire », afin d'avoir une chance d'aboutir : il s'agit là du markéting prévisionnel (A). Ce n'est qu'une fois la viabilité du projet assurée, que les stratégies de communication peuvent recevoir une traduction juridique concrète, comme la création d'une marque de territoire par exemple. Ainsi, le markéting opérationnel (B) est autrement plus intéressant pour le patrimoine immatériel local.

## A. LE MARKETING PREVISIONNEL

Bien qu'il ne soit pas nommé ainsi par les spécialistes du markéting, Cedrine Lebrument, qui ne le nomme pas non plus de la sorte, définit néanmoins le « markéting prévisionnel » comme celui qui *« se situe en amont du markéting opérationnel. C'est une phase d'investissement importante. C'est de la réalisation d'un diagnostic complet, et de la défense de ces choix stratégiques, que l'on peut construire une stratégie de markéting territorial performante ».*

De prime abord, il serait possible de croire que le markéting prévisionnel n'intéresserait qu'indirectement le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Son impact juridique est réduit, et il ne constitue pas un actif immatériel que le patrimoine public pourrait venir saisir, de sorte que le sujet d'étude trouverait là l'une de ses nombreuses limites. En réalité, il n'en est rien : bien trop ignoré, l'étude du markéting prévisionnel est un préalable nécessaire dans l'objet d'étude que peuvent par exemple constituer les marques de territoire. En effet, motivé par un objectif de rendement immédiat, y compris dans le domaine de l'information, de nombreux écrits se concentrent sur les instruments du markéting opérationnel (marque de territoire ou

[165] Jean-Marc Devanne, Enseignant à Science Po Paris, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

marque partagée, participation citoyenne, etc.), leur nouveauté, leur originalité (voire leur excentricité), ou encore, leur incidence ou traduction en droit positif. Dictée par la « fraîcheur » de l'instant, la rapidité caractérisant si bien la société contemporaine a pour effet néfaste de reléguer à un plan plus secondaire l'ensemble des réflexions et interrogations ayant conduit à l'élaboration d'une marque de territoire. Pourtant, est-il nécessaire de préciser qu'un instrument de markéting opérationnel ne vient pas seul, et qu'il est en réalité le fruit d'une stratégie qui le transcende très nettement ? Aussi, en dépit des nombreux écrits existant déjà sur les marques de territoire, leur gestion, leur valorisation et leur exploitation par les acteurs publics, il est opportun d'indiquer qu'elles sont le terme d'un développement mené bien en amont. Elles ne constituent en rien un « OVNI » du droit que le législateur aurait eu, tout d'un coup, l'idée de créer.

Dans sa dimension prévisionnelle, le markéting territorial part d'abord d'une simple impulsion[166] destinée à valoriser l'image et la réputation de la collectivité. De cette impulsion, la commune, l'EPCI, le département ou la région, construit sa stratégie en deux étapes. Dans un premier temps, elle réalise ce qu'il serait possible d'appeler son « autoportrait » : la démarche consiste principalement à identifier les singularités locales pour les transformer, à terme, en atouts attractifs. Cette première étape se décompose elle-même en trois sous-étapes que Cedrine Lebrument matérialise de la manière suivante :

- ***Elaboration d'un projet de territoire et étude de l'offre ;***
- ***Diagnostic ;***
- ***Etude de la demande et étude de la concurrence.***

Sur la forme, le markéting territorial semble donc présenter certains points communs avec le markéting commercial. Sur le fond en revanche, il est évident qu'il s'en distingue très nettement. En effet, comme le démontre de manière limpide Jean-Marc Devanne, alors que le markéting commercial a une vocation essentiellement économique, le markéting territorial, pour sa part, a une vocation sociale et sociétale. De surcroît, l'un a un esprit hiérarchique (commercial), alors que l'autre est animé d'un esprit fédératif (territorial). Mais la distinction la plus nette entre *markéting commercial* et *markéting territorial* réside sans nul doute dans le public auquel ils s'adressent : alors que le commerce s'adresse à des clients, le territoire, lui,

[166] Cedrine Lebrument, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

s'adresse à une population. Dans son aspect prévisionnel, le markéting territorial ne peut effectivement pas ignorer l'importance déterminante de la démographie, car positivement, c'est sur elle que s'appuie l'attractivité résidentielle d'un territoire, et « créatrice de richesses ». Mais plus encore, négativement, Jean-Marc Devanne fait le constat suivant :

*« Ignorer une démographie en déclin signifie des villages qui s'appauvrissent, des services publics qui ferment, des commerces et des artisans qui disparaissent*[167] *: on entre alors dans des cercles vicieux de délitement économique ».*

Par conséquent, loin d'être incarnée par la seule collectivité territoriale qui l'impulse, la stratégie de markéting repose avant tout sur une communauté d'acteurs, l'objectif pour le territoire étant d'en tirer un positionnement. Par ailleurs, il s'agit là de la seconde étape du markéting prévisionnel : après les avoir clairement identifiés, le travail de la collectivité sera alors de choisir et de coordonner les atouts lui procurant une position viable, et surtout différenciée, des autres acteurs public locaux, à la fois au sein de la « mosaïque » du territoire national, et dans l'esprit de la population (attirer les personnes et les capitaux). En fonction des choix effectués, la stratégie de markéting adoptée peut alors (mais il n'y là aucun systématisme, et c'est là tout l'intérêt d'un projet bien mené) aboutir à l'élaboration d'instruments opérationnels, porteurs des valeurs du territoire précédemment identifiées, et qui traduisent la volonté de la collectivité de créer dans l'esprit de l'administré, un véritable désir de territoire. (B). La démarche se situe alors bien au-delà de la simple attractivité.

## B. LE MARKETING OPERATIONNEL : L'EXEMPLE DES MARQUES DE TERRITOIRE

Le markéting opérationnel est l'une des stratégies de fonctionnement se situant au cœur du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. C'est précisément les instruments qui le composent qui sont susceptibles d'être qualifiés d'actifs immatériels. Par ailleurs, le markéting opérationnel est l'émanation même de l'image des collectivités territoriales : il n'est pas seulement l'instrument d'expression privilégié de la collectivité, il en incarne véritablement l'axe identitaire, les valeurs, et les missions. De sorte qu'une stratégie de markéting mal pensée, c'est une réputation brisée. Mais une politique efficace de communication (et non pas simplement effective) passe aussi, voire surtout, dans le choix adapté de l'instrument

[167] Par ailleurs, l'étude démontrera en quoi la disparition des commerces et de l'artisanat local nuit grandement aux actifs immatériels dont l'acteur public local n'est pas propriétaire, mais dont elle tire pourtant un bénéfice certain.

matérialisant l'essence même de l'acteur public local. Ainsi, toute une « palette d'outils » s'offre à la collectivité pour protéger les atouts qui vont distinguer son territoire de ceux concurrents. Si d'importants développements existent sur la participation citoyenne, ou encore, l'économie créative, l'instrument le plus emblématique des stratégies de markéting reste sans nul doute les marques de territoire, qui constituent par ailleurs, l'archétype même de l'actif immatériel détenu par les collectivités territoriales.

Mais avant tout développement, il convient de fournir quelques précisions qui éradiqueront d'importantes confusions. Parler ici de « marque de territoire », après avoir produit de conséquents développements sur le nom des collectivités territoriales déposé en tant que marque, peut paraître redondant. En réalité, il n'en est rien, dans la mesure où les deux démarches obéissent à des logiques complètement différentes, voire opposées. Le phénomène est bien réel : aujourd'hui, de plus en plus de communes déposent leur nom en tant que marque afin que celui-ci bénéficie d'une protection efficace face à la montée croissante des usurpations et du parasitisme économique. Mais un tel procédé se justifie davantage par l'incapacité du droit commun à fournir une protection adaptée, de sorte que les collectivités, dans l'impasse, se tournent vers le droit des marques. L'objectif est moins de créer une véritable politique de markéting, que de se créer un droit de propriété sur le nom. Autrement dit, ici, la demande repose sur une approche presque « forcée ». A l'inverse, le dépôt d'une marque dite de territoire constitue l'aboutissement d'une stratégie identitaire pensée en amont, et dont le besoin d'expression et de concrétisation s'est fait ressentir par le dépôt d'une marque. Autrement dit, ici, la demande repose sur une approche clairement volontariste. De sorte qu'il convient en réalité d'établir une distinction très nette entre les « marques administratives » visant simplement la protection institutionnelle des services publics que propose la collectivité, et les « marques dites de territoire » visant, elles, une véritable promotion de leurs axes identitaires pour attirer des hommes et des capitaux. Cette dernière obéit à une stratégie réfléchie de markéting territorial. Ainsi, c'est précisément par leurs différences que ces deux démarches se complètent.

Quoi qu'il en soit, si *« les marques ont longtemps été considérées comme un élément de patrimoine des seules personnes privées »*[168], force est de constater que celui des personnes publiques s'en accommode très bien. En effet, que la gestion publique s'intéresse aux politiques

[168] ROSSETTI (C.), « Vers une gestion stratégique des marques publiques », *AJDA,* n° 39, 22 novembre 2010, p. 2197.

de marques est un facteur révélateur de modernité. Une fois encore, cette nouvelle gestion du patrimoine public est profondément imprégnée du droit de la propriété intellectuelle. La démarche aussi novatrice soit-elle, doit tout de même obéir aux exigences du CPI. Aussi, sur le fond, le signe choisi par la collectivité territoriale doit classiquement remplir quatre conditions : deux positives et deux autres négatives. Concernant les conditions positives, le signe doit d'abord être distinctif. Il ne doit pas être la dénomination ou la représentation nécessaire de l'objet que la marque sert à désigner[169]. Autrement dit, pour être valable, la marque doit être composée d'un signe arbitraire, et ne peut pas avoir pour symbole une simple représentation schématique du produit ou du service qu'elle désigne. C'est précisément la raison pour laquelle la ville d'Orange par exemple ne pourra jamais déposer une orange comme signe distinctif, emblème d'une marque : le signe manquerait trop « d'originalité », bien qu'en droit de la propriété industrielle, cette dernière ne constitue pas une condition à satisfaire contrairement au droit d'auteur. Finalement, les signes et appellations ayant une chance réelle de remplir l'exigence de la distinctivité sont ceux reposant sur une pure association d'idées (exemple classiquement cité : marque Vache Qui Rit). Ensuite, le signe choisi par la collectivité territoriale à titre de marque doit être disponible. Conformément aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, il ne doit pas :

- ***Être déjà utilisé par autrui pour désigner ses propres produits ou services ;***
- ***Être un élément déjà protégé par un autre droit de propriété intellectuelle ;***
- ***Être un élément déjà protégé par un droit de la personnalité.***

Concernant les deux dernières conditions posées par le Code pour le dépôt d'une marque, elles s'analysent de manière négative. D'une part, le signe déposé par l'acteur public local en tant que marque ne doit pas être déceptif, c'est-à-dire, qu'il ne doit pas tromper le consommateur sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service (art. L. 711-3 du CPI). D'autre part, le signe ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Maintenant, sur la forme, les exigences posées par le CPI pour la validité d'une marque résident dans l'enregistrement de celle-ci à l'Institut National de la Propriété Industrielle, qui procède à un examen préalable de la demande. La procédure d'enregistrement de la marque déposée par la collectivité se résume classiquement en cinq étapes, à savoir :

- ***Dépôt de la demande d'enregistrement (art. L. 712-2 du CPI) ;***

[169] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 387.

- ***Publication de la demande au Bulletin Officiel de la Propriété Industrielle – BOPI – (art. R. 712-8, alinéa 2, du CPI) ;***
- ***Eventuelle procédure d'opposition formée par les tiers ;***
- ***Examen par l'INPI ;***
- ***Décision du Directeur de l'INPI (enregistrement de la marque ou rejet).***

Mais au-delà des exigences légales à remplir pour qu'un signe distinctif déposé par une collectivité soit enregistré comme marque de territoire, et qui viennent d'être sommairement rappelées ici, le droit des marques tel que voulu par le Code de la propriété intellectuelle induit en réalité pour l'acteur public local une double conséquence. D'une part, la marque de territoire sera classiquement protégée de la contrefaçon et de l'usurpation : *« L'objectif est d'éviter qu'elle soit exploitée aux dépens de l'administration par une entité n'ayant aucune légitimité »*[170]. Ce point ayant été développé précédemment, la présente étude n'y reviendra pas ici. Une simple précision peut être ajoutée : avec le développement des stratégies de markéting opérationnel, et donc des marques de territoire, il n'est pas impossible d'imaginer que les tiers, intéressés par les divers bénéfices qu'une telle stratégie induit, redoublent d'imagination et « d'agressivité » pour s'arroger l'exploitation de cet actif immatériel. En effet, l'on ne parle pas ici de simples marques administratives, mais bien de marques de territoire, incarnation même des valeurs, de l'image, et de la réputation de la collectivité territoriale, que par ailleurs elle s'efforce légitimement de valoriser. Un devoir de veille devra alors se mettre en place. D'autre part, le régime très protecteur du droit des marques permet à la collectivité territoriale d'exercer un véritable droit de propriété sur la marque de territoire qu'elle aura déposée. Actif immatériel relevant de son domaine privé, cela induit notamment qu'au même titre qu'une entreprise privée par exemple, la collectivité pourra alors exploiter sa marque. A ce titre, l'article L. 714-1 du Code de la propriété intellectuelle indique très clairement que cette exploitation peut prendre une double forme :

- ***Soit celle d'une licence de marque :*** Il s'agit bien sûr d'un contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété industrielle sur une marque, appelé *concédant,* en concède la jouissance à un *licencié,* pendant un certain temps et moyennant le paiement par ce dernier de redevances[171] ;

[170] ROSSETTI (C.), « Vers une gestion stratégique des marques publiques », *op.cit.,* p. 2199.

[171] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 417.

- ***Soit celle d'une cession de marque :*** La cession de marque se distingue de la licence en ce qu'elle transfère la propriété de la marque. Il s'agit d'un contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété industrielle sur une marque, appelé *cédant,* le transfère à un *cessionnaire,* moyennant le paiement par ce dernier d'un prix. Autrement dit, il s'agit d'une vente portant sur un droit de propriété industrielle[172].

Cet aspect des marques de territoire est non négligeable, car outre une protection effective (mais adaptable) des éléments composant la réputation d'une administration locale, elle en permet également une exploitation dont la collectivité peut tirer des revenus certains, et répondre ainsi à l'objectif premier de réduction des déficits publics. *A minima*, ce discours est vrai concernant les licences de marque publique ; il l'est moins en revanche concernant les cessions de marque publique. En effet, même si bien sûr ces dernières restent parfaitement envisageables, précisément en raison du fait que les marques de territoire sont affectées au domaine privé des collectivités territoriales, force est de constater que leur cession est clairement appelée à ne demeurer qu'une hypothèse d'école. Une marque de territoire n'est pas simplement l'expression des valeurs et des services d'une collectivité : elle incarne véritablement son identité, elle symbolise tout ce que la collectivité a de positif, de sorte qu'elle est le seul vecteur agissant directement sur la réputation de l'administration locale. Dès lors, il est difficilement concevable qu'une marque de territoire puisse être cédée à un acteur privé sans entraîner, non seulement un risque de confusion dans l'esprit de la population, que l'entreprise privée aura alors tendance à faussement considérer comme des consommateurs, mais aussi voire surtout, sans entraîner une perte pour la collectivité de la maîtrise de son image et de son identité, une perte de maîtrise de sa réputation. En effet, si l'acteur privé, nouveau propriétaire de la marque de territoire, fait montre d'une très mauvaise gestion, quand bien même elle n'incombe pas à la collectivité, celle-ci en subira, malgré elle, les conséquences néfastes, la population n'ayant pas à faire, à juste titre, la distinction entre les propriétaires de la marque et la collectivité qu'elle représente. Pourtant, l'affectation à la domanialité privée de cet actif immatériel, prônée par les auteurs, rendrait juridiquement valable une cession de marque de territoire. Belle illustration s'il en est des limites de l'affectation à la domanialité privée des actifs immatériels, de la nécessité d'une adaptation du régime de la domanialité publique, mais aussi, d'une reconsidération urgente du statut des personnes morales de droit public.

[172] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, ibid.*

Le constat est d'autant plus navrant que les marques de territoire sont évidemment appelées à prendre une grande valeur en raison de leur succès auprès de la population. En effet, le contexte sans cesse grandissant de mondialisation accentue fortement le phénomène de concurrence : une concurrence mondiale dans les produits, une concurrence mondiale dans les services, une concurrence mondiale sur les marchés, et maintenant, une concurrence mondiale entre les territoires. Par ailleurs, il serait même possible de dire une concurrence « sur » les territoires (le territoire étant entendu ici comme un produit, et non pas comme un lieu géographique). L'enjeu pour les collectivités territoriales est alors de se démarquer, d'améliorer leur visibilité, afin d'exister aux yeux des hommes en tant qu'individus, mais aussi, en tant qu'investisseurs. Une stratégie réfléchie de markéting territorial aura alors compris qu'il reste capital de déterminer un positionnement précis, définitif, sur lequel pourra s'appuyer la marque de territoire. Et comment dégage-t-on un positionnement ? En ayant clairement défini son identité profonde[173]. En effet, ce n'est qu'en ayant clairement dénombré ses singularités qu'une collectivité pourra alors construire une stratégie de markéting territorial efficace. La marque de territoire qui en résultera verra alors sa valeur grandement amplifiée. D'autant que les marques de territoire bénéficient d'une immense force dont ne sont absolument pas dotées les stratégies privées de markéting : les marques de territoire ont le très grand privilège de s'adresser à une population, et non pas à des consommateurs. Il s'agit là d'un atout considérable dans la mesure où la marque de territoire matérialise un réel sentiment d'appartenance à un terroir. Bien plus que les leviers publicitaires ordinaires (dont bien sûr les collectivités ne pourront pas se passer), les marques de territoire ont à leur disposition les meilleurs vecteurs de communication qui soient : la population elle-même, chaque individu se transformant alors en véritable ambassadeur de sa terre, en véritable ambassadeur de la marque de territoire. Par ailleurs, Jean-Marc Devanne en donne une percutante illustration : il explique en effet que lorsqu'un individu délivre un jugement, une opinion sur son territoire, le message perçu par l'interlocuteur est alors celui d'une simple information. En revanche, lorsque cette opinion est réitérée par d'autres personnes, à ce moment là, le message perçu par l'interlocuteur se transforme en vérité. De sorte qu'au sein de la présente tactique, la marque de territoire occupe une position stratégique : c'est à elle de faire en sorte que le message qu'elle véhicule soit cohérent et uniforme, afin que l'ensemble des acteurs locaux parlent de leur territoire à l'unisson. Naturellement, la pluralité des discours s'explique par l'unicité de chaque acteur, mais l'important est que le message

[173] Jean-Marc Devanne, Enseignant à Science Po Paris, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

délivré soit identique, car c'est précisément de cet unisson que la marque de territoire puise toute la force de sa valeur. Un cercle vertueux est ainsi créé : c'est pour cela qu'il est unanimement admis que les marques de territoire reposent sur une communauté d'acteurs. Témoignant d'une réelle synergie, la valeur de ces marques peut donc être tout à fait conséquente, justifiant dès lors une exploitation.

Ainsi, la réputation des collectivités territoriales est une composante majeure du patrimoine immatériel local. Bien sûr, elle ne constitue pas elle-même un actif immatériel, objet de propriété publique. En revanche, les produits qui peuvent en résulter, telle la marque de territoire, eux, constituent des actifs immatériels, contribuant à l'identification fonctionnelle du patrimoine immatériel local. Le markéting territorial est appelé à occuper une position névralgique dans la nouvelle gestion administrative locale qui se dessine peu à peu. Mais force est de constater qu'il n'est pas le seul. En effet, les stratégies d'ingénierie produisent également des actifs immatériels que le patrimoine immatériel des collectivités territoriales ne saurait ignorer (§3).

## §3 – LES PRODUITS ISSUS DES STRATEGIES D'INGENIERIE TERRITORIALE

Relevant auparavant du seul domaine de l'Etat, l'ingénierie publique s'est clairement étendue aux administrations locales, donnant ainsi naissance au concept d'ingénierie territoriale. Les départements notamment, ont en effet éprouvé le réel besoin de réfléchir aux meilleures modalités de conceptions, et à l'optimisation des conditions de rentabilité, lors de la réalisation d'un projet. Par ailleurs, le phénomène se constate depuis 2012[174] : l'éventualité de la suppression de l'échelon départemental semble désormais se matérialiser dans une volonté politique précise. Même s'ils ont échappé à la loi du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi NOTRe), laquelle entérine le passage de 22 à 13 régions[175], la réorganisation territoriale au niveau départemental reste d'actualité. Dès lors, selon Stéphanie Le Bihan, « *les départements essaient d'être visibles par l'ingénierie pour éviter d'être*

[174] Intervention de Stéphanie Le Bihan, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[175] Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JORF* n° 182, 8 août 2015, p. 13705.

*supprimés »*. Bien que détournée de sa fonction première car animée par des intentions purement politiques, cette « territorialisation » de l'ingénierie publique a donné lieu à une redéfinition du concept : l'ingénierie territoriale est donc l'ensemble des moyens humains, méthodes et missions, concourant à l'élaboration et à la conduite d'un projet territorial, ainsi qu'à la définition, au montage, et à la mise en œuvre d'actions[176]. Quelle qu'en soit l'impulsion (politique mais pas seulement), le constat est particulièrement positif pour le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, l'ingénierie territoriale apparaît alors comme un véritable levier d'action permettant d'influencer la politique d'aménagement du territoire menée de concert par le Gouvernement et le Parlement.

Par conséquent, les stratégies d'ingénierie territoriale sont très loin d'être abstraites. Leur impact est concret, comme en témoigne par ailleurs la très ouverture des données publiques. Il s'agit de données brutes détenues par les administrations, locales en l'occurrence, et que celles-ci mettent à la disposition du public et de l'ensemble des opérateurs territoriaux, au travers de plateformes numériques (site internet le plus souvent). L'objectif est de favoriser l'innovation en incitant les opérateurs a réinterpréter les données mises à leur disposition, en les transformant en information ou invention utile (création d'applications par exemple). Produits par excellence des stratégies d'ingénierie publique (bien que n'en étant pas les seuls), les données publiques incarnent donc clairement un actif immatériel détenu par les collectivités territoriales. Leur ouverture aux opérateurs économiques, notamment, engendre de véritables opportunités de création, et comme le souligne l'ensemble des auteurs, « offre un puissant vecteur de transformation de la puissance publique ». Aussi, la dernière « tendance » en la matière reste indéniablement la finalisation de ce vaste mouvement d'ouverture par l'instauration d'un principe de gratuité dans la mise à disposition et la réutilisation de ces données (A). Or, il semblerait néanmoins que par certains de leurs aspects, les stratégies d'ingénierie territoriale soient victimes de leur succès. En matière de données publiques par exemple, il est clair que cette dématérialisation et cette mise à disposition d'informations offrent de sérieuses opportunités concernant les fonds documentaires archivés. Non contentes d'en permettre une large diffusion à la population, les archives dématérialisées sont également de puissants vecteurs de « démocratie participative », en permettant au citoyen de compléter ou de rectifier certains fonds (le lien avec le markéting territorial est ainsi fait). Toute la difficulté

[176] Intervention de Stéphanie Le Bihan, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

réside alors dans le choc frontal entre la libéralisation et la protection de ces données. Va-t-il y avoir assujettissement d'un mouvement par rapport à l'autre, ou bien, une nécessaire cohabitation entre les deux ? On l'aura compris : les archives dématérialisées ne sont pas des données publiques comme les autres (B). C'est précisément aux stratégies d'ingénierie territoriale qu'il appartiendra de pallier une telle carence. Les aménagements juridiques en la matière, déjà très complexes, devront alors se livrer à de véritables contorsions.

## A. LES DONNEES PUBLIQUES : D'UNE OUVERTURE FRAGILE A UNE OUVERTURE MODERNE

Dire que les collectivités territoriales tendent de plus en plus à ouvrir leurs données publiques est un euphémisme. En effet, le mouvement d'ouverture des données publiques (en l'occurrence locales), très souvent résumé sous l'appellation « *d'open data »,* est puissamment engagé depuis plusieurs années. La plupart des auteurs la font remonter au début des années 2000 avec le développement exponentiel des technologies digitales, des technologies numériques, et la démocratisation d'internet. En réalité, la problématique du libre accès des données dites « publiques », ou encore, « ouvertes », trouve son origine dans les années 1970 au sujet du logiciel libre (dit aussi, pour sa part, *« open source »*)[177]. Suite aux difficultés engendrées par ce développement informatique, le législateur a éprouvé le besoin de construire un cadre légal venant régir la gestion et la communicabilité de l'information numérisée. Ses deux premières interventions furent la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés[178], et celle 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[179]. Cette dernière, plus connue sous l'appellation de « loi CADA » (dans la mesure où c'est elle qui est à l'origine de la création de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs), affirme à son article 1er le droit de toute personne à l'information concernant le libre accès aux documents administratifs :

[177] BOURGEOIS (M.), « Vers une gratuité des données ? – A propos du projet de loi visant à modifier la loi CADA du 17 juillet 1978 », *JCP ACT,* n° 41, 12 octobre 2015, p. 817.

[178] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 4, du 7 janvier 1978, p. 227.

[179] 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, *JORF* n° 165, du 18 juillet 1978, p. 2851.

*« Le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti par les dispositions des chapitres Ier, III et IV du présent titre en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs.*

*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 »* (alinéa 1er et 2ème).

Ainsi, constituent des données publiques, d'après ce texte de loi, toutes les données recueillies dans l'exercice d'une mission de service public, et détenues par l'ensemble des acteurs publics et des acteurs privés délégataires d'un service public. Evidemment, le texte prévoit aussi des dispositions visant à protéger, voire à exclure de toute communication, les données à caractère personnel, les données relevant de la vie des affaires, ou encore, les données relevant de la sécurité publique. Le législateur a jeté là les premiers jalons du marché aujourd'hui très disputé de l'information. Un marché qui a très grandement été libéralisé, et l'Union Européenne y est pour beaucoup (1). Or, la transposition des textes en droit interne s'est avérée difficile et a abouti à un régime juridique particulièrement complexe (2), pour une protection des données inefficace (3).

## 1. L'IMPULSION EUROPEENNE

Trois directives de l'Union sont successivement venues transformer l'information administrative en marché concurrentiel. La première est celle du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public[180]. Dite « directive PSI » (par référence à son appellation anglaise *Public Sector Information*), elle vient encore faciliter le droit d'accès aux documents administratifs. Elle apporte en outre des précisions supplémentaires concernant la réutilisation des données publiques, en distinguant trois types de réutilisation, à savoir :

- ***La réutilisation privée ;***

[180] Directive n° 2003/98 du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOEU* n° L 345, 31 décembre 2003, pp. 90-96.

- ***La réutilisation à des fins d'intérêt général ;***
- ***La réutilisation commerciale.***

Or, en 2003, il n'est prévu aucun principe de gratuité. C'est précisément la raison pour laquelle le droit « national » de la propriété intellectuelle s'empare de cette question par l'octroi de licences contre redevances éventuelles. En effet, l'administration peut fixer une redevance contre cette réutilisation, mais dont le montant doit seulement venir couvrir les frais engendrés par la mise à disposition, ainsi qu'un éventuel « bénéfice raisonnable ». La présente directive a été transposée en droit interne par deux textes successifs :

- ***Une Ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques[181] (laquelle autorise la réutilisation commerciale que la loi CADA avait interdite) ;***
- ***Un Décret du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi CADA du 17 juillet 1978[182].***

Quatre ans plus tard intervient la deuxième directive ayant contribué à la transformation de l'information en marché concurrentiel, certes de manière bien plus incidente. Il s'agit de la directive du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne[183]. Dite « directive INSPIRE » (par référence à son appellation anglaise *INfrastructure for Spatial InfoRmation in Europe*), elle vise l'accès, l'échange et le partage de données géographiques et environnementales, le tout coordonné par une infrastructure d'envergure. Dès lors, inutile de préciser que ce texte intéresse fortement le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, lequel est particulièrement concerné par le capital naturel des territoires. Elle ouvre ainsi de nouvelles données brutes exploitables, exclusivement consacrées à l'information environnementale, dont vient s'enrichir le marché de l'information. Or, la transposition de cette directive en droit interne a été difficile et laborieuse,

[181] Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, *JORF* n° 131, 7 juin 2005, p. 10022.

[182] Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, *JORF* n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20827.

[183] Directive n° 2007/2/CE du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne, *JOCE* n° L 108, pp. 20-28.

comme en témoignent les six textes intervenant à plusieurs niveaux de la hiérarchie des normes. Ainsi, l'on trouve :

- ***La loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures[184] ;***
- ***L'ordonnance du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement[185] ;***
- ***Le décret du 31 janvier 2011 relatif au Conseil national de l'information géographique[186] ;***
- ***L'arrêté du 24 janvier 2011 relatif au calendrier de mise en œuvre des modalités d'application de l'interopérabilité prévu à l'article L. 127-3 du code de l'environnement[187] ;***
- ***Le décret du 1er mars 2011 pris pour l'application de l'article L. 127-10 du code de l'environnement[188] ; et enfin,***
- ***Le décret du 5 mai 2011 pris en application des articles L. 127-8 et L. 127-9 du code de l'environnement[189].***

Ainsi, la combinaison de ces deux premiers textes européens a commencé à influencer le marché de l'information de manière concrète. Notamment, en 2012, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur (PACA) a ouvert, par la voie de l'informatique, son propre portail régional de données, et a participé à l'ouverture ce celui de certaines villes composant son territoire dans le cadre de partenariats (Marseille, Aix-en-Provence, etc.). La démarche a été d'autant plus remarquée qu'il s'agissait là des premiers portails de données publiques développés par une

[184] Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (1), *JORF* n° 110, 13 mai 2009, p. 7920.

[185] Ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement, *JORF* n° 246, 22 octobre 2010, p. 18885.

[186] Décret n° 2011-127 du 31 janvier 2011 relatif au Conseil national de l'information géographique, *JORF* n° 26, 1er février 2011, p. 1985.

[187] Arrêté du 24 janvier 2011 relatif au calendrier de mise en œuvre des modalités d'application de l'interopérabilité prévu à l'article L. 127-3 du code de l'environnement, *JORF* n° 46, 24 février 2011, p. 3361.

[188] Décret n° 2011-223 du 1er mars 2011 pris pour l'application de l'article L. 127-10 du code de l'environnement, *JORF* n° 51, 2 mars 2011, p. 3824.

[189] Décret n° 2011-494 du 5 mai 2011 pris en application des articles L. 127-8 et L. 127-9 du code de l'environnement, *JORF* n° 105, 6 mai 2011, p. 7753.

collectivité territoriale à l'échelle régionale. La région PACA s'est donc inscrite en première place dans le vaste mouvement de l'open data. Cette célérité s'explique notamment par une réalité économique et sociale encore plus virulente dans le sud-est du pays que partout ailleurs sur son territoire. Selon l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE), le taux de chômage en PACA atteint 11,4% de la population active, contre 10,3% à l'échelle nationale, avec une situation encore plus critique pour le département de Vaucluse (12,8% de la population active au chômage). Aussi, par le mouvement de l'open data, l'objectif pour la région est de stimuler la création d'emploi en donnant les moyens aux acteurs locaux d'investir dans l'économie numérique. La très pratique de l'ouverture des données publiques a révélé le besoin d'une rénovation du droit de réutilisation des informations du secteur public. Ayant entendu ce besoin, l'Union européenne a alors élaboré une dernière directive venant parfaire la création d'un marché de l'information : il s'agit de la directive du 26 juin 2013 venant modifier la précédente directive PSI de 2003[190]. Dans la droite ligne du premier texte, la directive de 2013 prend acte des évolutions en matière d'open data, et l'étend ainsi au secteur culturel (c'est notamment dans un tel cadre que se pose la problématique des archives dématérialisées). Par ailleurs, le texte de 2013 accentue la réutilisation des données publiques en créant un véritable droit à la réutilisation, et aux conditions d'exercice peu contraignantes (éviter la falsification des données, indiquer la source, etc.). Notamment, il semble ériger en principe la gratuité des données mises à la disposition du public. L'avancée est ici considérable : là où en 2003 la gratuité était exclue, elle semble désormais admise en 2013. Ainsi, de la tendance à l'ouverture des données, l'on est en train de passer à une ouverture synonyme de modernité. Par ailleurs, les incidences sont importantes depuis que cette dernière directive a été transposée en droit interne. En effet, par la loi Valter[191] du 28 décembre 2015, le législateur est venu imposer la gratuité des informations du secteur public quant à leur réutilisation[192]. La réception, par le droit, de ce nouveau texte a changé de manière considérable la gestion juridique actuelle des données publiques. Ainsi, on le voit : est en train de se construire, subrepticement, un véritable régime juridique, assez complexe, des données publiques (2).

[190] Directive 2013/37/UE du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation du secteur public, *JOEU* n° L 175, 27 juin 2013, pp. 1-8.

[191] Du nom de la Secrétaire d'Etat qui en est à l'origine, à savoir, Clotilde Valter, alors Secrétaire d'Etat à la réforme de l'Etat et à la Simplification.

[192] Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux mobilités de réutilisation des informations du secteur public, *JORF* n° 301, 29 décembre 2015, p. 24319.

## 2. UN REGIME JURIDIQUE COMPLEXE

Ce régime juridique néanmoins reste difficile à décrypter du fait de la diversité et de la complexité des textes intervenant en la matière. Aussi, en synthèse, si toutes les données ouvertes sont des données publiques, en revanche, toutes les données publiques ne sont pas ouvertes. De surcroît, si la loi CADA exclut l'ouverture des données personnelles, relevant du secret des affaires, ou encore, concernant la sécurité publique, cela serait une erreur d'en déduire, par un raisonnement *a contrario,* que toutes les autres données publiques sont ouvertes. En réalité, l'identification des données ouvertes est enfermée dans une double limite :

- ***Une première limite « énumérative d'exclusion » :*** La loi CADA énonce ce que les données ouvertes ne sont pas ;
- ***Une seconde limite « conceptuelle d'identification ».***

Concernant cette dernière, Evelyne Leroy, Chargé de mission en économie numérique au Conseil régional d'Auvergne, explique qu'il existe en effet trois critères d'identification d'une donnée ouverte[193] :

- ***Un critère technique :*** Il faut que la donnée soit brute, exploitable de manière automatique, et libérée dans un format non propriétaire (pas de fichier PDF ou XLF par exemple) ;
- ***Un critère économique :*** Il faut inciter les administrations locales à l'ouverture gratuite de leurs données pour ne pas limiter la réutilisation. Néanmoins, s'il existe une redevance, celle-ci doit alors se limiter au coût de mise à disposition ;
- ***Un critère juridique :*** Il faut que la licence d'exploitation soit la moins contraignante possible, et clarifie les droits et les obligations des ré-utilisateurs en matière de copie, de diffusion et de commercialisation.

C'est précisément sur ce dernier critère qu'intervient une nouvelle fois le droit de la propriété intellectuelle en l'absence d'un traitement juridique complètement dédié à l'exploitation des données publiques. Si elle reste bien sûr d'une aide précieuse dans la compréhension du traitement de cet actif immatériel, force est de constater néanmoins que cette énième intervention complexifie encore un régime juridique déjà bien dense. D'autant que le

[193] Intervention de Evelyne Leroy, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

droit de la propriété intellectuelle lui-même semble assez « mal à l'aise » avec les bases de données. En effet, est-il nécessaire de rappeler qu'il se divise entre la propriété littéraire et artistique d'une part, et la propriété industrielle d'autre part. Si avec les marques de territoire, l'étude se trouvait au cœur de la propriété industrielle, avec les bases de données en revanche, elle se situe en marge de la PLA. Naturellement, celle-ci se compose du droit d'auteur, du droit d'artiste-interprète, ainsi que des droits voisins accordés aux auxiliaires de la création littéraire et artistique. Or, le développement exponentiel de l'informatique, et de ses nouveaux supports (tablette, Smartphone, etc.), est venu complètement transformer l'approche et le traitement de l'information. Fortement influencé par le droit américain, le législateur a alors imaginé des cas particuliers à la propriété littéraire et artistique en dégageant le droit des producteurs de bases de données d'un côté, et le droit d'auteur sur les logiciels de l'autre. Autrement dit, des « droits » qui ne peuvent se détacher complètement du régime de la PLA, mais qui restent dans le même temps beaucoup trop singuliers pour y être rattachés pleinement, à l'image du droit d'auteur. C'est dans un tel cadre que s'inscrit le traitement des données publiques locales en suivant le régime juridique prévu par le droit des producteurs de bases de données. Imaginé par une directive des communautés européennes du 11 mars 1996[194], et transposée en droit interne par une loi du 1er juillet 1998[195], c'est alors un droit *sui generis* qui vient régir les données publiques locales.

C'est précisément dans ce droit que cet actif immatériel approprié trouve sa source : la loi du 1er juillet 1998 introduit un véritable droit de propriété de l'information. En effet, le droit des producteurs de bases de données vient protéger les données elles-mêmes, c'est-à-dire, le contenu de la base informatique. Autrement dit, les collectivités territoriales, en tant que producteurs de base de données[196], sont clairement propriétaires desdites données. Autrement dit encore, et pour parachever le raisonnement, les collectivités territoriales sont titulaires d'un droit de propriété sur leurs données publiques. Actif immatériel s'il en est, cette appropriation fait des administrations locales des acteurs incontournables du marché de l'information.

[194] Directive n° 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE* n° L77, 27 mars 1996, pp. 20-28.

[195] Loi n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JORF* n° 151, 2 juillet 1998, p. 10075.

[196] *« Personne qui prend l'initiative et le risque des investissements […] »* (art. L. 341-1, alinéa 1er, du CPI).

Notamment, le droit des producteurs de bases de données confère aux collectivités propriétaires une double prérogative[197].

D'abord, les administrations locales sont titulaires d'un *droit de fixation/reproduction.* Il correspond au droit d'interdire l'extraction de son contenu. Celle-ci est en effet soumise à autorisation.

Ensuite, elles sont titulaires d'une « prérogative » qui peut elle-même se sous-diviser :

- ***Il s'agit d'une part du droit de représentation/communication au public ;***
- ***Il s'agit d'autre part du droit de destination/distribution.***

Selon Patrick Tafforeau et Cédric Monnerie, il s'agit purement et simplement du droit d'interdire la réutilisation de tout ou partie du contenu de la base.

Cette double prérogative ouvrirait les données publiques aux diverses opérations de propriété intellectuelle (cession, prêt, etc.). Or, c'est précisément dans un tel cadre qu'interviennent les *licences d'exploitation* consenties par les collectivités territoriales aux ré-utilisateurs de données. Régies par le droit commun, du point de vue du droit de la propriété intellectuelle, c'est sur le contenu de ces licences que les trois directives européennes précédemment décrites (directive PSI de 2003, directive INSPIRE de 2007, directive de 2013 remaniant la directive PSI) trouvent à s'appliquer. Leur force juridique, leur portée, leur champ d'application, se limitent principalement à cette licence d'exploitation. Le régime juridique actuel des données publiques n'en ressort alors que plus complexifié. En effet, si l'on se risque dans une vision synthétique du « droit des données publiques », l'on constate que le droit de propriété immatériel des collectivités territoriales sur leurs données publiques trouve sa source dans le droit de la propriété intellectuelle. Pour leur part, les licences d'exploitation auxquelles donnent lieu ce droit sont régies, à en croire le droit de la propriété intellectuelle, par le droit commun (dans la mesure où aucune formalité n'est exigée), et prennent d'ailleurs très souvent la fausse appellation de « licences ouvertes ». Or, la triple intervention européenne sur ces licences, en ce qu'elles encadrent par exemple le droit de réutilisation, le montant de la redevance (gratuité !), ou encore, en fixant des interdictions, participe à la construction d'un véritable droit spécial venant les encadrer. Autrement dit, contrairement à ce que prétend le droit (privé) des producteurs de bases de données, les licences d'exploitation des données

[197] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 287.

publiques (locales en l'occurrence) ont la singularité de ne pas être soumis en priorité au droit commun, mais à ce droit spécial, à ce droit *sui generis,* qui est en train de se construire sous l'impulsion européenne. En d'autres termes, les acteurs juridiques sont en présence d'un actif immatériel publiquement approprié grâce au droit la propriété intellectuelle, mais dont l'exploitation, elle, semble régie par une branche du droit complètement nouvelle. Le présent constat, et la grande complexité qu'il met en exergue, fait aussi montre de ce que ce « droit spécial des données publiques » ne se concentre que sur leur seule exploitation. Enième illustration, s'il en est encore besoin, de l'orientation intéressée du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Mais qu'en est-il de la protection des données publiques locales ? Cette question mérite d'être posée. En effet, son ignorance par le législateur, qu'il soit national ou européen, conduit à un paradoxe : si le droit des producteurs des bases de données permet l'exploitation des données publiques, il a d'abord et avant tout été réfléchi pour les protéger. La question légitime se pose de savoir si le régime d'exploitation des données publiques tel que voulu par l'UE, et traduit en droit interne, ne serait pas incompatible, sur certains aspects, avec le régime de protection tel que classiquement voulu par le droit de la propriété intellectuelle (3).

## 3. UNE PROTECTION INEFFICACE DES DONNEES PUBLIQUES

Avec les données publiques, le droit interne a été amené à accueillir en son sein deux corps de textes complètement antinomiques. D'un côté, se trouvent le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, qui sont respectivement un droit de protection et de réservation par la propriété, et un droit de la régulation. Par ailleurs, le mécanisme de la licence ne traduit pas autre chose : il s'agit bien d'un outil juridique pour encadrer, pour réguler, l'utilisation de l'actif immatériel couvert par des droits de propriété intellectuelle. Or, la licence libre, ou ouverte, telle que voulue par l'Europe, conduit précisément à ouvrir à tous l'accès aux données publiques sans la moindre contrepartie, ou alors, tellement marginale qu'elle se limite au coût de transfert. Dès lors, la licence libre, est-elle réellement une licence de régulation ? La réponse est évidemment négative, de sorte qu'il serait possible d'affirmer que, non seulement les données publiques ne bénéficient à l'heure actuelle d'aucune protection, mais qu'en outre, le législateur européen s'érige clairement contre une telle protection, qu'il voit comme un véritable verrouillage de l'accès de l'administré à la donnée, pourtant qualifiée par certains auteurs de « matière première précieuse ». Précisément si la donnée publique est une matière première si précieuse, pourquoi la gratuité ? Parce qu'elle émane d'une personne publique ? Quels arguments peuvent alors expliquer cette incohérence des textes du droit de la propriété intellectuelle et des directives transposées, qui a conduit l'Union européenne à imposer aux

Etats membres la gratuité et le libre accès aux données des administrations internes sans le moindre contrôle ou la moindre contrepartie ? Globalement, le législateur européen explique sa position par des arguments de transparence démocratique, de transparence de la vie publique, de stimulation de l'innovation, ou encore, par des arguments de modernité. Autrement dit, un Etat qui se veut moderne est un Etat qui ouvre ses données, un Etat moderne est un Etat en faveur de *l'open data. A contrario,* un Etat qui s'y montre sceptique, ou même tout simplement prudent, est un Etat archaïque. Mais il semblerait qu'il existe une autre explication à la portée bien plus polémique, et développée par quelques auteurs[198]. Ce qu'il faut bien comprendre avec les données publiques, c'est qu'elles constituent le cœur du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, ce que cet actif immatériel du patrimoine public local met en exergue, c'est que depuis quelques années, avec la révolution technologique et numérique, il y a eu un véritablement déplacement de la valeur, de l'œuvre intellectuelle, vers ce que Judith Rochfeld a appelé le « bien informationnel »[199]. Aujourd'hui, le terrain de la valeur n'est plus exclusivement occupé par l'œuvre intellectuelle émanant d'une seule personne, et dont les droits sont protégés. Aujourd'hui, le droit de la propriété intellectuelle doit également composer avec l'information numérique et son incroyable capacité à capter l'attention de l'individu, de l'internaute, du consommateur. Par ailleurs, et corollairement, cette valeur se construit par la multitude de personnes consultant l'information : plus une information est relayée, plus elle prend de la valeur. Autrement dit, là ou en droit de la propriété intellectuelle, l'auteur était seul, c'est la collectivité qui construit le bien informationnel. Par conséquent, la donnée (publique ou privée) est une belle illustration de la remise en cause du monopole de la propriété, par l'immatériel. Et précisément, parce que ce bien informationnel a une valeur importante, les géants d'internet et du numérique, que sont par exemple Google, Facebook, Amazon, et autres, ont bien compris l'intérêt commercial qu'il peut y avoir à occuper le marché de l'information. Comme le souligne Judith Rochfeld, ce n'est d'ailleurs pas pour rien que Google est actuellement estimé à plus de 555 milliards de dollars : ce qui fonde sa valeur, c'est précisément son portefeuille de données. Très vite, ces géants du numérique ont pris conscience des potentialités économiques que pouvaient recouvrir les données dont étaient en possession les

[198] Comme peut par exemple en témoigner l'intervention de Madame Marie-Anne Frison-Roche, Professeure à Science po Paris, dans le cadre du colloque relatif à la valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, tenu à Bordeaux le 23 septembre 2016.

[199] Judith Rochfeld, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

administrations. Il n'y a là rien d'inique dans la mesure où la finalité des géants du numérique est purement économique. Toutefois, cette finalité n'est en rien partagée par les personnes morales de droit public, qui elles, poursuivent des objectifs d'intérêt général. Dès lors, n'était-il pas plus opportun d'imaginer effectivement une réutilisation de la donnée publique par les opérateurs économiques de droit privé, mais dont les bénéfices de l'innovation qui en résulteraient seraient au moins partagés avec la personne publique ? Que les finalités des opérateurs économiques de droit privé, et celles des personnes morales de droit public, ne correspondent pas est une réalité. Mais s'il ne fallait pas verrouiller l'accès aux données publiques en raison de cette contradiction, fallait-il pour autant les livrer en pâture au marché de l'information ? En voulant éviter un extrême, le législateur européen n'a-t-il pas basculé dans un autre ? La question mérite d'autant plus d'être posée que ce partage des bénéfices avec la personne publique avait déjà été proposé par Maurice Lévy et Jean-Pierre Jouyet, dans leur rapport sur l'économie de l'immatériel, aux recommandations n° 11 et 12. Or, il est à craindre que par la loi Valter précitée du 28 décembre 2015, la France, sous l'égide d'une Europe ultralibérale, se soit en réalité privée de l'une de ses mannes financières les plus importantes en matière d'immatériel ! Mais malheureusement, le triste sort des données publiques n'avait pas encore atteint son paroxysme… En effet, par une loi du 7 octobre 2016, dite pour une République numérique[200], le « manque à gagner » pour les collectivités territoriales a dû se coupler avec un nouvel article L. 321-2, c), du Code des relations entre le public et l'administration, qui reprend sans équivoque l'ancien article 10 de la loi du 17 juillet 1978, alors abrogé. Ainsi, l'article L. 321-2, c), dispose que :

*« Ne sont pas considérées comme des informations publiques, pour l'application du présent titre, les informations contenues dans les documents sur lesquels des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle ».*

De prime abord, cette disposition serait à saluer, car elle vient clairement protéger les détenteurs de droits de propriété intellectuelle sur des données, en les excluant du régime juridique non régulé du secteur de l'information publique. Dans le même temps, elle balayerait toutes les craintes liées à un droit de la propriété intellectuelle devenu inefficace. C'était d'ailleurs tout l'objet de la loi pour une République numérique : apaiser les craintes des créateurs provoquées par la montée en puissance du bien informationnel, en renforçant leur droit de propriété. Et c'est précisément ce que véhicule cet article L. 321-2 : dès lors qu'il existe des droits de propriété

[200] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235, 8 octobre 2016.

intellectuelle sur des données, alors celles-ci ne sont pas considérées comme publiques (donc exit la gratuité, exit la réutilisation, etc.). Or, s'il d'agit bien d'une loi en faveur de la réaffirmation de la propriété intellectuelle, l'interprétation doctrinale majoritaire qui est faite du nouvel article est en revanche en défaveur de l'administration. Une administration qui ne saurait en effet être considérée comme un tiers au sens de la présente loi. Autrement dit, cela signifie que lorsque des données sont détenues par des administrations, alors celles-ci ont l'obligation de les mettre à disposition du public, quand bien même ces données seraient couvertes par des droits de propriété intellectuelle ! Si cette interprétation est plus que contestable (en ce qu'une administration pourrait très bien être considérée comme un tiers), force est de constater que non seulement la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique ne renforce en rien les droits de propriété intellectuelle en ce qu'ils sont détenus par les administrations, mais qu'en outre, elle termine de les achever…

Quoi qu'il en soit, à l'image de celui du nom des collectivités territoriales, ou encore, de celui des marques de territoire, le régime juridique des données publiques est embrouillé, obscur, sophistiqué. Il témoigne de l'intérêt d'unifier les règles en matière d'immatériel public, lesquelles sont éparpillées, décomposées, et dont l'articulation peut parfois s'avérer difficile. L'intérêt est d'autant plus grand lorsque cette complexité est renforcée par la nature même de l'actif immatériel, laquelle peut justifier un traitement encore plus spécifique. Tel est le cas des archives dématérialisées, dont la valeur patrimoniale et l'enjeu historique viennent s'ajouter à leur essence propre, et ne peuvent donc être ignorées de la loi (B). Pour sa part, la loi du 7 octobre 2016, l'a également bien compris…

## B. LES ARCHIVES DEMATERIALISEES : « DES DONNEES PUBLIQUES PAS COMME LES AUTRES »

Les archives dématérialisées sont des actifs immatériels suffisamment singuliers pour mériter un traitement particulier (1). Toutefois, la logique libérale, soutenue par le législateur, les poussent inéluctablement vers le régime classique de la donnée publique, en dépit de quelques tentatives jurisprudentielles remarquées d'émancipation (2).

## 1. DES ACTIFS SINGULIERS

L'article L. 211-2 du Code du patrimoine énonce la raison d'être, l'essence même de l'archivage :

*« La conservation des archives est organisée dans l'intérêt public tant pour les besoins de la gestion et de la justification des droits des personnes physiques ou morales, publiques ou privées, que pour la documentation historique de la recherche ».*

En cela, l'archivage remplit donc une fonction essentielle de conservation encadrée par la Loi. Par ailleurs, l'article L. 211-1 du Code du patrimoine définit les archives comme *« l'ensemble des documents, quels que soit 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 ».*

Précisément, en raison de ces dispositions, les archives dématérialisées ont une nature singulière en ce que d'une part, contrairement aux autres données publiques, elles sont, à l'origine, un bien matériel, un bien corporel, que la technique permet de numériser. Autrement dit, si les données publiques analysées jusqu'ici étaient purement immatérielles en ce qu'elles sont des données brutes mises en ligne, les archives, elles, sont clairement des biens au sens littéral du terme, que l'évolution technologique permet de numériser. De surcroît, selon Edouard Bouye, Conservateur en chef du patrimoine, et Directeur des archives départementales de la Côte-d'Or, *« la numérisation permet de donner aux archives un portail ouvert sur le monde. Elle crée un cercle vertueux sur la collecte : si l'on apporte la preuve que les vieux papiers peuvent être en ligne et accessibles dans un délai raisonnable, cela va donner envie à un producteur d'archives de vous les confier ».* L'enjeu est donc de mettre en ligne de l'image, du son, de l'audiovisuel, d'élargir le champ des fonds numérisés, afin de permettre à tous ceux qui s'intéressent à leur patrimoine de trouver leurs ancêtres et leur cadre de vie[201].

Par ailleurs, cette première singularité s'explique d'un double point de vue. D'un point de vue matériel, les archives publiques ont une triple identité :

[201] Intervention de Edouard Bouye, DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

- ***Elles sont considérées comme un patrimoine administratif régi par la loi CADA de 1978 ;***
- ***Elles sont aussi considérées comme faisant partie intégrantes du patrimoine culturel régi par le Code du patrimoine ;***
- ***Elles sont enfin considérées comme des biens publics mobiliers par conséquent soumis à la domanialité publique mobilière de l'article L. 2112-1 du CG3P[202] (lequel présente des liens d'interdépendance avec le Code du patrimoine).***

Ce dernier régime appelle des développements supplémentaires, dans la mesure où c'est précisément son articulation qui prouve que le CG3P n'est pas complètement fermé à l'immatériel public. D'abord, force est de constater qu'en vertu de la méthode énumérative, l'identification du domaine public mobilier semble s'affranchir de l'affectation directe ou indirecte du bien : sont affectés au domaine public mobilier les biens que la loi identifie comme tels (en l'occurrence, les archives). En cela, le CG3P ne rompt pas complètement avec les idées du XIX$^{ème}$ siècle, prônant une domanialité exclusivement immobilière, à l'exception de certains biens aux particularités évidentes[203]. Classiquement, la volonté du législateur a été de limiter le champ d'application de l'article L. 2112-1 du CG3P. Si cette analyse se justifie pleinement pour les biens culturels, dont font partie intégrante les archives publiques, la jurisprudence administrative, irréductible, a eu beaucoup de mal à se défaire de la méthode conceptuelle d'identification, qu'elle a d'ailleurs elle-même élaborée, et a ainsi redonné une certaine importance au critère de l'affectation au sein même de la domanialité publique mobilière. En effet, intervenant en matière d'image des biens publics, plus précisément de photographies d'œuvres d'art, la jurisprudence *EURL Photo Josse* (aussi connue sous l'appellation de *Commune de Tours*)[204], posait la question de savoir si une commune était en droit d'accorder ou de refuser l'utilisation exclusive, par un photographe, d'œuvres d'art pour la réalisation de clichés. Apportant une réponse positive, le Conseil d'Etat fonda notamment son argumentation sur l'affectation des œuvres d'art au service public culturel généré par l'arrêt *Dauphin* du 11

[202] *« Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique ».*

[203] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 74.

[204] CE, 29/10/2012, *EURL Photo Josse,* concl. ESCAUT (N.) ; *Gaz. Pal.,* n° 73, 11 avril 2013, p. 11, note CASET (S.) ; *JCP CCE,* n° 2, février 2013, étude 2, note BRUGUIERE (J.-M.).

mai 1959[205]. De sorte qu'en dépit de la définition réductrice du domaine public mobilier énoncé à l'article L. 2112-1 du CG3P, le juge administratif, par cette jurisprudence, ouvre la voie d'une extension non négligeable du domaine public mobilier, et dans laquelle semblerait se loger, au regard de la jurisprudence naissante, l'idée « d'un domaine public immatériel ».

Si cette piste mérite bien sûr d'être pleinement explorée, la première singularité des archives publiques s'explique également d'un point de vue immatériel. En effet, sous cet angle de réflexion, les archives publiques, une fois dématérialisées, se transforment alors en données publiques, obéissant donc à l'ensemble du régime juridique correspondant. Autrement dit, si d'un point de vue matériel, les archives locales sont affectées au domaine public mobilier de la collectivité territoriale, d'un point de vue immatériel, « ces mêmes archives »[206], précisément en tant que données publiques, sont alors affectées au domaine privé des collectivités propriétaires. Cela force ainsi le juriste à une sorte de gymnastique intellectuelle selon qu'il traite des archives publiques d'un point de vue matériel ou immatériel.

Mais la complexité ne s'arrête malheureusement pas à ce dernier constat. Les archives dématérialisées ont une nature singulière en ce que d'autre part, elles sont bien des données publiques, certes, mais des données publiques pas comme les autres. Il est vrai que tout comme n'importe quelle autre donnée publique, les archives dématérialisées offrent de considérables opportunités de conservation, d'exposition, et d'exploitation. En effet, comme le rappelle Edouard Bouye, la différence majeure entre les archives, les musées et les expositions d'œuvre d'art, réside principalement dans le fait que les archives sont un patrimoine « caché », non exposé, et donc, plus difficilement accessible. Le paradoxe est que, précisément, les archives publiques sont, en théorie, accessibles à tous. De cette accessibilité « absolue », découle alors le double caractère des archives publiques : il s'agit en effet de biens communs dits non exclusifs et « rivaux ». Non exclusifs en ce que tout le monde peut les consulter, rivaux en ce que lorsque quelqu'un consulte une archive, personne d'autre ne peut alors la consulter. La dématérialisation par la numérisation permet précisément de transformer l'archive publique, non plus en bien commun, mais en « bien collectif » : elle contourne la non exclusivité et la « rivalité » en permettant au public, non seulement de consulter n'importe quel document numérisé, mais aussi et surtout, en permettant à tous de consulter le même document sur une

[205] CE, Ass., 11/05/1959, *Sieur Dauphin, Rec. Lebon p. 294,* concl. MAYRAS (M.) ; *JCP,* 1959, p. 11269, note LANVERSIN (J.).

[206] En réalité, il conviendra de distinguer les archives publiques elles-mêmes, de leur expression numérique.

même période temporelle, sur un même créneau, autrement dit, de consulter le même document en même temps. Ce constat n'est que le résultat d'une évolution informatique et numérique aujourd'hui bien avancée. En effet, alors que sur le plan technique une telle hypothèse serait sans doute restée d'école vingt ans en arrière, aujourd'hui, elle relève presque d'une facilité enfantine. Qui plus est, la numérisation des archives a pour mérite premier la conservation des documents les plus fragiles, et dont une consultation matérielle répétée dans le temps entraînerait *de facto* une disparition irréversible. Mais elle a aussi pour mérite d'exposer au grand public un certain nombre de documents voués à rester classés. Les archives, documents, données du passé s'il en est, révolus, terminés, actés, enregistrés, voire pour certains oubliés, connaissent par leur transformation en données publiques un certain renouveau, un second souffle, permettant non seulement de gommer l'image presque « rustique » et désuète de ce patrimoine, mais aussi et surtout, de la moderniser en l'alliant avec les technologies d'aujourd'hui, auxquelles les jeunes générations sont beaucoup plus sensibles. Par conséquent, la transmission est assurée. Véritable vecteur de modernité, les archives dématérialisées ont ainsi permis la redécouverte de certaines sciences de l'histoire, telle la généalogie. En effet, axée sur la parenté et la filiation des personnes, la numérisation des documents afférents, a une incidence très concrète en matière d'état-civil, avec de nombreuses questions qui appellent nécessairement une réponse. Par exemple, la demande d'un extrait de naissance numérisé, doit-elle s'analyser comme une délégation de la gestion de ces données, par l'Etat, aux collectivités territoriales ? Mais une telle question en appelle encore d'autres plus profondes : un extrait de naissance numérisé, est-il une archive dématérialisée, ou bien, une simple donnée publique[207] ? Si la réponse à cette dernière question semble orientée, elle n'est pas pour autant évidente. Ainsi, l'ensemble de ces interrogations sont d'autant plus pertinentes que les archives dématérialisées sont devenues de vrais outils de démocratie participative. En effet, la dématérialisation d'archives publiques incomplètes, sur des plateformes numériques (sites internet le plus souvent), peut tout à fait permettre aux citoyens de les renseigner, et ainsi retrouver des documents entiers ou parcellaires, jugés jusque-là perdus par les administrations locales.

Ainsi, les archives dématérialisées, en raison de leur nature, de leur objet et de leur fonction, présentent des caractéristiques spécifiques qui les distinguent clairement des données

[207] Comme le rappellera Edouard Bouye, se pose ici en filigrane la confrontation entre investissements publics et profits privés.

publiques « classiques ». Aussi, est-il judicieux qu'elles soient amenées à suivre le régime juridique des données publiques tel que voulu par les directives PSI, INSPIRE et celle de 2013 ? Si la rhétorique impose une réponse franchement négative, c'est pourtant dans cette voie que s'oriente le traitement juridique des archives dématérialisées, alors considérées comme n'importe quelle autre donnée (2).

## 2. UNE SOUMISSION FAUSSEMENT PARTIELLE AU REGIME DE LA DONNEE PUBLIQUE : LES TENTATIVES AVORTEES D'EMANCIPATION

En raison d'un positionnement maîtrisé et assumé, les archives dématérialisées ont alors classiquement suivi le régime juridique des données publiques. Les effets néfastes d'une telle politique législative et jurisprudentielle n'ont pas tardé à se faire sentir, et les premiers contentieux à apparaître : imaginée pour valoriser le patrimoine culturel, la dématérialisation des archives a alors ouvert lesdites archives au marché de l'information, largement dominé par une mise à disposition gratuite et une exploitation commerciale permanente. En effet, si la loi CADA de 1978 interdisait l'exploitation commerciale des données publiques, l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, transposant en droit interne la directive PSI, a rendu une telle exploitation possible. Le paradoxe aurait été d'autant plus poignant que, précisément, le domaine public mobilier, auquel les archives publiques sont affectées, a pour objectif d'éviter une telle dérive. Or, la dématérialisation offrant l'opportunité d'un contournement, elle aurait clairement inhibé cette protection en la rendant caduque : d'une qualité, la numérisation serait alors devenue un danger éventuel. Si la jurisprudence a tenté d'incarner un véritable correctif en la matière, et donc d'offrir un régime protecteur aux archives publiques dématérialisées, le législateur l'a très vite rappelée à l'ordre… Par ailleurs, deux chaînes contentieuses permettent de le démontrer.

La première offrait l'espoir. Outre le fait que les archives dématérialisées font clairement l'objet d'un traitement informatique distinct de celui des sites des acteurs publics locaux valorisant leur données publiques brutes, un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 4 juillet 2012[208] est venu préciser le cadre juridique incertain de cet actif immatériel singulier. Une société du nom de *NotreFamille.com* avait demandé aux archives

[208] CAA Lyon, 04/07/2012, *Réutilisation commerciales d'archives départementales,* concl. SCHMERBER (C.)*; AJDA,* 2013, p. 301 ; *AJDA,* 2013, p. 301, note CONNIL (D.) ; *JCP ACT,* n° 40, Octobre 2012, p. 2318, note BRUGUIERE (J.-M.).

départementales du Cantal la communication des cahiers de recensement allant de 1831 à 1931. Spécialisée dans la généalogie, elle avait en effet pour objectif d'en réaliser une exploitation commerciale, après avoir retravaillé et transféré lesdites données vers Madagascar. Or, le Conseil général ayant refusé, la société saisit alors le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand aux fins de voir cette décision de refus annulée. Devant les premiers juges, le Conseil général fonda sa défense sur la lecture combinée des lois du 6 janvier et 17 juillet 1978. Il prétendit en effet que le transfert des données vers Madagascar ne pouvait garantir la sécurité et la confidentialité des informations. Cela d'autant plus que le Conseil était dans l'incapacité de rendre anonymes les données, et que la société n'avait pas non plus obtenu l'accord des personnes concernées pour une éventuelle communication. En dépit de ces arguments, les premiers juges annulèrent la décision de refus du Conseil général[209]. Celui-ci interjeta alors appel devant la Cour administrative de Lyon qui rendit un arrêt infirmatif du jugement de première instance. A l'inverse des premiers juges, les juges du second degré ont en effet estimé que la collectivité territoriale était en droit de refuser la communication d'archives publiques. Pour ce faire, les juges raisonnèrent en deux temps. D'abord, ils ont affirmé que la loi du 6 janvier 1978 relative aux informations du secteur public, consacrait une véritable liberté de réutilisation. Par ailleurs, en l'état actuel des textes (qui bien sûr n'était pas celui dans lequel la présente décision a été rendue), la question de savoir si les archives publiques ont, ou non, un caractère culturel, lequel exclut l'application de la loi de 1978, est devenu complètement caduque depuis la directive de 2013 qui intègre désormais dans le champ des informations publiques, ledit secteur culturel. Or, comme il a été vu, l'article 13 de cette même loi interdit la communication en l'état des données à caractère personnel, en se référant directement aux dispositions de la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978[210]. En effet, une telle communication n'est possible que :

- ***Lorsque les archives dématérialisées ont été rendues anonymes ; ou bien,***

[209] TA Clermont-Ferrand, 13/07/2011, *Réutilisation commerciale d'archives départementales ; AJDA,* 2012, p. 375, note CONNIL (D.).

[210] *« Les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet.*

*La réutilisation d'informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».*

- ***Lorsque le ré-utilisateur a obtenu l'accord des personnes concernées par ces données ; ou bien,***
- ***Lorsque la Loi ou le Règlement le permettent ; ou enfin,***
- ***Lorsque les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 ont été respectées lesquelles prévoient notamment un accord de la Commission informatique et liberté (CNIL).***

C'est précisément la raison pour laquelle, dans un second temps, les juges du second degré ont estimé que le Conseil général du Cantal pouvait tout à fait refuser la communication de telles données, pour non-respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1958.

Ainsi, les apports de cette première ligne jurisprudentielle balbutiante sont nombreux. Concernant d'une part la liberté de réutilisation, celle-ci serait posée de manière générale par la loi de 1978, s'inscrivant dès lors, certes au prix d'une entorse historique, dans la droite ligne des directives européennes. En réalité, l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, qui prévoit la *« possibilité pour les services concernés* [en l'occurrence, le Conseil général], *de déterminer les conditions dans lesquelles les informations figurant dans les documents qu'ils détiennent peuvent être réutilisées »,* n'est pas conçu comme une exception à cette liberté, mais simplement comme l'une de ses modalités d'application[211]. Concernant d'autre part l'articulation chétive et sensible que la Cour fait entre la loi du 6 janvier et celle du 17 juillet 1978, deux interprétations étaient possibles :

- ***Soit le juge administratif interprétait l'article 13 de la loi du 17 juillet comme exigeant un contrôle* a priori *du caractère personnel des données demandées, auquel cas ce contrôle incombe alors au service auquel la demande est adressée ;***
- ***Soit le juge administratif interprétait l'article 13 de la loi du 17 juillet comme exigeant un contrôle* a posteriori *du caractère personnel des données demandées, auquel cas la vigilance repose alors sur les épaules du ré-utilisateur et appréciée par la CNIL.***

Si la Cour a clairement tranché en faveur de la première de ces interprétations, il n'en reste pas moins que *« l'articulation des deux lois de 1978 apparaît tout à la fois délicate et complexe »*[212]. Ainsi, cette jurisprudence apporte des précisions extrêmement importantes concernant la

[211] CONNIL (D.), « Réutilisation commerciale d'archives départementales : nouvelle décision, nouvelle étape – A propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 4 juillet 2012 », *AJDA,* 2013, p. 302.

[212] CONNIL (D.), « Réutilisation commerciale d'archives départementales : nouvelle décision, nouvelle étape – A propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 4 juillet 2012 », *AJDA,* 2013, p. 304.

réutilisation commerciale d'archives dématérialisées : tout comme n'importe quelle autre donnée publique, les archives sont soumises à la libre réutilisation ; en revanche, et à l'inverse des autres données publiques, un contrôle *a priori* semble s'exercer sur leur contenu, et dont la trop grande personnalisation pourrait aboutir à un refus de réutilisation.

Toutefois, il convient de souligner que l'ensemble de l'analyse menée sur cette première chaîne contentieuse, aux apparences très riches d'informations, a été rédigée au conditionnel. En l'occurrence, la prudence a été de mise, car il faut noter à son égard que d'une part, le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer, mais aussi et surtout que, d'autre part, il existe une seconde chaîne contentieuse en la matière, à l'espèce, sinon identique, au moins similaire (puisqu'elle concerne également la société *NotreFamille.com* pour les mêmes demandes, mais dans un autre département), et dans laquelle le Conseil d'Etat, là, s'est prononcé par un arrêt en date du 8 février 2017. Par ailleurs, cet arrêt est d'autant plus remarquable, qu'il est intervenu après la loi précitée du 7 octobre 2016 pour une République numérique, et a par conséquent permis de trancher les interrogations posées en doctrine.

Ici, de quoi s'agissait-il ? Par une délibération du 18 décembre 2009, le Conseil général de la Vienne avait fixé les conditions de réutilisation, par les tiers, des archives départementales. Il y était précisé que cette réutilisation devait s'effectuer à partir des documents d'archives, soit en salle de lecture, soit sur le site internet du département. L'objectif de la délibération était précisément de protéger les archives ainsi dématérialisées d'une collecte et d'une indexation systématique des données d'état-civil alors publiquement accessibles en ligne. En outre, selon le Conseil général, leur cession ne pourrait se concevoir que s'il était démontré qu'elle serait nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public. C'est dans ce cadre que l'on retrouve la société *NotreFamille.com.* Pour des raisons d'exploitation commerciale évidentes, elle avait donc demandé au Conseil général d'abroger cette délibération du 18 décembre 2009. Or, par une décision du 1er juillet 2010, le Conseil général de la Vienne a refusé de faire droit à la demande de la société, au motif « [qu']en sa qualité de producteur de base de données, le département avait le droit, conformément à l'article L. 342-1 du Code de la propriété intellectuelle, d'interdire l'extraction et la réutilisation des informations contenues dans la base de données publiques des archives départementales »[213]. Par conséquent, le Conseil général de la Vienne se retranche très logiquement derrière la protection qui lui est offerte par le droit de

[213] CE, 08/02/2017, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* concl. BRETONNEAU (A.), n° 389806.

la propriété intellectuelle. S'ouvre alors la phase contentieuse : la société *NotreFamille.com* demande d'abord au Tribunal administratif de Poitiers d'annuler la délibération litigieuse du 18 décembre 2009. Celui-ci refuse[214]. L'on se retrouve donc devant la Cour administrative d'appel de Bordeaux, qui pour sa part, rend un arrêt confirmatif du jugement de première instance[215]. De sorte qu'à ce stade, d'aucuns pourraient se dire qu'une véritable ligne jurisprudentielle commence à se dessiner en matière d'archives publiques dématérialisées. En effet, entre l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 4 juillet 2012 et celui de la Cour administrative d'appel de Bordeaux du 26 février 2015, il est possible de comprendre que la réutilisation commerciale des archives dématérialisées est soumise à l'acceptation préalable et nécessaire des Conseils départementaux en ce qu'ils sont titulaires des droits de propriété intellectuelle les concernant, conformément aux dispositions du CPI relatives au droit de producteur de base de données. Autrement dit, le juge du fond avait entendu conférer aux archives dématérialisées une protection juridique voulue efficace par le droit de la propriété intellectuelle. Or, ces refus successifs n'ont en rien découragé la société *NotreFamille.com* qui, dans cette seconde affaire, a décidé de se pourvoir en cassation. En l'occurrence, force est de constater que sa persévérance a payé, puisque le Conseil d'Etat a rendu une solution en sa faveur, au moyen du considérant suivant :

*« Il résulte de l'ensemble de ces dispositions que les articles 15 et 16 de la loi du 17 juillet 1978 alors applicable régissent de manière complète les conditions dans lesquelles les personnes mentionnées à l'article 1er de la loi du 17 juillet 1978* [dont les administrations] *ainsi que les établissements, organismes ou services culturels qui en relèvent, exercent les droits de propriété intellectuelle ou les droits voisins que, le cas échéant, ils détiennent sur les informations publiques, comme sur les procédés de collecte, de production, de mise à disposition ou de diffusion de ces informations.* ***Il s'ensuit que ces dispositions font obstacle à ce que les personnes et services qui viennent d'être mentionnés, qui ne sont pas des tiers au sens et pour l'application du c) de l'article 10 de la loi du 17 juillet 1978, puissent se fonder sur les droits que tient le producteur de bases de données de l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle, pour s'opposer à l'extraction ou à la réutilisation du contenu de telles bases, lorsque ce contenu revêt la nature d'informations publiques au sens des dispositions***

[214] TA Poitiers, 31/01/2013, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* n° 1002347.

[215] CAA Bordeaux, 26/02/2015, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* concl. NORMAND (N.), n° 13BX00856.

***du même article.*** *Il s'ensuit qu'en jugeant qu'un service culturel producteur d'une base de données pouvait se prévaloir du droit qu'il tient, en cette qualité, de l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle pour interdire la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de cette base, la cour administrative d'appel de Bordeaux a entaché son arrêt d'erreur de droit ».*

La position du juge de cassation est donc très claire : un département ne peut, en sa qualité de producteur de base de données, interdire l'extraction et la réutilisation des informations contenues dans la base de données publiques des archives départementales relatives à l'état civil. Par conséquent, cette position s'inscrit à contre-courant de celle des juges du fond et autorise donc la société *NotreFamille.com* à commercialiser des archives dématérialisées d'état-civil détenues en l'occurrence par le département de la Vienne. Il est à souligner que pour fonder sa position, le Conseil d'Etat se fonde sur la rédaction de l'article 10, c), de la loi du 17 juillet 1978 telle qu'elle a été modifiée par la loi particulièrement moderne du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Par celle-ci, le législateur est venue briser la protection que pouvait offrir le droit de producteur de base de données, et a ainsi procédé à la création d'un régime hybride : les administrations locales, par les droits de propriété intellectuelle qu'elles détiennent, sont bien des producteurs de base de données, mais qui ont l'obligation de mettre lesdites données soumises à publication à la libre disposition des réutilisateurs, et ce de manière complètement gratuite. En effet, et conformément à ce que la doctrine avait pu pressentir, elles ne sauraient être des tiers au sens des dispositions précitées. De sorte qu'il est bien difficile de dire de cette disposition législative qu'elle est animée par autre chose que la seule volonté de briser le peu de protection et de liberté que le juge du fond avait entendu accorder aux administrations locales. Sur ce point, la loi pour une République numérique a clairement eu la volonté de briser la jurisprudence *NotreFamille.com,* s'inscrivant ainsi à l'opposé de son objectif premier, à savoir, le renforcement des droits de propriété intellectuelle. A tout le moins, il n'est en rien audacieux d'affirmer que cette loi du 7 octobre 2016 est bien une loi de renforcement des droits de propriété intellectuelle, mais uniquement pour les opérateurs économiques de droit privé… Ainsi, subsiste encore et toujours la résurgence de la conviction selon laquelle les personnes publiques ne sont pas de véritables sujets de droit, mais seulement un ensemble de compétences. Tant qu'un tel postulat continuera d'animer le législateur, le patrimoine immatériel public des collectivités territoriales ne pourra jamais complètement s'épanouir. De par toutes les problématiques qui ont déjà pu être abordées dans les pages précédentes relatives au nom des collectivités, ou encore, à leur réputation, il est grand temps

au contraire de considérer les personnes morales de droit public comme de véritables sujets de droit, titulaires de droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Par ailleurs, le droit administratif (des biens notamment mais pas seulement) n'a plus le choix : la propriété publique telle qu'elle est actuellement conçue ne peut pas tout saisir, et tout comme la notion de personne morale de droit public, elle doit évoluer. Les actifs immatériels publics en sont la preuve formelle.

En synthèse, l'on retiendra que le régime juridique applicable aux archives dématérialisées fait montre d'une très grande complexité. A l'origine, patrimoine administratif, culturel, et matériel, respectivement protégé par la loi CADA, le Code du patrimoine, ainsi que par le régime de la domanialité publique, la version numérisée de ces documents historiques les fait basculer dans le domaine privé des administrations locales propriétaires. La difficulté s'accroît encore davantage lorsque le juriste prend conscience qu'en outre, de par leurs spécificités, elles ne suivent pas non plus complètement le régime juridique des données publiques à lui seul déjà bien complexe. L'intéressé doit en réalité lire ce régime au travers du prisme de la jurisprudence, qui a clairement mis en exergue les caractéristiques singulières de cet actif immatériel des collectivités propriétaires, et redessine alors les interprétations des textes applicables. Au total, cela n'est pas moins de cinq, voire six, réglementations différentes qui interviennent, et qui s'articulent plus ou moins facilement entre elles. Cet engorgement normatif traduit un besoin urgent et immédiat de remettre à plat la réglementation, de remonter à un niveau d'abstraction plus sobre, et de sortir enfin de cette technicité dans laquelle cet actif immatériel est noyé, pour lui préférer une protection plus lisible. L'efficacité n'en sera pas moins assurée, au contraire. Une refonte d'autant plus souhaitable que le travail des agents en charge de l'ingénierie publique en sera davantage facilité. Par ailleurs, ils y verraient là une reconnaissance profonde de leurs efforts de gestion et d'adaptation. Par le biais de l'ingénierie publique, c'est le concept même de management territorial qui imprègne peu à peu le droit de la fonction publique territoriale. Enième illustration, s'il en est, des liaisons existant entre les différentes stratégies de fonctionnement composant le patrimoine immatériel public, et qui ne doivent cependant pas se réfléchir séparément. Bien que nécessaire et indispensable, le concept même de management éprouve pourtant un certain nombre de difficultés à s'adapter aux agents locaux. Or, force est de constater que si sur le plan théorique, l'adaptation stratégique reste encore à définir, sur le plan pratique en revanche, le management territorial est bien présent et produit des effets concrets. De surcroît, les agents locaux peuvent tout à fait être à l'origine de créations, tels des logiciels, de sorte que se pose la question inéluctable de leur réception par le droit, et de leur conciliation avec le statut d'agents publics (§4).

## §4 – LES PRODUITS ISSUS DES STRATEGIES DE MANAGEMENT TERRITORIAL

Avant d'aborder les nombreux développements en matière de produits issus du management territorial, il convient d'apporter ici une information essentielle. Afin de respecter à la lettre le plan de la réflexion que la présente étude se propose de suivre, il aurait en réalité fallu, sur ce point, distinguer de cette première partie les œuvres de l'esprit et les logiciels, des inventions de missions et des inventions attribuables à l'employeur. En effet, dans les œuvres de l'esprit et les logiciels, c'est effectivement l'agent-auteur/inventeur qui demeure titulaire du droit de propriété immatérielle. Il aurait donc fallu les aborder Partie 2. Néanmoins, afin d'éviter un démembrement important des développements relatifs aux actifs immatériels produits par les agents publics, lequel perdrait sans doute le lecteur dans un sujet déjà bien technique, il a été jugé préférable de traiter l'ensemble des problématiques relatives à ces actifs sous un seul et même titre.

La problématique des créations des agents de l'administration est ancienne. C'est elle notamment qui a provoqué le débat de l'immatériel public au travers de la redécouverte de l'existence de propriétés publiques alors qualifiées « d'incorporelles ». Illustration la plus proche du droit de la propriété intellectuelle, les créations des agents, au demeurant nombreuses, pourraient constituer, à elles seules, un patrimoine immatériel public à part entière. A tout le moins, elles sont l'une des principales sources des actifs immatériels composant le patrimoine immatériel local. D'autant qu'en la matière, les agents publics restent envisagés dans leur globalité, les textes ne distinguant donc pas entre les fonctionnaires et les agents non titulaires. De sorte qu'à l'image du droit de la propriété intellectuelle, les agents peuvent être à l'origine de trois types d'actifs immatériels, à savoir, les œuvres de l'esprit d'une part (A), les logiciels d'autre part (B), et les inventions brevetables en troisième lieu (C). Ne seront envisagées que les seules hypothèses d'actifs créés au sein, pendant, et avec les moyens du service, ceux élaborés en dehors ne présentant pas de difficultés juridiques singulières. Car c'est bien de propriété publique immatérielle dont il s'agit ici. Si l'articulation juridique est relativement simple concernant les logiciels et les inventions brevetables, le régime se complique davantage en revanche concernant les œuvres de l'esprit. En effet, longtemps régi par un avis du Conseil d'Etat *OFRATEME*[216], le régime juridique des œuvres de l'esprit conçues par les agents-auteurs

[216] CE, Avis, 21/11/1972, *Office français des techniques modernes d'éducation (OFRATEME),* n° 309721.

a été remanié par une loi du 1er août 2006[217]. Toutefois, la révolution normative qu'elle a prétendu opérer ne s'observe que sur la forme, le fond ayant été subtilement « ré-agencé » sans avoir été véritablement rectifié.

## A. LES ŒUVRES DE L'ESPRIT

Les œuvres de l'esprit crées par les agents territoriaux font bien évidemment grandement appel au droit de la propriété intellectuelle. Celle-ci se présente, à la fois sur un plan pédagogique et pratique, par la *summa divisio* de la propriété littéraire et artistique et de la propriété industrielle. Le droit d'auteur, dont il est précisément question ici avec les œuvres de l'esprit, constitue l'une des quatre subdivisions de la propriété littéraire et artistique. Bien sûr, même si l'objectif n'est pas de réaliser un exposé sur le droit, il reste nécessaire d'apporter quelques précisions théoriques indispensables à la compréhension des développements qui suivront.

Le droit d'auteur a pour objet une « œuvre de l'esprit ». Pour sa part, la loi a tenté de définir la notion au travers des articles L. 111-1, alinéa 1er, L. 112-1, et L. 112-2, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle, sans pour autant véritablement y parvenir, en se contentant de dresser une liste non exhaustive de ce que peut constituer une œuvre de l'esprit. Par conséquent, jurisprudence et doctrine sont venues préciser le concept en posant des conditions d'identification. Ainsi, est une œuvre de l'esprit une création originale, qui doit également être une création de forme (le droit d'auteur ne protège pas les idées). Associé aux applications exemplatives[218] de la loi, il est possible de citer parmi les œuvres de l'esprit des agents-auteurs :

- ***Les œuvres littéraires :*** Il est par exemple possible de penser ici aux nombreux guides rédigés par les agents des régions, départements ou EPCI, à destination des communes, ou encore, aux rapports d'activité annuels ;
- ***Les œuvres artistiques, parmi lesquelles il est possible de citer les œuvres d'architecture (bâtiments administratifs), ou encore, concernant la protection de l'image des biens publics, les œuvres photographiques ;***

[217] Loi du n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JORF* n° 178, 3 août 2006, p. 11529.

[218] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 74.

- ***Les œuvres des arts appliqués :*** Les dessins et modèles industriels sont protégés par le droit d'auteur s'ils constituent des créations de forme originales[219]. Par ailleurs, il est possible d'en trouver de très nombreuses illustrations avec l'emblème des communes qui prennent pour signe distinctif un dessin éventuellement créé par leurs agents (il est même probable qu'une telle mission leur soit confiée). Par exemple, une ville à forte empreinte médiévale peut tout à fait faire créer comme signe distinctif la représentation d'un rempart ;
- ***Les œuvres multimédias ;***
- ***Les œuvres musicales ; ou encore,***
- ***Les œuvres audiovisuelles.***

Concernant le titulaire du droit, en principe, il s'agit de la personne physique créatrice de l'œuvre (en l'occurrence, l'agent-auteur). Enfin, le droit d'auteur, droit objectif, entraîne la reconnaissance, au profit de l'auteur, d'un certain nombre de droits subjectifs destinés à la protection et à la valorisation de son œuvre. Ces droits sont de deux ordres.

D'une part, il faut signaler le droit moral de l'auteur. Droit de la personnalité inaliénable, il reste intrinsèquement lié à la personnalité de l'agent-auteur. Il comprend :

- ***Le droit de divulgation :*** Le droit de divulgation est celui qu'a l'auteur de choisir le moment et les conditions de la communication de son œuvre au public[220] ;
- ***Le droit à la paternité :*** Il comprend le droit au respect du nom et le droit au respect de la qualité ;
- ***Le droit au respect de l'œuvre (éviter de lui porter atteinte) ; et enfin,***
- ***Le droit de retrait et de repentir.***

D'autre part, il faut signaler (et c'est précisément tout l'enjeu), le droit patrimonial de l'agent-auteur. Aussi appelé *droit d'exploitation,* il désigne l'ensemble des prérogatives qui permettent à l'auteur de subordonner l'utilisation de ses œuvres au paiement d'une rémunération[221]. Il comprend :

[219] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 79.

[220] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 119.

[221] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 137.

- ***Le droit de représentation :*** *« La représentation consiste dans la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque »* (art. L. 122-2, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle) ;
- ***Le droit de reproduction :*** *« La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte »* (art. L. 122-3 du Code de la propriété intellectuelle) ;
- ***Le droit de destination :*** La théorie du droit de destination consiste à dire que les autorisations que donne l'auteur d'utiliser ses œuvres devant être interprétées de façon restrictive, chaque nouveau mode d'exploitation donne lieu à une nouvelle autorisation et ouvre droit à son profit à une nouvelle redevance[222] ; et enfin,
- ***Le droit de suite :*** Les auteurs des arts graphiques et plastiques jouissent du droit de percevoir un pourcentage sur le prix de revente de leurs œuvres[223].

Ainsi, si le droit de la propriété intellectuelle reconnaît un nombre important de prérogatives au profit de l'auteur pour la valorisation et la protection de son œuvre, il était alors possible d'imaginer, par analogie, que l'agent public, précisément en tant qu'auteur, bénéficiait de l'ensemble de ces droits, et sur la base des mêmes textes. Or, ce n'est absolument pas l'orientation choisie par le Conseil d'Etat qui, dans un important avis du 21 novembre 1972, a imaginé un régime relatif aux œuvres de l'esprit des agents-auteurs, et s'appliquant de manière complètement autonome par rapport aux règles du droit privé de la propriété intellectuelle (1). En effet, cela n'est plus à démontrer : les agents publics peuvent être des auteurs, dépassant ainsi les interdictions de cumul d'activités et de rémunérations. Le problème vient précisément du fait que les nombreux droits moraux et patrimoniaux, que fait donc naître cette qualité d'auteur, ne sont pas forcément en parfaite symbiose avec les exigences de l'action administrative, ni avec celles de neutralité posées par le droit de la fonction publique. Par exemple, même si le droit de la propriété intellectuelle confierait *ab initio* la propriété de l'œuvre de l'esprit réalisée par l'agent, à la collectivité territoriale, comment celle-ci ferait-elle pour concilier le droit de paternité, qui l'oblige à révéler l'identité de son agent-auteur pour pouvoir exploiter l'œuvre, avec l'obligation de neutralité, de secret et de confidentialité posée par le droit de la fonction publique ? C'est précisément pour répondre à de telles interrogations, et prévenir certaines confrontations entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la

[222] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 168.

[223] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 171.

fonction publique, que l'avis OFRATEME est venu poser tout un panel de règles. Cependant, il n'apportait pas entière satisfaction. Certes, il avait pour principale conséquence de confier la propriété d'une œuvre de l'esprit réalisée par un agent, à l'administration locale. Or, cela exposait la collectivité territoriale à un risque contentieux dont l'issue n'était pas certaine. Par ailleurs, même à l'heure actuelle, il est encore impossible d'identifier une ligne jurisprudentielle précise de l'avis OFRATME, dont l'appréciation casuistique conduit à deux solutions radicales : l'appartenance à la collectivité de tous les droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre, ou alors, aucun. Ajoutée à cela la réelle difficulté de l'avis de 1972 à s'adapter à l'évolution technique et technologique de ces dernières années, qui ne cantonne plus les œuvres de l'esprit au seul support papier ou pictural. En effet, les technologies de l'information et de la communication ont démontré le réel besoin d'une règlementation adaptée. C'est en ce sens que le législateur a alors voté la loi du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Toutefois, si elle assure désormais le respect de certains des droits moraux de l'agent-auteur sur son œuvre, les inhibitions sur les droits restant ainsi que sur l'ensemble des droits patrimoniaux, l'obligent à mettre ses compétences créatrices au service de la collectivité, seule véritable bénéficiaire de l'usage de la création. Autrement dit, si dans les textes actuels, l'agent est auteur de droit de sa création, force est de constater que la collectivité en reste l'auteur de fait (2). Les résurgences de l'avis OFRATEME dan la loi du 1er août 2006 sont donc loin d'incarner de simples vestiges oubliés.

## 1. SOUS L'EMPIRE DE L'AVIS OFRATEME

Dans l'avis OFRATEME, l'Office Français des Techniques Modernes d'Education avait pour principale mission de mettre au point des émissions destinées à l'enseignement des élèves, ou bien, à l'enseignement des adultes par la voie de la radio ou de la télévision. Certains de ses agents se posaient la question de savoir s'ils pouvaient prétendre à des droits de propriété intellectuelle sur ces émissions. Dans l'hypothèse d'une réponse positive, ces droits ne devraient-ils pas alors être cédés en totalité ou en partie à l'OFRATEME, dans la mesure où ces émissions sont réalisées par des individus au statut d'agent public et dans le cadre du service ? Deux questions auxquelles le Conseil d'Etat, saisi, devait apporter une réponse, ce qu'il fait le 21 novembre 1972 en ces termes :

*« Les nécessités du service public exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les œuvres de l'esprit telles qu'elles sont définies aux article 1 et 3 de la loi du 11 mars 1957 pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service ».*

La réponse est particulièrement claire et ne laisse pas de place à l'équivoque : il existe une dévolution des droits de propriété intellectuelle à la personne publique (cession *ab initio,* selon la doctrine majoritaire)[224]. Autrement dit, au moment même de l'achèvement de la création, de l'œuvre, l'ensemble des droits moraux (divulgation, paternité, respect de l'œuvre, retrait et repentir), ainsi que l'ensemble des droits patrimoniaux (représentation, reproduction, destination, suite), sont immédiatement considérés comme la « propriété » pleine et entière de la personne publique, en l'occurrence, des collectivités territoriales. Si cette solution produit naturellement les effets attendus concernant les droits patrimoniaux, dans la mesure où il s'agissait précisément de l'objectif voulu (doter les administrations locales d'un patrimoine immatériel particulièrement riche et exploitable), il y a fort à parier qu'aujourd'hui encore, et à plus forte raison en 1972, le Conseil d'Etat n'ait pas véritablement perçu tout l'enjeu de sa solution concernant les droit moraux. En effet, ces droits dits « moraux » ne sont rien d'autres que des droits extrapatrimoniaux, des droits de la personnalité, dont les caractères (lesquels permettent précisément de les distinguer des droits patrimoniaux) sont les suivants : incessibilité, intransmissibilité, insaisissabilité, et imprescriptibilité (du moins, ils durent aussi longtemps que dure la personne). Par conséquent, en reconnaissant que les personnes publiques étaient également titulaires des droits moraux de l'œuvre, le Conseil d'Etat considère inconsciemment, et malheureusement pour un instant seulement, les personnes publiques comme de véritables sujets de droit, et non pas simplement comme un ensemble de compétences. Le syllogisme est d'une remarquable simplicité : les droits moraux sont des droits de la personnalité, ils appartiennent à la personne publique, une personne publique peut donc être titulaire de droits de la personnalité. Dès lors, qu'est-ce qui peut empêcher un acteur public local d'être titulaire d'un droit à l'honneur et à la considération, ou encore, d'un droit à l'image ? S'il est regrettable que le Conseil d'Etat n'ait pas véritablement suivi cette voie, l'avis OFRATEME n'en reste pas moins un espoir : les personnes publiques sont des sujets de droit à part entière, du moins, la porte est ouverte. Un tel postulat permettrait de résoudre bien des difficultés, entre autres, celles liées au patrimoine immatériel public local.

Quoi qu'il en soit pour les droits de la personnalité, inutile de préciser que cette dévolution totale du droit d'auteur aux personnes publiques, a provoqué un véritable tôlé chez

[224] CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.); YOLKA (P.), *Les grandes décisions du droit administrative des biens,* Mayenne, Dalloz, Collec. Grands Arrêts, 1ère éd., page 20.

les intellectualistes qui, niant en bloc la spécificité de la situation des personnes publiques[225], y ont vu une spoliation autorisée du droit des agents-auteurs. Pour sa part, la doctrine publiciste n'a constaté là rien de surprenant, à ce que le droit de la propriété intellectuelle soit adapté à l'action administrative. Commentant cet avis, Philippe Yolka rappelle d'ailleurs qu'une telle position s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt *Blanco*[226]. Or, au début des années 2000, l'avis OFRATEME commença à révéler ses limites, notamment face au puissant marché de l'information et de la communication. Déjà bien amoindrie auparavant par une politique jurisprudentielle fluctuante, la transposition d'une directive européenne était alors l'occasion pour le législateur d'intervenir (2).

### 2. SOUS L'EMPIRE DE LA LOI DU 1ER AOUT 2006

Transposant la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information[227], la loi du 1er août 2006, certes bienvenue, du moins en théorie, a, sur le plan pratique, considérablement compliqué la lecture du « statut des agents-auteurs »[228] de l'administration locale. Si elle leur reconnaît désormais la qualité d'auteur, en lieu et place de la collectivité, en réalité, elle ne le fait que de manière incidente par une rédaction subtile du nouvel article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Celui-ci dispose en effet que :

« *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.*

*Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres I et III du présent code.*

*L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code.* ***Sous les mêmes réserves, il***

[225] CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.); YOLKA (P.), *Les grandes décisions du droit administrative des biens, op.cit.,* page 19.

[226] TC, 08/02/1873, *Blanco,* n° 1873.3.153.

[227] Directive n° 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE,* n° L77, 27 mars 1996, pp. 20-28.

[228] FONT (N.), « Le statut des agents auteurs, facteurs de valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales », *AJCT,* n° 3, 20 mars 2013, p. 130.

***n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France.***

***Les dispositions des articles L. 121-7-1 et L. 131-3-1 à L. 131-3-3 ne s'appliquent pas aux agents auteurs d'œuvres dont la divulgation n'est soumise, en vertu de leur statut ou des règles qui régissent leurs fonctions, à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique ».***

Par conséquent, désormais, les agents des collectivités territoriales peuvent avoir la qualité d'auteur. S'il s'agit là d'une révolution par rapport à l'avis OFRATEME, en réalité, cette disposition doit être lue à la lumière des articles L. 121-7-1, et L. 131-3-1 à L. 131-3-3, cités en dernier alinéa. En effet, ces dispositions ne sont rien d'autres que des restrictions apportées au droit d'auteur, et qui ne s'appliquent donc pas « aux agents auteurs d'œuvre dont la divulgation n'est soumise […] à aucun contrôle préalable de l'autorité hiérarchique ». Autant lire que ces restrictions ne s'appliquent pas à des hypothèses très résiduelles, puisque la très grande majorité des agents publics sont soumis à un contrôle préalable de l'autorité hiérarchique, et donc, sont concernés par les restrictions, dont les plus importantes sont prévues à l'article L. 121-7-1 :

*« Le droit de divulgation reconnu à l'agent mentionné au troisième alinéa de l'article L. 111-1, qui a créé une œuvre de l'esprit dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues, s'exerce dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité d'agent et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie.*

*L'agent ne peut :*

*1° S'opposer à la modification de l'œuvre décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, lorsque cette modification ne porte pas atteinte à son honneur ou à sa réputation ;*

*2° Exercer son droit de repentir et de retrait, sauf accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique ».*

Autrement dit, sur les quatre prérogatives composant le droit moral de l'agent-auteur, seul demeure intact le droit de paternité, les trois autres subissant de profondes mutations :

- ***Le droit de divulgation ne peut être exercé par l'agent que « dans le respect des règles auxquelles il est soumis en sa qualité […], et de celles qui régissent l'organisation, le fonctionnement et l'activité de la personne publique qui l'emploie : » ;***
- ***Le droit au respect de l'œuvre est écorné en ce que l'administration locale a la possibilité de toucher à son intégrité ;***
- ***Le droit de retrait et de repentir, pour sa part, ne peut être exercé qu'après « accord de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique ».***

Autant dire que le droit moral de l'agent-auteur est réduit à « peau de chagrin », au profit des collectivités territoriales qui jouissent d'une très grande latitude dans leur mise en œuvre, se rapprochant ainsi très fortement de l'avis OFRATEME dans lequel elles en jouissaient pleinement.

Concernant les droits patrimoniaux, ils sont également mis à rude épreuve. L'article L. 131-3-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose en effet que :

*« Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'Etat.*

*Pour l'exploitation commerciale de l'œuvre mentionnée au premier alinéa, l'Etat ne dispose envers l'agent auteur que d'un droit de préférence. Cette disposition n'est pas applicable dans le cas d'activités de recherche scientifique d'un établissement public à caractère scientifique et technologique ou d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel, lorsque ces activités font l'objet d'un contrat avec une personne morale de droit privé »*[229].

Par conséquent, lorsque l'œuvre de l'esprit est nécessaire à l'accomplissement du service public, et a été créée dans l'exercice des fonctions de l'agent ou en fonction des instructions reçues (autant dire, lorsque les œuvres sont créées dans le cadre du service, tout simplement), les droits patrimoniaux sont alors transmis de plein droit à l'administration locale. L'agent-auteur ne peut alors tirer aucune rémunération de la création de son œuvre. Ici, la différenciation de la loi du 1er août 2006 avec l'avis OFRATEME est une opération nulle. Pour sa part, Nicolas Font l'explique de la manière suivante : *« L'incapacité de l'agent à puiser des ressources est*

[229] En dépit des apparences, et comme le fera remarquer Nicolas Font, Maître de conférences à l'Université de Nîmes, cette disposition s'applique également aux agents des collectivités territoriales en vertu de l'article L. 131-1-2 du CPI.

*justifiée par le fait que la collectivité employeur ne tire aucun bénéfice de l'œuvre, hormis son utilité pour le service »*[230]. Concernant en revanche l'exploitation commerciale de l'œuvre, le second alinéa de l'article L. 133-1-3 est particulièrement ambigu. A tel point que Nicolas Font en propose une interprétation au demeurant fort pratique. Il explique que la valorisation commerciale de l'œuvre ne peut appartenir qu'à la seule collectivité dans la mesure où c'est elle, et non pas l'agent, qui dispose du droit de divulgation. Si cette interprétation mérite sans doute l'approbation, l'ambiguïté dont il est question ici semble en réalité levée par l'article L. 133-3-3 qui prévoit que les conditions d'exploitation commerciale de son œuvre par l'agent-auteur sont déterminées par décret pris en Conseil d'Etat. Or, tout le problème vient du vide « légal » subsistant en la matière, dans la mesure où, à l'heure actuelle, ce décret n'a pas encore été publié.

On ne le dit plus, le statut de l'agent-auteur, à l'image des actifs immatériels précédemment étudiés, fait montre, lui aussi, d'une très grande complexité. S'inspirant du droit d'auteur, emblème s'il en est de la propriété intellectuelle, de la propriété immatérielle, il s'en écarte fortement en matière de management territorial, en conférant la très grande majorité des prérogatives composant le droit d'auteur à la collectivité territoriale elle-même. D'aucuns diront que la loi du 1eraoût 2006 participe en cela à la création d'un véritable droit spécial de l'agent-auteur, à ce droit qui est déjà lui-même spécial de la propriété intellectuelle. L'avis OFRATEME, sans doute beaucoup trop sévère à l'égard de cet agent-auteur présentait au moins le mérite de calquer ses solutions (*a minima* dans la théorie) sur le droit d'auteur existant. Or, force est de constater que ladite loi du 1er août 2006 complexifie véritablement la règlementation, en outre, sans apporter de « réelles » différenciations avec les solutions précédentes. Par ailleurs, foulant aux pieds la réflexion intéressante des personnes publiques comme sujets de droit en fragmentant à l'extrême le droit moral, la réglementation actuelle n'aura probablement réussi qu'à démontrer une seule chose : le réel besoin d'un droit de l'immatériel public, avec la nécessité, enfin, d'un droit des personnes publiques. Dans l'attente, le régime des agents créateurs de logiciel, pour sa part, « apaise» le débat de la complexité, en ce qu'il semble se conformer aux solutions proposées par le droit de la propriété intellectuelle (B).

[230] FONT (N.), « Le statut des agents auteurs, facteurs de valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales », *op.cit.,* p. 132.

## B. LES LOGICIELS

Tout comme le droit des producteurs de bases de données, le droit d'auteur sur les logiciels est une excentricité du droit de la propriété littéraire et artistique. Par essence, les programmes informatiques ont une dimension purement fonctionnelle qui les éloigne très nettement du droit d'auteur, lequel vient protéger des créations destinées à être contemplées et admirées (tableaux, sculptures, livres, etc.). Autrement dit, le droit d'auteur tel que conçu à l'origine, a une vocation essentiellement culturelle et patrimoniale qui ne convient donc absolument pas aux techniques numérisées, conçues pour accomplir une tâche bien précise. En cela, elles se rapprochent très fortement du droit des brevets. Or, le fait est que les logiciels ont été explicitement exclus du droit des brevets par l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle :

*1. Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle.*

*2. Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment :*

*a) Les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;*

*b) Les créations esthétiques ;*

*c) Les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques,* ***ainsi que les programmes d'ordinateurs ;***

*d) Les présentations d'informations […] ».*

Dès lors, et comme le disent Patrick Tafforeau et Cédric Monnerie, *« le législateur a donc adopté une position de repli vers le droit d'auteur, tout en prévoyant des dispositions spécifiques, créant ainsi un statut hybride, fondé sur le droit d'auteur mais fortement influencé par le droit des brevets »*[231]. Ayant un régime issu de la loi du 3 juillet 1985[232], le logiciel est

[231] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 297.

[232] Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, *JORF* n° 169, 4 juillet 1985, p. 7495.

un ensemble d'instructions adressées à une machine de traitement de l'information (ordinateur), en vue de lui faire réaliser une opération donnée[233].

Tout comme le droit d'auteur, le droit des producteurs de bases de données, ou encore, le droit des marques, le droit d'auteur sur les logiciels reconnaît l'existence d'un droit de propriété immatérielle. Toute la question se pose alors de savoir quel est le titulaire de ce droit. Dans l'hypothèse d'un logiciel créé par un agent public dans le cadre de ses fonctions, et/ou, d'après les instructions de son employeur (pour ne pas reprendre une nouvelle fois les termes de la loi), l'ensemble des droits patrimoniaux sur le logiciel sont automatiquement, systématiquement, dévolus à l'administration locale employeur :

*« Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer.*

*Toute contestation sur l'application du présent article est soumise au tribunal de grande instance du siège social de l'employeur.*

*Les dispositions du premier alinéa du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics à caractère administratif »*[234].

Prévus à l'article L. 122-6 du CPI, ces droits patrimoniaux comprennent[235] :

- ***Un droit de reproduction ;***
- ***Un droit d'adaptation (changement de langage informatique) ;***
- ***Un droit de mise sur le marché (par vente ou location) ;***
- ***Un droit de distribution :*** Celui-ci s'épuise par la première mise sur le marché consentie par le titulaire du droit d'auteur.

Pour leur part, les droits moraux sont dévolus à l'agent-auteur, répondant ainsi à la question de savoir qui est le titulaire du droit de propriété immatérielle. Or, tout comme le droit d'auteur

[233] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 296.

[234] Art. L. 113-9 du CPI.

[235] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 300.

sur les œuvres de l'esprit, le droit moral de l'agent-auteur du logiciel se trouve en réalité fortement amoindri :

- ***En raison de la dévolution des droits patrimoniaux à la collectivité locale, l'exercice du droit de divulgation est limité (art. L. 113-9, alinéa 1er, du CPI) :*** L'agent-auteur peut tout à fait refuser la divulgation de son logiciel, mais dès lors qu'il le fait, ne s'expose-t-il pas à des sanctions de la part de son employeur, faussant ainsi la réelle maîtrise, par l'agent, de son droit ? ;
- ***Pour sa part, et tout comme le droit d'auteur sur les œuvres de l'esprit, le droit de paternité est la seule des quatre prérogatives morales à rester intacte ;***
- ***En revanche, le droit au respect de l'œuvre se réduit désormais à deux hypothèses seulement, prévues par l'article L. 121-7, 1°, du CPI ;***
- ***Enfin, le droit de retrait et de repentir est tout simplement exclu dans le cadre du droit d'auteur sur le logiciel, autrement dit, il n'existe pas (art. L. 121-7 du CPI).***

Par conséquent, si l'agent-auteur est bien titulaire du droit d'auteur sur son logiciel, c'est en réalité la collectivité territoriale qui en a la pleine maîtrise et l'exploitation, renforçant ainsi l'hypothèse d'un droit de propriété immatériel, compris au sens large, et existant à son profit. En effet, où se situe l'intérêt d'un droit de propriété immatériel ? Se trouve-t-il réellement dans la qualité de titulaire ? Cet intérêt, ne serait-il pas davantage dans la jouissance et l'exploitation de ce droit ? Dès lors, n'assisterait-on pas à un démembrement du droit (public) de propriété immatérielle ? Le phénomène est encore bien visible : les complexités de l'immatériel public poussent inconsciemment à considérer les personnes publiques comme de véritables sujets de droit. Or, tout le problème, et donc, toutes les interrogations précédentes, se posent car un tel statut n'existe toujours pas. Néanmoins, le statut de l'agent-auteur de logiciel a pour mérite de suivre, du moins pour l'instant, les solutions proposées par le seul droit de la propriété intellectuelle. Sa lecture est donc beaucoup plus aisée que le statut de l'agent-auteur de l'œuvre de l'esprit. Par ailleurs, celui de l'agent-inventeur suivra la même logique de simplification (C). Toutefois, il n'est pas certain que la simplicité de lecture, de compréhension, et de traitement, soit la véritable motivation du législateur, laquelle serait en réalité beaucoup plus intéressée.

### C. LES INVENTIONS BREVETABLES

Les inventions brevetables constituent sans doute le cœur des actifs immatériels créés par les agents publics, voire même, le cœur du patrimoine immatériel public pris dans son

ensemble. En effet, sur le plan national, c'est l'enjeu des brevets militaires qui se pose avec une force accrue au travers de cette question. La recherche publique consacre chaque année plusieurs dizaines de millions d'euros à l'innovation militaire et à la défense du territoire. Par ailleurs, la lutte contre le terrorisme, qui a encore démontré son extrême nécessité suite aux attentats de 2015 et 2016, a complètement redessiné les contours d'un thème que tout le monde croyait connaître. Alors que dans les conflits localisés, les forces hostiles sont connues et extérieures, le terrorisme n'a pas de bases d'opérations, et ses agents peuvent aussi bien provenir de l'extérieur des frontières nationales, que de l'intérieur. Ce constat a eu un impact sur la recherche militaire, qui a considérablement été modifiée et s'est même accélérée. La contribution des agents et la conception de nouvelles inventions en matière d'armement ont un rôle entièrement redéfini, voire même, « repriorisé ».

Par ailleurs, le régime juridique du brevet d'invention déposé par l'Etat est exactement le même que celui déposé par une collectivité territoriale. Tout comme le droit d'auteur sur les logiciels créés par les agents, les inventions brevetables issues de l'administration locale suivent les règles fixées par le droit de la propriété intellectuelle en matière de brevet d'invention. Jusqu'à présent, les actifs immatériels composant le patrimoine public local ont un statut s'inspirant très fortement, pour la plupart, du droit de la propriété intellectuelle. L'inventaire auquel se livre la présente étude a permis de mettre en exergue la dichotomie qui caractérise la propriété intellectuelle, en distinguant la propriété littéraire et artistique d'une part, et la propriété industrielle d'autre part. Au sein de la propriété littéraire et artistique, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, au travers du régime des données publiques, et du statut d'agent-auteur, emprunte de nombreuses règles issues du droit d'auteur, du droit des producteurs de bases de données, et du droit d'auteur sur les logiciels. Au sein de la propriété industrielle, le régime du nom des collectivités territoriales et celui des marques de territoire empruntent beaucoup au droit des signes distinctifs (lequel comprend le droit des marques). Avec les inventions brevetables, la réflexion entre donc dans la seconde dimension de la propriété industrielle composée du droit des créations industrielles. Celui-ci comprend le droit des dessins et modèles, et le droit des brevets d'invention, lequel doit précisément retenir l'attention.

La principale différence entre le droit d'auteur et le droit des brevets d'invention réside dans le fait que contrairement au droit d'auteur, l'inventeur ne jouit pas d'un droit quelconque sur son invention du seul fait de sa création. Rappelons en effet que dans le droit d'auteur, la seule création de l'œuvre emporte la reconnaissance de droits moraux à l'auteur. En matière de

brevet d'invention, la qualité d'inventeur est en réalité reconnue au premier déposant de la demande de brevet auprès de l'INPI. De surcroît, le droit de la propriété intellectuelle a prévu tout un statut particulier concernant l'inventeur-salarié. Aussi, dans le cadre d'un agent public local employé par une collectivité territoriale (pris dans son sens le plus large), la protection juridique de l'innovation (car c'est précisément de cela dont il s'agit) sera fonction de la nature même de l'invention :

- ***S'il s'agit d'une invention libre :*** C'est-à-dire d'une invention réalisée par l'agent en dehors de ses fonctions et sans aucun lien avec son service, alors c'est à lui, et non pas à son employeur, que l'invention, le droit de brevet, appartiendra. Cette hypothèse se comprend mais n'intéresse guère en l'occurrence ;
- ***S'il s'agit d'une invention de mission ou de service :*** C'est-à-dire d'une invention ayant été réalisée par l'agent en exécution de sa fiche de poste ou de son contrat de travail, alors l'invention, le brevet, appartient à l'administration locale employeur. Mais naturellement, l'inventeur-salarié aura droit à un complément de salaire fixé dans le contrat, l'accord d'entreprise ou la convention collective (art. L. 6117, 1°, du CPI) ;
- ***S'il s'agit d'une invention réalisée par l'agent en dehors de sa mission mais attribuable à l'employeur :*** C'est-à-dire lorsque l'invention a été réalisée par l'agent dans le cadre de ses fonctions (en utilisant les moyens de l'entreprise, pendant le temps de travail, etc.), mais que cela n'était pas sa mission, alors une telle invention, le droit de brevet, peut devenir la propriété de l'administration locale employeur si celle-ci en fait la déclaration expresse à son agent (art. R. 611-7 du CPI). En contrepartie, elle devra lui verser ce que le Code lui-même appelle un « juste prix » (art. L. 611-7, alinéa 2, du CPI). Mais cette « déclaration d'acquisition » n'est ni obligatoire, ni systématique : elle est à l'appréciation de l'administration locale qui peut tout aussi bien décider de ne pas faire l'acquisition de l'invention créée par son agent. Autrement dit, le choix de la déclaration de la collectivité territoriale pourrait tout à fait s'analyser en une sorte de droit de préemption, à l'image de celui que lui confère le droit administratif des biens, ou encore, le droit de l'urbanisme pour une acquisition foncière.

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'une invention de mission, ou bien, attribuable à l'employeur, le titulaire des droits liés à la protection juridique de l'innovation, le titulaire du droit de brevet, est l'administration locale employeur. Les collectivités territoriales peuvent très bien intégrer parmi leurs actifs immatériels, ou encore, au sein de leur patrimoine immatériel, les droits de brevet qu'elles possèdent.

Néanmoins, pour être brevetée par l'INPI à la demande de l'administration locale inventeur, l'invention doit remplir quatre conditions posées par l'article L. 611-10 du CPI :

- ***Il doit s'agir d'une invention ;***
- ***Nouvelle ;***
- ***Relevant d'une activité inventive ;***
- ***Susceptible d'application industrielle.***

Ainsi, l'invention doit être brevetable, et ce n'est que si ces quatre critères sont satisfaits que l'INPI accordera à la collectivité territoriale un brevet, lequel se traduit par un monopole d'exploitation sur les vingt années à venir. Autrement dit, au-delà d'une simple protection de l'innovation, le droit des brevets permet l'exploitation exclusive de l'invention brevetée : il est l'un des rares instruments réussissant aussi bien la parfaite alchimie à l'équilibre fragile entre protection et exploitation des actifs immatériels.

Même si la logique est différente, à l'image du droit d'auteur, le droit de brevet crée des prérogatives morales et patrimoniales. Concernant les droits moraux, la logique industrielle les réduit au nombre de deux, à savoir :

- ***Le droit de divulgation ;***
- ***Le droit de paternité.***

Concernant les prérogatives patrimoniales, elles diffèrent assez de celles connues en droit d'auteur, et se résument en réalité au classique triptyque du droit de propriété, à savoir :

- ***L'usus :*** Le propriétaire peut librement user de son brevet ;
- ***Le fructus :*** Le propriétaire peut percevoir tous les fruits du brevet en octroyant des licences d'exploitation contre le versement de redevances ;
- ***L'abusus :*** Le propriétaire peut décider de vendre son droit de brevet, ou bien, de ne plus l'exploiter en cessant de payer les taxes afférentes à l'INPI.

A l'image du droit d'auteur sur les logiciels créés par les agents publics locaux, le droit de brevet détenu par les administrations locales sur les inventions créées par leurs agents, a le mérite de la simplicité. Il suit les solutions proposées par le droit de la propriété intellectuelle sans les superposer ou y déroger par l'imagination d'un statut spécial, comme cela peut être le cas avec celui des agents-auteurs, ou encore, avec le régime des données publiques. En cela, il ne complique en rien la lecture du patrimoine immatériel public et des actifs qui le composent.

Non pas que le droit de la propriété intellectuelle soit plus à même que le droit public pour traiter des questions immatérielles, mais il est toujours préférable que les sources d'un régime juridique soient les moins dispersées possible. Il n'en reste pas moins que l'interrogation demeure : la simplicité est-elle véritablement l'objectif poursuivi par le législateur dans la gestion des actifs immatériels locaux ? Si tel est le cas, alors pourquoi ne pas avoir calqué le statut de l'agent-auteur sur celui du droit de la propriété intellectuelle ? En réalité, le point névralgique du raisonnement justifie cette « mosaïque » de régimes. En effet, on l'a compris dans les questions rhétoriques qui viennent d'être posées : la simplicité de lecture n'est absolument pas la volonté du législateur. La logique suivie par la règlementation ne procède pas d'un nivellement par le haut (droit de la propriété intellectuelle pour les logiciels, droit de la propriété intellectuelle pour les inventions, mais « droit d'auteur spécial » pour les œuvres de l'esprit), mais bien d'un nivellement par le bas, en concentrant son attention sur le titulaire des droits patrimoniaux, autrement dit, sur le bénéficiaire de l'exploitation des actifs immatériels. Dès l'instant que l'application de la règlementation en l'état conduit à désigner l'administration locale comme bénéficiaire de l'exploitation, alors cette règlementation est jugée acceptable, de sorte que le droit administratif des biens peut très bien s'en satisfaire (elle n'a pas été faite pour lui, mais elle lui convient très bien ; tel est le cas des logiciels et des inventions brevetables). Mais dès l'instant où l'application de la règlementation en l'état conduit à considérer l'agent public comme bénéficiaire de l'exploitation (droit d'auteur tel qu'issu de la propriété intellectuelle), ou à tout le moins, en exclut l'administration locale, alors un tel constat justifie la création d'une réglementation spéciale dont l'objectif est le contournement des règles de la propriété intellectuelle de droit privé, pour en arriver à un régime particulier, lequel confiera le « Saint Graal » de l'exploitation (et donc des profits qui vont avec) aux administrations locales. Bien qu'intéressée, cette interprétation n'a en réalité rien de bien étonnant et n'est que la simple émanation des motivations qui ont poussé les acteurs publics à redécouvrir leurs richesses immatérielles, à savoir, le rétablissement des comptes publics. Pour bien comprendre les régimes juridiques venant innerver les actifs immatériels locaux produits par les agents publics, il faut alors raisonner, non pas de manière empirique, mais bien de manière organique. Par ailleurs, une telle « appropriation de l'exploitation » se retrouve avec force dans la propriété commerciale. En effet, les parts de capital d'une société, détenues par les administrations locales, certes sont bien affectées à la domanialité privée de celle-ci, mais uniquement en ce que la jurisprudence a considéré qu'elles ne remplissaient pas suffisamment les critères posés par la domanialité publique (§5).

## §5 – LA PROPRIETE COMMERCIALE : LE STATUT DES PARTS DE CAPITAL

Si le sort des parts de société détenues par une collectivité territoriale a été récemment réglé, le raisonnement conduit par les juges (aussi bien administratif que judiciaire en l'occurrence), ainsi que la complexité de la procédure contentieuse ayant donné lieu à l'état du droit actuel, méritent que la réflexion s'y concentre quelques instants. En effet, les problématiques relatives à ce que la présente étude a fait le choix d'analyser sous les termes génériques de « propriété commerciale », s'imposent avec pertinence. La nature des parts de capital détenues par une collectivité territoriale est désormais dotée d'une franche clarté : il s'agit de biens meubles immatériels relevant du domaine privé de la collectivité propriétaire. Mais le raisonnement qui sous-tend cette conclusion est loin d'avoir été conduit de manière aisée et apaisée. En plein cœur du droit administratif des biens, aux portes du droit public économique, les enjeux et les conséquences d'une telle qualification ont donné lieu à de vifs débats doctrinaux, ranimant même certaines controverses que les rédacteurs du Code de 2006 croyaient résolues. Par ailleurs, la réflexion conduite sur les parts de capital pousse le législateur lui-même dans ses retranchements les plus profonds, en faisant dire à la Loi ce qu'elle ne dit pas, ou du moins, ce qu'elle n'avait pas l'intention de dire ou envisagé de dire. Loi, Jurisprudence, Doctrine, la propriété commerciale mérite donc une étude approfondie, ne serait-ce que par la très large mobilisation des sources du droit qu'elle provoque.

A l'image du statut de l'agent-auteur, celui des parts de capital détenues par une collectivité territoriale est d'abord le fruit d'une histoire. Le département de Saône-et-Loire était détenteur depuis 1963 de 0,025% du capital de la société d'Autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRP). Le reste du capital se divisait entre un certain Monsieur Zuryk, détenteur de 3,940% des parts, et la société Eiffarie, détentrice de 96,035% des parts. Désireuse de retirer la société APRP du marché boursier, la société Eiffarie, actionnaire majoritaire, a alors exercé ce que l'on appelle une Offre Publique de Retrait suivie d'un Retrait Obligatoire (OPR-RO). Prévu à l'article L. 433-4 du Code monétaire et financier, il s'agit là d'un mécanisme « juridico-financier » permettant à un actionnaire majoritaire détenteur de plus de 95% des parts, et désireux de retirer sa société du marché boursier, de récupérer les participations ultra-minoritaires réfractaires au retrait, et donc, à la vente. Pour autant, le projet d'acquisition doit être validé par l'Autorité des Marchés Financiers, ce qu'elle fit en l'occurrence par une décision du 8 septembre 2010. En désaccord complet avec cette procédure conduisant à la perte de ses parts, le département de Saône-et-Loire a alors interjeté appel devant la Cour de Paris. Après

avoir refusé de transmettre à la Cour de cassation une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC), portant sur la violation du droit de propriété (art. 2 et 17 de la DDHC) par la procédure d'OPR-RO, les juges du second degré ont été confrontés à une difficulté les poussant à surseoir à statuer. Dans ses moyens, le département de Saône-et-Loire doutait en effet de l'applicabilité de la procédure d'OPR-RO à une personne publique. S'estimant incompétents, les juges de la Cour d'appel ont alors posé une Question Préjudicielle au juge administratif par un arrêt du 17 mars 2011 :

*« Les actions ou autres parts et instruments financiers détenus par le département de Saône-et-Loire dans le capital de la société (forme non précisée) APRP, sont-ils susceptibles d'aliénation forcée, en l'occurrence sous la forme d'une offre publique de retrait suivie d'un retrait obligatoire ? »*[236].

Après avoir largement reformulé, voire même réinterprété la problématique, en l'axant sur la question de savoir si des parts de capital sont affectées au domaine public ou privé de la collectivité territoriale propriétaire, le Tribunal administratif de Paris, tranchant en faveur du domaine privé, s'est estimé incompétent pour connaître du recours en appréciation de légalité formé devant lui par la société APRP, le tout formulé dans un jugement du 21 octobre 2011. La société APRP a alors interjeté appel devant la Cour administrative de Paris, qui par ordonnance, a directement transmis ce recours en appréciation de légalité au Conseil d'Etat. La haute juridiction s'est elle aussi déclarée incompétente, la question de savoir si une procédure d'OPR-RO est applicable à une personne publique, revenant en définitive à la Cour d'appel de Paris. Si celle-ci a tranché en faveur d'une réponse positive, force est de constater, comme Gweltaz Eveillard que la présente affaire est riche d'enseignements à la fois pour la procédure administrative contentieuse et pour le droit administratif des biens[237]. Toutefois, pour des raisons évidentes, la réflexion se concentrera sur ceux intervenant en droit administratif des biens, leurs apports étant déjà à eux seuls bien suffisants pour que la présente étude s'y consacre pleinement. Par ailleurs, ceux-ci sont doubles : ils démontrent d'abord que les actions et parts détenues par les collectivités territoriales sont affectées à leur domaine privé (A) ; ils posent la

[236] CA Paris, 29/11/2012, *Société APRP ; AJDA,* 2013, p. 522, note EVEILLARD (G.).

[237] EVEILLARD (G), « De l'aliénation forcée des actions détenues par les personnes publiques », *AJDA,* n° 9, 11 mars 2013, p. 523.

question ensuite de l'(in)applicabilité des garanties de droit public en matière de propriété commerciale (B).

## A. LE PRINCIPE DE LA DOMANIALITE PRIVEE DES ACTIONS ET PARTS DETENUES PAR UNE COLLECTIVITE TERRITORIALE[238]

A la lecture des diverses décisions jalonnant la procédure, il est possible de constater que les raisonnements adoptés par les juges (judiciaire et administratif) sont complémentaires et procèdent d'une très grande pédagogie. Dans son arrêt du 17 mars 2011, la Cour d'appel de Paris affirme le caractère mobilier des actions et parts détenues par toute personne publique, sur le fondement de l'article 529 du Code civil. Par conséquent, il s'agit de biens meubles, et qui plus est, de bien meubles immatériels. A ce stade, la question qui se posait alors était celle de l'applicabilité de la domanialité publique. Naturellement, afin de protéger ses intérêts, le département de Saône-et-Loire arguait de cette domanialité sur le fondement classique de l'article L. 2111-1 du CG3P. En effet, en tant que personne publique, l'administration départementale estimait être propriétaire de biens affectés à un service public et spécialement aménagé (quel service ? quel aménagement ?). En réalité, la protection qui en résultait (en l'occurrence, insaisissabilité des parts de capital venant paralyser la procédure d'OPR-RO), se déduisait intrinsèquement de sa seule qualité de personne publique, l'article L. 2311-1 du CG3P ayant un champ d'application très large. A juste titre, le juge judiciaire se tourna sur ce point vers le juge administratif, qui lui, proposa une seconde méthode d'analyse suffisamment atypique pour être remarquée. Il écarta purement et simplement (du moins en apparence) l'applicabilité de la méthode conceptuelle d'identification des biens publics, en rappelant qu'elle a été conçue pour l'identification des biens affectés au domaine public immobilier. En l'occurrence, les parts de capital dont il s'agit étant des biens meubles, la domanialité publique, si elle est avérée, ne peut alors se déduire que des seules dispositions relatives au domaine public mobilier, à savoir, l'article L. 2112-1 du CG3P. A ce modeste niveau de l'analyse, le juge administratif vient en réalité de faire une première précision essentielle : le domaine public mobilier ne serait pas tributaire des critères de la domanialité publique, il est indépendant et existe en tant que tel. Ainsi, l'article L. 2112-1 du CG3P dispose que :

*« Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un*

[238] EVEILLARD (G), « De l'aliénation forcée des actions détenues par les personnes publiques », *op.cit.*, p. 526.

*intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment :*

*1° Un exemplaire identifié de chacun des documents dont le dépôt est prescrit aux fins de constitution d'une mémoire nationale par l'article L. 131-2 du code du patrimoine ;*

*2° Les archives publiques au sens de l'article L. 211-4 du code du patrimoine ;*

*3° Les archives issues de fonds privés entrées dans les collections publiques par acquisition à titre onéreux, don, dation ou legs ;*

*4° Les découvertes de caractère mobilier devenues ou demeurées propriété publique en application du chapitre 3 du titre II et du chapitre 1er du titre III du livre V du code du patrimoine ;*

*5° Les biens culturels maritimes de nature mobilière au sens du chapitre 2 du titre III du livre V du code du patrimoine ;*

*6° Les objets mobiliers classés ou inscrits au titre du chapitre 2 du titre II du livre VI du code du patrimoine ou situés dans un immeuble classé ou inscrit et concourant à la présentation au public de parties classées ou inscrites dudit immeuble ;*

*7° Les objets mobiliers autres que ceux mentionnés au 6° ci-dessus, présentant un intérêt historique ou artistique, devenus ou demeurés propriété publique en application de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat ;*

*8° Les collections des musées ;*

*9° Les œuvres et objets d'art contemporain acquis par le Centre national des arts plastiques ainsi que les collections d'œuvres et objets d'art inscrites sur les inventaires du Fonds national d'art contemporain dont le centre reçoit la garde ;*

*10° Les collections de documents anciens, rares ou précieux des bibliothèques ;*

*11° Les collections publiques relevant du Mobilier national et de la Manufacture nationale de Sèvres ».*

La lecture de cet article laisse donc à penser que le domaine public mobilier est limitativement défini. Il l'est d'une part en ce qu'il ne semble viser que les « biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique ».

Conceptuellement parlant, les parts de société ne pourraient pas non plus être couvertes par la domanialité publique mobilière en dépit de la nature juridique des parts de capital. Il l'est d'autre part en ce que, même dans l'hypothèse où les parts de capital en feraient partie, il liste onze items venant illustrer ce que sont des biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique. L'emploi de l'adverbe « notamment » montre par ailleurs que la présente liste n'est pas exhaustive, et qu'elle peut donc très bien être complétée. Or, les rédacteurs du CG3P, Christine Maugüé et Gilles Bachelier, reconnaissent eux-mêmes que si la description n'est pas fermée afin de permettre une adaptation en fonction des évolutions technologiques par exemple, force est de constater que la présence liste couvre actuellement l'ensemble des cas visés par la jurisprudence, et est donc en cela assez exhaustive. De sorte qu'à sa lecture, les parts de capital ne semblent pas en faire partie.

Par conséquent, d'un côté se trouve la domanialité publique immobilière reposant sur la méthode conceptuelle d'identification (affectation), et à laquelle les parts de capital ne peuvent être rattachées, et d'un autre côté, se trouve la domanialité publique mobilière reposant sur la méthode énumérative d'identification (Loi), à laquelle les parts de capital n'appartiennent pas non plus car elles ne rentrent pas dans les critères législatifs décrits à l'article L. 2112-1 du CG3P. Le juge administratif aurait très bien pu se contenter de ce seul raisonnement pour déduire la domanialité privée des parts de société détenues par une collectivité territoriale. Or, il ne l'a pas fait : il a poursuivi avec une analyse bien plus complexe et clairement sujette à interprétation, le statut des parts de capital démontrant quelques mois avant le statut de l'image des biens publics (jurisprudence *Photo Josse*[239]), qu'en dépit de l'existence d'un Code général de la propriété publique et de sa volonté de réduire le champ de la domanialité publique, le juge administratif a en réalité bien du mal à se défaire du critère séculaire de l'affectation comme outil d'identification des biens composant le domaine public. En effet, si par un jugement du 21 octobre 2011, le Tribunal administratif de Paris a bien reconnu la domanialité privée des parts de société détenues par une personne publique, il l'a fait au moyen de quatre Considérants en particulier, et d'une remarquable éloquence pour le troisième :

*« Considérant que les dispositions de l'article L. 2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, insérées dans le chapitre premier, intitulé « Domaine public immobilier » du titre premier du livre premier de la deuxième partie du code, sont inapplicables au domaine*

[239] *Supra* p. 150.

*public mobilier ; que le département de Saône-et-Loire ne peut donc utilement s'en prévaloir pour démontrer l'appartenance au domaine public des titres qu'il détient dans la société APRP ;*

*Considérant que les parts sociales ultra minoritaires détenues par un département dans une société autoroutière ne présentent aucun intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques ;*

***Considérant qu'à supposer qu'indépendamment des biens visés par ces dispositions, d'autres biens publics puissent également, à titre exceptionnel, être intégrés au domaine public mobilier en raison de leur intérêt public éminent, tel ne saurait être le cas des actions ou autres parts et instruments financiers détenus par le département de Saône-et-Loire dans la société APRR, dans la mesure où ces participations financières ultra minoritaires ne sont, en tout état de cause, indispensables ni à l'exercice par cette collectivité de ses propres missions de service public ni au contrôle par les autorités publiques de la mission de service public national d'exploitation des autoroutes confiée à la société APRR ;***

*Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les actions ou autres parts et instruments financiers détenus par le département de Saône-et-Loire dans le capital de la société APRR appartiennent au domaine privé de cette collectivité »*[240].

Le ton est ainsi donné : le caractère indicatif et non exhaustif du « listing » donné par l'article L. 2112-1 du CG3P permet au juge administratif d'entrevoir une ouverture prudente de la domanialité publique mobilière en envisageant, à côté des biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, une seconde catégorie de biens meubles, composée de ceux présentant un « intérêt public éminent ». Le juge va même encore plus loin en proposant une définition indicative de cet « intérêt public éminent » qu'il définit donc comme des biens :

- ***Soit indispensables à l'exercice, par la collectivité territoriale propriétaire, de ses propres missions de service public ;***
- ***Soit indispensables au contrôle, par les autorités publiques, de la mission de service public national, en l'occurrence, d'exploitation d'autoroutes.***

[240] TA Paris, 17/03/2012, *Société APRP,* concl. REULAND (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 208, note ROHAN (P.-A.) et LEONETTI (R.).

Autrement dit, le juge administratif propose sans détour une seconde catégorie de biens meubles couverts par la domanialité publique, et en exclut distinctement les parts et actions de société détenues par une collectivité territoriale, en ce que ces parts et actions ne remplissent pas non plus les critères d'identification fixés par la nouvelle définition (du moins en l'occurrence). Autrement dit encore, à en croire le juge administratif et l'interprétation *a contrario* qu'il serait sans doute possible de faire de sa solution, si les actions, parts et autres instruments financiers détenus par le département de Saône-et-Loire dans la société APRP avaient présenté un intérêt public éminent, c'est-à-dire, s'étaient montrés indispensables, soit à l'exercice de ses missions de service public, soit au contrôle par les autorités publiques de la mission de service public national d'exploitation d'autoroutes, alors le juge aurait tranché en faveur de la domanialité publique et de son régime très protecteur. Or en l'occurrence, tel n'était pas le cas.

S'il ne convient pas ici de débattre de l'éventualité d'une « politique jurisprudentielle », et le « ballon d'essai » que pourrait constituer en cela le présent jugement (qui par ailleurs ne reste qu'un jugement, qui plus est, rendu dans le cadre d'une Question Préjudicielle), il n'en reste pas moins que la modeste révolution proposée par le Tribunal administratif de Paris fait montre d'un double apport. D'une part, et comme le font remarquer Pierre-Antoine Rohan, Avocat, et Raphaël Leonetti, membre de l'Ecole de droit de la Sorbonne, il interroge sérieusement sur la naissance d'un domaine public mobilier *praeter legem*[241]. En effet, par sa décision, le juge administratif semble aller au-delà de ce qu'avait initialement prévu le législateur avec le Code de 2006. De surcroît, ce constat montre bien, une fois encore, qu'en dépit de la volonté « désormais codifiée » de réduire le champ de la domanialité publique, les résurgences prétoriennes tendent toujours vers une extension, certes plus modérée. En outre, et pour revenir à un niveau d'abstraction plus proche du sujet d'étude, quid de l'immatériel ? L'ouverture ainsi proposée par la jurisprudence permettrait notamment d'englober, sous le champ de la domanialité publique, bon nombre d'actifs immatériels comme les logiciels ou les brevets. Certes, dans une telle hypothèse, l'immatériel n'est saisi par le CG3P que de manière incidente, et non pas à titre principal. Mais la jurisprudence *Société APRP* pourrait tout à fait constituer, l'opportunité, le « ticket d'entrée »[242] de l'immatériel au sein même du CG3P. Naturellement, cela ne serait pas l'occasion d'affirmer que la domanialité publique du CG3P

[241] ROHAN (P.-A.), LEONETTI (R.), « Vers une définition prétorienne d'un domaine public mobilier *praeter legem :* à propos de l'affaire APRP », *AJDA,* n° 4, 6 février 2012, p. 210.

[242] Si bien sûr, la particularité du domaine public hertzien est momentanément ignorée.

est ouverte à l'immatériel, mais simplement de constater qu'elle n'y est pas complètement fermée. D'autant qu'en l'occurrence, le juge administratif ne lie pas l'affectation de ces nouveaux biens meubles au service public lui-même, mais à la notion plus large, il faut le dire, plus vague, d'intérêt public éminent. Cette souplesse qu'admet la « fonctionnalité » de la notion permettrait aisément d'y inclure les actifs immatériels. Pour autant, en imaginant l'existence de certains biens meubles présentant un intérêt public éminent, le juge administratif entend-il ouvrir la boîte de Pandore ? Rien n'est moins sûr pour deux séries de raisons qu'évoquent Pierre-Antoine Rohan et Raphaël Leonetti. D'abord, parce que le juge administratif de Paris commence par rédiger son considérant en employant les termes « à supposer ». Autrement dit, moins qu'un domaine public mobilier *praeter legem,* le tribunal administratif n'entend émettre là qu'une simple hypothèse, une éventualité, dont la réalisation des évènements est affublée d'un doute sérieux. Ensuite, parce qu'il insiste sur la singularité de sa proposition par l'emploi des termes « à titre exceptionnel ». Ici, le juge entend bien souligner le caractère improbable de sa solution, dans la mesure où, même si l'hypothèse d'un domaine public *praeter legem* se réalise, son application ne pourra alors se faire que par exception, dans des cas strictement déterminés et de manière très limitée. De sorte qu'en réalité, moins que de proposer une ouverture du CG3P et de la domanialité publique, au champ de l'immatériel en l'occurrence, le jugement du 29 octobre 2011 ne fait que constater l'impuissance du Code de 2006 à saisir certains types de biens, à s'en emparer, à les intégrer et à les protéger. Moins que l'éventualité de la création d'un domaine public mobilier *praeter legem,* le jugement du 29 octobre 2011 ne fait que démontrer la certitude de l'inadaptabilité de la domanialité publique mobilière à certains actifs, et pousse la réflexion vers de nouveaux retranchements en imaginant une nouvelle catégorie de biens publics dotée d'un régime juridique adapté à leurs particularités, ou alors, en refondant les méthodes classiques d'identification des biens publics.

Précisément, le second apport de cette modeste révolution proposée par le Tribunal administratif de Paris, plus subtil, réside dans une remise en question, et de la méthode énumérative d'identification des biens composant la domanialité publique mobilière, et de la méthode conceptuelle d'identification des biens composant la domanialité publique immobilière artificielle. En effet, force est de constater que dans son considérant dégageant la notion d'intérêt public éminent, le tribunal administratif, pour constater ou non la domanialité publique des parts de société détenues par le département de Saône-et-Loire, recourt à l'affectation faite de ces biens. Plus encore, il estime que c'est parce que ces parts ultra minoritaires ne sont ni indispensables à l'exercice, par la collectivité territoriale propriétaire, de

ses propres missions de service public, ni indispensables au contrôle, par les autorités publiques, de la mission de service public national d'exploitation d'autoroutes, qu'elles ne peuvent se voir appliquer le régime de la domanialité publique. Ce raisonnement a deux incidences :

- ***D'une part, en revenant à la notion d'affectation, il a tendance à brouiller la distinction existante entre la méthode d'identification du domaine public mobilier, et celle du domaine public immobilier ;***
- ***D'autre part, et corollairement, il semble montrer une certaine unicité de la domanialité publique.***

Mais quelle incidence sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales ? En rattachant les biens meubles à la notion d'affectation d'un côté, et en émancipant cette affectation du service public au profit de l'intérêt public éminent de l'autre, le juge administratif ouvrirait la voie d'une intégration possible des actifs immatériels, certes de manière incidente (ce n'est pas leur nature immatérielle qui justifierait ce choix), à la domanialité publique. Ce qui est certain en revanche, c'est que la domanialité publique mobilière plus précisément, et le CG3P plus largement, sont clairement inadaptés aux particularités de l'immatériel public. Néanmoins, l'ensemble des réflexions menées par la loi, la jurisprudence, et la doctrine sur la nature des parts de capital détenues par une collectivité territoriale, semble trancher, sans le savoir, une interrogation fondamentale, en considérant ces parts de société davantage comme des biens que comme des droits. Naturellement, cela pose la question de l'(in)applicabilité des garanties de droit public à la propriété commerciale, en l'occurrence, celle du principe d'insaisissabilité des biens publics (B).

## B. L'(IN)APPLICABILITE DES GARANTIES DE DROIT PUBLIC A LA PROPRIETE COMMERCIALE

Le principal argument du département de Saône-et-Loire était de dire que comme les parts de société qu'elle détenait remplissaient le critère organique de la propriété publique, elles bénéficiaient alors des garanties de droit public, et notamment, du principe de l'insaisissabilité des biens publics prévu à l'article L. 2311-1 du CG3P, au champ d'application très large. Pour sa part, Norbert Foulquier dénombre quatre garanties de droit public[243], à savoir :

- ***L'insaisissabilité des biens publics ;***

[243] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 16 et s.

- ***L'interdiction de cession à vil prix ;***
- ***La prescription quadriennale ;***
- ***La protection pénale de certaines dépendances domaniales.***

Autrement dit, les parts de la société APRP détenues par le département de Saône-et-Loire seraient insaisissables. Par conséquent, inconsciemment, la collectivité territoriale estime que la notion de bien couvre également l'immatériel : brevets, parts de société, et autres droits. Mais doit-on se satisfaire d'un tel raisonnement ? Doit-on se satisfaire d'une telle conclusion ? Par ailleurs, le tribunal administratif de Paris a-t-il réellement souhaité orienter cette question essentielle de qualification juridique vers la notion de bien, y compris pour les actifs immatériels ? En réalité, pour atténuer ce qui a pu être dit précédemment, la jurisprudence *APRP* ne permet pas de trancher le débat, et ce pour deux séries de raisons.

D'une part, dans « principe de l'insaisissabilité », il y a « saisie ». Autrement dit, ce principe prévu à l'article L. 2311-1 du CG3P a été imaginé pour protéger les biens publics des mécanismes de saisie judiciaire. Or, la faille du raisonnement du département de Saône-et-Loire réside précisément dans le fait que la procédure d'OPR-RO de l'article L. 433-4 du Code monétaire et financier, n'est pas, et ne peut absolument pas être assimilée à un mécanisme de saisie judiciaire que viendrait paralyser le principe de l'insaisissabilité de l'article L. 2311-1 du CG3P. En d'autres termes, la procédure d'OPR-RO est à distinguer des mécanismes de saisie judiciaire, de sorte qu'en l'occurrence, le principe de l'insaisissabilité n'a aucune prise, et ne trouve donc pas à s'appliquer en l'espèce, quand bien même la domanialité publique des parts serait avérée. Par conséquent, déduire de l'application (erronée) du principe de l'insaisissabilité, la qualité de bien pour les parts de société détenues par une collectivité territoriale plus précisément, et pour l'ensemble des actifs immatériels plus largement, est une argumentation qui ne tient pas.

D'autre part, et il s'agit là du point névralgique de la réflexion, est-il nécessaire de rappeler également que le juge administratif a singulièrement orienté son raisonnement, pour déduire la domanialité privée des actions et parts de société détenues par une collectivité territoriale, sur le fait que ces parts étaient « ultra minoritaires », et ne pouvaient donc pas présenter un « intérêt public éminent », seule affectation pouvant entraîner l'application du régime très protecteur de la domanialité publique, et donc, à pouvoir faire obstacle à la procédure d'OPR-RO. Un tel raisonnement a trois incidences majeures :

- ***D'abord, force est de constater que, loin de trancher la question, en réalité, le juge administratif, par son recours à l'affectation avec la notion d'intérêt public éminent, s'affranchit complètement de la nature juridique des actifs en cause :*** Biens ou droits, matériels ou immatériels, ces qualifications ne sont que secondaires. En effet, dès l'instant où l'actif en question présente un intérêt public éminent, alors il sera affecté à la domanialité publique, de sorte qu'il n'est pas ou plus nécessaire de résoudre les problématiques liées à leur nature. Un tel effort serait désormais inutile. Par conséquent, il est possible d'envisager qu'aussi bien des droits que des biens peuvent entrer dans le champ de la domanialité publique. En réalité, il faut souligner ici l'excellente parade du juge de Paris pour ne pas avoir à trancher un débat essentiel, qu'il abandonne bien volontiers au Conseil d'Etat ;
- ***Ensuite, il enseigne qu'une procédure d'OPR-RO sur des parts et actions de société détenues par une collectivité territoriale, n'est pas systématiquement légitime :*** En énonçant que l'absence d'intérêt public éminent découle du caractère ultra minoritaire des parts de la société APRP détenues par le département de Saône-et-Loire, le juge administratif prévoit, sans le fixer, un seuil de participation minimum (qui serait forcément compris entre 0,026% et 4,999%) à partir duquel il est possible de constater, ou non, cet intérêt public éminent, c'est-à-dire, de considérer, ou non, que ces parts sont essentielles pour l'exécution des missions de service public assurées par la collectivité propriétaire. En-deçà de ce seuil, la domanialité privée est avérée, et donc, la procédure d'OPR-RO approuvée. Au-delà, la domanialité publique s'applique, et donc, le principe de l'inaliénabilité (et non pas de l'insaisissabilité) fait obstacle à la vente, même forcée, de ces parts ;
- ***En dernier lieu, et comme le fait remarquer Gweltaz Eveillard, il faut rappeler que le principe de l'insaisissabilité, faussement invoqué ici, n'a absolument pas la portée radicale qu'on lui prête :*** En effet, il n'a pas pour objet *« d'interdire toute cession forcée d'une propriété publique »*[244]. A titre d'illustration, il est possible de citer l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 novembre 2005, dit *Société fermière de Campoloro*[245]. Par cette décision, le juge administratif a admis la possibilité pour le Préfet de procéder à l'aliénation forcée de biens appartenant à une collectivité territoriale, sous réserve qu'ils

[244] EVEILLARD (G), « De l'aliénation forcée des actions détenues par les personnes publiques », *op.cit.*, p. 528.

[245] CE Sect., 18/11/2005, *Société fermière de Campoloro,* concl. BOULOUIS (N.) ; *AJDA,* 2006, p. 137, note LANDAIS (C.) et LENICA (F.).

ne soient pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge. De même, et comme le démontre Gweltaz Eveillard, le principe de l'insaisissabilité n'interdit pas non plus l'expropriation pour cause d'utilité publique[246] (seul le principe d'inaliénabilité pouvant y faire obstacle), le recours à la procédure de tiers saisi, ou encore, le prononcé d'astreintes contre les personnes publiques[247].

Ainsi, la question de l'applicabilité des garanties de droit public à la propriété commerciale d'une collectivité territoriale ne saurait pas non plus être tranchée par la jurisprudence *Société APRP.* En effet, l'argument du département de Saône-et-Loire était bien trouvé : dans l'hypothèse où les parts de société détenues par une personne publique seraient affectées à son domaine privé, il convient alors d'invoquer le principe de l'insaisissabilité, lequel ne demande, pour s'appliquer, que la seule appartenance publique. Le problème d'un tel raisonnement résidait principalement dans le fait qu'une procédure d'OPR-RO, ne saurait être assimilée à une saisie judiciaire de ce « bien » public qu'incarneraient les parts de société. Le principe dont il s'agit n'ayant donc aucune emprise dans le litige, le juge administratif n'a pas eu à se prononcer sur l'applicabilité des garanties de droit public à la propriété commerciale, ce qui par ailleurs l'arrange bien. En effet, le faire reviendrait à se positionner sans équivoque sur la qualité de bien ou de droit des actifs immatériels :

- ***Si ces garanties sont applicables, c'est alors que la notion de bien couvre également les actifs immatériels ;***
- ***Si elles ne le sont pas, c'est alors que les actifs immatériels sont des droits distincts de la notion de bien.***

Du sacrosaint débat « biens/droits », découlent en réalité l'applicabilité de la domanialité publique aux actifs immatériels, et donc, celle de la très forte protection qui en résulte. En effet, si la doctrine majoritaire penche sérieusement en faveur de la domanialité privée, comme il a été vu avec le nom des collectivités territoriales, leurs marques, les données publiques, les archives dématérialisées, les œuvres de l'esprit, les logiciels, ou encore, les brevets, force est de constater que la jurisprudence, pour sa part, semble moins catégorique. Plus encore, la loi elle-même émet des hypothèses, certes résiduelles et débattues, de l'applicabilité (voire de

[246] CE, 27/11/1970, *Bizière,* concl. GENTOT (M.), n° 76128.

[247] TC, 19/03/2007, *Préfet de la Haute-Vienne c/ Mme Madi, Rec. Lebon p. 593,* concl. GARIAZZO (A.), n° 3497.

l'application) de la domanialité publique à certains actifs immatériels, ce qui démontre clairement les limites de la domanialité (Chapitre 2).

# CHAPITRE 2

# LES LIMITES DE LA PROTECTION DOMANIALE

Comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, si le débat sur la nature juridique des actifs immatériels locaux est essentiel dans le choix, ou l'élaboration, du régime à leur appliquer, la dichotomie biens/droits qui l'anime, est en réalité loin d'être aussi radicale et absolue qu'elle ne semble paraître. En effet, la très grande majorité des raisonnements doctrinaux prennent leur point d'origine, à juste titre, dans l'article L. 2111-1 du CG3P :

*« Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public ».*

Relatif à la seule domanialité publique immobilière artificielle, ces critères d'identification, d'origine prétorienne, ont très vite dépassé l'environnement au sein duquel ils étaient appelés à intervenir. Dans un souci de protection des biens publics, la jurisprudence avait en effet largement ouvert la méthode conceptuelle d'identification de ces biens, en l'érigeant presque en « méthode de droit commun d'identification des biens publics ». Si cette vision du droit administratif des biens semblait correspondre aux exigences du XIX$^{ème}$ et d'une très large majorité du XX$^{ème}$ siècle, elle s'est très vite montrée impuissante face aux défis posés par la fin du XX$^{ème}$ et le début du XXI$^{ème}$ siècle. En effet, si la domanialité publique permet une protection accrue des biens publics, les sacrosaints principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité n'offrent pas la souplesse de gestion et d'exploitation dont doit désormais nécessairement s'imprégner le patrimoine public. Par conséquent, le CG3P du 21 avril 2006 a eu pour volonté première de « resserrer » le champ d'application de cette domanialité publique, notamment en exigeant la réalisation d'un aménagement indispensable pour les biens affectés à un service public. Plus exigeant, donc plus difficile à satisfaire que l'aménagement spécial, la refonte du critère matériel devait permettre une certaine maîtrise et régulation du champ de la domanialité publique, au profit d'une gestion plus souple des biens publics. C'est aussi en ce sens que le juge a fait en sorte de remanier les méthodes complexes d'identification, et que le législateur, pour sa part, s'est assuré de l'autonomie pleine et entière des méthodes énumératives.

En principe, celles-ci s'affranchissent des critères de la domanialité. Or, force est de constater qu'en pratique, le juge, interprétant la lettre de la loi, et renouant ainsi avec ses anciennes traditions, a eu recours au critère fonctionnel de l'affectation pour rattacher certains biens à la domanialité publique mobilière[248]. Pour ne rester que dans le cadre de la présente étude, deux positions jurisprudentielles peuvent être rappelées en ce sens :

- ***Celle relative aux archives dématérialisées (CE, 29 octobre 2012, EURL Photo Josse)[249] ;***
- ***Celle relative aux parts de société (TA Paris, 21 mars 2012, Société APRP)[250].***

Outre une volonté bien présente mais encore balbutiante de réduction du domaine public de la part du CG3P, ce positionnement des juges a alors renforcé la conviction de certains auteurs en la croyance du caractère « quasi-universel » des critères de la domanialité publique, et surtout, en l'exigence de la qualité de bien, et ce quelle que soit la méthode d'identification appliquée. La question de la nature juridique des actifs immatériels (biens ou droits) apparaît, aux yeux de la doctrine, comme centrale afin de résoudre celle de l'applicabilité de la domanialité publique. L'illustration la plus symptomatique de ce phénomène reste sans nul doute l'intervention de Norbert Foulquier qui, dans le cadre du colloque relatif au patrimoine immatériel des collectivités territoriales[251], conduit la première partie de son raisonnement sur un rythme binaire. Envisageant la question d'une possible ouverture de la domanialité publique aux actifs immatériels, il explique très clairement qu'une telle place n'est possible que si les actifs immatériels locaux sont considérés comme des biens. A l'inverse, il affirme que la protection offerte par la domanialité publique leur serait complètement fermée s'ils sont considérés comme des droits, ce pour quoi se prononce une très grande majorité de la doctrine tel qu'il a été vu dans les pages précédentes. Pourtant, l'importance du débat biens/droits est loin d'avoir la portée qu'on lui prête, dans la mesure où le raisonnement conduit par la doctrine administrativiste connaît en réalité quatre atténuations majeures.

---

[248] Pour ne raisonner que sur ce seul exemple.

[249] CE, 29/10/2012, *EURL Photo Josse,* concl. ESCAUT (N.), *op.cit.*

[250] TA Paris, 17/03/2012, *Société APRP,* concl. REULAND (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 208, note ROHAN (P.-A.) et LEONETTI (R.).

[251] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

D'abord, et pour en revenir aux concepts fondamentaux, la définition contemporaine de la notion de bien longuement étudiée en introduction énonce[252] :

*« Relativement à une personne, les biens sont les éléments mobiliers ou immobiliers composant son patrimoine, à savoir d'une part, les choses matérielles qui lui appartiennent (biens corporels), et d'autre part, les droits autres que le droit de propriété dont elle est titulaire (biens incorporels) »*

Autrement dit, cette définition du bien englobe en son sein les choses matérielles et les droits composant le patrimoine de la personne publique. Par conséquent, en vertu de cette définition, est évacuée la problématique de la nature juridique de l'actif immatériel, puisqu'il s'avère que la notion de bien est en l'occurrence suffisamment large pour englober à la fois les biens et les droits. La question de savoir si les actifs immatériels locaux sont des biens ou des droits perd de son intérêt. Qui plus est, les actifs immatériels étant des biens, la domanialité publique peut alors être envisagée pour certains d'entre eux, à la condition de satisfaire les critères fonctionnel et matériel, le critère organique étant acquis ici.

Ensuite, et corollairement, la jurisprudence de la Cour EDH, à contre-courant de la doctrine administrativiste française, tranche précisément en faveur de la notion de bien. L'arrêt *Gasus Dosier* du 23 février 1995 enseigne en effet qu'une disposition contractuelle, ou même, qu'une créance, valeur immatérielle s'il en est, peuvent constituer un bien[253]. Par conséquent, l'atténuation précédente, laquelle pourrait s'analyser en une affirmation gratuite, trouve ici une assise confortable. Par ailleurs, au sein même de son intervention sur la nature juridique des actifs immatériels locaux, Norbert Foulquier le reconnaît lui-même : *« La tendance lourde aussi bien au sein de la doctrine* [internationale] *que de la jurisprudence est effectivement d'analyser les brevets, les droits sur les dessins, etc., comme des biens (jurisprudences de la Cour EDH et du Conseil constitutionnel) ».* Même s'il convient de préciser que le Norbert Foulquier ne raisonne que sur le seul capital structurel (les savoir-faire, les brevets, les méthodes, les innovations, les marques, les systèmes d'information, les données), force est de constater que la jurisprudence de la Convention permettrait une ouverture de la domanialité publique aux actifs immatériels locaux. Par conséquent, si la question de la nature juridique de ces actifs devait impérativement être tranchée, la qualification majoritaire de droits, et donc, l'application

[252] *Supra* p. 18.

[253] Cour EDH, 23/02/1995, *Gasus Dosier – UndFördertechnikGmbH c/ Pays-Bas, op.cit.*

« par nature » du régime de la domanialité privée, trouverait une concurrence bien plus sérieuse, et il n'est pas certain que l'affectation systématique au domaine privé l'emporte. Cela ne signifierait pas pour autant une ouverture non régulée du champ de la domanialité publique à l'immatériel, puisqu'au-delà de la qualification de bien, il faudrait ensuite que les actifs immatériels satisfassent à la méthode conceptuelle d'identification. Or, le critère de l'aménagement indispensable, notamment, joue un rôle de filtre redoutablement efficace en matière d'immatériel. Simplement, sur une question aussi stratégique et complexe que celle de la nature juridique des actifs immatériels, il convient de refonder le débat et la discussion sur des bases saines, en évitant l'engouffrement systématique dans une voie en particulier, parce que « par nature », elle semblerait la plus logique. D'autant que la réponse apportée à la question finale, qui reste bien celle de l'applicabilité ou non de la domanialité publique, ne serait pas forcément différente. Il n'empêche qu'il reste intellectuellement dérangeant de se contenter d'une solution fondée sur un raisonnement fragile, dans la mesure où un meilleur raisonnement conduirait à une réponse identique.

En troisième lieu, la certitude selon laquelle les droits sont exclus du champ de la domanialité publique, pour en déduire dans un second temps qu'ils doivent donc être affectés au domaine privé, résulte en réalité d'une erreur d'interprétation du CG3P. A ce propos, dans le cadre de son intervention, Norbert Foulquier dit la chose suivante : *« Le CG3P affirme que les droits des personnes publiques, à la différence de leurs biens, relèvent nécessairement de leur domaine privé, c'est-à-dire, de la catégorie de leur biens qui ne sont pas soumis au droit administratif, mais qui sont régis par le droit privé »*[254]. Or, dans son ouvrage portant sur le droit administratif des biens, le même auteur a pu reconnaître que :

*« Les droits incorporels des personnes publiques se rangent dans leur domaine privé car l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ne retient dans le domaine public que les biens. Cette solution se justifie par la pratique car les droits incorporels font rarement l'objet d'un aménagement indispensable lorsqu'ils sont affectés à un service public. L'exigence de l'aménagement a souvent pour effet d'incorporer dans le domaine privé la plupart des biens et des droits mobiliers, le domaine public accueillant surtout les immeubles. D'où le réflexe de la doctrine et des autorités administratives de classer les droits incorporels,*

[254] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

*tels que les licences, les brevets, les marques, les parts dans le capital d'une société, etc., détenus par les personnes publiques dans leur domaine privé »*[255].

Deux remarques peuvent être faites. D'abord, déduire du constat selon lequel « les droits incorporels des personnes publiques se rangent dans leur domaine privé car l'article L. 2111-1 […] ne retient dans le domaine public que les biens », l'observation selon laquelle le CG3P « affirme que les droits des personnes publiques […] relèvent nécessairement de leur domaine privé », procède d'une véritable surinterprétation du Code. Cela n'est pas parce que d'un côté, l'article L. 2111-1 du CG3P ne semble retenir que les seuls biens, qu'il faut en déduire de l'autre qu'il affirme que les droits incorporels (nous préfèrerons les termes plus larges d'actifs immatériels) sont exclus du domaine public. Si une interprétation *a contrario* est effectivement possible (l'article ne vise que les biens, donc c'est qu'il exclut les droits), il semble extrêmement difficile d'en déduire pour autant l'affirmation par le Code de l'exclusion des actifs immatériels de la domanialité publique. Par conséquent, si le postulat selon lequel les actifs immatériels doivent être systématiquement affectés au domaine privé des collectivités territoriales propriétaires a des chances sérieuses d'emporter la conviction, dans le meilleur des cas, il ne peut avoir qu'autant de crédit que celui selon lequel cette affectation au domaine privé n'est pas systématique. Ensuite, pour appuyer son raisonnement, la doctrine administrativiste déduit également l'exclusion des actifs immatériels de la domanialité publique, de leur impossibilité de faire l'objet d'un aménagement indispensable. Autrement dit, la réflexion serait la suivante : « les actifs immatériels, précisément en raison de leur nature immatérielle, ne peuvent pas être aménagés. S'ils ne peuvent pas être aménagés, c'est que ce ne sont donc pas des biens. Si ce ne sont pas des biens, ils ne peuvent pas être affectés à la domanialité publique ». Or, le présent syllogisme ne tient pas pour deux séries de raisons. D'une part, parce que s'il est évident que la satisfaction du critère matériel de l'aménagement indispensable, déjà bien difficile à contenter, le sera encore davantage avec un actif immatériel, cela n'a rien d'impossible. Par ailleurs, et comme il sera vu, Norbert Foulquier le démontre lui-même. Dans la même lignée, le critère matériel de l'aménagement indispensable reste tributaire du critère fonctionnel de l'affectation. En effet, celle-ci peut être indirecte lorsque le bien est affecté à un service public, et dans ce cadre-là, le bien public doit avoir fait l'objet d'un aménagement indispensable à ce service ; mais l'affectation peut aussi être directe ! Le bien public peut être affecté à l'usage direct du public, laquelle affectation ne nécessite aucun aménagement quel qu'il soit. Autrement dit, dans

[255] FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens, op.cit.,* p. 105.

le cadre d'une affectation directe, la problématique de l'aménagement indispensable, si toutefois elle existe, est évacuée. D'autre part, l'argument de la difficulté de l'aménagement indispensable ne tient pas, car il est plus que souhaitable que le raisonnement suive un cheminement logique, et donc, stabilise, une fois pour toutes, son point d'origine :

- ***Soit l'on considère que les actifs immatériels ne sont pas des biens, de sorte qu'il est parfaitement légitime de ne pas se poser la question de la satisfaction des trois critères de la domanialité publique ;***
- ***Soit l'on décide effectivement de se poser la question de la satisfaction des critères de la domanialité[256], mais dans cette hypothèse, cela signifie alors que l'on a accepté l'idée première que les actifs immatériels soient des biens.***

Mais il est assez audacieux, au sens de la présente étude, d'affirmer d'abord que les actifs immatériels ne sont pas des biens mais des droits, pour poursuivre ensuite par la difficulté de satisfaire le critère de l'aménagement indispensable, pour l'ériger enfin en preuve irréfutable de la nature juridique des actifs immatériels. Soit le raisonnement trouve son point d'origine dans la qualification juridique, soit il le trouve dans les critères de la domanialité (et comme il vient d'être vu, les deux postulats se défendent), mais il conviendrait de ne pas tout mélanger. D'autant qu'exiger la qualification de bien, ce qui bien sûr reste légitime, reviendrait en réalité à poser un quatrième critère domanial, qui de surcroît, serait le premier à satisfaire pour l'affectation au domaine public : avant d'appartenir à une personne publique, avant d'être affectée à un service public (donc aménagement) ou à l'usage direct du public, la chose doit être un bien. Pendant de très nombreuses décennies, la domanialité publique que l'on croyait reposer sur un triptyque identitaire, aurait en réalité quatre exigences… Le domaine public immatériel permettrait-il de redécouvrir les fondements les plus profonds d'une théorie séculaire ?

En quatrième et dernier lieu, le débat sur la nature juridique des actifs immatériels n'a pas du tout la portée qu'on lui prête, dans la mesure où il conviendrait d'abord et avant tout de rendre, à ce que la doctrine a pu appeler « les critères de la domanialité publique », leur portée d'origine. Est-il nécessaire de rappeler une énième fois, qu'en dépit des extensions isolées que le juge a pu en faire depuis 2006, ces critères ont été conçus pour la seule domanialité publique

[256] Laquelle ne serait pas, est-il nécessaire de le rappeler, accordée trop facilement, précisément en raison de ces critères. Toute crainte de l'ouverture de la « boîte de Pandore » est ainsi écartée.

immobilière artificielle. Même dans l'hypothèse la plus favorable à la doctrine majoritaire, et selon laquelle les actifs immatériels sont des droits justifiant leur affectation au domaine privé, le débat sur la nature juridique de ces actifs ne peut avoir une résonnance que très limitée. En effet, s'il reste primordial d'apporter (enfin) une réponse précise à la question, du point de vue de la théorie, voire de la philosophie du droit, force est de reconnaître que l'impact pratique ne devrait être que très limité. D'autant qu'il n'y a absolument rien d'odieux ou d'inique à penser que le juge administratif puisse ériger en bien affecté à la domanialité publique un actif immatériel en vertu d'une nouvelle méthode complexe d'identification, comme a pu l'être le domaine public par accessoire, ou encore, plus simplement, en ce que certains de ces actifs sont affectés à la domanialité publique par simple détermination de la loi, comme a pu l'être le domaine public mobilier (méthode énumérative). Quelle qu'en soit la méthode, serait ainsi créé un nouveau domaine public, à savoir, le domaine public immatériel, lequel s'affranchirait complètement de la nature juridique des actifs qui le composerait. Qui plus est, comme il sera vu, se pose inéluctablement la question de l'opportunité d'ouvrir le régime juridique du domaine public, en son état actuel, au champ de l'immatériel. Les principes d'imprescriptibilité et d'inaliénabilité, de même que les règles relatives à son utilisation collective et privative (etc.), sont-ils réellement adaptés aux particularités qui caractérisent le patrimoine immatériel local ? Ne vaudrait-il pas mieux imaginer la conception d'un régime juridique qui lui serait propre ? Si oui, lequel ? S'il conviendra, dans les pages qui suivront, d'apporter une réponse claire et satisfaisante à cette triple interrogation, l'objet des développements qui vont être immédiatement conduits, n'est pas d'affecter coûte que coûte certains actifs immatériels au domaine public. Non contente d'être prétentieuse, la démarche tomberait vite dans une impasse. L'objet de l'étude qui suivra est en réalité beaucoup plus modeste, beaucoup plus sobre, et beaucoup plus simple : l'objet de la présente réflexion n'est pas d'affirmer gratuitement que la domanialité publique est ouverte au champ de l'immatériel, plus simplement, il est de démontrer que l'affectation des actifs immatériels à la domanialité privée n'est pas systématique. D'autant qu'il est vrai que par certains aspects, la domanialité publique se révèlerait adaptée à l'immatériel public local. Par ailleurs, l'ouverture du domaine public aux actifs immatériels, non seulement semble possible, mais est en outre, concrète. Toutefois, s'il n'y a plus à démontrer l'opportunité que représente ce régime très protecteur (Section 1), elle reste néanmoins fragile, et n'est pas forcément souhaitable. Après avoir suivi cette rigoureuse pédagogie, il est possible de déduire de cette complexité (Section 2), l'affectation éventuelle des actifs immatériels à la domanialité privée, laquelle n'est donc pas systématique. Mais même

dans cette hypothèse, la problématique reste identique : le domaine privé est-il adapté ? Offre-t-il une protection suffisante ? Une troisième voie est-elle possible ?

## SECTION 1 : L'OPPORTUNITE DU DOMAINE PUBLIC

Parler « d'opportunité » du domaine public après avoir dénoncé son extrême rigidité dans la gestion des biens peut sembler paradoxal. Or, dans son intervention au sein du colloque relatif au patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Norbert Foulquier développe toute une série d'arguments démontrant que non seulement, l'ouverture du domaine public au champ de l'immatériel est possible (§1), mais en outre, qu'elle est concrète (§2).

### §1 – UNE OUVERTURE POSSIBLE

Le classement systématique des actifs immatériels au sein de la domanialité privée induit malheureusement la fausse idée selon laquelle toute symbiose de l'immatériel avec la domanialité publique est impossible. Par ailleurs, ce postulat se fonde lui-même sur la fausse idée selon laquelle la domanialité publique serait en réalité exclusive de tout autre régime juridique. Or, cette « exclusivité » n'a en réalité aucun fondement légal, ou même, jurisprudentiel. Elle a été faussement admise en raison, il est vrai, de l'extrême difficulté à concilier les principes qui l'animent, avec tout autre régime juridique, en raison de leur importante rigidité. En effet, l'imprescriptibilité, l'inaliénabilité, les règles très strictes en matière d'occupation privative du domaine public (etc.), si elles se justifient pleinement au titre de l'accomplissement des missions de service public, ou encore, de l'intérêt général, compliquent sérieusement la gestion des biens publics, et donc, la superposition de tout autre régime devant pourtant s'appliquer. C'est pourquoi, lorsque l'hypothèse se présente, l'affectation de l'actif à la domanialité privée semble s'imposer d'elle-même, parce que « par nature », son régime serait plus approprié et donc plus tolérant vis-à-vis des spécificités juridiques éventuelles, propres au bien en question. Si l'argument se comprend aisément, il est toutefois très audacieux d'assimiler la « difficulté d'articulation du régime juridique de la domanialité publique », à une exclusivité de ce régime. En effet, difficile ne signifie pas exclusif. De sorte qu'il n'est pas impossible d'imaginer la cohabitation d'un actif immatériel avec la domanialité publique, voire même, d'imaginer l'affectation de cet actif immatériel au domaine public. Par ailleurs, Norbert Foulquier évoque l'idée au travers de cinq arguments.

En premier lieu, il prend l'hypothèse d'un bâtiment affecté à un service public, aménagé à cette fin, et créé par des architectes. Affecté à la domanialité publique, l'édifice a pourtant été réalisé sur la base de plans protégés par le droit d'auteur : il s'agit donc d'une œuvre de l'esprit dont la réalisation est affectée à la domanialité publique. Bien qu'il ne soit pas question d'un actif immatériel proprement dit, nous sommes en présence d'un édifice, faisant à la fois l'objet de droits d'auteur, et soumis au régime de la domanialité publique. Par conséquent, cette première illustration, qui n'est pas un cas d'école, prouve qu'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre le régime de la domanialité publique, et les autres régimes juridiques, au sein desquels figurent ceux des actifs immatériels. Ainsi, Norbert Foulquier dit lui-même que : *« L'existence d'un droit d'auteur sur un bien n'exclut pas nécessairement son appartenance au domaine public ».*

Le raisonnement franchit ensuite une étape supplémentaire grâce à l'article R. 2122-8 du CG3P. Celui-ci dispose que :

*« Les prestations portant sur des biens et droits mobiliers de l'Etat ou de ses établissements publics entrant dans l'une des catégories définies à l'article 2 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel ne sont pas régies par les dispositions de la présente section ».*

Cet article est autant remarquable par son contenu, que par le Titre du Code dans lequel il est inséré. En effet, la disposition figure dans un Titre II intitulé « Utilisation du domaine public », lequel est lui-même inséré dans une Deuxième Partie intitulée « Gestion du domaine public ». Autrement dit, la partie règlementaire du CG3P fixe ici les modalités d'utilisation du domaine public, ce qui signifie *a fortiori* que les biens qu'elle entend régir sont forcément affectés au domaine public. Partant de ce constat, le contenu de l'article R. 2122-8 prend alors tout son sens. En visant directement les concepts de « droits mobiliers », ou encore, de « valorisation de son patrimoine immatériel », par un raisonnement *a contrario,* le Code admet la possibilité que des actifs immatériels puissent être affectés à la domanialité publique. Enfin, si la réflexion est valable pour le patrimoine immatériel de l'Etat, *a fortiori,* elle l'est également pour celui des collectivités territoriales. Par conséquent, cette illustration, bien plus que la première, démontre que la nature immatérielle des actifs n'a rien d'incompatible avec la domanialité publique.

En troisième lieu, Norbert Foulquier évoque succinctement l'hypothèse des sources constitutionnelles du domaine public immatériel. Selon lui, la place du domaine public

immatériel au rang constitutionnel n'est pas nécessaire. En effet, celle-ci pourrait tout à fait s'épanouir au sein de la jurisprudence constitutionnelle relative à la continuité du service public[257], dans la mesure où les biens affectés à cette continuité ne doivent pas être privés de garanties légales : *« La continuité du service public exige que tous les éléments indispensables au bon fonctionnement du service public lui restent affectés. Peu importe la propriété, le régime, mais il faut que ces biens mêmes immatériels ne soient pas distraits de leur affectation au service public »*[258]. Cette théorie est riche d'enseignements. Loin de bannir la domanialité publique immatérielle du champ constitutionnel, ce qui poserait ainsi la question de l'absolue nécessité d'un tel domaine public, elle vient au contraire en affirmer la légitimité. En effet, elle relègue à un plan beaucoup plus accessoire la nature immatérielle des biens susceptibles d'être affectés au domaine public, et affirme que dès l'instant où l'actif est indispensable au fonctionnement du service public, alors il doit y être affecté. Sa nature, son régime, et même son titulaire, importent peu : seule compte l'activité homogène du service public. Autrement dit, si le besoin d'un domaine public immatériel se fait sentir, alors il se justifiera, comme toutes les autres affectations, par les mêmes fondements qui ont conduit à l'élaboration des « lois du service public »[259]. Tout comme le domaine public ferroviaire, routier, ou encore, le domaine public maritime, le domaine public immatériel, ne serait qu'un domaine public « supplémentaire », venant se mélanger aux autres, et justifié par les mêmes règles. C'est précisément en cela que la place constitutionnelle de la domanialité publique immatérielle n'est pas nécessaire : non pas parce que sa nature immatérielle, ou quelle qu'en soit la raison, nécessiterait l'adoption de fondements spécifiques, mais bien parce que si la domanialité publique immatérielle n'est pas encore intégrée, elle a déjà à sa disposition tous les fondements juridiques nécessaires à son admission éventuelle. Le patrimoine immatériel des collectivités territoriales démontre ainsi ses liens étroits, non seulement avec le droit administratif des biens, mais aussi avec le droit public économique, qui occupe de toute évidence une place centrale.

---

[257] CC, 25/07/1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail,* n° 79-105 DC ; CC, 23/07/1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom,* n° 96-380 DC.

[258] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[259] Principe de continuité, principe de mutabilité, principe d'égalité.

En quatrième lieu, Norbert Foulquier combine deux arguments qu'il avait déjà évoqués dans le débat sur la nature juridique des actifs immatériels :

- ***Il s'agit d'une part de la méthode conceptuelle d'identification des biens relevant du domaine public, envisagée comme méthode d'identification de droit commun, alors qu'elle ne concerne que la seule domanialité publique immobilière artificielle ;***
- ***Il s'agit d'autre part de l'article R. 2122-8 du CG3P.***

De la combinaison de ces réflexions, paradoxalement, il tire une conclusion forte intéressante, démontrant que l'ouverture de la domanialité publique immatérielle est possible. Partant du postulat selon lequel la méthode conceptuelle d'identification vaut pour l'ensemble des biens affectés au domaine public, comme le pense la très grande majorité de la doctrine, il précise qu'en disposant que *« les prestations portant sur des biens et droits mobiliers de l'Etat […] ne sont pas régies par les dispositions de la présente section »,* l'article R. 2122-8 du CG3P, qui reconnaît *a contrario* que des biens immatériels peuvent entrer dans le domaine public, reconnaît dans le même temps que cette entrée ne se fera pas dans le domaine public immobilier artificiel, précisément en raison de la nature juridique des actifs immatériels. Par conséquent, si les actifs immatériels ne peuvent être affectés à la domanialité publique immobilière artificielle, c'est alors qu'ils doivent être affectés au domaine privé immobilier selon les règles du Code civil. Or, par application de l'article 529 du Code civil, les actifs immatériels sont des biens meubles immatériels ! Par conséquent, en vertu du présent raisonnement, et en toute logique, les actifs immatériels n'entrent pas non plus dans le « domaine privé immobilier » ! Par ailleurs, Norbert Foulquier ironise sur ce point : *« Ni dans l'un ni dans l'autre ! Le juriste un peu binaire se dit "mais c'est où ?... Ailleurs…". Pour le coup, c'est très très immatériel, un peu perdu dans l'espace ».* De sorte qu'il en arrivera à la conclusion qu'il faut alors appliquer, par nécessité, la législation propre à ces actifs immatériels : s'il s'agit d'une œuvre de l'esprit, on appliquera alors les règles issues du Code de la propriété intellectuelle, s'il s'agit d'une donnée publique, l'on appliquera alors la législation afférente telle qu'elle résulte des transpositions des directives européennes, et ainsi de suite. Pour autant, l'application de ces législations, de même que « l'inapplicabilité » de la domanialité publique immobilière artificielle, excluent-elles l'application toute entière des principes de la domanialité publique ? Bien sûr que non : les actifs immatériels sont certes exclus du domaine public immobilier, mais seulement du domaine public immobilier. De sorte qu'il n'est pas impossible d'imaginer une affectation des actifs immatériels à la domanialité publique en vertu d'autres méthodes (énumérative par exemple),

et dont les règles devront se concilier *« chaque fois que cela est possible »*[260] avec celles issues du droit privé. Par conséquent, le point névralgique du raisonnement réside dans le constat sans appel que le régime juridique de la domanialité publique n'est en rien incompatible avec les législations de droit privé, et que donc, l'affectation des actifs immatériels au domaine privé des collectivités territoriales n'est pas systématique. Si la conclusion semble satisfaisante, l'analyse qui l'induit l'est en revanche beaucoup moins. En réalité, la question de l'applicabilité de la domanialité publique immobilière artificielle est une non-question, et n'aurait même pas dû se poser. En effet, le postulat de départ qui consiste à ériger la méthode conceptuelle de la domanialité publique immobilière, en méthode d'identification de droit commun pour l'ensemble des biens publics semble difficile à vérifier. Il existe de nombreux moyens de caractérisation de la domanialité publique. Mais conduire la réflexion, en l'axant sur la méthode conceptuelle, pour en déduire ensuite que les actifs immatériels ne peuvent pas être affectés au domaine public immobilier est assez particulier. La conclusion ne pouvait pas être différente : il ne s'agit pas de biens immobiliers (matériels) ! Plus que la conclusion, toute la question est alors de savoir ce qui justifie, dans la réflexion, une telle amorce. Il n'est pas non plus certain que la tentative de réponse apportée dans ces modestes lignes emporte la conviction. D'autant que de cette « pseudo-impasse » dans laquelle l'article R. 2122-8 du CG3P semble confiner le patrimoine immatériel local (ni domaine public immobilier, ni domaine privé immobilier), Norbert Foulquier dresse le constat d'une nécessaire *« conceptualisation d'un régime juridique propre pour ces biens* [immatériels]. *C'est le seul moyen de sortir de l'impasse que semble dessiner cette disposition ».* Si au sens de la présente étude, en réalité, les raisons de la conceptualisation d'un régime de protection propre au patrimoine immatériel des collectivités territoriales, sont ailleurs, force est de reconnaître en revanche que le besoin d'un régime spécifique est grand.

En dernier lieu, Norbert Foulquier pose la question de l'effacement nécessaire de la domanialité publique face à des législations qui lui seraient incompatibles. Autrement dit, il envisage ici l'hypothèse la plus défavorable à l'application des principes fondamentaux du domaine public, laquelle justifierait l'affectation « par nature » des actifs immatériels au domaine privé. Or, même dans ce scénario, il en arrive à la conclusion qu'avant de décider d'une telle incompatibilité, il convient d'abord et avant tout de déterminer une éventuelle

[260] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

cohabitation : *« Il est plus prudent de rechercher dans un premier temps une forme de conciliation »*. A ce sujet, l'auteur rappellera que c'est précisément l'articulation qui a été décidée en matière de copropriété : la législation issue du droit privé se concilie avec les principes fondamentaux de la domanialité publique. Concernant en revanche la possibilité d'une telle articulation avec le droit de la propriété intellectuelle, à l'heure actuelle, il n'existe pas de ligne ou même de politique jurisprudentielle, mais rien n'interdit de l'envisager.

Ainsi, l'ouverture de la domanialité publique au patrimoine immatériel des collectivités territoriales, sans aller jusqu'à affirmer qu'elle est essentielle, nécessaire, ou exigée, reste néanmoins possible. Dès lors, l'affectation des actifs immatériels au domaine privé n'a rien de systématique, au contraire, la question de l'affectation impose même la réflexion. La meilleure stratégie susceptible d'emporter l'adhésion reste celle consistant à illustrer les propos précédents par une démonstration précise. Or, il n'aurait rien de surprenant à imaginer qu'une telle démonstration n'existe pas, puisque si la question de l'affectation de biens immatériels à la domanialité publique se pose, c'est qu'à cet instant, en l'état actuel des textes, une telle affectation est impossible. Pourtant, et contre toute attente, il est possible de trouver dans le CG3P des actifs immatériels qui sont déjà affectés à la domanialité publique ! En effet, même si les hypothèses restent clairement résiduelles et font état de situations spécifiques qui n'ont aucunement vocation à se généraliser, l'ouverture de la domanialité publique au patrimoine immatériel n'en reste pas moins concrète (§2).

## §2 – UNE OUVERTURE CONCRETE

Désormais, la position est ancienne : les fréquences hertziennes sont affectées au domaine public par détermination de la loi (A). La jurisprudence a également fait son office en considérant, en vertu de certains critères, que les logiciels « pouvaient » être affectés au domaine public (B).

### A. LA PARTICULARITE DU DOMAINE PUBLIC HERTZIEN

Contrairement à l'ensemble des autres biens affectés à la domanialité publique, le domaine public hertzien présente la particularité de l'immatériel. Le constat est d'autant plus important que c'est précisément lui qui a éveillé les passions entre les partisans d'une vision domaniale traditionnelle du droit administratif des biens, et ceux d'une vision plus économique des biens de l'administration. Farouchement opposée à ce que la domanialité publique puisse se saisir d'un bien immatériel comme « l'air », les ondes, ou encore, les fréquences hertziennes,

la position de Didier Truchet consiste à dire qu'il faut se contenter d'analyser les titulaires des autorisations d'exploitation, comme des occupants privatifs du domaine public, sans prendre la peine d'affirmer qu'un bien immatériel est affecté au domaine public. A l'inverse, Bertrand Delcros voit en l'immatériel hertzien une richesse presqu'inépuisable que le droit ne pouvait ignorer. Aussi enflammées qu'ont pu être les oppositions doctrinales à la fin des années 1980, la loi a pour ainsi dire coupé court au débat, en affectant les fréquences hertziennes au domaine public, au même titre que le domaine public routier, ou encore, le domaine public ferroviaire. En effet, Jean-Philippe Brouant a retracé l'histoire du domaine public hertzien en expliquant que : *« Longtemps gouverné par le système de l'autorisation préalable, le droit de l'audiovisuel doit désormais se concilier avec le régime de la domanialité publique »*[261]. En effet, les lois successives[262] relatives à la « domanialisation » des fréquences hertziennes ont très clairement disposé qu'une utilisation privative des fréquences autorisées constituait une occupation privative du domaine public de l'Etat[263]. De surcroît, et après de nombreuses hésitations, la jurisprudence elle-même, par l'intermédiaire du Conseil constitutionnel, a fini par reconnaître la légitimité d'une telle affectation[264]. Enfin, repris en 2006 par le CG3P, à l'article L. 2111-17, le domaine public hertzien ne constitue plus, à l'heure actuelle, et après plus de vingt ans d'existence, une excentricité de la norme. Il faut dire que les contestations doctrinales n'ont pas pesé lourd face aux potentialités économiques : l'exploitation du domaine public hertzien rapporte chaque année plusieurs dizaines de millions d'euros à l'Etat, avec, comme il sera vu, une dérive importante de l'augmentation des redevances en 2008.

Le constat qu'il est possible de faire de cette évolution du domaine public hertzien, ici sommairement retracée, est double. D'abord, et comme le précise Norbert Foulquier, lorsque

[261] BROUANT (J.-P.), « L'usage des fréquences de communication audiovisuelle et la domanialité publique », *AJDA,* n° 2, 20 février 1997, p. 115.

[262] Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 192, 1er octobre 1986, p. 11755 ; Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 27, 18 janvier 1989, p. 728 ; Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de règlementation des télécommunications, *JORF* n° 174, 27 juillet 1996, p. 11384.

[263] Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 27, 18 janvier 1989, p. 728, article 10.

[264] CC, 25/07/2001, *Loi organique relative aux lois de finances,* n° 2001-448 DC.

l'on parle du domaine public hertzien, l'on parle d'ondes, et du droit d'exploiter ces ondes[265]. Ensuite, la domanialité publique hertzienne résulte de la méthode énumérative, c'est-à-dire, pour reprendre une expression chère aux partisans de la domanialité privée, un domaine public « par nature ». A ce stade du raisonnement, la très grande majorité des auteurs prennent alors la peine de préciser que les fréquences hertziennes échappent en cela à la définition générale du domaine public. Or, au sens de la présente étude, cet élément pourrait largement être passé sous silence. En effet, la « définition générale du domaine public » telle qu'elle résulte de l'article L. 2111-1 du CG3P, ne concerne que le seul domaine public immobilier, comme le rappelle par ailleurs le Chapitre 1er (*Domaine public immobilier*) dans lequel la disposition est insérée. En outre, elle prend bien le soin d'expliquer que les concepts qu'elle pose sont à appliquer *« sous réserve de dispositions législatives spéciales »*[266]. Mais il reste vrai que l'article L. 21111-1 du CG3P est enfermé dans une double ambiguïté :

- ***D'une part, il est vrai que cette disposition est insérée dans un Chapitre relatif au domaine public immobilier accréditant ainsi la thèse de la limitation de la définition aux seuls biens immobiliers ;***
- ***Mais d'autre part, dans son contenu, l'article L. 2111-1 parle bien du « domaine public des personnes publiques », et non pas, du « domaine public immobilier des personnes publiques », accréditant ainsi la thèse, jurisprudence à l'appui, du caractère général de la définition.***

Autrement dit, la question, soit du « classement », soit du contenu, de la définition se pose avec une pertinence accrue, et appelle enfin une réponse claire, même si la présente étude, pour sa part, tranche largement en faveur de la première interprétation, et se place en cela aux antipodes de la perception de très nombreux auteurs.

Ainsi, selon Norbert Foulquier, le domaine public hertzien offre un double enseignement. Dans un premier temps, il enseigne *« qu'il n'existe pas d'incompatibilité substantielle entre le domaine public et les biens immatériels. Même si le domaine public a été pensé, historiquement, pour les immeubles, les routes, les plages, les rivières…, la notion de*

[265] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[266] Art. L. 2111-1 du CG3P.

*domaine public peut accueillir des biens immatériels. Il n'y a pas d'opposition de nature »*[267]. Autrement dit, et pour adapter une expression d'Henri Arsac[268], « le mariage entre le domaine public et le patrimoine immatériel ne serait pas naturel, mais il peut tout à fait réussir ». Par conséquent, l'affectation d'un actif immatériel à la domanialité privée n'a rien de systématique. Dans un second temps, et de manière plus ciblée, le domaine public hertzien enseigne qu'il reste un domaine public spécial qui n'a aucunement vocation à intégrer en son sein d'autres actifs immatériels, dont la gestion se révèlerait grandement inadaptée si elle était régie par l'article L. 2111-17 du CG3P. En d'autres termes, le domaine public hertzien n'a aucunement vocation à incarner, de près ou de loin, un quelconque régime de droit commun pour les actifs immatériels. C'est précisément pourquoi, en raison du caractère très novateur du concept, la domanialité publique des actifs immatériels, en admettant qu'elle se poursuive, ne pourra d'abord se faire que de manière empirique. La conception d'un régime général ne pourra s'envisager qu'après que la pratique aura donné une assise intellectuelle suffisamment confortable à son élaboration. En ce sens, Norbert Foulquier conclut sur ce point en affirmant « [qu']*il faut prendre en compte le type de bien immatériel pour juger de son degré de compatibilité avec le domaine public* ». C'est ce à quoi s'est essayée la jurisprudence, en premier lieu, en matière de logiciel (B).

## B. LA DOMANIALITE PUBLIQUE DES LOGICIELS EN DEBAT

Prétendre que la domanialité publique des logiciels est en débat est, malheureusement, le moins que l'on puisse dire. En effet, si la loi a eu un rôle central concernant le domaine public hertzien, ce sont la jurisprudence et son interprétation doctrinale qui ont fixé le cadre du débat en matière de logiciels. Dans les pages précédentes, il a été vu que le droit de propriété sur un logiciel créé par un agent lui était dévolu. Néanmoins, l'étude avait bien insisté sur le fait que cet agent ne restait titulaire que des seuls droits moraux (et encore fortement amoindris), les droits patrimoniaux quant à eux étant dévolus à l'administration locale employeur. Autrement dit, sans contradiction avec les développements qui suivront, le droit de la propriété intellectuelle se saisit pleinement des technologies numériques, justifiant dès lors que la gestion

[267] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[268] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

et l'exploitation de ces actifs immatériels s'inscrivent dans un cadre purement privé, tenant compte de la réalité du marché, l'administration agissant ici comme n'importe quel autre gestionnaire de droit privé. Pourtant, la question de la domanialité publique des logiciels a éprouvé les plus grands esprits de la doctrine et amené le juge à produire une jurisprudence inconstante. En effet, la satisfaction de certaines missions de service public étant tributaire du rôle central joué par certains programmes informatiques, deux arrêts rendus par le Conseil d'Etat méritent d'être étudiés, l'un excluant la domanialité publique des logiciels (1), l'autre l'admettant (2).

### 1. L'EXCLUSION DE LA JURISPRUDENCE *AEROPORTS DE PARIS*

Le premier arrêt, dit *Aéroports de Paris,* date du 28 mai 2004[269]. Les faits étaient les suivants, l'action se déroulant dans l'enceinte, ou bien, à proximité de l'aéroport d'Orly. Le 11 avril 1986, la société SADE CGTH, commanditée par la Compagnie générale des eaux, a exécuté des travaux de terrassement. Au cours des opérations, le terrassier a endommagé des câbles souterrains reliant la centrale frigorifique de l'aéroport au poste de contrôle informatique. Provoquant une sorte de réaction en chaîne, cet incident a causé la destruction des postes de commandes et du matériel informatique en charge de la gestion de la centrale frigorifique. Vu l'ampleur de la situation, un litige apparaît, à la fois quant à la « circonférence » des dégâts directement provoqués par l'incident, et quant au montant des réparations. Par conséquent, les Aéroports de Paris assignèrent en justice la société SADE CGTH en réparation des atteintes portées à son domaine public, sur le fondement de l'article L. 282-14 du Code de l'aviation civile. Saisi en tant que juge de contravention de grande voirie, le Tribunal administratif de Versailles a condamné la société SADE CGTH au versement d'une somme de 112 000 €, par jugement du 2 février 1999. Estimant ne pas être tenu de rembourser l'intégralité du coût de l'ensemble des équipements endommagés, la société SADE CGTH interjeta appel devant la Cour administrative de Paris qui, par un arrêt du 18 octobre 2001, a partiellement infirmé le jugement de première instance en ramenant le coût de l'indemnisation à 16 000 €, correspondant au seul prix des câbles endommagés, et excluant de fait le remplacement du matériel informatique. En désaccord avec cette dernière décision, les Aéroports de Paris formèrent un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. Au travers d'un considérant fort clair, celui-ci a statué de la manière suivante :

[269] CE, 28/05/2004, *Aéroports de Paris,* concl. BACHELIER (G.) ; *JCP ACT,* 26 juillet 2004, p. 1509, note YOLKA (P.).

*« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le litige soumis au juge de cassation par AEROPORTS DE PARIS a trait à des matériels informatiques et à des logiciels ; qu'en jugeant que ces biens mobiliers ne pouvaient être regardés comme des dépendances du domaine public, la cour administrative d'appel, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit ».*

Or, en dépit de sa grande clarté, la portée de cette solution a été grandement débattue en doctrine. Un courant largement majoritaire salue en effet la position du juge. Le choix ici opéré correspond pleinement à la volonté déjà existante en 2004 du cantonnement du champ de la domanialité publique. Par ailleurs, à cette même période, antérieure mais presque concomitante au CG3P, beaucoup d'auteurs, qu'ils soient professeurs, juges ou avocats, voulaient profiter de l'opportunité de la rédaction d'un Code pour transférer au domaine privé, de nombreux biens affectés à la domanialité publique. Le présent arrêt témoigne de cette volonté : en excluant les logiciels (et plus largement, le matériel informatique) du champ de la domanialité publique, le juge a fait le choix délibéré de faire prévaloir le droit privé sur cette domanialité. Autrement dit, et pour reprendre le raisonnement de Norbert Foulquier brièvement évoqué dans les pages précédentes, dans cet arrêt, non seulement toute conciliation est impossible, mais en outre, la confrontation a donné lieu à une domination du droit de la propriété intellectuelle sur le régime de la domanialité publique[270]. Dès lors, quel a été le raisonnement conduit par le juge administratif ? Certains auteurs se sont engouffrés dans le caractère mobilier du logiciel pour expliquer la position du juge : c'est précisément parce qu'un logiciel ne figure pas dans la « liste », à l'époque jurisprudentielle, des biens mobiliers affectés à la domanialité publique, que son affectation au domaine privé se justifie, le faisant ainsi échapper au régime de la contravention de grande voirie. Car c'est bien de cela dont il s'agit ici : en effet, le débat entourant « l'immatérialité » des biens en question n'intéresse pas encore, du moins en 2004, le raisonnement des auteurs et des juges. L'enjeu n'est pas l'aspect immatériel du logiciel, mais bien celui de l'applicabilité du régime de la contravention de grande voirie. Toute la difficulté vient de ce que les raisonnements conduits sur l'arrêt *Aéroport de Paris* portent, à juste titre, sur cette question centrale, en reléguant au rang de détail plus que secondaire, l'objet même du litige, lequel obéit pleinement au régime du droit d'auteur sur les logiciels et évite ainsi tout questionnement. Mais d'autres auteurs, parmi lesquels figure Philippe Yolka, émettent une

[270] Toutefois, il convient de modérer le propos : la jurisprudence dont il s'agit ici est bien trop ciblée et isolée pour en déduire un « principe » dont la portée serait d'application générale.

analyse moins évidente et tout aussi pertinente de l'arrêt du 10 avril 2004. Ils estiment en effet que la nature mobilière ou non du matériel informatique, du logiciel n'était pas en cause ici. Ils interprètent la jurisprudence *Aéroport de Paris* en affirmant que l'incompatibilité du régime des contraventions de grande voirie résulte, non pas davantage mais bien exclusivement, de la nature privée des logiciels informatiques et de leur réception par le droit de la propriété intellectuelle :

*« L'arrêt Aéroports de Paris révèle pour sa part que si le régime de la grande voirie ne s'applique pas aux équipements informatiques, c'est en raison de leur appartenance au domaine privé (et non de leur nature mobilière). L'interrogation subsiste donc pour les meubles du domaine public »*[271].

Alors que le présent constat passa presqu'inaperçu pour ceux qui ne s'intéressent, sur cet arrêt, qu'à la seule applicabilité du régime de la contravention de grande voirie, il est en revanche central pour certains auteurs s'intéressant au champ de l'immatériel public. Dès lors, deux positions contradictoires peuvent être adoptées :

- ***Une première, s'en tenant à une interprétation stricte de la position du juge :*** Dans cette perspective, le Conseil d'Etat ne s'est jamais posé la question de l'adéquation d'un logiciel avec la définition dite générale du domaine public. Il a simplement affirmé que les logiciels ne pouvaient pas être regardés comme des dépendances du domaine public ;
- ***Une seconde, plus audacieuse, consistant à dire que si le juge a tranché pour la domanialité privée du logiciel, c'est, non pas en raison de son régime juridique issu du droit privé, mais précisément parce qu'un logiciel ne peut pas satisfaire les critères de la définition dite générale du domaine public.***

Si l'on se concentre sur cette seconde réflexion, il est vrai que le logiciel, d'abord, n'appartient pas à une personne publique (même si celle-ci en maîtrise la pleine exploitation), ensuite, n'est affecté ni à l'usage direct du public, ni à un service public, en troisième lieu, même sous réserve de la satisfaction du critère organique et du critère matériel de l'affectation indirecte, *quid* de l'aménagement spécial/indispensable ? Est-ce qu'un logiciel peut être spécialement aménagé ? La question mérite d'être posée, précisément en raison de son aspect immatériel, même si pour

[271] YOLKA (P.), « Le statut des biens mobiliers de l'administration : quelques observations », *JCP ACT,* n° 31, 26 juillet 2004, p. 1511.

l'heure, la réponse serait clairement négative. De cette seconde position, il est possible d'adopter deux sous-interprétations de l'arrêt du 10 avril 2004, elles aussi contradictoires :

- ***Une première, largement majoritaire, consistant à dire que l'arrêt Aéroports de Paris exclut de manière explicite les logiciels du champ de la domanialité publique ;***
- ***Une seconde, beaucoup plus minoritaire, consistant à dire à l'inverse, que le juge administratif reconnaît la domanialité publique des logiciels par un raisonnement* a contrario *:*** en effet, le juge n'admet pas en l'espèce la domanialité publique des logiciels parce qu'ils ne satisfont pas à la définition générale du domaine public. *A contrario,* s'ils l'avaient satisfaite, le juge administratif aurait reconnu l'affectation à la domanialité publique des logiciels et des matériels informatiques.

Au sens de la présente étude, l'admission *a contrario* de la domanialité publique des logiciels semble audacieuse. Aussi, l'analyse s'en tiendra à « l'exégèse » de l'arrêt et à son thème central, à savoir, l'applicabilité des contraventions de grande voirie. C'est d'ailleurs le principal argument opposé à ceux qui s'intéressent à l'immatériel public. A cela, les « partisans » de la domanialité publique des logiciels diront que le Conseil d'Etat n'a fait qu'appliquer ici sa technique de l'économie argumentative : il ne s'est pas prononcé, car le détail de son analyse, au demeurant évidente, aurait largement alourdi sa solution. Force est de constater que ce dernier argument est recevable, car huit ans plus tard, bien que de manière incidente, le même Conseil d'Etat reconnaîtra dans un autre arrêt la domanialité publique des logiciels et matériels informatiques.

En attendant, quel est l'impact concret de la jurisprudence de 2004 relative aux logiciels ? Celui-ci intéresse essentiellement la procédure administrative contentieuse, laquelle a des incidences certaines sur la protection des actifs immatériels. En effet, l'arrêt *Aéroports de Paris* amène à une dispersion, et donc, à une opacité, à une complexification, de la protection des biens (immatériels en l'occurrence). Clairement, il signifie ici que pour les dommages causés aux câbles souterrains, les Aéroports de Paris sont effectivement fondés à en demander la réparation devant le Tribunal administratif. En revanche, concernant les dommages causés aux logiciels et aux matériels informatiques, si le préjudice reste bien réel, certain et causal, les Aéroports de Paris devront néanmoins en demander la réparation devant la juridiction civile. Autrement dit, *« un dommage, deux actions : la division du contentieux des propriétés*

*publiques impose de saisir chacun des ordres juridictionnels pour obtenir réparation »*[272]. Ainsi, cette dispersion du contentieux est regrettable et contribuerait à un affaiblissement de la protection des actifs immatériels. Par ailleurs, Philippe Yolka ne dit pas autre chose :

*« S'interroger sur le régime applicable aux meubles de l'administration conduit par contrecoup à déplorer l'hétérogénéité des règles de protection du domaine public […]. Si l'ennui naquit un jour - paraît-il - de l'uniformité, le droit domanial empêche d'y sombrer ; mais c'est une maigre consolation, car une poule ne retrouverait pas ses petits dans ce paysage tourmenté »*[273].

Ainsi, même si le raisonnement du juge se comprend aisément (l'assimilation du domaine privée à la propriété privée de l'article 544 du Code civil justifiant l'immixtion du juge judiciaire dans la propriété administrative), en revanche, l'articulation contentieuse qui en résulte est loin d'être évidente. Sur ce point, le présent arrêt met en lumière un seul et unique besoin : celui de l'unification du contentieux relatif au patrimoine public. Par ailleurs, si cette proposition ne semblait pas dans « l'air du temps » en 2004, aujourd'hui, elle peut tout à fait s'étudier de manière exhaustive. La protection du patrimoine (immatériel) public, local en l'occurrence, ne s'en trouvera que renforcée. Toutefois, il convient qu'une telle position soit annoncée de manière réfléchie, car si l'application du régime de la domanialité publique unit le contentieux d'un côté, elle rigidifie toutefois la gestion des actifs immatériels de l'autre. A l'inverse, le choix du régime de la domanialité privée pour le matériel informatique offre une souplesse de gestion certaine, mais contribue également à disperser le contentieux entre les deux ordres de juridiction. De surcroît, la possibilité d'une « union contentieuse » est d'autant plus à réfléchir que huit ans plus tard, le Conseil d'Etat a reconnu, certes de manière très incidente, la domanialité publique d'un logiciel[274] (2).

### 2. L'ADMISSION DE LA JURISPRUDENCE *RTEDF*

En 2012, la juridiction suprême de l'ordre administratif a eu à traiter une affaire dont les faits étaient les suivants. Le 17 mai 2003, l'Etablissement Public pour l'Aménagement de la Défense (EPAD) du département de la Seine, a consenti à la société Réseau de Transport d'Electricité de France (RTEDF) une autorisation temporaire d'occupation du domaine public,

[272] YOLKA (P.), « Le statut des biens mobiliers de l'administration : quelques observations », *ibid.*

[273] YOLKA (P.), « Le statut des biens mobiliers de l'administration : quelques observations », *ibid.*

[274] CE, 01/02/2012, *RTEDF Transport,* concl. ESCAULT (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 1680, note PERROUD (T.), *RDI,* 2012, p 408, note FOULQUIER (N.).

consistant en l'utilisation de galeries et autres ouvrages souterrains pour le transport et la distribution de l'électricité. Divers articles de cette autorisation (3 et 8-2) prévoyaient, non seulement, le versement d'une redevance, par RTEDF, en contrepartie du droit d'occuper les 700 mètres de galeries souterraines affectés au domaine public de l'EPAD, mais aussi, les conditions dans lesquelles RTEDF devait réaliser, à ses frais, la modification de son réseau à la demande de l'EPAD. Un litige survint entre le concessionnaire et l'occupant, de sorte que la société RTEDF, contestant le déséquilibre économique avéré créé par l'autorisation du 17 mai 2003, forma un recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif de Paris. Celui-ci fit partiellement droit à la présente demande, aux motifs que, d'une part, et fait relativement rare pour être souligné, l'EPAD du département de la Seine n'était pas propriétaire du réseau litigieux, quand bien même il était intégré à son périmètre d'intervention. D'autre part, les juges du premier degré ont estimé que, par conséquent, imposer à RTEDF de supporter à ses frais les modifications de son réseau imposées par ce qui ne s'avère qu'être, finalement, un autre occupant du domaine public (l'EPAD du département de la Seine) pour le fonctionnement de leur service public, est largement disproportionné. En désaccord sur d'autres aspects du jugement, la société RTEDF a alors interjeté appel devant la Cour administrative de Paris, qui le 12 février 2010, rendit un arrêt confirmatif du jugement de première instance, mais seulement concernant l'un des deux motifs évoqués plus haut. En effet, le juge d'appel prononça l'annulation de l'article 8-2 de la convention, en ce qu'il mettait injustement à la charge de la société RTEDF la modification du réseau électrique souterrain. En revanche, la Cour administrative d'appel en a maintenu l'article 3, en ce qu'il met à la charge de la société RTEDF le versement d'une redevance pour occupation des 700 mètres de galeries souterraines affectées au domaine public de l'EPAD. Ce faisant, elle reconnaît donc de manière implicite que l'EPAD, qui n'est certes pas propriétaire desdites galeries, en reste bien le gestionnaire, conformément au décret du 9 septembre 1958[275], et plus largement, conformément aux règles du droit public économique. Mécontente du maintien de cet article 3, la société RTEDF forma alors un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. Enfin, par un arrêt du 1er février 2012, le juge de cassation a rendu une solution à la portée pour le moins surprenante.

Les constats qu'il est possible d'en faire sont doubles. D'abord, il convient de remarquer que l'arrêt coupe court au positionnement consistant à dire que l'EPAD n'est pas propriétaire

[275] Décret n° 58-815 du 9 septembre 1958 créant un établissement public pour l'aménagement de la région dite « de la défense » dans le département de la Seine, *JORF* n° 318, 10 septembre 1958, p. 8436.

du domaine public litigieux, et que par conséquent, il n'est pas fondé à demander une quelconque redevance pour ses occupants, dont il fait d'ailleurs partie. L'objectif d'une telle démarche est d'une évidence déconcertante : il a pour mission de paralyser l'adéquation du domaine de l'EPAD du département de la Seine à la définition dite « générale » du domaine public, en dénonçant l'insatisfaction de son critère organique. L'octroi de toute autorisation d'occupation du domaine public contre redevance, à l'initiative de l'EPAD, n'aurait aucune assise juridique, puisque précisément, l'EPAD n'aurait pas la qualité requise pour décider de telles autorisations et percevoir les redevances qui y sont afférentes. Or, le Conseil d'Etat rappelle, à juste titre, la portée du décret portant création de l'EPAD du département de la Seine. Il précise en effet que par ce seul texte, le pouvoir règlementaire a entendu confier à l'EPAD, notamment, une mission de gestionnaire des dépendances du domaine public sises dans son périmètre d'intervention jusqu'à leur éventuelle cession ou au transfert de leur gestion à des tiers. Le Conseil d'Etat en déduit que *« quelle que soit la collectivité propriétaire, l'EPAD est compétent dans ces limites pour délivrer les autorisations d'occupation du domaine public dont il est le gestionnaire et fixer les modalités de la redevance due par les occupants de ce domaine »*[276]. La méthode est désormais bien connue du droit public économique : par exemple, et pour ne citer qu'elle en rapport avec l'arrêt commenté, l'entreprise EDF elle-même, transformée en société anonyme, s'est vue confier la gestion de biens affectés au domaine public (dont elle était propriétaire en tant qu'EPIC) pour la satisfaction du service public de l'électricité. Ainsi, les pouvoirs législatif et règlementaire se veulent les garants de l'unicité du domaine public, en apportant certaines dérogations à la définition du domaine public. Par ailleurs, la stratégie permet également une protection évidente des biens publics et de garantir la bonne exécution d'un service public.

Ensuite, le second constat qu'il est possible de faire, et qui reste de loin le plus important, est que, tout comme dans l'arrêt *Aéroports de Paris* de 2004, le logiciel, l'immatériel public, n'est pas le thème central de la réflexion menée par le juge et les commentateurs. En effet, le point névralgique de la décision reste bien la question de l'autorité compétente en matière d'autorisation domaniale. Par ailleurs, c'est précisément sur elle que se concentre l'ensemble des réflexions en omettant l'enjeu sous-jacent, mais pas moins présent, intéressant la présente étude. Dans l'arrêt RTEDF, la solution du juge est rédigée en ces termes :

[276] CE, 01/02/2012, *RTEDF Transport,* concl. ESCAULT (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 1680, note PERROUD (T.), *RDI,* 2012, p 408, note FOULQUIER (N.).

*« Considérant […] d'une part que le montant de la redevance litigieuse tenait compte des avantages spécifiques que procurent à l'occupant la localisation des galeries techniques dans le quartier d'affaires de La Défense et la qualité particulière de l'aménagement de ces galeries, visitables, éclairées, équipées de pompes de relevage, de détecteurs d'incendie, d'issues de secours balisées et dotées d'un poste central de sécurité fonctionnant vingt-quatre heures sur vingt-quatre et d'un logiciel de gestion technique centralisée d'électricité, qui sont ainsi spécialement étudiées pour la desserte des fluides et adaptées aux contraintes particulières imposées par la nature du réseau d'électricité, d'autre part que la circonstance qu'une faible partie du réseau concerné ne dispose pas de la qualité d'aménagement des galeries techniques n'était pas de nature à remettre en cause la très grande importance de l'avantage global offert à RTE en termes de localisation, d'accessibilité, de sécurité et d'économie du coût de construction de son réseau, et en déduisant de ces constats que la décision de l'EPAD de fixer à 9,53 € par mètre linéaire le montant de la redevance n'était pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, la cour s'est livrée à une appréciation souveraine exempte de dénaturation ».*

Ici, le raisonnement conduit par le juge de cassation consiste à démontrer que si l'EPAD du département de la Seine est fondé à réclamer une redevance à la société RTEDF, c'est parce qu'elle tire un avantage certain de son occupation des biens affectés au domaine public de l'EPAD. En se bornant donc à prouver pourquoi et comment la société RTEDF bénéficiait d'un avantage indéniable, l'analyse, de façon plus ou moins consciente, s'efforce de dresser une liste des avantages perçus par RTEDF. Parmi ces items, l'on trouve :

- ***La localisation des galeries techniques dans le quartier de la Défense ;***
- ***La qualité particulière de l'aménagement de ces galeries qui sont :*** visitables, éclairées, équipées de pompes de relevage, de détecteurs d'incendie, d'issues de secours balisées, d'un poste central de sécurité fonctionnant vingt-quatre heures sur vingt-quatre, **d'un logiciel de gestion technique centralisé d'électricité** – ***Des galeries qui sont donc spécialement étudiées pour la desserte des fluides et adaptées aux contraintes particulières imposées par la nature du réseau d'électricité.***

Le constat est sans appel. Le juge administratif estime qu'en l'occurrence, le « logiciel de gestion technique centralisé d'électricité » contribuait à la qualité de l'aménagement des galeries, lequel procure un avantage à la société RTEDF, justifiant dès lors la perception d'une redevance. Autrement dit, des redevances ne pouvant être exigées que dans l'hypothèse

évidente de l'occupation privative d'un domaine public, le juge administratif vient de reconnaître, certes de manière très incidente, mais pas moins réelle, qu'un logiciel pouvait tout à fait être affecté au régime juridique de la domanialité publique ! Voilà une position qui s'inscrit clairement aux antipodes de la jurisprudence de 2004, laquelle avait refusé d'unifier le contentieux de la contravention de grande voirie en affectant le matériel informatique à la domanialité privée.

Pour autant, faut-il déduire de l'arrêt *RTEDF* un revirement de jurisprudence considérant dès lors qu'un logiciel peut être protégé par le régime de la domanialité publique ? Rien n'est moins sûr. En effet, l'arrêt *RTEDF* reste une jurisprudence isolée pour deux séries de raisons. D'abord, parce qu'il est très difficile d'interpréter la volonté du juge au travers du considérant qu'il a lui-même rédigé. Certes, comme il vient d'être dit, sa position est claire, mais comment doit-elle être comprise ? Deux interprétations sont alors possibles :

- ***En écrivant que les logiciels donnaient lieu à redevance pour occupation du domaine public, une telle précision étant noyée d'autres considérations, le juge ne s'est pas rendu compte de ses propos (peu probable) ;***
- ***Ou bien, et il s'agit sans doute de l'interprétation la plus plausible, il était parfaitement conscient de la portée de sa solution, mais il s'est dit que le matériel informatique était loin, très loin, d'en constituer la problématique et l'épicentre.***

Ensuite, l'arrêt *RTEDF* reste une jurisprudence isolée, en ce que, tout simplement, sa portée en matière de matériel informatique n'a jamais été confirmée avec une franche clarté. Par conséquent, si cette position ne semble pas constituer un revirement par comparaison avec l'arrêt *Aéroports de Paris* de 2004, ce qui est sûr en revanche, c'est que la domanialité publique des logiciels est clairement en débat. Par ailleurs, Norbert Foulquier relève sur ce point que :

*« La jurisprudence du Conseil d'Etat laisse donc la porte ouverte à l'existence d'un patrimoine immatériel soumis à la domanialité publique »*[277].

Il s'agit sans doute de la conclusion la plus optimiste et la plus réelle que l'on puisse faire sur la domanialité publique des logiciels plus précisément, et sur le patrimoine immatériel public plus largement.

[277] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

Ainsi, non seulement l'ouverture du régime juridique de la domanialité publique aux actifs immatériels locaux, est possible, mais en outre, véritable. Voilà un constat qui vient mettre à mal l'affectation systématique de ces actifs au domaine privé des collectivités territoriales propriétaires. Les illustrations du domaine public hertzien, de la domanialité publique des logiciels, ou encore, de celle, ne l'oublions pas, des parts de société[278] confortent largement cette position. Pour autant, cela ne signifie en rien que cette ouverture de la domanialité publique est aisée, ou encore, souhaitable. En effet, cette ouverture reste particulièrement fragile. La question se pose de savoir s'il faut s'en satisfaire. En réalité, l'ouverture du régime du domaine public au patrimoine immatériel des collectivités territoriales s'avère particulièrement complexe (Section 2). Il ne met en exergue qu'un seul et unique besoin : celui de l'élaboration d'un régime protecteur dédié au patrimoine immatériel local.

## SECTION 2 : LA COMPLEXITE DU DOMAINE PUBLIC

L'ouverture du domaine public au champ de l'immatériel est complexe en ce qu'elle reste fragile d'une part (§1) et n'est pas forcément souhaitable d'autre part (§2).

### §1 – UNE OUVERTURE FRAGILE

La saisie de l'immatériel public par le CG3P, bien que véritable, reste à de nombreux égards particulièrement fébrile. Par ailleurs, cette observation n'a rien de bien étonnant si l'on garde à l'esprit que le Code de 2006 reste celui du matériel, du mobilier et de l'immobilier. Pour sa part, même si la jurisprudence a ouvert une « brèche » tout à fait sérieuse, pour l'instant, elle ne l'a fait qu'à titre exceptionnel, et sur la base d'hypothèses qui n'ont aucunement vocation à se généraliser. Dans le cadre de son intervention lors du colloque relatif au patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Norbert Foulquier s'efforça de contrer l'ensemble des obstacles qui pourraient encore s'opposer à l'ouverture de la domanialité publique au champ de l'immatériel public. De surcroît, ses réflexions contribuent une fois encore à préciser la nature juridique des actifs immatériels locaux. En effet, si l'on reprend les raisonnements menés jusqu'ici portant sur la définition dite générale du domaine public, et à sa vocation « quasi-universelle » bien que ne portant que sur le seul domaine public immobilier artificiel, Norbert Foulquier relève qu'il est alors difficile mais pas impossible pour un actif immatériel local,

[278] *Supra* p. 177.

précisément parce qu'il est immatériel, de se voir appliquer le régime juridique de la domanialité publique.

Ainsi, si l'on suit l'ordre chronologique des critères de la domanialité posés par l'article L. 2111-1 du CG3P (ce qui nécessite alors de considérer les actifs immatériels comme des biens), se pose en tout premier lieu la question de l'applicabilité du critère organique au patrimoine immatériel local :

*« Souvent, pour refuser l'idée d'un domaine public immatériel, la doctrine insiste sur le fait que la propriété des biens immatériels est temporaire. Au bout d'un certain temps, les brevets tombent dans le domaine public. Ce caractère serait incompatible avec l'idée d'un domaine public »*[279].

Il est vrai que le caractère temporaire du droit de propriété propre à certains actifs immatériels serait de nature à réduire à néant toute idée de domaine public immatériel. Néanmoins, le caractère perpétuel qui serait propre aux biens composant le domaine public des administrations locales ne constitue en rien une condition imposée par la domanialité publique. Au contraire, il n'est qu'une incidence du droit administratif des biens. En effet, comme rappelé plus haut, le CG3P, ainsi que toute la jurisprudence qui le précède, est un Code du matériel, de l'immobilier, et il est vrai que la propriété immobilière est perpétuelle. Mais il n'a jamais été admis que le régime du domaine public se déduisait de manière intrinsèque du caractère perpétuel de la propriété des biens qu'il saisit ! Il s'agit là d'un postulat erroné ayant connu son apogée dans les années 1850[280]. De surcroît, et comme le rappelle très bien Norbert Foulquier, la propriété des biens meubles périssables, par exemple, existe. Il n'y a donc pas d'incompatibilité de nature entre le caractère « temporaire » de la propriété de certains actifs immatériels, et la domanialité publique. Il n'empêche que bien que très pertinent, le raisonnement demeure fragile : il reste théorique et n'a pas encore connu d'application véritablement concrète et appelée à perdurer.

Toujours pour rester sur le terrain de la propriété, ainsi que dans l'esprit du « caractère consomptible » de certains actifs immatériels, il faut signaler une autre difficulté qui viendrait faire obstacle à la réception des actifs immatériels par le régime juridique de la domanialité

[279] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[280] *Supra* p. 24 et s.

publique. Comme il a été vu précédemment, certains actifs immatériels, telles les marques par exemple, peuvent tout à fait se perdre par le non usage. En effet, lorsqu'une collectivité territoriale dépose une marque, celle-ci bénéficie alors d'un statut particulièrement protecteur. Mais en réalité, il n'est que la contrepartie de l'obligation pour son propriétaire de l'exploiter, sous peine de se voir opposer sa déchéance, telle que prévue par les articles L. 714-5, et suivants, du Code de la propriété intellectuelle. Autrement dit, et si l'on se place à un niveau d'abstraction supplémentaire, il existe une obligation très claire, notamment en matière d'immatériel, à la charge de la collectivité territoriale, de mettre un bien à la disposition des tiers si elle ne l'exploite pas elle-même. La question centrale qui se pose est alors celle de savoir si cette obligation est incompatible avec le régime de la domanialité publique. Pour sa part, le Norbert Foulquier répond par la négative :

*« Cette obligation n'est pas contraire au régime de la domanialité publique. Cette obligation de mise à disposition n'est pas une aliénation. Il s'agit d'une location gratuite ou onéreuse. Il n'y a pas d'incompatibilité substantielle »*[281].

Si cela reste vrai, s'il ne s'agit pas d'une aliénation, il convient de préciser toutefois que constater qu'il n'y a pas d'incompatibilité substantielle, ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas d'incompatibilité vénielle. En effet, l'hypothèse d'une mise à disposition, au profit de tiers, d'un actif immatériel affecté au domaine public de la collectivité territoriale propriétaire, nécessiterait de toute évidence de nombreuses adaptations pratiques. L'ouverture de la domanialité publique demeurerait fragile pour certains actifs immatériels, imposant dès lors d'accomplir certaines disparités, alors même que c'est précisément l'écueil que les réflexions souhaitent éviter, en tentant de les placer sous l'unicité de la domanialité publique.

Si l'on se place désormais sur le terrain du critère fonctionnel posé par l'article L. 2111-1 du CG3P, et plus précisément, sur le terrain de l'affectation indirecte, intervient une troisième difficulté en matière d'immatériel public, sans doute la plus importante : celle de l'aménagement spécial/indispensable. Dans l'hypothèse d'un actif immatériel détenu par une collectivité territoriale, et affecté à un service public, « l'aspect immatériel » empêche précisément toute réalisation d'un aménagement indispensable faisant ainsi échouer l'application nécessaire du critère matériel, en dépit de l'extrême nécessité de protéger l'actif en raison de son importance pour la satisfaction du service auquel il est attaché. Autrement dit,

[281] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

en matière d'immatériel public, le critère de l'aménagement indispensable dépasse largement le rôle de « régulation » qui a pu lui être assigné par le législateur de 2006, pour générer un véritable rôle non maitrisé « d'exclusion » de tout actif immatériel, sans même se poser la question de son caractère indispensable pour l'exécution du service public. Pour sa part, Norbert Foulquier va dans le même sens, en disant que *« c'est précisément pour cela que les marques entrent difficilement dans le champ de la domanialité publique, sans même s'interroger sur la compatibilité de la législation entre les éléments immatériels et la domanialité publique »*[282]. Ainsi, le critère matériel de l'aménagement porte bien son nom, puisque sa satisfaction pose un véritable problème en matière d'immatériel public local venant fragiliser de manière considérable l'application du régime de la domanialité publique. Mais le raisonnement ne s'arrête pas là : Norbert Foulquier va encore plus loin dans son analyse en expliquant que le Conseil d'Etat est venu grandement complexifier les choses en adoptant une position, certes isolée, et consistant à dire qu'un bien, par sa localisation même, par son existence même, constitue un aménagement indispensable. S'il ne s'agit pas ici de débattre sur l'opportunité d'une telle décision, force est de constater néanmoins que sa transposition en droit de l'immatériel public donnerait la conclusion suivante : *« Une marque publique, par son existence même, constitue un aménagement indispensable. Même si rien est sûr bien évidemment »*[283]. Ainsi, ne serait-ce que pour cette seule raison, l'ouverture de la domanialité publique au champ de l'immatériel reste encore fragile, en dépit des quelques tentatives de résolution.

En dernier lieu, Norbert Foulquier évoque la question ô combien sensible de l'exploitation des actifs immatériels affectés au domaine public de la collectivité territoriale propriétaire : *« Est-ce que le domaine public compliquerait l'exploitation des biens immatériels ? »*. En réalité, la réponse dépend grandement de l'amplitude donnée à la notion d'exploitation. Non pas que ce dernier propos sous-entendrait l'idée qu'il y aurait une « exploitation possible » et une « autre non », mais bien au contraire, il y a, en fonction de l'acception de la notion d'exploitation retenue, une exploitation des actifs immatériels extrêmement compliquée, et une exploitation des actifs immatériels quasiment impossible. Concernant l'exploitation ardue des actifs immatériels, elle suppose de comprendre cette

[282] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

[283] Intervention de Norbert Foulquier. DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, *ibid.*

exploitation dans sa seule fonction de gestion des actifs immatériels (location, etc.). Ainsi, dans ce cadre, un actif immatériel affecté au domaine public de la collectivité propriétaire, pourra faire l'objet des contrats et autorisations connus du droit administratif des biens en matière d'utilisation privative du domaine public, mais non pas sans quelques adaptations d'envergure. Par exemple, dans l'hypothèse d'une Autorisation d'Occupation Temporaire (AOT) portant sur une marque ou autre, en raison de la particularité de l'objet notamment, la précarité pourra-t-elle toujours constituer l'un des traits caractéristiques de l'accord ? Cette question n'appelle pas nécessairement une réponse négative, mais mérite néanmoins une réflexion approfondie que seule l'expérience pratique pourra fournir. Bien sûr, cela ne supprime en rien l'aspect indemnitaire, mais celui-ci pourrait atteindre des sommes astronomiques en fonction de ces paramètres non maîtrisés, et qui priverait alors les contrats et autorisations portant sur des actifs immatériels affectés au domaine public, de tout attrait et de tout intérêt. Dans une telle hypothèse, le régime de la domanialité publique ne semble pas être le meilleur moyen d'assurer une protection optimale du patrimoine immatériel local : en effet, cette protection doit précisément conduire à une juste exploitation, et non pas à une conservation inerte confinant au verrouillage. Concernant maintenant l'exploitation que la présente étude a fait le choix de qualifier sous les termes de « quasi-impossible », elle désigne en réalité l'exploitation visant la cession d'un actif immatériel affecté à la domanialité publique. Toute cession serait en effet paralysée par l'application classique du principe d'inaliénabilité des biens publics de l'article L. 3111-1 du CG3P. En revanche, ce constat ne constitue en rien une spécificité du patrimoine immatériel public local, puisque la gestion de n'importe quel autre bien public matériel connaît la même rigueur. Par ailleurs, la difficulté peut être facilement contournée en opérant un déclassement du bien le faisant ainsi basculer dans le domaine privé de la collectivité propriétaire (sous réserve bien sûr de sa nécessité pour le fonctionnement du service public). Mais un tel procédé prouverait alors l'inutilité d'affecter un actif immatériel à la domanialité publique, et ne ferait que mettre en exergue son incroyable inadéquation avec l'immatériel public.

En raison de l'ensemble de ces difficultés, Norbert Foulquier en arrive à la conclusion que, pour l'instant, en matière d'immatériel, le régime juridique de la domanialité publique ne peut être appliqué que par défaut et ne saurait au contraire constituer le régime de protection de droit commun. Le manque de visibilité sur la maîtrise de certains paramètres et de certains concepts semble encore beaucoup trop grand pour parvenir à une conclusion satisfaisante. C'est précisément pour cette raison que, si la domanialité publique est envisagée en matière

d'immatériel, elle ne peut l'être que par défaut, c'est-à-dire uniquement lorsque la législation issue du droit privé fournirait une protection bien trop insuffisante au regard des enjeux liés à l'actif immatériel. D'autant que même avec un tel garde-fou, l'application de la domanialité publique à certains actifs immatériels a conduit aux mêmes aberrations juridiques ayant frappé, en son temps, le droit civil des biens. En effet, les enjeux liés à l'exploitation de l'image des biens publics, combinés à l'inadaptabilité du régime de la domanialité publique, ont amené le droit administratif des biens aux dérives bien connues de la jurisprudence *Gondrée*[284]. La question du mariage entre le patrimoine immatériel local et la domanialité publique se pose avec une pertinence accrue (§2).

## §2 – UNE OUVERTURE SOUHAITABLE ?

## LA PROBLEMATIQUE DE LA PROTECTION DE L'IMAGE DES BIENS PUBLICS

S'il existe un phénomène démontrant avec brio que le droit administratif des biens est aujourd'hui confronté aux limites rencontrées en son temps par le droit civil des biens, cela reste sans nul doute la problématique de la protection de l'image des biens publics. Par conséquent, le droit de propriété, qu'il soit public ou privé, y trouve là l'une de ses limites les plus sérieuses. Par ailleurs, si l'on pousse plus loin l'analogie, il semblerait que cette impasse dans laquelle s'est enfermée la matière témoigne en réalité de la nécessité d'élaborer un régime juridique propre aux actifs immatériels des collectivités territoriales. Ainsi, à l'image du droit civil des biens, l'ouverture de la domanialité publique à l'image des biens publics a conduit à des excentricités que, par la suite, le juge s'est efforcé de corriger. Aussi, sommes-nous en train d'assister à la construction d'une ligne jurisprudentielle, qui comme toute position à ses débuts balbutiants, fait montre d'une très grande instabilité. D'autant que si le droit civil des biens posait clairement un contexte préalable (A) que le droit administratif des biens n'a pas su anticiper, c'est précisément en raison de la difficulté posée par le régime juridique de la domanialité publique, qui constitue en cela une donnée nouvelle (B). Précisément, cette difficulté a poussé le législateur à intervenir.

[284] Cour de cass., 1ère civ., 10/03/1999, *Café Gondrée,* n° 96-18699.

## A. LE DROIT CIVIL DES BIENS, UN CONTEXTE ANNONCIATEUR

S'il ne s'agit pas bien sûr de revenir ici sur la controverse ayant opposé la doctrine civiliste et intellectualiste à l'occasion de la jurisprudence *Gondrée*[285], il convient tout de même d'en rappeler le cadre, car c'est précisément le même contexte au sein duquel la doctrine administrativiste se déchire.

Le café Gondrée (du nom de son propriétaire) se situe dans le petit village de Bénouville dans le Calvados en Normandie. Bâtiment à haute portée symbolique et historique, il est présenté comme étant le premier édifice de la Seconde guerre mondiale à avoir été libéré par les alliés. Inscrit aux Monuments Historiques, son attrait patrimonial est alors évident. Dans les années 1990, une société d'édition a mis en vente des cartes postales à l'effigie du Café. La propriétaire, estimant alors subir un préjudice, a demandé la saisie des cartes postales ainsi mises en vente. S'ouvre par la suite une procédure judiciaire qui aboutira devant les juges du quai de l'horloge. La propriétaire du café Gondrée s'estimant atteinte dans son droit de propriété, tout le débat portait alors sur les limites corporelles ou incorporelles de ce droit de propriété. Autrement dit, est-ce que l'article 544 du Code civil s'étend à l'image d'un bien ? *A priori,* la réponse serait négative, puisque l'image d'un bien constituant un actif immatériel, elle doit alors être saisie pleinement par le droit de la propriété intellectuelle. Il n'empêche que par cette simple interrogation, la portée du droit de propriété est remaniée et la légitimité du droit de la propriété intellectuelle, droit de l'immatériel s'il en est, est minorée. C'est pourquoi, la doctrine est littéralement suspendue à la décision de la Cour de cassation. En outre, si les échanges ne sont pas encore très vifs, ils permettent néanmoins d'identifier deux courants de pensée.

Un premier courant de pensée que Bérangère Gleize appelle les « réalistes », est « guidé » par Frédéric Zénati et Thierry Revet. Ils réalistes partent du principe suivant : dès lors qu'il existe une valeur, peu importe que la chose soit corporelle ou incorporelle, elle doit pouvoir être protégée par le droit de propriété de l'article 544, elle doit donc recevoir la qualification de bien. Toutefois, cette conception n'est pas celle retenue par le droit positif, même s'il existe de plus en plus de signes en faveur de sa reconnaissance, notamment par le biais de la jurisprudence. En effet, des arrêts datant des années 2000 viennent soutenir cette conception. Par exemple, un arrêt du 14 novembre 2000, rendu par la Chambre criminelle de la

[285] Cour de cass., 1ère civ., 10/03/1999, *Café Gondrée, op.cit.*

Cour de cassation[286], reconnaît la qualification de bien à un numéro de carte bancaire (le litige faisait notamment appel à la notion d'abus de confiance en droit pénal). Un autre arrêt, du 22 septembre 2004, lui aussi rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation[287], concernait l'appropriation d'un projet de borne informatique : un tel projet sera qualifié de bien par la Cour. Enfin, il est également possible de citer l'arrêt du 18 octobre 2000, rendu par la Cour d'appel de Paris[288] : il s'agit en effet du premier contentieux concernant les noms de domaines. En outre, et comme démontré à maintes reprises jusqu'ici, la conception de la Cour EDH semble se rapprocher de plus en plus de cette conception réaliste.

Ce premier courant de pensée en faveur de l'absolutisme du droit de propriété de l'article 544 du Code civil sur toutes les autres formes d'appropriation, s'oppose à un second, beaucoup plus sobre, constitué par les intellectualistes, c'est-à-dire, les partisans du droit de la propriété intellectuelle. En toute simplicité, eux considèrent que le droit de propriété de l'article 544 ne peut pas tout saisir et qu'il convient alors de concevoir un régime juridique adapté aux actifs incorporels. Par ailleurs, cette conception est précisément celle retenue par le droit positif qui, par l'élaboration du droit de la propriété intellectuelle, a éprouvé le besoin de concevoir un régime juridique adapté aux particularités de l'immatériel.

De sorte qu'arrive dans un tel contexte l'arrêt tant attendu de la Cour de cassation, le 10 mars 1999. Au moyen d'une solution très claire, la 1ère Chambre civile a considéré que :

*«Vu l'article 544 du Code civil ;*

*Attendu que le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit ; […]*

*Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire, la cour a méconnu le texte susvisé ».*

En d'autres termes, la lecture combinée de l'attendu de principe et de l'attendu d'espèce, sur le visa de l'article 544 du Code civil qui plus est, en amène à la conclusion suivante : l'image d'un

[286] Cour de cass, crim., 14/11/2000, *Bernard X…,* n° 99-84522.

[287] Cour de cass.,crim., 22/09/2004, *Roger X…,* n° 04-80285.

[288] CA Paris, 18/10/2000, *Virgin Interactive Ltd et Virgin Interactive Entertainment SARL c/ France Télécom et BDDP-TBWA.*

bien est le bien, elle est donc couverte par le droit de propriété ; par conséquent, l'exploitation de l'image d'un bien par un tiers, doit faire l'objet d'une autorisation par le propriétaire.

Coup de tonnerre chez les intellectualistes, qui voient alors la légitimité même du droit de la propriété intellectuelle, sa nécessité, sa protection, remises en cause par le droit de propriété de l'article 544, qui semble alors apte à saisir l'immatériel. Une telle position vient complètement tarir la dichotomie existant entre les actifs matériels et immatériels : peu importe leur nature, les actifs matériels et immatériels sont des biens saisis par un seul et unique droit de propriété, celui de l'article 544 du Code civil. L'arrêt ne parle absolument pas de propriété intellectuelle, et pourtant, c'est bien cette propriété que les juges ont profondément blessée. A l'inverse, coup de maître pour les réalistes qui ont vu dans cet arrêt, bien plus d'arguments qu'ils n'en auraient jamais eu pour appuyer leur théorie. La position fortement débattue de la Cour de cassation a eu trois incidences majeures. D'une part, d'un point de vue théorique, elle a provoqué un véritable déchirement de la doctrine. En effet, la doctrine intellectualiste se déferle et est aux abois, la doctrine réaliste, elle, se délecte. D'autre part, d'un point de vue pratique (et sans doute le plus important), déchirement également entre les propriétaires de biens et les professionnels de l'image ! Ces derniers ont vu leur profession au bord de l'extinction puisque pour pouvoir exercer, il leur fallait alors tout un panel d'autorisations signées de la main des propriétaires, qui bien sûr, pour ceux qui étaient d'accord, demandaient des contreparties financières, pour certaines exorbitantes. En troisième et dernier lieu, qui n'est en réalité que le corollaire du second, la jurisprudence *Gondrée* a sérieusement anéanti, sinon remis en cause, toute politique d'exploitation des actifs immatériels ! Les abus de certains propriétaires trop gourmands ont en effet découragé toute tentative de valorisation du patrimoine. Pourtant, au début des années 2000, la Cour de cassation a confirmé sa position du 10 mars 1999. Mais très vite, les excès pratiques de cette solution ont atteint leur paroxysme : les professionnels de l'image s'exposaient systématiquement à des procès. Comble de l'ironie, sans pour autant se désavouer, les juges du quai de l'horloge ont essayé d'atténuer leur position : par un arrêt du 2 mai 2001, la Cour de cassation explique que, désormais, pour qu'un propriétaire puisse se plaindre de l'exploitation de l'image de son bien, il doit alors démontrer qu'une telle exploitation lui cause un trouble certain[289]. Sans même débattre sur le caractère particulièrement imprécis de la notion de trouble incertain, cette position inverse complètement

[289]Cour de cass., 1ère civ., 02/05/2001, *SCI de l'ilôt de Roch Arhon c/ Comité régional de tourisme de Bretagne,* n° 99-10709.

le raisonnement : pour pouvoir se protéger d'un préjudice, il faut avoir subi ce préjudice. La tautologie est patente. Par la suite, un arrêt du 5 juin 2003 mêlera à ce maquis juridique des questions de vie privée[290], avant qu'un arrêt d'Assemblée plénière du 7 mai 2004 présente enfin une solution équilibrée[291].

Comme très souvent dans les grands arrêts, les faits étaient relativement simples. En l'espèce, la SCP hôtel de Girancourt était propriétaire de l'Hôtel de Girancourt, un des immeubles historiques de Rouen. En parallèle, et chargée par la SCIR Normandie de confectionner des dépliants publicitaires, la société Publicis Calligraphie composa donc des dépliants comprenant des informations relatives à l'implantation d'une résidence future, à ses avantages, et faisant apparaître la façade de l'Hôtel Girancourt. Or, l'autorisation de la SCP Hôtel de Girancourt n'ayant pas été sollicitée pour une telle exploitation, celle-ci demanda alors la réparation du préjudice subi du fait de l'utilisation de l'image de son bien. Devant le juge de cassation, la requérante, armée de la jurisprudence *Gondrée,* fit donc valoir que le droit de jouir de la chose emportait celui d'user de la chose dont on est propriétaire et de l'exploiter personnellement ou par le truchement d'un tiers qui rémunère le propriétaire, ce droit ayant un caractère absolu, et conduisant à reconnaître au propriétaire un monopole d'exploitation de son bien, sauf s'il y renonce volontairement. Facile, le moyen au pourvoi n'en était pas moins pertinent. Sauf que cette fois, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a statué de la manière suivante :

*« Mais attendu que le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ;*

*Et attendu que les énonciations de l'arrêt font apparaître qu'un tel trouble n'était pas établi ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».*

Autrement dit, il s'agit d'un revirement de jurisprudence particulièrement brutal. En effet, contrairement à ce qu'elle avait pu affirmer à peine cinq ans auparavant, la Cour de cassation, en sa formation la plus solennelle, et non pas sans être contrainte par quelques pressions doctrinales, énonce que le propriétaire d'un bien n'est en revanche pas propriétaire de son

[290] Cour de cass., 2ème civ., 05/06/2003, *Société du Figaro c/ Nicolas X…,* n° 02-12853.

[291] Cour de cass., Ass. Plén., 07/04/2004, *SCP Hôtel de Girancourt c/ Société SCIR Normandie,* n° 02-10450.

image, laquelle est donc librement exploitable par des tiers, la limite étant que cette exploitation ne doit pas causer audit propriétaire un trouble anormal. S'il ne s'agit pas bien sûr de revenir ici sur le caractère fonctionnel de la notion de trouble anormal et sa très forte ressemblance à celui en matière de voisinage, en revanche, tout comme dans la jurisprudence *Gondrée,* il convient de concentrer l'attention, ne fût-ce quelques instants, sur le visa de la jurisprudence *Girancourt.* Loin d'évoquer l'article 544 du Code civil, l'arrêt du 7 mai 2004 se fonde sur la considération selon laquelle le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci[292]. Par ce procédé, les juges du quai de l'horloge ont entendu complètement détacher l'épineuse question de l'image d'un bien de celle de la propriété : l'image d'un bien n'est plus de la propriété, c'est de la responsabilité. Revenant à une conception plus classique de l'article 544 du Code civil, cette position est venue rassurer et conforter les partisans du droit de la propriété intellectuelle. Enfin, se libérant du carcan de la propriété, la question de la protection de l'image d'un bien est allée se réfugier dans les vertus du droit de la responsabilité[293]. Il reste que la Cour de cassation, au travers de cette question n'a plus su « où donner de la tête », et c'est précisément le sentiment qu'elle a fait ressentir à l'ensemble des professionnels de la matière, même si depuis 2004, la jurisprudence *Girancourt* fait montre d'une certaine stabilité et n'a jamais été remise en cause. Toutefois, cela serait une erreur de croire que la problématique de la protection de l'image des biens ne touche que le seul droit civil. En effet, le droit administratif est lui aussi affecté par cette difficulté, ce dans des conditions aux similitudes stupéfiantes. Il reste qu'il présente néanmoins une particularité contextuelle à l'impact remarqué, et à laquelle les civilistes n'étaient évidemment pas confrontés, à savoir, celle de la domanialité publique (B).

### B. LES RESURGENCES EN DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS

Treize ans après la jurisprudence *Gondrée,* la problématique de la protection de l'image des biens a infiltré la jurisprudence et la doctrine administratives. En effet, l'année 2012 a été particulièrement productive en matière d'image des biens publics. Or, les considérations relatives à la domanialité publique ne simplifient en rien la discussion, ce qui pose sérieusement la question de savoir si l'ouverture de cette domanialité aux actifs immatériels est souhaitable.

[292] BRUGUIERE (J.-M.), « Image des biens : la troublante métamorphose », *Rec. Dalloz,* n° 22, 10 juin 2004, p. 1545.

[293] GLEIZE (B.), *La protection de l'image des biens, op.cit.*

Globalement, la doctrine administrativiste est en train d'assister à la naissance balbutiante et maladroite d'un échantillon de droit de l'immatériel public, par le constat des limites de la dimension corporelle du CG3P. Par ailleurs, cette véritable « novation » s'illustre au moyen de trois arrêts, à savoir :

- ***Le jugement du Tribunal administratif d'Orléans du 6 mars 2012 (1) ;***
- ***L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 octobre 2012 ;***
- ***L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 16 décembre 2015 (3).***

## 1. LE JUGEMENT DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF D'ORLEANS DU 6 MARS 2012

Ce jugement[294] n'est en réalité que l'acte apériteur d'une pièce de théâtre manifestement appelée à durer. Les faits étaient les suivants. En 2010, la célèbre société Kronenbourg, spécialisée dans le brassage et la commercialisation de la bière, souhaitait réaliser une campagne publicitaire pour le lancement de son nouveau produit, à savoir, la bière « 1664 ». Pour ce faire, elle a réalisé des clichés du prestigieux Château de Chambord, situé dans la ville du même nom dans le Loir-et-Cher. Le directeur de l'Etablissement Public du Domaine National de Chambord (EPDNC) a alors indiqué à la société Kronenbourg que sa démarche, visant à l'utilisation de l'image du Château de Chambord à des fins commerciales, constituait une utilisation privative du domaine public, justifiant dès lors le versement d'une contrepartie financière. C'est pourquoi, ce même directeur a adressé à la société Kronenbourg deux états de sommes :

- ***Un premier d'un montant de 144 000 €, et relatif aux prises de vue du Château à des fins commerciales, avec diffusion dans la presse écrite, affichage, set de table, édiction d'une série limitée de cannettes collector, bref, des prises vues destinées à des opérations de markéting ;***
- ***Un second d'un montant de 108 000 € lui aussi relatif à des prises de vue du Château de Chambord à des fins commerciales et publicitaires, mais cette fois destinées à être diffusées sur le web (publicité numérique).***

La société Kronenbourg refusant de payer, ces états de sommes ont alors pris la forme de titres de recettes exécutoires, mettant ainsi le brasseur dans l'obligation de régler. S'ouvre ici l'aspect

[294] TA Orléans, 06/03/2012, *Société Kronenbourg c/ Etablissement public du domaine national de Chambord,* concl. FRANCFORT (J.) ; *AJDA,* 2012, p. 1227.

procédural de l'affaire, puisque la société Kronenbourg a alors saisi le Tribunal administratif d'Orléans d'une demande d'annulation de ces deux actes. Comme le fait remarquer Jean-Michel Bruguière, *« la question posée était donc de savoir si l'exploitation de l'image du Château de Chambord représentait une occupation du domaine public »*[295]. Eu égard à la teneur du débat, il est évident que la position du juge serait remarquée. Sur le visa particulièrement fourni des articles L. 1, L. 2111-1, L. 2111-2, L. 2122-1, et L. 2125-1 du CG3P, il a statué de la manière suivante :

*« Considérant, d'une part, 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 ; que la photographie d'un bien du domaine public immobilier, qui n'est, par elle-même, affectée ni à l'usage direct du public, ni à un service public et ne constitue pas un accessoire indissociable de ce bien, ne constitue pas un bien du domaine public ; que, par suite, l'utilisation par un tiers de cette photographie ne s'analyse ni comme une occupation, ni comme une utilisation du domaine public susceptible de donner lieu au paiement d'une redevance en application de l'article L. 2125-1 du code général de la propriété des personnes publiques ;*

*Considérant, d'autre part, qu'il n'est ni établi, ni même allégué que, pour réaliser les prises de vue du château depuis le domaine public, la société requérante aurait dû disposer d'un titre l'y habilitant, ou qu'elle aurait utilisé une dépendance de ce domaine dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ; qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les titres exécutoires attaqués sont entachés d'erreur de droit ».*

Tout comme l'arrêt *Girancourt* du 7 mai 2004, il semblerait que cette première position du juge administratif présente une solution équilibrée. Tirant sans doute les conséquences des dérives de la jurisprudence civile, le juge de première instance enseigne d'abord que l'image du bien n'est pas le bien, et constitue en cela un actif immatériel à part entière : *« […] 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 ».* Par conséquent, cela signifie que le propriétaire du bien n'a aucun droit sur l'exploitation faite de l'image de son bien. Mais contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, le raisonnement du juge administratif ne saurait s'arrêter là. En effet, s'agissant en l'occurrence d'un bien affecté au domaine public (Château de Chambord), le Tribunal

[295] BRUGUIERE (J.-M.), « L'image du château de Chambord n'est pas un bien du domaine public », *Rec. Dalloz,* n° 33, 27 septembre 2012, p. 2222.

administratif d'Orléans doit ensuite inéluctablement trancher la question du régime juridique de l'image de ce bien public. Autrement dit, l'image d'un bien public affecté à la domanialité publique, doit-elle, elle aussi, suivre la même affectation ? Sur ce point, la pédagogie du juge est à saluer, puisque son raisonnement fait montre d'une grande clarté. Il se résume en trois étapes. D'abord, en raison du caractère immobilier du Château de Chambord, il se pose la question de l'applicabilité de la domanialité publique immobilière artificielle. Pour ce faire, le juge reprend un à un les critères posés par la méthode conceptuelle d'identification telle qu'elle résulte de l'article L. 2111-1 du CG3P. En l'occurrence, le critère organique n'est pas celui qui pose problème : l'Etablissement public du domaine national de Chambord figure parmi les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 du CG3P. Plus complexe est en revanche la satisfaction du critère fonctionnel de l'affectation. Est-il possible de considérer que l'image du Château de Chambord soit affectée à l'usage direct du public ? Rien n'est moins sûr, car d'un point de vue pratique, il est difficile de voir comment une telle hypothèse pourrait se réaliser, et surtout, pour quelle utilité. Exit donc l'affectation directe. Qu'en est-il maintenant de l'affectation indirecte ? Est-il possible de considérer que les photographies du Château de Chambord soient affectées à un service public (lequel ?), auquel cas, elles devront faire l'objet d'un aménagement indispensable (comment ?) ? En réalité, cette interrogation constitue le cœur de l'argumentation des partisans de la domanialité privée pour les actifs immatériels locaux : une image, précisément en raison de sa nature immatérielle, est dans l'impossibilité de satisfaire le critère matériel de l'aménagement indispensable. Par conséquent, les images d'un bien public ne peuvent pas être affectées à la domanialité publique. On le voit, ici encore, les professionnels de la matière ont bien du mal à se sortir du carcan matériel, il faut le dire, bien séduisant, de la propriété publique. Pourtant, ce décloisonnement du droit administratif des biens, qui n'est plus seulement matériel, s'avère nécessaire si le souhait de saisir les potentialités économiques offertes par l'immatériel doit se concrétiser : *« Il faudrait bien pourtant un jour que les spécialistes du droit des biens dépassent cette conception matérielle de l'attache à perpétuelle demeure. Celle-ci peut en effet être immatérielle, culturelle. Là encore, le juge n'était pas prêt à franchir le pas (il est vrai difficile) »*[296]. Après un tel constat et une telle conclusion, le raisonnement du juge d'Orléans franchit une étape supplémentaire. Est-ce que la domanialité publique de l'image du château de Chambord ne pourrait pas se constater par la satisfaction de la méthode complexe d'identification dite de l'accessoire ? Là aussi, le juge de première

[296] BRUGUIERE (J.-M.), « L'image du château de Chambord n'est pas un bien du domaine public », *op.cit.,* p. 2223.

instance répondra par la négative. En effet, ayant une conception purement matérielle de l'accessoire, il ne voit pas comment une image, actif immatériel s'il en est, pourrait remplir une telle fonction. Par conséquent, si la domanialité publique de l'image des biens publics doit se constater, elle ne le sera pas sur le domaine public immobilier artificiel. Serait-il alors possible d'envisager le constat d'une telle domanialité sur la base du domaine public mobilier et de son article L. 2112-1 ? Malheureusement, le jugement du Tribunal administratif d'Orléans du 6 mars 2012 ne permet pas, pour sa part, et pour sa part seulement, de trancher la question. Cette précision étant faite, le juge en arrive alors à l'ultime étape de son raisonnement : si les images d'un bien public ne sont pas affectées au régime juridique de la domanialité publique, elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'une convention d'occupation du domaine public, ou même, d'un constat d'une utilisation du domaine public. Par ailleurs, le Tribunal administratif achèvera son raisonnement en affirmant qu'en l'espèce, il n'est pas démontré que la prise de photographies du Château de Chambord aurait dépassé le « droit d'usage » du domaine public « qui appartient à tous ». Pour conclure sur ce premier positionnement du juge administratif, l'image d'un bien public ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété publique : il s'agit donc d'un actif immatériel qui à la fois appartient à tous, et à personne. En cela, le Tribunal administratif d'Orléans s'inscrit dans la droite ligne de l'arrêt *Girancourt* du 7 mai 2004. Là où en revanche, il y déroge, c'est qu'il se montre incomplet en ne précisant pas qu'une personne publique peut tout à fait se plaindre de l'exploitation de l'image de son bien, dès l'instant où cette exploitation lui cause un trouble anormal. Et dans cette imprécision se trouve le danger : comment dès lors protéger les personnes publiques d'une exploitation de l'image de leurs biens publics leur causant un trouble anormal ? La question mérite d'autant plus d'être posée, qu'à l'heure actuelle, est-il nécessaire de le rappeler, il n'existe pas de droit de l'immatériel public venant protéger les actifs immatériels, comme il existe en droit civil, un droit de la propriété intellectuelle pour les biens incorporels. L'impact pratique de ce jugement est grand : si dans le cadre contentieux, l'avocat de la personne publique, ou plus largement son conseil juridique, n'a pas l'intuition de se placer, dans ses écritures, sur le terrain du droit de la responsabilité et du parasitisme économique, il est clair que ses chances de succès seront infimes. Par conséquent, là aussi, le juriste doit se livrer à une véritable gymnastique intellectuelle éprouvante. Par ailleurs, un tel constat montre bien, une fois encore, que les personnes publiques ne sont pas considérées comme des personnes à part entière, mais simplement, comme un ensemble de compétences. Or, le besoin est urgent si l'on ne souhaite pas assister à de nombreuses dérives, et sur ce point, l'arrêt *EURL Photo Josse* en constitue une illustration

saillante[297] (2).

## 2. L'ARRET DU CONSEIL D'ETAT DU 29 OCTOBRE 2012

Comme déjà indiqué dans les pages précédentes[298], l'arrêt *EURL Photo Josse,* aussi connu sous l'appellation *Commune de Tours,* partait d'un litige des plus simples. L'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) Photo Josse souhaitait photographier des œuvres d'art du Musée des beaux-arts de la commune de Tours. Ces photographies auraient été destinées à être publiées dans des manuels scolaires, des ouvrages d'art, ou encore, dans la presse. Or, par une décision implicite de rejet, le Maire de la commune de Tours a refusé la demande de l'entreprise. S'ouvre alors une procédure contentieuse dont le premier acte s'est joué devant le Tribunal administratif d'Orléans. Dans la droite ligne de ce qu'il avait pu décider le 6 mars 2012, il rejeta la demande d'annulation du refus du Maire formée par l'EURL Photo Josse. Celle-ci interjette alors appel devant la Cour administrative de Nantes. Contre toute attente, le 4 mai 2010, le juge d'appel rendit un arrêt infirmatif du jugement de première instance. Suite à cette dernière décision, la commune de Tours forma alors un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat. La question se posait donc de savoir si la prise de photographies d'œuvres d'art composantes d'une collection de musée, était soumise à l'autorisation de la collectivité territoriale propriétaire. La réponse du juge de cassation a eu l'effet d'un cataclysme :

*« Considérant 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 même code ; qu'une telle autorisation peut être délivrée dès lors qu'en vertu de l'article L. 2121-1 de ce code, cette activité demeure compatible avec l'affectation des œuvres au service public culturel et avec leur conservation ; qu'il est toutefois loisible à la collectivité publique affectataire d'œuvres relevant de la catégorie des biens mentionnés au 8° de l'article L. 2112-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, dans le respect du principe d'égalité, de ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier sans que, ainsi*

[297] CE, 29/10/2012, *EURL Photo Josse,*concl. ESCAUT (N.) ; *JCP CMP,* Décembre 2012, p. 342, note DEVILLIERS (P.) ; *AJDA,* 21 janvier 2013, p. 111, note FOULQUIER (N.) ; *Gaz. Pal.,* n° 73, 11 avril 2013, p. 11, note CASET (S.) ; *JCP CCE,* n° 2, février 2013, étude 2, note BRUGUIERE (J.-M.).

[298] *Supra* p. 181 et s.

*qu'il a été dit au considérant 2, 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 ».*

En réalité, les apports de la décision du 29 octobre 2012 sont doubles. D'abord, le juge de cassation enseigne 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 […] »* et *« qu'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 du Code général de la propriété des personnes publiques, […] de ne pas autoriser un usage privatif de ce domaine public mobilier […] ».* De la lecture combinée de ces deux affirmations, il est alors possible de comprendre que, pour le Conseil d'Etat, l'image des biens publics, que sont les œuvres d'art exposées dans un musée, constituent des actifs immatériels à part entière (jusque-là, rien de bien nouveau), affectés à la domanialité publique mobilière de la collectivité territoriale propriétaire ! En effet, les photographies d'œuvres d'art peuvent parfaitement être rattachées au 8° de l'article L. 2112-1 du CG3P :

*« Sans préjudice des dispositions applicables en matière de protection des biens culturels, font partie du domaine public mobilier de la personne publique propriétaire les biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique, notamment :[…]8° Les collections des musées ;[…] ».*

Il s'agit là d'une véritable révolution qui montre, encore plus brillamment que la jurisprudence *APRP*[299], d'une part que le CG3P, Code du matériel s'il en est, n'est pas complétement fermé à l'immatériel, et d'autre part, que le régime juridique de la domanialité publique peut parfaitement se concilier avec certains actifs immatériels locaux. Dès lors, il n'est pas impossible d'imaginer que cet arrêt constitue une première brèche tout à fait sérieuse dans laquelle pourrait s'engouffrer le régime juridique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. La réception en droit administratif des biens d'autres actifs immatériels publics, comme les brevets, les marques etc., n'aurait absolument plus rien d'inique. Ainsi, article L. 2112-1 du CG3P, décision *APRP* du 17 mars 2012, décision *EURL Photo Josse* du 29 octobre 2012, assisterait-on aux prémices, certes lacunaires, d'un droit de l'immatériel public ? En

[299] TA Paris, 17/03/2012, *Société APRP,* concl. REULAND (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 208, note ROHAN (P.-A.) et LEONETTI (R.).

réalité, ces deux jurisprudences sont beaucoup trop isolées pour permettre de le penser. Ce qui est certain en revanche, c'est qu'elles sont l'excellent témoignage d'un besoin urgent et évident d'une adaptation de la législation à ces « nouveaux actifs » qui s'affranchissent du caractère corporel de la propriété publique.

Le second apport de l'arrêt réside pour sa part dans le régime juridique de l'autorisation administrative. En effet, la réalisation de photographies d'œuvres d'art, s'analysant systématiquement, à en croire le juge, comme une utilisation privative du domaine public mobilier, cette utilisation doit alors obligatoirement faire l'objet d'une autorisation administrative. Par ailleurs, en vertu de la jurisprudence *RATP*[300]*,* dont l'arrêt *EURL Photo Josse* reprend d'ailleurs la solution, l'administration locale propriétaire n'est jamais tenue d'accorder une telle autorisation. Deux hypothèses se présentent à la collectivité. Première hypothèse, et de loin la plus simple, l'administration accorde l'autorisation demandée, car elle considère que l'utilisation faite du domaine public mobilier respecte les dispositions de l'article L. 2121-1 du CG3P[301]. Seconde hypothèse, l'administration refuse l'autorisation demandée. Il lui appartient alors de bien motiver son refus (lequel ne semblerait pouvoir s'appuyer que sur le non-respect de l'article L.2121-1 du CG3P), sachant que dans le cadre d'un litige, la jurisprudence lui est favorable. En effet, elle précise que le professionnel de l'image, en l'occurrence, ne pourra pas invoquer, comme moyen à l'encontre de ce refus, une atteinte portée au droit d'exercer une activité économique sur le domaine public, lequel droit prend directement sa source dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie[302]. Autrement dit, le juge administratif, se plaçant directement sur le terrain du droit public économique, vient ici limiter les moyens de contestation d'un refus d'autorisation. Ces précisions étant faites, il serait alors intéressant de réfléchir, ne serait-ce que quelques instants, en termes d'exploitation de l'image des biens publics. Si la réalisation de photographies d'œuvres d'art est obligatoirement soumise à une autorisation de l'administration locale propriétaire, dès lors, qu'est-ce qui empêcherait celle-ci, du moins en tant que gestionnaire, de conditionner l'octroi d'une telle autorisation au versement d'une contrepartie financière ? Par ailleurs, une telle pratique ne ressemblerait-elle

[300] CE, 23/05/2012, *RATP,* concl. BOULOUIS (N.), n° 348909.

[301] *« Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique.*

*Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation ».*

[302] V. DUBREUIL (C.-A.), « Le refus d'autoriser un usage privatif du domaine public mobilier peut-il constituer une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie », *JCP ACT,* n° 46, 19 novembre 2012, p. 769.

pas fortement aux dérives constatées à la suite de la jurisprudence *Gondrée* et fortement décriées ? Autrement dit, l'arrêt *EURL Photo Josse* serait une incitation, pour les acteurs publics locaux propriétaires d'œuvres d'art, à conditionner systématiquement leurs autorisations au versement d'une redevance, et ainsi conduire une politique particulièrement favorable de valorisation et d'exploitation de leurs actifs immatériels. Cela étant dit, se pose néanmoins une difficulté qui n'existait absolument pas dans le droit civil des biens : que faire si une administration fonde exclusivement son refus d'autorisation sur le fait que le « photographe » ait refusé de payer ? Cela d'autant plus, qu'elle n'est jamais tenue d'accorder une telle autorisation (de sorte qu'elle peut tout à fait sélectionner les « utilisateurs » du domaine) ? Et que faire si ce photographe décide d'aller en justice ? Comment l'administration justifiera-t-elle son refus si en outre les dispositions de l'article L. 2121-1 du CG3P sont bien respectées par l'utilisation faite du domaine public mobilier ? Si de telles interrogations ne se posent évidemment pas lorsque l'image des biens publics est affectée au domaine privé de l'administration locale propriétaire, force est de constater en revanche que la domanialité publique constituerait un garde-fou (certes minime, son exploitation n'étant pas interdite, bien au contraire) contre le spectre de la jurisprudence *Gondrée.* Pour autant, faut-il se contenter d'une telle lecture de la jurisprudence ? Faut-il ignorer les excentricités de la jurisprudence *Gondrée* en droit administratif des biens en ce que d'une part, le régime juridique du domaine public offre une protection minimale contre de telles pratiques, et en ce que d'autre part, la jurisprudence *EURL Photo Josse* ne se limite qu'à la seule image des œuvres d'art de musée ? De sorte qu'à la suite de ces problématiques se dessinerait une double vision de la protection de l'image des biens publics :

- ***Soit l'on considère que la jurisprudence EURL Photo Josse est particulièrement favorable en ce qu'elle permet aux acteurs publics locaux d'exploiter leur patrimoine immatériel, certes limité aux seules images d'œuvres d'art ;***
- ***Soit l'on considère à l'inverse qu'elle est dangereuse en ce qu'à l'image de la jurisprudence Gondrée, elle expose les professionnels de l'image d'œuvres d'art à des procès systématiques.***

La jurisprudence civile a mis cinq ans avant d'adopter, en matière de protection d'image des biens, une solution équilibrée. Aussi, seule la pratique et les hypothèses casuistiques permettront au juge administratif d'adapter sa position, sachant que bien évidemment, si la jurisprudence administrative se rapproche de la jurisprudence civile, elle ne s'insère pas tout à fait dans le même contexte, et possèdent qui plus est quelques différences, ne serait-ce que par

les enjeux liés au régime juridique de la domanialité publique. D'autant que l'arrêt *EURL Photo Josse,* n'ayant pas de contradicteurs certains en raison de l'absence d'un droit de l'immatériel public, constitue précisément, au sens de la présente étude, l'opportunité d'un appel à l'élaboration de ce droit à ne pas manquer. C'est alors que les propos de Jean-Michel Bruguière prennent tout leur sens :

*« Le droit des biens publics n'est plus celui des routes et des gares, des péages et du territoire. Il est devenu celui des noms des villes, des données ou des images publiques. Ces actifs immatériels sont aujourd'hui le siège d'importantes valeurs économiques »*[303].

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *EURL Photo Josse* du 29 octobre 2012 dit très clairement que les images d'œuvre d'art, par leur affectation à la domanialité publique mobilière, se rattachent au droit de propriété publique, et que par conséquent, leur exploitation par des tiers doit faire l'objet d'une autorisation de la part de la collectivité locale propriétaire. La solution a ravi les tenants de la « propriétarisation » de la domanialité publique, qui ont vu dans cet arrêt le sacre d'une véritable liberté de gestion des biens publics. Or, si pour leur part, les responsables des budgets publics accueilleront favorablement une telle prise de position, qui, comme il sera vu, s'inscrit dans la droite ligne du rapport Lévy-Jouvet sur l'économie de l'immatériel[304], il convient toutefois d'éviter deux écueils d'importance. D'une part, l'arrêt *EURL Photo Josse,* contrairement à ce qu'il pourrait laisser penser, ne constitue en rien la remise en cause du jugement précédent rendu par le Tribunal administratif d'Orléans le 6 mars 2012. Si celui-ci n'exige pas d'être titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public contre redevance pour la réalisation de prises de vue du Château de Chambord à des fins commerciales, le positionnement du Conseil d'Etat intervenu huit mois plus tard ne vient pas anéantir la solution adoptée par le juge de première instance. Autrement dit, elle ne vient pas poser un principe général d'autorisation pour l'exploitation des actifs immatériels locaux pris dans leur ensemble. Les deux décisions, si elles portent bien sur le même thème, s'inscrivent en réalité sur deux plans complètement différents. Le jugement du 6 mars 2012, en précisant que l'exploitation de l'image des biens publics n'est pas soumise à autorisation, ne concerne que les seules images des biens composant le domaine public immobilier artificiel. Alors que pour sa part, et comme

[303] BRUGUIERE (J.-M.), « L'image du château de Chambord n'est pas un bien du domaine public », *op.cit.,* p. 2222.

[304] LEVY (M.), JOUYET (J.-P.), L'économie de l'immatériel, la croissance de demain, Rapport remis au Ministre des Finances, de l'Economie, et de l'Industrie, Décembre 2006, Paris, La documentation française, Collec. Rapports publics, 184 pp.

maintes fois précisé jusqu'ici, l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 octobre 2012, en soumettant à autorisation l'exploitation de l'image des biens publics, ne concerne que les seules images des biens composant le domaine public mobilier, et plus précisément, celle des œuvres composant les collections de musée. Autrement dit, la portée de ces deux décisions est drastiquement cantonnée à des domaines d'application bien précis, et qui, par conséquent, n'ont aucune vocation à se généraliser. D'autre part, et corollairement, une fois encore, cette différence de traitement vient compliquer la grille de lecture des actifs immatériels locaux, déjà bien complexe, avec d'un côté, un régime juridique propre à l'image des biens publics du domaine public immobilier artificiel, et d'un autre côté, un régime juridique propre à l'image des biens publics du domaine public mobilier. D'autant que si la prise de position concernant l'image des biens publics du domaine public immobilier artificiel se comprend aisément (les usagers ayant *a minima* un droit de regard sur les biens composant le domaine public immobilier), non seulement, elle ne prend pas en considération l'attrait patrimonial que pourrait susciter certains de ces biens (cf. le Château de Chambord), mais en outre, n'offre aucun mécanisme de protection, à l'image du trouble anormal en droit civil des biens. Néanmoins, il serait largement surfait de considérer le jugement du Tribunal administratif d'Orléans comme acquis, puisque précisément, l'Etablissement public du domaine national de Chambord a interjeté appel, un appel que la Cour administrative de Nantes vient de trancher (3).

### 3. L'ARRET DE LA COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE NANTES DU 29 DECEMBRE 2015

Le troisième arrêt à évoquer si l'on souhaite traiter de manière exhaustive[305] un thème aussi complexe que passionnant, que celui de la protection de l'image des biens publics, est le arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 16 décembre 2015[306]. En réalité, celui-ci constitue le deuxième acte (et qui ne sera pas le dernier) du jeu de théâtre auquel se livrent la société Kronenbourg et l'Etablissement public du domaine national de Chambord depuis maintenant trois ans. Insatisfait de la solution rendue par le Tribunal administratif d'Orléans qui ne lui donnait droit à aucune indemnité, l'EPDNC a alors interjeté appel devant la Cour administrative de Nantes. Tout en rendant un arrêt confirmatif du jugement rendu par le

[305] Autant que faire se peut, car en réalité, au sens de la présente étude, « la protection de l'image des biens public » pourrait constituer un sujet de thèse à lui seul.

[306] CAA Nantes, 16/12/2015, *Société Kronenbourg c/ Etablissement public du domaine national de Chambord,* concl. DELESALLE (H.) ; *AJDA,* 7 mars 2016, p. 435, note FOULQUIER (N.).

Tribunal administratif, le juge d'appel a en réalité largement remanié la solution des premiers juges. Pour sa part, il a en effet considéré les choses suivantes :

*« Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 2122-1, L. 2125-1 et L. 2125-3 de ce code, d'une part, que l'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est soumise à la délivrance d'une autorisation que lorsqu'elle constitue un usage privatif de ce domaine public, excédant le droit d'usage appartenant à tous et, d'autre part, que, lorsqu'une telle autorisation est donnée par la personne publique gestionnaire du domaine public concerné, la redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public constitue la contrepartie du droit d'occupation ou d'utilisation privative ainsi accordé ; que, dès lors, si la personne publique est fondée à demander à celui qui occupe ou utilise irrégulièrement le domaine public le versement d'une indemnité calculée par référence à la redevance qu'il aurait versée s'il avait été titulaire d'un titre régulier à cet effet, l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, qui n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut, par suite, être soumise au paiement d'une redevance ; […]*

*Considérant, en second lieu, 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 ; qu'une telle image, laquelle 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 visés par les dispositions précitées de l'article L. 1 du code général de la propriété des personnes publiques déterminant le champ d'application de ce code ; que, par suite, la somme mise à la charge de la société Les Brasseries Kronenbourg SAS par les titres exécutoires contestés à raison de l'utilisation par cette société à des fins de publicité commerciale de la photographie du château de Chambord, qui ne se traduit pas par un usage privatif de ce domaine public, ne pouvait légalement être fondée sur l'article L. 2125-1 de ce code permettant la perception par la personne publique d'une redevance domaniale à raison de l'occupation ou de l'utilisation du domaine public ; […]*

*Considérant que, compte tenu des exigences constitutionnelles tenant à la protection du domaine public et afin d'éviter à tous égards qu'il n'y soit indirectement porté atteinte de manière inappropriée, les prises de vue d'un immeuble, appartenant au domaine public d'une personne publique, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues ou d'association de ces reproductions à des produits dans le cadre d'opérations de publicité commerciale, requièrent une autorisation préalable délivrée par le gestionnaire de ce*

*domaine dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique ; que cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat ; que la décision unilatérale peut être assortie notamment de conditions financières sous réserve qu'elles aient été préalablement légalement déterminées ; que de telles conditions peuvent également être prévues par le contrat conclu entre les parties ;*

*Considérant que, dans le cas où l'utilisation des prises de vue d'un tel immeuble est faite sans cette autorisation, elle constitue une faute commise par l'utilisateur et qui l'oblige à réparer le dommage causé au gestionnaire du domaine public ; que celui-ci peut, dans ce cas, en demander la réparation devant la juridiction compétente alors même qu'il aurait le pouvoir d'émettre un état exécutoire en vue d'obtenir le paiement de la somme qu'il réclame ;*

*Mais considérant qu'en l'absence de disposition législative contraire, il n'appartient pas à la juridiction administrative de statuer sur la responsabilité qu'une personne privée peut avoir encourue à l'égard d'une personne publique ; que, par suite, et en l'absence en l'espèce d'une telle disposition, les conclusions subsidiaires de l'établissement public du Domaine national de Chambord sont présentées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître ; qu'ainsi, elles ne peuvent, en tout état de cause, être accueillies ».*

Provoquant un nouveau séisme sur les terres de la protection de l'image des biens publics, les apports particulièrement nombreux de l'arrêt du 16 décembre 2015 peuvent être expliqués par un quintuple raisonnement, à savoir :

- ***L'exclusion de l'image des biens publics des catégories juridiques de biens et de droit (a) ;***
- ***L'exclusion de l'image des biens publics du droit de la propriété intellectuelle (b) ;***
- ***Une exploitation de cette image soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire du domaine (c) ;***
- ***Une absence d'autorisation fautive constitutive d'un dommage à réparer (d) ; et enfin,***
- ***Une responsabilité du preneur de vue appréciée par le juge civil (d).***

a. Une image exclue des catégories juridiques de biens et de droits

Concernant le premier tremblement provoqué par les juges d'appel, il porte naturellement sur l'image du Château de Chambord. Tout comme les premiers juges, la Cour administrative d'appel a pu considérer que l'image d'un bien public ne se confondait en rien avec le bien

matériel qu'elle représente. Autrement dit, l'image d'un bien public constitue un actif immatériel à part entière. De sorte qu'à ce stade, se pose inéluctablement la question du régime juridique de cet actif. Sur ce point, et à l'opposé de ce qu'avaient pu décider les premiers juges, les juges d'appel ont considéré que l'image d'un bien public n'entrait pas dans le champ d'application du CG3P tel qu'il est défini à son article L. 1. Autrement dit, pour la Cour administrative d'appel de Nantes, l'image d'un bien public ne peut faire l'objet d'un quelconque droit de propriété publique, quand bien même, elle satisferait par exemple les critères organique, fonctionnel, et matériel de l'article L. 2111-1. Autrement dit encore, pour les juges d'appel, même dans l'hypothèse où l'image d'un bien public s'avèrerait être affectée à l'usage direct du public, elle ne serait en rien affectée au domaine public, précisément parce qu'elle n'entre pas dans le champ d'application du Code. Par conséquent, le juge d'appel est allé beaucoup plus loin que le juge de première instance en ne vérifiant pas l'applicabilité d'un régime juridique à un actif immatériel sur lequel il n'a absolument aucune prise. Alors que le juge de première instance, en énonçant que l'image d'un bien public ne remplissait pas les critères posés par la domanialité publique immobilière artificielle (pour ne rester que sur ce seul terrain), sous-entend *a contrario* que si elle les avait remplis, l'image du Château de Chambord aurait été affectée au domaine public, le juge d'appel, lui, stoppe son raisonnement sur la nature juridique de l'image. En effet, l'article L. 1 du CG3P énonce que :

*« Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics ».*

Or, pour la Cour administrative d'appel de Nantes, l'image d'un bien public n'est ni un bien, ni un droit. Voilà une position qui a de quoi relancer le débat sur la nature juridique des actifs immatériels, alors même que, comme il a été vu, la doctrine et autres professionnels de la matière ont déjà bien du mal à trancher la première dichotomie. Sur ce point, Norbert Foulquier remarque : *« Ce raisonnement repose sur la conviction que l'image d'un bien n'est pas un bien. Est-ce même juridiquement une chose ? »*[307]. Par conséquent, et contrairement au juge de première instance, le juge d'appel claque définitivement la porte de la domanialité publique.

[307] FOULQUIER (N.), « Hors CGPPP, le pouvoir quasi domanial sur l'image des biens du domaine public », *AJDA,* n° 8,7 mars 2016, p. 438.

S'ils en viennent à la même conclusion, le raisonnement qui l'appuie est en revanche complètement différent.

Partant d'un tel constat, il serait alors tout à fait possible de supposer que, si le droit administratif des biens est parfaitement inapplicable à l'image d'un bien public, alors le droit de la propriété intellectuelle viendra naturellement s'emparer de cet actif immatériel, et constituer en cela une sorte de palliatif (b).

### b. Une image exclue du droit de la propriété intellectuelle

Or, contre toute attente, avant même de conclure à l'inapplicabilité du CG3P, la Cour administrative d'appel de Nantes a également exclu l'application du droit de la propriété intellectuelle ! :

*« Considérant […] qu'une telle image,* ***laquelle 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 visés par les dispositions précitées de l'article L. 1 du code général de la propriété des personnes publiques ».*

Deuxième tremblement sur les terres de la protection de l'image des biens publics : il s'agit d'un actif immatériel qui n'est pas régi par le droit administratif des biens, mais qui ne l'est pas non plus par le droit de la propriété intellectuelle. Sur ce point, il serait alors utile de reprendre la citation de Norbert Foulquier[308] prononcée à l'occasion du colloque sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Si cette remarque n'a pas absolument pas été prononcée à l'occasion d'un quelconque débat sur la protection de l'image des biens publics, force est de constater en l'occurrence qu'elle lui sied très bien. En effet, pas de droit de propriété publique, pas de droit de propriété de l'article 544 du Code civil, et pas de droit de propriété incorporelle : dès lors, quelle peut bien être la nature juridique de l'image d'un bien public ? Quel est son régime juridique ? Si l'on se place à un niveau d'abstraction un peu plus élevé, sortant ainsi le juriste des méandres factuels et contextuels de l'affaire, que constate-t-on ? On constate la présence d'un actif (immatériel) sur lequel ne s'exerce aucun droit de propriété (du moins, aucun droit de propriété encore connu ou élaboré), et dont la personne publique (Etat, Collectivités territoriales, et leurs Etablissements publics) entend pourtant assurer la

[308] *« ''Ni dans l'un ni dans l'autre ! Le juriste un peu binaire se dit "mais c'est où ?... Ailleurs…''. Pour le coup, c'est très très immatériel, un peu perdu dans l'espace ».*

« gestion ». N'assisterions-nous pas, fin 2015/début 2016, à une parfaite résurgence de la théorie Proudhonnienne des domaines du XIX$^{ème}$ siècle ? Est-il nécessaire de rappeler que selon cette Théorie, l'Etat n'est en rien propriétaire du domaine public. Celui-ci appartient à la fois à tous et à personne, l'Etat n'y exerçant qu'une sorte de surintendance en vertu des considérations d'intérêt général. N'est-ce pas précisément ce que vient de consacrer la Cour administrative d'appel de Nantes dans son arrêt du 16 décembre 2015 ? S'il est impossible de l'affirmer avec certitude, l'hypothèse en revanche est permise :

*« A se demander si la Cour ne considère pas que la prise de vue d'un bien s'apparente au regard que chacun peut porter sur lui : tout comme le domaine public ne faisait l'objet d'aucun droit de propriété au XIX$^{ème}$ siècle au motif qu'il était à la disposition de tous, l'exclusivité étant une caractéristique essentielle de ce droit, l'image d'un bien que quiconque peut regarder et en prendre une vue n'appartient à personne. Plus encore que la jurisprudence judiciaire, ce sont peut-être les schémas domaniaux de l'époque de Proudhon que la cour a consciemment ou non mobilisés »*[309].

Voilà une éventualité qui s'inscrit à contrecourant de la conception propriétariste actuelle du domaine public. Par conséquent, l'image d'un bien public ne peut pas faire l'objet d'un quelconque droit de propriété. En ce sens, il existe une convergence très nette entre le Tribunal administratif d'Orléans et la Cour administrative d'appel de Nantes. Or, le juge d'appel opère une seconde rupture avec le juge de première instance lorsqu'il décide pourtant de soumettre à autorisation l'utilisation commerciale des prises de vues de biens publics, lesquelles ne sont pas « appropriables ».

C'est alors bel et bien la résurgence du droit de surintendance sur ce nouvel actif, immatériel qui plus est, que constitue l'image des biens publics. Par ailleurs, il est assez singulier de voir à quel point les thèmes abordés par le droit administratif des biens ont beau être nouveaux, tel que celui du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, son évolution suivra pourtant les mêmes cycles historiques. Le patrimoine immatériel local en étant encore à ses prémices, dès lors, il n'y aurait rien d'étonnant à ce qu'à ce stade, il s'inspire de la théorie des domaines pour son épanouissement. Rien n'est certain bien entendu, mais si l'hypothèse se vérifie, cela offrirait alors de belles opportunités d'anticipation pour les évolutions à venir de la matière. Quoi qu'il en soit, le juge administratif poursuit son

[309] FOULQUIER (N.), « Hors CGPPP, le pouvoir quasi domanial sur l'image des biens du domaine public », *ibid.*

résonnement en soumettant néanmoins l'exploitation cette image appropriable des biens publics à autorisation (c).

### c. Une image à l'exploitation soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire du domaine

Ainsi, dans un troisième considérant, la Cour administrative d'appel de Nantes a pu considérer que :

*« **Compte tenu des exigences constitutionnelles** tenant à la protection du domaine public et afin d'éviter à tous égards qu'il n'y soit indirectement porté atteinte de manière inappropriée, **les prises de vue d'un immeuble,** appartenant au domaine public d'une personne publique, à des fins de commercialisation des reproductions photographiques ainsi obtenues ou d'association de ces reproductions à des produits dans le cadre d'opérations de publicité commerciale, **requièrent une autorisation préalable délivrée par le gestionnaire de ce domaine dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique ;** que cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat ; **que la décision unilatérale peut être assortie notamment de conditions financières sous réserve qu'elles aient été préalablement légalement déterminées ;** que de telles conditions peuvent également être prévues par le contrat conclu entre les parties ».*

Autrement dit, l'image d'un bien public est inappropriable, et pourtant, son utilisation à des fins commerciales doit faire l'objet d'une autorisation délivrée par l'administration. Dès lors, cette autorisation peut-elle classiquement se fonder sur l'article L. 2122-1 du CG3P[310] ? De toute évidence, la réponse est négative, le juge d'appel ayant clairement exclu les images de biens publics du champ d'application du Code. De sorte qu'il ne restait plus qu'à la Cour administrative d'appel de créer une autorisation en matière d'utilisation d'images des biens publics, dont le régime serait complètement autonome. Mais en assortissant en revanche l'octroi de telles autorisations à la possibilité de demander une contrepartie financière, le juge d'appel a recréé les conditions de la jurisprudence *Gondrée.* En effet, l'autorisation d'utilisation du domaine public étant obligatoire, rien n'empêche alors l'administration d'en conditionner l'octroi au versement d'un montant forfaitaire par exemple. Cela est d'autant plus condamnable que, dans son raisonnement, la Cour administrative d'appel a littéralement nié la jurisprudence

[310] *« Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous ».*

civile. D'une part, concernant l'arrêt *Gondrée* de 1999, le juge d'appel y contrevient en ce qu'il nie toute existence d'un droit de propriété quelconque sur l'image des biens publics. Pourtant, dans la jurisprudence civile, c'est précisément sur le fondement de l'article 544 du Code civil que le juge de cassation s'est prononcé. D'autre part, concernant l'arrêt *Girancourt* de 2004, le juge de cassation s'exposait à une contradiction évidente : comment le propriétaire d'un bien pouvait-il subir un trouble anormal s'il n'était pas propriétaire de l'image de son bien ? La doctrine civiliste a résolu cette contradiction en distinguant le droit de propriété du bien, au caractère exclusif, du droit de propriété incorporel de l'image du bien (relevant du droit de la propriété intellectuelle), au caractère « partagé »[311]. Partagé en ce que le propriétaire d'un bien est évidemment pleinement propriétaire de celui-ci, mais concernant son image en revanche, il en partagerait la propriété avec les tiers, qui doivent alors en respecter l'usage sous peine de se voir attaqué pour trouble anormal. Si les réalistes, comme Thierry Revet ou Frédéric Zénati, pourraient y voir un véritable sacrilège porté au caractère exclusif du droit de propriété, droit aux origines révolutionnaires s'il en est, cette interprétation doctrinale a au moins eu pour mérite de tarir une fois pour toutes le contentieux lié à la protection de l'image des biens. Or, le juge administratif, pour sa part, en niant toute appropriation de l'image d'un bien public foule ainsi au pied toute distinction entre « propriété exclusive » et « propriété partagée », et donc, tout effort d'éclaircissement satisfaisant. De sorte qu'il est extrêmement audacieux, au sens de la présente étude, d'énoncer d'un côté que le propriétaire d'un bien public n'est en rien propriétaire de son image (à l'instar de la jurisprudence civile), pour énoncer de l'autre que l'utilisation de cette image par les tiers, doit alors avoir été autorisée par l'administration, non pas propriétaire, mais gestionnaire. « L'arrogance » du juge d'appel est d'autant plus criante que, pour justifier cette position concernant l'image des biens publics, il se fonde sur l'article 17 (non expressément cité) de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et sur la jurisprudence constitutionnelle dégagée en la matière. Autrement dit, le juge d'appel utilise ici la conception propriétariste des biens publics construite par le Conseil constitutionnel, pour exploiter un actif immatériel justifié par la théorie des domaines de Proudhon ! Or, celle-ci ne s'oppose-t-elle pas à toute idée de propriété ? La rhétorique est *a minima* de rigueur : voilà un juge qui se fait poète en ayant réussi le tour de force de ce bel oxymore, de le doter d'un caractère coercitif (d).

[311] En réalité, le terme n'a rien d'arrêté, il s'agit simplement d'un choix propre à la présente étude, dans un souci constant de simplification et de compréhension.

### d. Une absence d'autorisation fautive constitutive d'un dommage à réparer

Mais la Cour administrative d'appel de Nantes n'en a pas encore tout à fait terminé avec l'image des biens publics. Dans un quatrième considérant, elle enseigne la chose suivante :

*« Dans le cas où l'utilisation des prises de vue d'un tel immeuble est faite sans cette autorisation, elle constitue une faute commise par l'utilisateur et qui l'oblige à réparer le dommage causé au gestionnaire du domaine public ; celui-ci peut, dans ce cas, en demander la réparation devant la juridiction compétente alors même qu'il aurait le pouvoir d'émettre un état exécutoire en vue d'obtenir le paiement de la somme qu'il réclame ».*

Après avoir énoncé que l'image d'un bien public ne se confondait pas avec le bien qu'elle représente, que cet actif immatériel ne relevait ni du droit administratif des biens, ni du droit de la propriété intellectuelle, qu'en dépit de ces constats, son utilisation commerciale devait néanmoins faire l'objet d'une autorisation administrative, voilà que le juge administratif proclame que la prise de vue d'un bien public faite sans autorisation constitue une faute entraînant réparation. L'arrêt *Girancourt* lui-même n'a pas osé aller aussi loin. En effet, alors que le juge civil a cantonné l'exploitation de l'image d'un bien dans les limites du seul trouble anormal, voilà que le juge administratif, lui, se montre beaucoup plus « généreux » en posant une certaine « automaticité » dans la sanction indemnitaire : dès lors que le tiers ne dispose d'aucune autorisation pour réaliser les prises de vue d'un bien public, le simple fait de les réaliser à des fins commerciales constitue une faute. Autrement dit, il ne sera pas nécessaire pour le gestionnaire de l'image du bien public (et le choix du terme n'est pas anodin, en lieu et place de celui de propriétaire) de démontrer « l'anormalité » de l'exploitation, laquelle lui causerait un préjudice. La seule absence d'autorisation suffit à caractériser ce préjudice. Par conséquent, il n'y a absolument rien d'inique à dire qu'en voulant poser un garde-fou à l'exploitation commerciale de l'image des biens publics, le juge administratif a en réalité recréé avec brio un contexte propice à l'épanouissement des dérives de la jurisprudence *Gondrée.* En effet, l'obligation systématique de détenir une autorisation, que l'administration peut par ailleurs assortir d'une contrepartie financière, peut tout à fait exposer les professionnels de l'image à des procès systématiques. En cela, l'affaire *EPDNC c/ Société Kronenbourg* en constitue un brillant exemple. Si le contexte de disette budgétaire conduit les administrations locales en l'occurrence à rechercher de nouvelles ressources, force est de constater que le rééquilibrage des finances publiques n'autorise pas tout. De surcroît, si cette vision financière a incarné un véritable élan pour le développement et l'épanouissement du patrimoine

immatériel local, le dangereux constat est bien celui de l'enfermement dans cette seule vision, qui risque, à plus ou moins court terme, d'étouffer un mouvement porteur. Les dangers de la « surprotection » sont bien visibles, et consistent dans l'anéantissement de toute politique viable de valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. D'autant que cette conservation des actifs immatériels est moins justifiée par une volonté d'en maîtriser la gestion pour une meilleure exploitation, que par un réflexe de garde, aux origines séculaires, des biens publics. Ainsi, dans l'arrêt du 16 décembre 2015, le juge administratif ne fait que démontrer un seul et unique positionnement, à savoir, son incapacité à trouver une solution équilibrée, et au sein de laquelle, malheureusement, les mesures de conservation prises confinent au verrouillage de l'image des biens publics. Danièle Bourlange, Directrice générale de l'APIE, avait pourtant donné l'ensemble des conseils nécessaires à la prévention d'une telle dérive ; il est regrettable que le juge n'ait pas su les mettre en œuvre. Par ailleurs, son dernier considérant est symptomatique de cette incompréhension (e).

### e. Une responsabilité du preneur de vue appréciée par le juge civil

Dans un dernier considérant, le juge d'appel a en effet énoncé *« qu'en l'absence de disposition législative contraire, il n'appartient pas à la juridiction administrative de statuer sur la responsabilité qu'une personne privée peut avoir encourue à l'égard d'une personne publique ; que, par suite, et en l'absence en l'espèce d'une telle disposition, les conclusions subsidiaires de l'établissement public du Domaine national de Chambord sont présentées devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître ; qu'ainsi, elles ne peuvent, en tout état de cause, être accueillies ».* En réalité, la solution n'est pas nouvelle : la responsabilité d'une personne privée à l'égard d'une personne publique est, en l'absence de texte contraire, appréciée par le juge civil depuis bientôt quarante ans[312]. Ce qui est nouveau en revanche, c'est le contexte dans lequel s'insère ce positionnement classique. Après avoir posé que l'image d'un bien public n'est pas le bien, qu'elle n'est ni régie par le droit administratif des biens, ni par le droit de la propriété intellectuelle, que pour autant son utilisation commerciale par un tiers doit faire l'objet d'une autorisation délivrée par l'administration-gestionnaire, que l'absence d'autorisation constitue une faute engageant la responsabilité de ce tiers, voilà précisément que l'appréciation de cette responsabilité relève du juge civil ! Autrement dit, c'est le juge

[312] TC, 12/04/1976, *Société des Etablissements Mehut, Rec. Lebon p. 698,* n° 2014 ; TC, 28/02/1977, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c/ Dasse et Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Bassin de l'Adour, Rec. Lebon p. 665,* n° 2046.

administratif lui-même qui procède à la « création » de cet actif immatériel qu'est l'image d'un bien public, qui en fixe la nature et le régime, mais, en cas de litige, c'est au juge civil qu'il faudra s'adresser. L'audace de cette solution n'a d'égale que le monumental et regrettable éparpillement du contentieux relatif aux actifs immatériels publics qu'elle provoque. En effet, lorsque le litige portera sur la légalité de l'autorisation accordée ou refusée par exemple, le justiciable devra s'adresser au juge administratif, en revanche, lorsque le litige portera sur la fixation de l'indemnité relative à la réparation du préjudice causé par une utilisation commerciale non autorisée d'un bien public, l'administration-victime devra alors s'adresser au juge civil. Par ailleurs, *quid* de la reconnaissance de ce préjudice ? Relève-t-elle aussi du juge civil (cela serait plus logique), ou bien, du juge administratif, auquel cas l'administration-victime sera alors dans l'obligation d'introduire deux actions simultanées, devant deux juges différents ? On l'aura compris, la lisibilité du régime juridique de l'image des biens publics est, comme bon nombre de celui des actifs immatériels, particulièrement complexe. Pour redescendre à un niveau d'abstraction plus pragmatique, il serait alors possible d'établir deux scénarios exclusifs l'un de l'autre concernant le litige opposant l'Etablissement Public du Domaine National de Chambord à la Société Kronenbourg :

- ***Soit l'EPDNC se satisfait de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 16 décembre 2015, et décide en conséquence de s'adresser au juge civil ;***
- ***Soit l'une ou l'autre des parties décide de se pourvoir en cassation devant le Conseil d'Etat, afin que les juges du Palais Royal tranchent une fois pour toutes la question de la protection accordée à l'image des biens publics :*** Précisément, cela a été fait et le pourvoi a été jugé recevable. Il sera alors très intéressant de voir comment le Conseil d'Etat statuera sur la question.

Quel que soit le scénario envisagé, ce qui est clair, c'est que la pièce de théâtre relative à la protection de l'image des biens publics n'en est pas à son dernier acte.

Cela est d'autant plus vrai qu'il y a fort à parier que dans sa décision, le Conseil d'Etat soit influencé par la loi du 8 juillet 2016, relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine[313]. En effet, par ce texte, le législateur a notamment entendu réagir à la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Nantes, à tel point que la question se pose

[313] Loi n° 2016-925 du 8 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, *JORF* n° 158, 8 juillet 2016, p. 1934.

de savoir si le juge du fond n'aurait pas volontairement rendu un arrêt de provocation. Or, rien n'est moins sûr, car non seulement le législateur n'est pas venu atténuer la portée de la jurisprudence administrative naissante, mais l'a en outre partiellement confirmée ! Au sein même du Code du patrimoine, le texte de loi y insère une Section 6 consacrée aux domaines nationaux, laquelle comprend notamment à sa Sous-section 5 (Gestion et exploitation de la marque et du droit à l'image des domaines nationaux), un nouvel article L. 621-42 ainsi rédigé :

*« 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 ».*

Autrement dit, l'arrêt polémique du 16 décembre 2015, non seulement n'a pas été démenti, mais a en outre reçu une véritable consécration législative. Si théoriquement les résurgences de la jurisprudence *Gondrée* sont particulièrement fortes, d'aucuns pourraient alors penser que les collectivités territoriales propriétaires pourraient clairement tirer avantage de ce nouveau texte. En réalité, l'espoir est vain, car il convient de souligner que la nouvelle disposition voit son champ d'application limité aux seuls domaines nationaux. Dès lors, de deux choses l'une :

- ***Soit l'on considère que le régime juridique de l'image des biens des domaines nationaux est désormais régie par la loi du 8 juillet 2016, celui de l'image des biens des collectivités territoriales continuant de l'être par l'arrêt du 16 décembre 2015 (auquel cas les collectivités ne seraient alors pas privées de réaliser une exploitation financière de leur patrimoine immatériel, mais dès lors, quid de l'intérêt de la loi ?) ;***
- ***Soit l'on considère que cette nomination des « domaines nationaux » a précisément pour objectif de limiter la portée de la jurisprudence administrative auxdits domaines nationaux (une vingtaine au total), en excluant les collectivités territoriales. A contrario, cela signifierait donc que seuls les domaines nationaux auraient le droit de soumettre à autorisation l'image de leurs biens, mais qu'en revanche, celle des biens des collectivités territoriales, elle, reste libre de toute exploitation.***

La lecture des travaux préparatoires de la loi démontre que l'analyse du texte penche très clairement en faveur de la seconde hypothèse. En effet, les rédacteurs ont entendu limiter la possibilité d'une exploitation commerciale rémunérée aux seuls domaines nationaux. L''étude cadre juridique entourant l'image des biens publics locaux est particulièrement contestable,

dans la mesure où le patrimoine immatériel local recèle lui aussi de trop nombreuses richesses pour être tenu à l'écart d'une quelconque exploitation financière de l'image des biens.

Ainsi, la problématique de la protection de l'image des biens publics a mis en exergue de nombreuses difficultés. A l'heure actuelle, l'état du droit peut se résumer aux constats suivants :

- ***Concernant les images d'œuvre d'art appartenant à des collections de musées, elles sont affectées au domaine public mobilier. Par conséquent, leur exploitation à des fins commerciales doit faire l'objet d'une autorisation délivrée par l'administration-propriétaire, éventuellement contre redevance, conformément à l'article L. 2122-1 du CG3P. L'exploitation sans autorisation entraînera le versement d'une indemnité fixée par le juge administratif et correspondant au montant de la redevance pour exploitation si l'autorisation avait été demandée et obtenue, conformément aux dispositions du même Code ;***
- ***Concernant en revanche les images des biens affectés au domaine public immobilier artificiel des collectivités territoriales, il s'agit d'actifs immatériels ne faisant l'objet d'aucun droit de propriété quelconque, et dont l'exploitation commerciale est libre ;***
- ***Concernant en revanche les images des biens affectés au domaine public immobilier artificiel des domaines nationaux, il s'agit là aussi d'actifs immatériels ne faisant l'objet d'aucun droit de propriété quelconque. En revanche, leur exploitation commerciale peut faire l'objet d'une autorisation délivrée par l'administration-gestionnaire, dont le régime est décrit par la loi du 8 juillet 2016. L'exploitation commerciale de ces images réalisées sans autorisation, entraîne l'engagement de la responsabilité du contrevenant, laquelle sera appréciée par le juge civil.***

De sorte qu'en la matière, la domanialité publique paraît partagée : elle englobe l'image des biens publics mobiliers (et encore uniquement celle des œuvres d'art, du moins, pour l'instant), mais elle refuse d'accueillir celle des biens publics relevant du domaine public immobilier artificiel. Par conséquent, se pose réellement la question de savoir quelle peut bien être l'opportunité de l'ouverture du domaine public au patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Après tout ce qui vient d'être vu, après tout ce qui vient d'être dit, est-elle souhaitable ? Rien n'est moins sûr. Ce qui est certain en revanche, c'est que la protection de l'image des biens publics, non seulement alimente les débats actuels en matière de patrimoine immatériel, mais en outre, en pose un nouveau.

Concernant les débats qu'elle relance, ils sont au moins au nombre de trois. D'une part, les incohérences de l'arrêt du 16 décembre 2015 démontrent que les actifs immatériels n'éprouvent en rien la nécessité d'être absolument catégorisés en biens ou en droits. De surcroît, il n'est pas encore possible de savoir si une troisième catégorie leur correspondrait davantage, mais force est de constater qu'ils se passent très bien des deux premières. Preuve par excellence s'il en est que si le débat biens/droits reste éminemment nécessaire, il semble en revanche ne rien avoir de déterminant. D'autre part, les lacunes de l'arrêt du 16 décembre 2015 démontrent également, cette fois avec brio, qu'aujourd'hui, il est plus que nécessaire de repositionner la vision que l'on peut avoir des personnes publiques. En effet, le détour par la théorie des domaines, âgée de plusieurs siècles, que le juge d'appel allie ensuite à la conception propriétariste du CG3P, est audacieux. N'aurait-il pas été beaucoup plus simple de reconnaître les personnes publiques en tant que sujets de droit, en cela pleinement habilitées à tirer des bénéfices de leur patrimoine ? La question est posée, mais il faudra sans doute encore un peu de temps au juge administratif avant de préférer une évolution à un bouleversement historique. Quoi qu'il en soit, le besoin d'un droit des personnes publiques se fait clairement ressentir. Enfin, la jurisprudence *EPDNC c/ Société Kronenbourg,* en affirmant l'inadéquation des règles de droit issues tout aussi bien du droit administratif des biens que du droit de la propriété intellectuelle, et les quelques incohérences qui en résultent, révèle l'importance accrue d'élaborer des règles de droit propres au patrimoine immatériel public, autrement dit, des règles de droit propres aux actifs immatériels, et pour le dire encore plus clairement, pose franchement la question de l'élaboration d'un droit de l'immatériel public. En effet, l'inapplicabilité du droit administratif des biens et du droit de la propriété intellectuelle ne révèlerait-elle pas le besoin de procéder à la conception d'un nouveau corps de règles, lequel viendrait s'emparer de cette catégorie juridique à part entière que constituent les actifs immatériels ? Ne sommes-nous pas en train d'assister aux prémices d'un droit de l'immatériel public issu des insuffisances de ce droit matériel qu'est le droit administratif des biens, à l'image du droit de la propriété intellectuelle, qui lui, s'est construit sur les insuffisances du droit civil des biens ? Même si la question mérite là aussi d'être posée, il faudra sans doute que le CG3P soit à nouveau repoussé dans ses retranchements les plus profonds avant de capter l'attention du législateur.

Concernant en revanche le nouveau débat induit par l'arrêt du 16 décembre 2015, il porte en réalité sur la conception actuelle du droit de propriété, qu'il s'agisse de celui de l'article 544 du Code civil, ou bien, du droit de propriété publique. En effet, alliée à la jurisprudence civile, la protection de l'image des biens, qu'ils soient publics ou privés, provoque une véritable

redéfinition de fondements que beaucoup croyaient définitivement acquis. Pour sa part, la jurisprudence civile, au travers de l'arrêt *Girancourt* du 7 mai 2004, a clairement remis en cause le caractère exclusif du droit de propriété. Certaines des « manifestations » de celui-ci, certaines de ses expressions, ne relèvent pas exclusivement du propriétaire, mais au contraire, doivent être partagées avec les tiers. Par conséquent, le droit de propriété de l'article 544 ne peut pas tout saisir, et c'est précisément là où s'arrêtent ses frontières, que commencent celles du droit de la propriété intellectuelle. C'est exactement la même évolution, la même transformation, qu'est en train de subir actuellement le droit administratif des biens. Paradoxalement, lui, consacre l'exclusivité de l'exploitation d'un actif immatériel au profit de l'administration, alors même qu'elle n'en est pas propriétaire ! Or, le juge administratif a reconnu l'incompatibilité de la propriété publique avec l'image des biens publics. Dès lors, dans une logique contemporaine de propriétarisation des biens publics, comment l'administration pourrait-elle détenir l'exclusivité de la gestion de l'exploitation d'un actif immatériel qu'elle ne détient pourtant pas ? Cette incohérence peut s'expliquer par une raison très simple : d'un côté, la propriété publique est inapplicable, mais de l'autre, il n'existe pas de « droit public de la propriété intellectuelle ». L'alternative a alors été de conclure à l'exclusivité de gestion de l'image des biens publics par l'administration. Désormais, le constat qui en résulte est bien connu : la protection de l'image des biens publics est la preuve par excellence que la propriété publique, telle qu'elle est actuellement conçue, ne peut pas tout saisir. Il s'agit là du point névralgique de l'étude, ce qu'elle souhaite démontrer, car c'est précisément à ce stade d'évolution qu'en est le droit administratif des biens. L'élaboration d'un droit de l'immatériel public ne constitue en rien la seule issue possible, ou même, une alternative obligatoire (bien qu'elle soit très séduisante). Mais force est de constater qu'aujourd'hui, le droit administratif des biens a atteint ses propres limites. Plus encore, l'exclusivité de la dimension matérielle de ce droit a atteint ses limites. Le patrimoine immatériel des collectivités territoriales en est la preuve par excellence. Cependant, le germe du droit de l'immatériel public ayant encore besoin de temps pour s'implanter et innerver progressivement les esprits, quelles solutions immédiates ? Quelles pistes de réflexion peuvent être envisagées à court et à moyen terme ? Quels palliatifs ? La surprotection de l'image des biens publics a également démontré, de manière très claire, que l'absence d'équilibre dans la gestion des patrimoines immatériels locaux est particulièrement néfaste à toute politique de valorisation, et donc, d'exploitation du patrimoine immatériel. Mais plus encore, la propriété doit-elle absolument constituer le seul mécanisme de réservation d'un actif immatériel ? Le modèle imparfait qu'elle propose doit-il sans arrêt se perfectionner pour qu'entre dans son cadre un actif immatériel aussi particulier que l'image d'un bien public par

exemple ? Dès lors, et pour redescendre à un niveau d'abstraction à la fois plus pragmatique et plus proche des collectivités territoriales, que faire du patrimoine musical, du patrimoine culinaire ? Que faire encore de la protection des savoir-faire locaux, comme la coutellerie de Laguiole ? Que faire de ces actifs immatériels dont la collectivité n'est en rien propriétaire mais dont elle tire pourtant un bénéfice, ne serait-ce qu'en termes de réputation et de renommée ? La propriété publique est-elle dotée des armes juridiques nécessaires à la saisie de tels actifs ? La réponse est évidemment négative, de sorte que l'image des biens publics est loin d'incarner la seule manifestation de l'impuissance de la propriété publique. Désormais, il s'agit d'un fait acquis : la propriété publique ne peut pas tout saisir. L'existence d'actifs immatériels insusceptibles d'appropriation publique en est la preuve formelle (Partie 2).

# PARTIE 2

# La réservation des actifs immatériels locaux en dehors de la propriété publique

Dire qu'il existe des actifs immatériels s'affranchissant de la propriété publique ne signifie pas forcément que tous ces actifs sont « inappropriables ». Au contraire, certains d'entre eux font bien l'objet d'un droit de propriété, mais dont le titulaire n'est pas un acteur public du territoire. Pour autant, il ne s'agit pas de raisonner en distinguant précisément les actifs immatériels faisant l'objet d'un droit de propriété dont le titulaire diffère de l'administration locale, et les actifs immatériels purement et simplement inappropriables. En réalité, l'approche se veut plus globale en abordant tout simplement la protection des actifs immatériels dont la collectivité territoriale n'a pas la maîtrise, ni n'en est propriétaire. En effet, comment assurer une sauvegarde effective de ces actifs, dont les acteurs publics locaux tirent un bénéfice certain, alors même qu'ils n'en sont pas propriétaires ? Toutefois, un tel raisonnement présente un écueil qu'il convient d'éviter : il fait de la propriété publique le mécanisme de réservation et de protection par excellence et le dote de manière sous-jacente d'une efficacité certaine. Or la gestion de certains de ces actifs par la propriété peut conduire au verrouillage de leur exploitation. L'enjeu est alors de trouver le juste équilibre, en déterminant le mécanisme de réservation le plus adapté en fonction de la nature profonde de l'actif immatériel et non pas l'inverse, c'est-à-dire, partir de la propriété comme principe de protection, pour ensuite vouloir absolument y insérer les actifs immatériels, au mépris de leurs spécificités. Les vertus d'une telle méthode résident dans la considération des actifs immatériels qui se verront appliquer le degré de protection adaptée pour une sauvegarde et une exploitation optimales. Un degré de protection qui par ailleurs influera inéluctablement sur le degré d'implication des collectivités territoriales, en redéfinissant parfois, de manière complète, leur rôle dans la gestion des actifs immatériels locaux. En effet, le comportement adopté par la région, le département, l'EPCI ou la commune, diffèrera en fonction du mécanisme de réservation s'appliquant à l'actif immatériel. Lorsqu'il s'agira d'un actif détenu par un acteur privé du territoire, la collectivité se placera alors davantage dans un rôle d'accompagnement et d'assistance. Autrement dit, une démarche commune, horizontale, devra se construire afin d'assurer une sauvegarde et une exploitation adéquates du patrimoine immatériel local. En revanche, lorsque l'actif immatériel

n'est pas susceptible d'une appropriation quelconque, comme les pratiques sociales, ou encore, les évènements festifs, la collectivité se placera davantage dans un rôle de « gardiennage », non pas en disant « c'est à nous », mais bien en disant « vous ne touchez pas », grâce à des mécanismes classiques de responsabilité ou de police qu'il conviendra de définir.

Cela est d'autant plus important que la frontière entre les actifs immatériels dits publiquement appropriés, et ceux qui ne le sont pas, c'est-à-dire, pour l'essentiel, ceux qui sont décrits dans la Convention de l'UNESCO relative à la sauvegarde Patrimoine Culturel Immatériel du 17 octobre 2003, est particulièrement ténue, et peut en réalité se montrer beaucoup moins étanche qu'il n'y paraît. Loin d'être malheureux ou malvenu, ce constat ne fait que traduire l'une des nombreuses singularités du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, les expressions orales, les langues régionales ou encore le patrimoine musical (pour ne raisonner que sur ces seuls exemples), patrimoines des habitants du terroir s'il en est, une fois mis en ligne, se dupliquent alors en données informatiques. Le régime juridique applicable sera une variable dépendante de l'initiative de cette transformation. Si la mise en ligne d'un chant régional par exemple est à l'initiative d'une association privée, le droit de la propriété intellectuelle sera alors de rigueur. En revanche, si cette même mise en ligne est réalisée par une administration locale, il conviendra clairement d'en identifier l'enjeu, car le chant régional ainsi transformé pourrait très bien devenir une archive dématérialisée. Par conséquent, le patrimoine immatériel local présente à l'évidence des liens d'interdépendance entre les différentes catégories et classifications qu'il induit. Une distinction pourrait alors s'opérer en identifiant dans un premier temps les actifs immatériels « bruts », et dans un second temps, les actifs immatériels « nets » :

- ***Les actifs immatériels « bruts » représenteraient le patrimoine immatériel local sous sa forme la plus primaire en comprenant les savoir-faire, les rituels, les pratiques sociales, les évènements festifs, les traditions orales, les arts du spectacle, ou encore, la gastronomie ;***
- ***Les actifs immatériels « nets » représenteraient les produits issus des actifs précédents après transformation, tels qu'un dépôt de marque pour les savoir-faire, une image pour le capital naturel, ou encore, une demande d'Appellation d'Origine Contrôlée (AOC) pour la gastronomie.***

En réalité, cette distinction, du moins en sa première branche, puise largement sa source dans la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, en date du

17 octobre 2003. Par ailleurs, elle constitue en la matière le seul instrument juridique normatif à l'échelle internationale. Toutefois, elle incarne également un point d'ancrage incontournable pour les législations des Etats parties à la Convention. En effet, la notion de « patrimoine culturel immatériel (PCI) » était jusque-là inconnue et s'est construite au gré des évolutions sociétales, à l'image de la Convention de l'UNESCO du 17 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Aussi, la Convention du 17 octobre 2003 incite les Etats parties à inventorier leur patrimoine culturel immatériel (défini à l'article 2 de la Convention[314]), ainsi que l'ensemble des normes juridiques, existantes ou à venir, pour la protection et la promotion de ce PCI. C'est ainsi que dans un rapport périodique du 28 novembre 2014, la France, Etat partie à la Convention, s'est essayé à cet inventaire. De sorte que, comme énoncé en introduction, l'approche de la notion de patrimoine a changé : il n'est plus tant ce que la personne possède, mais bien ce qui constitue les individus ou groupes d'individus, et les identifie. De surcroît, dans ses propos introductifs à la Convention, la 32ème Session de l'UNECO a pu considérer que :

*« Reconnaissant que les communautés, en particulier les communautés autochtones, les groupes et, le cas échéant, les individus jouent un rôle important dans la protection, la sauvegarde, l'entretien et la récréation du patrimoine culturel immatériel, contribuant ainsi à l'enrichissement de la diversité culturelle et de la créativité humaine »*[315].

Par conséquent, inéluctablement imprégné de cette approche, le patrimoine immatériel local n'est clairement pas centré sur une logique propriétariste. Pour autant, cela ne signifie pas que la propriété est absente du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, comme étudié dans les pages précédentes. Cela signifie simplement que la propriété ne constitue pas l'épicentre de ce patrimoine. Ainsi, une double approche des actifs immatériels ne faisant pas l'objet d'une propriété publique peut être faite :

- ***Une approche statique d'une part (Chapitre 1er), constituée par les actifs immatériels « culturels » et identitaires, tels que précédemment énumérés ;***
- ***Une approche dynamique d'autre part (Chapitre 2), essentiellement composée d'actifs immatériels que les administrations locales n'ont pas eu l'intention de créer ou d'ignorer. En effet, sans forcément en être conscientes, les administrations locales***

[314] *Supra* p. 47 et s.

[315] Convention du 17 octobre 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Paris, p. 2.

***sont génératrices d'actifs immatériels représentant clairement une valeur marchande pour les opérateurs économiques de droit privé. Cela s'observe notamment dans le cadre des relations contractuelles que l'administration territoriale a entendu passer avec les principaux acteurs de son économie.***

Ces précisions étant faites, il convient néanmoins de délimiter très clairement l'objet d'étude. Parmi les actifs immatériels s'affranchissant de la propriété publique, il ne s'agit pas de se livrer à un « inventaire à la Prévert », lequel se contenterait d'énumérer et de décrire la très grande diversité des manifestations culturelles locales, ou encore, celle résultant des actifs immatériels générés par les relations contractuelles de l'administration. La démarche, aussi intéressante soit-elle, n'est pas l'objectif des présents développements. Au contraire, l'objectif est d'en étudier les régimes juridiques applicables, afin de déterminer s'ils offrent une protection adaptée aux particularités du patrimoine immatériel local, s'il n'est pas possible de l'améliorer, et sinon, d'imaginer un cadre juridique « sur mesure » enfin dédié à la protection de ces actifs immatériels.

# CHAPITRE 1

# LA PROTECTION STATIQUE DES ACTIFS IMMATERIELS LOCAUX

Comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, l'approche statique du patrimoine immatériel recoupe en majorité les domaines de la Convention du 17 octobre 2003. Pour autant, elle ne s'y confond pas. En effet, l'UNESCO définit le patrimoine culturel immatériel de la manière suivante :

*« On entend par "patrimoine culturel immatériel" les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable »*[316].

De cette définition, l'Organisation des Nations-Unies a alors pu élaborer cinq domaines identitaires constitutifs de ce qu'elle appelle le patrimoine culturel immatériel[317], à savoir :

- ***Les traditions, les expressions orales, et la langue ;***
- ***Les arts du spectacle ;***
- ***Les pratiques sociales, les rituels, et les évènements festifs ;***
- ***Les connaissances et les pratiques concernant la nature et l'univers ; et,***

[316] Convention du 17 octobre 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Paris, art. 2, p. 3.

[317] POIVRE (J.), Patrimoine Culturel Immatériel – UNESCO, Disponible sur http://www.unesco.org/culture/ich/fr/qu-est-ce-que-le-patrimoine-culturel-immateriel-00003 (page consultée le 1er juin 2016).

- ***Les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.***

Pour autant, si ces cinq éléments sont relativement complets, ils semblent toutefois ignorer des pans entiers du patrimoine immatériel (français) des collectivités territoriales. La raison en est double. D'abord parce que le concept même de « patrimoine culturel immatériel » est en réalité beaucoup plus réduit que ce que le droit français peut entendre par « patrimoine immatériel des collectivités territoriales ». Comme étudié en introduction, les notions se recoupent, se complètent parfois, mais ne se confondent pas. Ensuite, le concept de « patrimoine culturel immatériel » se montre plus réduit que celui de patrimoine immatériel des collectivités territoriales, en ce que la France a sa propre vision du patrimoine immatériel. En effet, il convient de bien garder à l'esprit que la Convention du 17 octobre 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, est un texte à l'initiative d'une Organisation internationale et donc élaborée dans un contexte international. De sorte qu'il est tout à fait aisé de comprendre qu'une « harmonisation des cultures » soit nécessaire afin que la Convention rassemble le plus d'Etats parties possible. A titre d'illustration, et comme il sera vu, il convient de remarquer que la gastronomie ne figure pas en tant qu'axe identitaire autonome du patrimoine culturel immatériel. En effet, elle est même entièrement confondue avec les pratiques sociales telles que définies par l'UNESCO. Pourtant, cette même gastronomie constitue bien une part importante de l'identité culturelle française. Inscrite en 2010 sur la liste représentative du patrimoine immatériel, la gastronomie française concerne au premier chef les collectivités territoriales, car les plats ou boisons de renommée mondiale, ont toujours une origine, une histoire, une appellation, et un savoir-faire issus du terroir. De surcroît, un constat similaire peut être fait à propos des « connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ». S'il est louable que l'enseignement, la recherche, et plus largement, l'interprétation et la conceptualisation des espaces et du monde, soient valorisés par cette reconnaissance au sein même de la Convention de 2003, force est d'admettre qu'elle ignore un aspect pourtant essentiel aux collectivités territoriales et succinctement abordé dans les pages précédentes, à savoir le capital naturel immatériel. En effet, la qualité de l'air, celle du paysage, etc., restent des « actifs » du patrimoine immatériel local que les acteurs publics ne sauraient ignorer dans une démarche effective et complète de protection du territoire.

Ainsi, ces exemples brièvement développés ici démontrent que le patrimoine immatériel ne saurait pleinement se satisfaire des axes identitaires développés par l'UNESCO. Le patrimoine immatériel est une notion aux singularités trop prononcées pour qu'elle ne se réapproprie pas *a minima* certains de ces actifs immatériels dits « culturels ». C'est précisément

pour tenir compte de ces spécificités que la présente étude a alors fait le choix de retravailler les différents domaines en en associant certains et en en créant ou complétant d'autres. La réflexion en est alors arrivée à la conclusion que deux grands ensembles pouvaient se dégager de la protection statique des actifs immatériels composant le patrimoine immatériel des collectivités territoriales :

- ***Un premier ensemble constitué par une approche concrète de ce patrimoine (Section 1) ;***
- ***Un second ensemble constitué par une approche abstraite de ce patrimoine (Section 2).***

Naturellement, le panel succinctement présenté ici ne prétend en rien à l'exhaustivité, mais saura fournir, au travers des riches exemples qu'il offre, une solide base de réflexion.

## SECTION 1

## L'APPROCHE CONCRETE DU PATRIMOINE IMMATERIEL LOCAL

Par approche concrète du patrimoine immatériel local, il faut bien sûr comprendre une activité humaine exercée sur un territoire. En effet, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales comprend notamment deux actifs propres à la « dimension physique du terroir ». C'est ainsi qu'au premier rang de ces actifs l'on retrouve les savoir-faire locaux (§1). En effet, comment appréhender, d'un point de vue juridique, la protection de la coutellerie de Laguiole dans l'Aveyron en Languedoc-Roussillon-Midi-Pyrénées, ou encore, celle de Thiers dans le Puy-de-Dôme en Auvergne-Rhône-Alpes ? Autrement dit, quelle doit être la position des collectivités territoriales vis-à-vis de ces actifs immatériels qu'elles ne « détiennent » pas, qu'elles ne « protègent » pas, et dont elles tirent pourtant un bénéfice certain, que cela soit en termes de renommée, d'économie ou d'emploi ? Or, force est de constater que ce savoir-faire s'exerce sur un territoire dont il participe pleinement à la construction identitaire. C'est pourquoi, dans un deuxième temps, se pose la question de savoir quelle doit être la politique menée par les collectivités en matière de capital naturel immatériel (§2), succinctement décrit dans les lignes précédentes. Comme il sera vu, la question mérite d'être posée.

## §1 – LES SAVOIR-FAIRE LOCAUX

Alors même qu'ils constituent un actif immatériel incontournable, les savoir-faire locaux incarnent paradoxalement l'une des manifestations les plus concrètes du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, dans l'esprit du non-averti, il est beaucoup plus facile de se représenter les compétences mobilisées pour la fabrication d'un objet artisanal, que de comprendre les enjeux liés au markéting territorial. En revanche, concernant ces savoir-faire, la première difficulté réside dans le malheureux constat qu'à l'heure actuelle, la protection juridique « mobilisable » se concentre davantage sur les produits issus de l'artisanat, que sur les savoir-faire eux-mêmes. Cette incohérence est d'autant plus regrettable que, dans une société tournée vers la consommation de masse, et donc, la production de masse, l'artisan local peut alors éprouver certaines difficultés à lutter contre une concurrence mondialisée. D'autant que l'enjeu de la production locale ne réside pas simplement dans la protection d'un savoir-faire, mais aussi, voire surtout, dans la transmission de ce savoir-faire aux jeunes générations. Or, l'apprentissage d'un métier artisanal peut demander de nombreuses années de formation et peut s'avérer complexe. Enfin, à l'ensemble de ces facteurs s'ajoute le fait que la très grande majorité des savoir-faire locaux repose sur des procédés de conception que l'artisan n'est pas enclin à révéler à quelqu'un qui n'appartiendrait pas à la « communauté locale ». Dans la transmission du savoir, la confiance apparaît alors comme un vecteur essentiel garant de la continuité de l'art enseigné, et sans lequel la disparition est assurée.

On le voit, la nature profonde de cet actif immatériel que constituent les savoir-faire locaux diffère complètement de celle d'une donnée publique par exemple, ou bien d'une œuvre de l'esprit issue d'un agent de l'administration locale. Pour autant, les enjeux n'en sont pas moins importants. En effet, pour la collectivité, pour les acteurs publics locaux, la dévalorisation des savoir-faire traditionnels, c'est autant d'emplois non pourvus et de perdus ; ce sont autant de jeunes individus partant chercher une stabilité financière et professionnelle ailleurs ; ce sont autant de revenus que la personne ne réinjectera pas dans l'économie locale ; bref, ce sont autant d'atouts que le territoire perd en attractivité. Si, bien évidemment, cette modeste présentation est loin d'être exhaustive, les enjeux liés aux savoir-faire locaux ne sont donc pas à ignorer. Dès lors, quel peut être, et surtout quel doit être le comportement de la collectivité face à cet actif immatériel qu'elle ne détient pas ? En réalité, la réponse est double.

En termes de valorisation d'une part, les acteurs publics locaux se placent dans un rôle plein et entier d'accompagnement. Notamment, ils peuvent conduire des actions politiques

concrètes en faveur de l'artisanat local. C'est ainsi qu'ils ont la possibilité de décider de mesures destinées à renforcer les marchés artisanaux traditionnels, pour les aider à exister face à la consommation de masse. A titre d'illustration, de nombreuses communes font le choix d'associer à leurs manifestations culturelles, les commerçants locaux qui peuvent alors porter leurs produits à la connaissance du grand public. C'est ainsi que l'on a vu naître, dans le département de Vaucluse, pour ne raisonner que sur ce seul cas, des « Marchés du soir des producteurs locaux »[318]. Autre exemple particulièrement connu : celui de la prohibition des sacs en plastique dans les commerces de proximité[319]. Par cette mesure simple, les collectivités favorisent alors la production locale de sacs en papier. En matière d'orientation, certaines administrations locales en charge de la formation professionnelle, proposent même des incitations financières pour les élèves ayant sélectionné une filière artisanale. Autrement dit, la valorisation des savoir-faire locaux offre un panel d'actions satisfaisantes et complémentaires. Désormais bien connue des administrations locales, elle n'est pas l'aspect de la problématique le plus difficile à résoudre, et dépend véritablement d'une volonté politique.

En termes de protection de l'artisanat local d'autre part, les choses sont en revanche plus compliquées. En effet, comment les collectivités territoriales peuvent-elles assurer une sauvegarde efficace de leurs savoir-faire locaux, alors même que la protection par le droit de propriété publique est impossible ? Un exemple tout à fait représentatif de ce phénomène a été mis en exergue dans le colloque du 3 et 4 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales[320]. Il s'agit d'évoquer ici le cas de la coutellerie de Thiers. Thiers est une commune d'environ 11 500 habitants situés dans le département du Puy-de-Dôme dans la

[318] V. délibération n° 3 relative à la création d'un marché des producteurs, Compte-rendu du Conseil municipal en date du 16 octobre 2015, Commune d'Althen-des-Paluds.

V. décision du maire n° 13-224 du 10 avril 2013 relative à la Convention de prestation de service entre la commune de L'Isle-sur-la-Sorgue et la Chambre d'Agriculture de Vaucluse pour un marché du soir des producteurs agricoles, Compte-rendu du Conseil municipal en date du 21 mai 2013, Commune de L'Isle-sur-la-Sorgue.

V. délibération n° 7 relative à l'approbation de la Convention entre la Chambre d'Agriculture de Vaucluse et la Ville de Bollène, relative à l'organisation du marché du soir des producteurs, Compte-rendu du Conseil municipal en date du 2 avril 2012, Commune de Bollène.

[319] Décret n° 2016-379 du 30 mars 2016 relatif aux modalités de mise en œuvre de la limitation des sacs en matières plastiques à usage unique, *JORF* n° 0076, 31 mars 2016, texte n° 18.

[320] DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

région de l'Auvergne-Rhône-Alpes. Depuis plus de 700 ans, cette petite commune, ainsi que celles environnantes, l'une des plus célèbres d'entre elles étant Laguiole pour ne pas la citer, excellent dans l'artisanat coutelier. La production des couteaux étant destinée à l'exportation, Thiers est alors très vite devenue la capitale française de la coutellerie, fournisseur exclusif des autres régions. Pourtant, le « couteau de Thiers » n'existait pas. Il était possible de trouver « le laguiole », ou encore, « l'aurillac », mais pas de « thiers ». Cela ne signifiait pas qu'il n'y avait pas de couteaux fabriqués à Thiers, mais simplement, que les artisans-couteliers de la commune n'avaient pas, contrairement à leurs voisins, éprouvé le besoin de « matérialiser » leur savoir-faire dans un couteau de référence, du moins, pas jusqu'en 1993. Car en 1993 en effet, les thiernois, qu'ils soient artisans-couteliers ou simples amateurs de couteaux, ont pris l'initiative de se réunir en confrérie, laquelle prend en réalité la forme d'une association dite « type loi 1901 », afin que « le thiers » puissent prendre la place qui aurait toujours dû être la sienne, aux côtés de ses homologues. Aujourd'hui, la Confrérie rassemble plus de 200 adhérents.

Précisément, l'objectif de la démarche est que l'artisanat-coutelier valorise le territoire thiernois. Plus encore, la démarche vise un véritable objectif d'identité territoriale. Il s'agit là du point névralgique de l'étude sur les savoir-faire locaux, car, non content de tisser des liens évidents avec d'éventuelles stratégies de markéting territorial, il convient de bien garder à l'esprit que le savoir-faire local, le patrimoine immatériel, est légitimé par l'histoire d'un territoire[321]. C'est précisément ce faisceau de valeurs, issues du terroir, qui justifie une démarche opérationnelle visant la création d'un symbole fédérateur comme le thiers. Car derrière son produit artisanal, et au-delà même de son savoir-faire, ce sont ses coutumes, ses traditions et ses talents qu'une zone géographique ciblée exporte dans le monde entier. Inutile dès lors de préciser que les retombées socio-économiques d'une telle démarche sont importantes. A titre d'illustration, et pour ne raisonner que sur le seul terrain de l'emploi, la coutellerie thiernoise représente pas moins de 13 000 emplois directs[322]. Par conséquent, au-delà d'un vecteur identitaire territorial de qualité, c'est tout un cycle économique local que le couteau de Thiers fédère.

[321] Michel FERVEL, Membre de la Confrérie du couteau « Le Thiers », DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

[322] Michel FERVEL, *ibid.*

Pourtant, le cadre légal existant se révèle grandement inadapté à la nature juridique de cet actif immatériel que constituent les savoir-faire locaux (A). En effet, l'absence d'un régime de protection dédié, a conduit les confréries d'artisans (la réaction est désormais classique) à se tourner vers le droit de la propriété intellectuelle et son sacrosaint droit des marques. Or, le problème reste le même : le droit des marques n'ayant absolument pas été conçu pour sauvegarder un savoir-faire, les producteurs locaux se sont alors heurtés, avec fracas, aux limites de la protection que la matière propose, et il faut le dire, très vite atteintes en matière de savoir-faire. S'en sont alors suivies d'importantes dérives pratiques dont la commune de Laguiole a, une nouvelle fois, incarné l'illustration par excellence (B). Signes avant-coureurs d'un besoin d'une protection renforcée, la réaction du législateur ne s'est pas faite attendre. Par la création, au sein même du Code de la propriété intellectuelle, de l'indication géographique protégeant les produits industriels et artisanaux (IGPIA), c'est tout un régime légal de protection des savoir-faire locaux qui est en gestation (C).

## A. UN CADRE LEGAL INADAPTE

Quels mécanismes de protection le droit offre-t-il afin d'épargner les savoir-faire locaux du pillage économique et d'une dégradation de notoriété ? Par ailleurs, à défaut d'être assurée par les collectivités territoriales, quels sont les acteurs de cette protection ? Comme précédemment énoncé, les acteurs de la protection des savoir-faire locaux sont les producteurs eux-mêmes qui, dans la très grande majorité des cas, se réunissent en association. C'est alors l'entité associative, acteur local privé s'il en est, qui se placera véritablement dans un rôle de veille, de garde, du patrimoine immatériel local. Concernant les mécanismes juridiques actuellement mobilisables, ceux-ci prennent leur source dans le droit de la propriété intellectuelle, et notamment, dans la législation relative aux signes distinctifs (propriété industrielle). Est-il nécessaire de rappeler qu'au sein même des signes distinctifs, se trouve le droit des marques, « éternel » palliatif à la carence laissée par le droit en matière de protection des actifs immatériels locaux. Dans un premier temps, c'est donc vers le droit des marques que les diverses associations et confréries se sont tournées afin d'assurer une protection prétendument efficace de leurs savoir-faire artisanaux. Mais en matière de production locale, celui-ci a très vite montré ses limites. Celles-ci s'expliquent en réalité par les deux axes identitaires du droit des marques. D'une part, le droit des marques n'est pas régi par la politique que l'on pourrait appeler du « premier visionnaire » (en droit de la propriété intellectuelle, les

idées sont de libre parcours), mais bien par celle du premier déposant[323]. En effet, c'est la personne qui déposera la marque avant toutes les autres qui en sera alors le titulaire, à condition bien sûr de remplir les nombreux autres critères de dépôt dictés par le CPI et contrôlés par l'INPI. Pour reprendre l'exemple de la coutellerie de Thiers, si la Confrérie a dans l'idée de déposer la marque « le thiers », mais qu'une autre personne physique ou morale en a pris l'initiative avant elle, alors c'est bien ce premier déposant qui sera titulaire de la marque « le thiers », quel que soit le lien de rattachement, existant ou non, avec l'artisanat coutelier, et non pas la Confrérie coutelière thiernoise, alors même qu'elle incarne le vecteur identitaire de ce savoir-faire[324]. D'autre part, il faut préciser à nouveau que le dépôt d'une marque confère un véritable droit de propriété incorporel à son titulaire. En effet, l'article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle dispose que :

*« L'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et services qu'il a désignés ».*

Par conséquent, comme tout droit de propriété, celui-ci peut être cédé, une marque peut donc être cédée (en droit, la vente d'une marque est appelée cession, et par ailleurs, les contrats afférents sont eux-mêmes appelés « contrats de cession »). Autrement dit, la cession d'une marque emporte un transfert de propriété de la marque du cédant au cessionnaire, conformément à l'article L. 714-1, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle :

*« Les droits attachés à une marque sont transmissibles en totalité ou en partie, indépendamment de l'entreprise qui les exploite ou les fait exploiter ».*

Cette « double flexibilité », à la fois dans le dépôt de la marque et dans sa cession, présente un réel danger en matière de savoir-faire locaux. En effet, elle rend possible la réalisation de trois hypothèses qu'il serait possible de qualifier d'exploitation économique :

- ***Une première forme d'exploitation pouvant être issue d'une cession de marque du producteur-cédant au cessionnaire (assez rare), lequel pourrait alors apposer ladite marque sur des produits dont l'origine n'est plus assurée ;***
- ***Une deuxième forme d'exploitation pouvant résulter d'un dépôt par un tiers d'une***

[323] *Supra* p. 129 et s.

[324] Est-il nécessaire de rappeler qu'il ne s'agit là que d'une hypothèse, car en réalité, la Confrérie du couteau « le thiers » a choisi un autre mécanisme juridique de protection (comme il sera vu), précisément en raison des dangers que peut représenter le droit des marques en matière de savoir-faire traditionnel.

***marque reprenant le nom d'une production traditionnelle, afin de faire des bénéfices sur le dos d'une notoriété locale (avec le même risque sur la qualité des produits) ;***

- ***Une troisième forme d'exploitation, malheureusement courante, résultant d'un dépôt par un tiers d'une marque reprenant le nom d'une production locale, afin de la revendre au prix fort à la collectivité de producteurs qui un jour exprimerait le besoin de « marquer » son savoir-faire.***

Par ailleurs, ces dérives avaient été dénoncées lors de l'élaboration du Code la propriété intellectuelle dans les années 1990 par la doctrine intellectualiste : *« Il serait à craindre, selon certains, que le public soit trompé par un tel transfert, le fournisseur des produits ou des services n'étant plus le même, bien que la marque demeure inchangée. Or, la confiance qui est accordée à une marque est liée très étroitement à la qualité du producteur. Si la marque appartient désormais à un autre producteur, il se peut que celle-ci désigne désormais des produits de mauvaise qualité »*[325]. Toutefois, en dépit de ces critiques, la loi du 1er juillet 1992 créant le Code de la propriété intellectuelle[326] a maintenu l'article L. 714-1. Inéluctablement, les hypothèses d'exploitation, de parasitisme économique, voire de contrefaçons « légales » décrites plus haut, se sont alors concrétisées. Pour rester dans le domaine de la coutellerie, la célèbre marque Gimel, laquelle puise également ses origines dans la coutellerie thiernoise, a été rachetée afin d'être apposée sur des couteaux fabriqués au Pakistan. Le client est alors complètement lésé puisqu'il croit acheter un Gimel, et se retrouve en réalité avec un produit de qualité limitée, pour un prix souvent identique à celui de l'original, ou à tout le moins, guère moins cher. Cette stratégie, désormais bien rodée, est purement légale. Par conséquent, il y a ici un vrai problème en matière de protection du patrimoine immatériel local. D'autant plus, qu'à l'heure actuelle, les moyens de lutte contre ces détournements de notoriété sont assez limités. Comme le rappelle très bien Michel Fervel, membre de la Confrérie du couteau « Le Thiers », la première action réside dans une véritable politique de veille (y compris sur internet) exercée par les adhérents de la structure associative eux-mêmes[327], et quelques fois, assistés de cabinets de propriété intellectuelle (or, cela a un coût). Quant au rôle des collectivités

[325] TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle, op.cit.,* p. 417.

[326] Loi n° 92-597 du 1er juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle (partie législative), *JORF* n° 0153 du 3 juillet 1992, p. 8801.

[327] Michel FERVEL, Membre de la Confrérie du couteau « Le Thiers », DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

territoriales au sein de ces tactiques de protection, bien que plus secondaire, il n'en reste pas moins nécessaire : de nombreuses municipalités par exemple n'hésitent pas, dans un cadre de construction de stratégies de propriété industrielle, à conclure de nombreuses conventions avec les structures de producteurs locaux, notamment concernant l'usage du nom de la commune. En effet, les savoir-faire traditionnels donnant une image très valorisante de la collectivité, celle-ci en tire alors une valeur socio-économique certaine, ne serait-ce qu'en termes d'attractivité. Or, tout le problème réside dans le malheureux constat qu'en dehors de ces actions ponctuelles et isolées, il n'existe pas de protection juridique plus élaborée, que celle-ci soit à l'initiative des collectivités territoriales ou des producteurs locaux. Par ailleurs, l'inertie du législateur sur ce point a été très fortement critiquée, une inertie qui a atteint son paroxysme avec le troisième acte[328] (et non pas le dernier) du drame Laguiole (B).

## B. LES DERIVES PRATIQUES, AVERTISSEMENT D'UN BESOIN URGENT D'UNE PROTECTION RENFORCEE

Comme énoncé a de très nombreuses reprises jusqu'ici, à l'image de Thiers, Laguiole est une commune excellant dans l'artisanat coutelier. De très nombreux artisans y exercent alors leur art, que cela soit sous la forme associative ou entrepreneuriale. Toutefois, un certain Gilbert Szajner, habitant de la commune de Niort (département des Deux-Sèvres, région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes), a eu la bonne idée de déposer à l'échelle européenne, la marque verbale Laguiole, pour la commercialisation de produits allant des lames de rasoirs au coupe-papier, en passant par les tire-bouchons (naturellement, la présente liste est loin d'être exhaustive). Déposée le 20 novembre 2001, l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) l'a validé le 17 janvier 2005. L'OHMI est une autorité publique européenne en charge de l'enregistrement des marques communautaires, et à faire valoir dans tous les pays de l'Union (à l'image de l'INPI à l'échelle nationale). Or, cela était sans compter sur les artisans-couteliers laguiolais qui entendaient bien dénoncer la stratégie de Monsieur Szajner, laquelle ne reposait en rien sur un quelconque lien de rattachement avec la commune de Laguiole, ou même, avec le savoir-faire local. Notamment, une entreprise du nom de « La Forge de Laguiole SARL » a entendu affirmer l'antériorité de son appellation par rapport à la marque verbale Laguiole, en déposant auprès de l'OHMI une demande de nullité partielle en date du 25 janvier 2007. La Forge de Laguiole SARL faisait en effet valoir que sa dénomination sociale

[328] *Supra* p. 113 et s.

dépassait largement le cadre local, lui conférant ainsi le droit d'interdire l'utilisation d'une marque plus récente. Par une décision du 1er juin 2011, l'OHMI a partiellement accueilli la présente demande, en annulant la marque verbale Laguiole pour certaines catégories de produits. C'est pourquoi, Monsieur Gilbert Szajner forma un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union européenne (Tribunal de l'UE). Devant le Tribunal, La Forge de Laguiole SARL énonça de nombreux arguments concernant d'une part le risque de confusion pouvant exister dans l'esprit du public entre la qualité des produits proposés par La Forge de Laguiole SARL, et celle des produits proposés par la marque verbale Laguiole de Monsieur Szajner. D'autre part, elle y énonça de nombreux arguments concernant « le caractère distinctif élevé de la dénomination sociale, Forge de Laguiole, en raison de la connaissance qu'en a le public »[329], et à laquelle pourrait nuire la marque verbale Laguiole. Les juridictions européennes étant très imprégnées de la logique du précédent, le Tribunal de l'UE s'est alors livré à une véritable étude analytique et complète des produits proposés par les deux parties en litige. Très pédagogique, la méthode avait pour objectif de déterminer si les produits proposés par La Forge de Laguiole SARL et la marque verbale Laguiole de Monsieur Szajner s'inscrivaient sur le même marché, et donc, ciblaient les mêmes consommateurs. Le Tribunal en a conclu que la très grande majorité des produits proposés par Monsieur Szajner pouvaient se voir apposer la marque verbale Laguiole, sans risque de confusion dans l'esprit du consommateur ou d'atteinte portée à la réputation de l'artisanat coutelier laguiolais, dans la mesure où ces produits n'étaient absolument pas proposés et donc commercialisés par La Forge de Laguiole SARL, laquelle a par conséquent un champ d'activité plus restreint. Concrètement, par une décision du 21 octobre 2014, le Tribunal de l'Union européenne a partiellement annulé la marque verbale Laguiole (et donc la précédente décision de l'OHMI) pour les produits suivants :

*« Outils et instruments à main entraînés manuellement ; cuillers ; scies, rasoirs, lames de rasoirs ; nécessaires de rasage ; limes et pinces à ongles, coupe-ongles ; trousses de manucure, […], coupe-papier […], tire-bouchons ; ouvre-bouteilles […], blaireaux à barbes, nécessaires de toilettes […], coupe-cigares et cure-pipes […] »*[330].

Autrement dit, cela signifie que pour tous les autres produits de son activité (métaux précieux,

[329] Tribunal de l'UE, 21/10/2014, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI),* n° T-453/11, p. 22.

[330] Tribunal de l'UE, 21/10/2014, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI), op.cit.,* p. 27 à 28.

alliages, articles de bijouterie, cuir, cadres et objets d'ornements en bois, briquets, allumettes, et bien d'autres encore[331]), Monsieur Szajner est autorisé à y apposer la marque verbale Laguiole. Autrement dit encore, cela signifie que l'interdiction d'apposer la marque verbale Laguiole se limite aux produits cités par la décision du Tribunal et rappelés plus haut. Inutile d'indiquer qu'en dépit de la reconnaissance et de la protection partielle conférée à l'artisanat coutelier laguiolais, cet arrêt a provoqué, une nouvelle fois, un véritable cri de protestation et d'indignation chez les artisans locaux, pris dans leur ensemble sans distinction de leur secteur d'activité (et donc, pas seulement couteliers). Ils y ont vu, à juste titre, une considérable fragilisation de la protection de leurs savoir-faire. En effet, un individu complètement étranger à un art et à un territoire peut déposer une marque tout à fait valide en prenant une appellation à la notoriété reconnue, dès l'instant que les produits sur lesquels elle est apposée diffèrent de ceux résultant du savoir-faire-traditionnel. C'est pourquoi, La Forge de Laguiole SARL décida de se pourvoir en cassation contre cette décision du 21 octobre 2014, en espérant que la Cour de Justice de l'Union Européenne lui accordera une protection plus large. Malheureusement pour les demandeurs au pourvoi, par un très arrêt du 5 avril 2017[332], la CJUE a confirmé en toutes ses dispositions le jugement de première instance. La Forge de Laguiole SARL devra donc se contenter de la protection partielle qui lui est offerte par les juridictions de l'Union.

Mais quel positionnement pour les collectivités territoriales dans ce conflit ? Précisément, là où l'affaire Laguiole présente un intérêt supplémentaire, c'est que la commune de Laguiole, consciente des conséquences désastreuses pouvant résulter d'une telle décision, et en soutien à son économie locale, a, parallèlement à cette procédure communautaire, introduit un recours devant les juridictions nationales pour utilisation abusive de son nom (comme étudié dans les pages précédentes). Une telle réaction est forte de significations :

- ***D'abord, cela montre que la commune se sent absolument concernée par un actif immatériel qu'elle ne détient pas (savoir-faire local), et donc, qu'elle ne peut pas protéger par le droit de propriété publique ;***
- ***Corollairement, cela démontre que la commune en a parfaitement saisi les enjeux ;***
- ***En troisième lieu, cette réaction est la preuve par excellence que les actifs immatériels***

[331] Cf. Tribunal de l'UE, 21/10/2014, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI), op.cit.,* p. 2 à 3.

[332] CJUE, 05/04/2017, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI),* n° C-598/ 14.

***s'affranchissant de la propriété publique font bien partie intégrante du patrimoine immatériel des collectivités territoriales ! ;***

- ***En quatrième lieu, la démarche prouve que la commune est parfaitement consciente du fait qu'elle constitue une actrice à part entière de son propre patrimoine immatériel, y compris pour les actifs insusceptibles de propriété publique, et que si elle n'en fixe pas une politique claire, celui-ci peut alors faire l'objet d'une exploitation économique non maîtrisée, au détriment de ses propres administrés ;***
- ***En cinquième lieu, précisément, par cette démarche, la commune entend bien protéger son économie locale :*** Par ses initiatives, c'est une véritable dégradation de la notoriété de l'artisanat coutelier laguiolais que Monsieur Gilbert Szajner met en péril, et donc, les nombreux emplois en résultant. Cela est d'autant plus dommageable que la reconnaissance de la coutellerie de Laguiole a mis plusieurs années à se bâtir. C'est tout cela que Monsieur Szajner vient fragiliser ;
- ***En sixième lieu, si la commune introduit devant les juridictions nationales un recours parallèle à celui de La Forge de Laguiole SARL devant les juridictions européennes, c'est qu'elle entend bien appuyer de tout son poids la démarche de ses producteurs locaux en espérant que cela provoque une prise de conscience chez les juges (et influence l'issue du litige), ou à défaut, chez le législateur (et comme il sera vu, l'objectif est en cela atteint), ou à tout le moins, que la démarche « fasse du bruit » ;***
- ***En septième lieu, sans pour autant en réserver exclusivement l'usage à ses seuls administrés, par son action, la commune entend bien octroyer l'usage de son nom en priorité à sa population vivant de l'artisanat coutelier ;***
- ***En huitième lieu la démarche de la commune de Laguiole démontre avec brio, si cela était encore nécessaire, que les personnes morales de droit public se comportent comme de véritables sujets de droit, qu'il serait donc temps de les considérer comme tels, et non pas comme un simple ensemble de compétences ;***
- ***En dernier lieu, le recours introduit par la commune de Laguiole et son issue malheureuse, de même que celui de la Forge de Laguiole SARL pour un résultat presque identique, démontrent que les armes offertes par le droit positif telles qu'elles sont actuellement conçues, ne sont en réalité en rien adaptées au patrimoine immatériel des collectivités territoriales, ainsi qu'à ses problématiques. Les collectivités se défendent donc comme elles le peuvent. Ce constat ne prouve qu'une seule chose : le besoin d'un cadre légal enfin adapté à ce droit émergent que constitue le droit de l'immatériel public.***

Ce besoin commence à être entendu par le législateur. En effet, suite à l'émoi provoqué par ce qui deviendra tristement connu sous le nom de « jurisprudence Laguiole », « cas Laguiole », ou encore, « drame Laguiole », la loi Hamon du 7 mars 2014 relative à la consommation[333] a entendu pallier la carence laissée par le droit en matière de savoir-faire locaux. Intervenant déjà en matière de protection du nom des collectivités territoriales, par la création du droit d'alerte et du droit d'opposition précédemment étudiés, la loi Hamon se veut clairement une réponse, sinon efficace, pour le moins effective au pillage des savoir-faire locaux, afin d'éviter que des situations comme celle de la commune de Laguiole ne se reproduisent. C'est ainsi qu'elle a alors imaginé, parmi les appellations d'origine et les indications de provenance, l'indication géographique protégeant les produits industriels et artisanaux (IGPIA). Egalement inséré dans le Code de la propriété intellectuelle, ce nouveau régime de protection est censé sauvegarder la production locale du parasitisme économique, pour une exploitation saine, tout en esquivant les écueils particulièrement gênants du droit des marques. Toutefois, loin de constituer une finalité, ce nouveau régime est en réalité un préalable nécessaire pour une protection légale aboutie des savoir-faire locaux. Par ailleurs, la démarche du législateur est à ce point explicite, qu'elle donnerait presque raison au phénomène désormais bien connu du « fait divers, une loi », ou encore, aux médias qui se plaisent à titrer dans leur quotidien que « l'émotion fait la loi ». Mais au-delà du sentimentalisme, ce qui est clair, c'est qu'au travers de la jurisprudence Laguiole et de la loi Hamon, c'est tout un régime légal de protection des savoir-faire locaux qui est en gestation (C).

## C. LES INDICATIONS GEOGRAPHIQUES PROTEGEANT LES PRODUITS INDUSTRIELS ET ARTISANAUX : VERS UN REGIME LEGAL DE PROTECTION DES SAVOIR-FAIRE LOCAUX

L'IGPIA est un droit de propriété intellectuelle incarnant un pas supplémentaire vers l'élaboration d'un régime légal de protection des savoir-faire locaux. Comme tout juste énoncé, elle ne peut en aucun en constituer la finalité, dans la mesure où, en réalité, cette protection nouvelle est affectée, dans sa substance même, par le même mal qui atteint l'ensemble des dispositifs relatifs à des produits attachés au terroir. En effet, la protection offerte, aussi bienvenue soit-elle, porte sur les produits industriels et artisanaux eux-mêmes, et non pas sur le savoir-faire, sur le procédé de fabrication qui conduit à la réalisation de ces produits. D'ailleurs,

[333] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* n° 65, 18 mars 2014, p. 5400.

en l'état actuel du droit, comment le pourrait-elle ? A moins de déposer un brevet d'invention sur un produit artisanal ou industriel, ce qui est juridiquement impossible pour des raisons évidentes[334], le droit positif n'est pas encore suffisamment abouti pour concevoir, dans une matière aussi moderne qu'inavouée que le droit de l'immatériel public, un régime juridique dont la protection serait spécifiquement adaptée aux particularités de cet actif immatériel que constituent les savoir-faire. Il faudra sans doute de nombreuses années de pratique et d'évolution, légale, jurisprudentielle, etc., pour que l'idée même d'une protection consacrée aux savoir-faire soit envisageable.

Néanmoins, l'IGPIA est un premier pas sérieux, et une première en Europe en droit de la propriété intellectuelle, tant de par son champ d'application (1), de par les personnes habilitées à en bénéficier (2), et enfin, de par l'intensité de la protection qu'elle offre (3).

### 1. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROTECTION

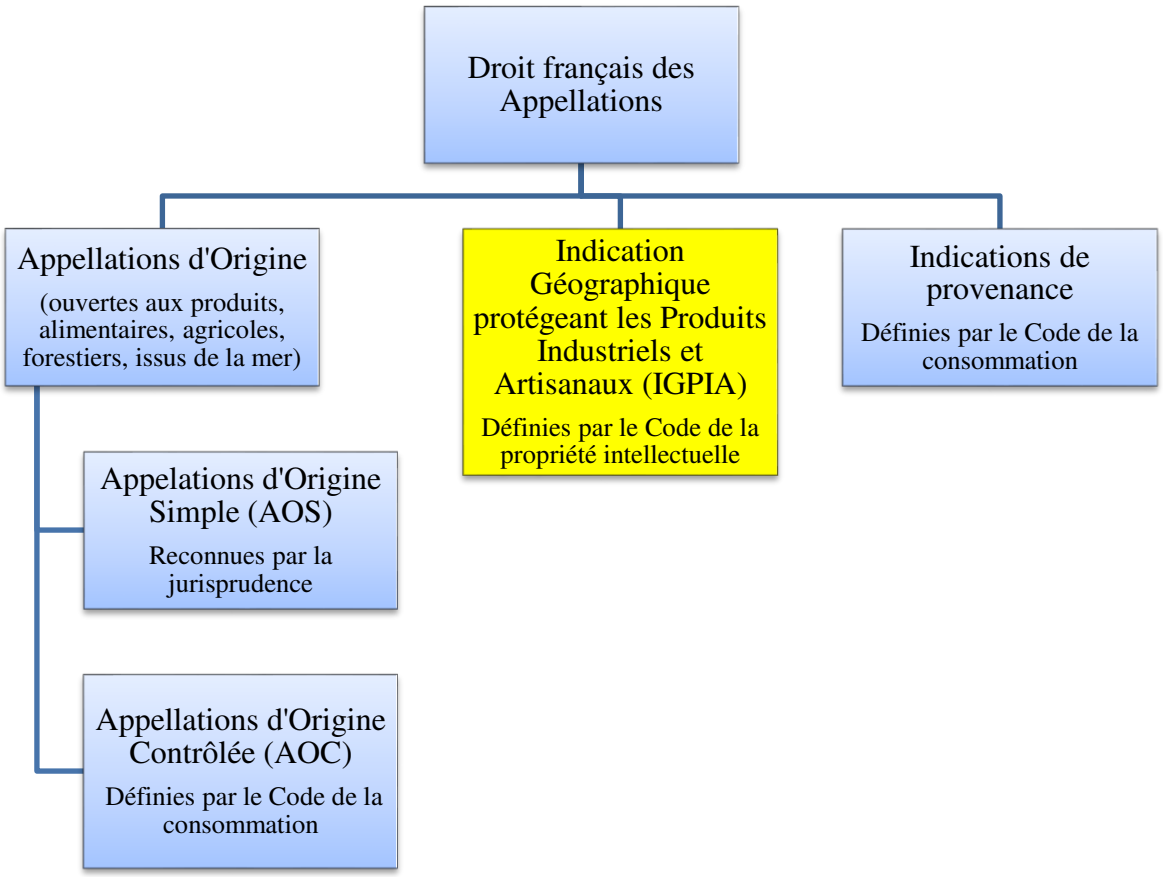
La France a toujours été très en avance sur ses voisins en matière d'appellations d'origine et d'indications de provenance. A tel point qu'elle incarne un véritable modèle pour l'Union Européenne qui s'est largement inspirée de la législation française pour construire sa propre politique juridique en matière d'appellation. En droit français, les appellations d'origine et les indications de provenance incarnent la seconde branche du droit des signes distinctifs, à côté du droit des marques. Comme il sera vu, les appellations d'origine, qu'elles soient simples ou contrôlées, relèvent majoritairement du Code de la consommation, et créent un véritable droit privatif au profit des membres de l'organisme de défense et de gestion de l'appellation. C'est à côté de ces signes distinctifs, que sont les AOS et les AOC, que vient se ranger la nouvelle Indication Géographique protégeant les Produits Industriels et Artisanaux. Les indications de provenance, quant à elle, ne créent pas de droit privatif. A l'échelle européenne, le droit des appellations se compose des Appellations d'Origine Protégées (AOP), ainsi que des Indications Géographiques Protégées (IGP). Par conséquent, il convient de ne pas confondre le nouveau régime français de l'IGPIA, avec l'IGP de l'Union européenne. Bien que leurs dénominations respectives soient presque identiques, la protection proposée par ces deux régimes, sans même parler de leur différence d'échelle, ne couvre absolument pas les mêmes produits :

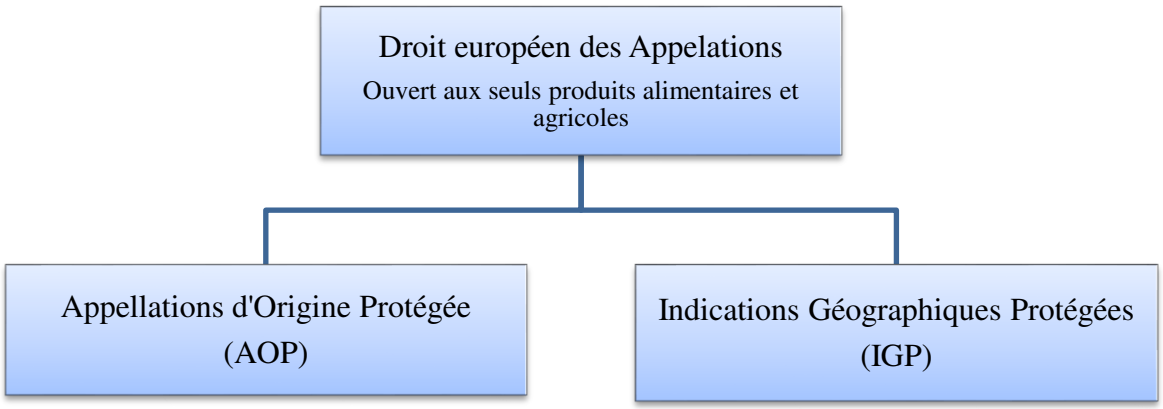
[334] Un produit industriel ou artisanal est-il une invention ? Même dans l'hypothèse très improbable d'une réponse positive, dès lors, *quid* de l'utilité du nouveau régime des IGPIA ?

- ***L'IGP, à l'image de l'AOP, ne couvre que les seuls produits agricoles et alimentaires :*** En cela, le droit européen des appellations est plus restrictif que le droit français, car les AOC françaises permettent d'englober, non seulement les produits agricoles et alimentaires, mais aussi, les produits forestiers ou issus de la mer. Quoi qu'il en soit, force est de constater que dans les deux hypothèses (droit européen et droit français), le régime des appellations est (jusqu'à l'IGPIA pour le droit français) ouvert aux seuls produits agricoles et alimentaires ;
- ***L'IGPIA, quant à elle, ne couvre que les seuls produits industriels et artisanaux :*** Il s'agit d'une première en Europe. En effet, même à l'heure actuelle, il n'existe pas de protection aussi élaborée en matière de produits autres que ceux agricoles. Par ailleurs, selon Nicolas Bouche, il n'est pas exclu qu'une nouvelle fois, l'Union Européenne s'inspire de la législation française pour compléter sa propre législation en matière d'appellations[335]. Dès 2011, elle manifestait déjà son intention d'étendre l'IGP à des produits non agricoles et non alimentaires.

[335] BOUCHE (N.), « Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux », *JCl PI,* n° 4, avril 2016, p. 7.

AOS, AOC, AOP, IGP, IGPIA, en synthèse, les droits français et européen des Appellations s'articulent de la manière suivante :



Ainsi, c'est en introduisant le régime de l'IGPIA dans le droit français des appellations que la loi Hamon a entendu prévenir d'autres « jurisprudences Laguiole ». Aussi, c'est précisément sur ce nouveau régime légal, et sur son impact évident en matière de savoir-faire locaux, que l'étude entend porter son attention.

Créée le 7 mars 2014, l'IGPIA n'est en réalité effective que depuis le 2 juin 2015, date légale de la parution de son décret d'application[336]. Codifiée aux articles L. 721-1, et suivants, du Code de la propriété intellectuelle, son régime emprunte en réalité beaucoup à celui des appellations d'origine. Par ailleurs, il est à noter que l'article L. 721-1 du CPI, est lui-même insérée dans une Section III relative aux indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux. Par ailleurs, cela n'est plus à avancer, il est acquis qu'en réalité, cet article L. 721-1 se contente de reprendre l'article L. 431-1 du Code de la consommation. Celui-ci définit les appellations d'origine en disposant que :

*« Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ».*

Dès lors, il est intéressant de le comparer à l'article suivant, à savoir l'article L. 721-2, qui pour sa part, est entièrement consacré à la définition des IGPIA :

*« Constitue une indication géographique la dénomination d'une zone géographique ou d'un lieu déterminé* ***servant à désigner un produit, autre qu'agricole, forestier, alimentaire ou de la mer,*** *qui en est originaire et qui possède une qualité déterminée, une réputation ou d'autres caractéristiques qui peuvent être attribuées essentiellement à cette origine géographique. Les conditions de production ou de transformation de ce produit, telle que la découpe, l'extraction ou la fabrication, respectent un cahier des charges homologué par décision prise en application de l'article L. 411-4 ».*

Il est à remarquer que les deux articles sont rédigés en des termes quasiment identiques. La seule différence notable qu'il convient de souligner porte en réalité sur leur champ d'application respectif. Alors que l'appellation d'origine de l'article L. 721-1 est appelée à protéger des produits, l'attention se porte, non pas sur ce qui est dit, mais bien au contraire, sur les précisions

[336] Décret n° 2015-595 du 2 juin 2015 relatif aux indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux et portant diverses dispositions relatives aux marques, *JORF* n° 126, 3 juin 2015, p. 9141.

qui ne sont pas faites. Il est vrai qu'avant la loi du 7 mars 2014, il était inutile de pousser à ce point la rigueur des textes. En effet, il était évident que par le terme « produits », l'article L. 721-1 du CPI visait les produits alimentaires, agricoles, forestiers ou issus de la mer, puisqu'il s'agissait de l'unique catégorie de produits couverte par le droit des appellations. Le législateur a involontairement créé un vide légal en matière de produits industriels et artisanaux. Un vide légal passé « inaperçu » pendant de très nombreuses années, avant que l'ampleur des proportions prises par l'affaire Laguiole ne vienne révéler l'existence d'une épée de Damoclès, ayant malheureusement frappé les administrés de la petite commune auvergnate, mais planant aussi au-dessus de ceux de l'ensemble des autres collectivités françaises au savoir-faire reconnu. C'est précisément en cela qu'intervient l'article L. 721-2, pour combler le vide existant, en précisant que la protection offerte par l'IGPIA porte sur les produits autres qu'alimentaires, agricoles, forestiers ou issus de la mer. Par ailleurs, il convient ici de souligner l'extrême prudence du législateur par comparaison à la démarche précédente des appellations d'origine. Afin de ne pas se faire prendre une nouvelle fois à son propre piège, il a, dès l'origine, considérablement élargi le champ de la protection offerte par l'IGPIA. En effet, en procédant par élimination (en désignant « un produit autre qu'agricole, forestier, alimentaire ou de la mer »), et non pas par sélection (en ne désignant pas explicitement un « produit industriel et artisanal »), le législateur a théoriquement couvert l'ensemble des produits qui pourraient un jour se manifester dans le cadre de la sollicitation d'une IGPIA. L'appellation même « d'IGPIA » serait une erreur, puisqu'en théorie, les produits industriels et artisanaux ne sont pas les seuls produits destinés à être couverts par l'indication géographique, contrairement aux produits agricoles de l'appellation d'origine. Par conséquent, en théorie, le vide légal précédemment dénoncé serait définitivement comblé. Mais il convient toutefois de modérer le propos en précisant qu'à l'heure actuelle, en pratique, il est bien difficile d'imaginer quelle sorte de produits, autres qu'industriels et artisanaux, l'indication géographique de l'article L. 721-2 du CPI pourrait bien couvrir. Ce qui est certain en revanche, c'est que si un lien devait être fait entre les articles L. 721-1 et L. 721-2, il serait possible de dire que leur champ d'application s'exclut l'un l'autre. Autrement dit, un produit couvert par l'AOC ne pourra pas l'être par l'IGPIA, et inversement :

- ***Le régime de l'AOC ne protège que les seuls produits agricoles, alimentaires, forestiers ou issus de la mer ;***
- ***Le régime de l'IGPIA semble protéger tout le reste.***

Par conséquent, l'IGPIA dispose bien de son propre régime juridique de protection. De sorte

qu'à ce stade, la question se pose de savoir qui est alors habilité à en demander la sollicitation (2). S'agit-il du producteur, ou bien de la collectivité territoriale ?

## 2. LE BENEFICIAIRE DE LA PROTECTION

C'est à partir de là que le régime de l'IGPIA réemprunte, du moins en partie, les chemins traditionnels du droit des appellations. Car en réalité, la démarche n'appartient ni au producteur pris isolément, ni à la collectivité territoriale. En effet, c'est à la collectivité de producteurs, réunie en association ou en confrérie, qu'il appartient d'accomplir les démarches auprès de l'INPI, et notamment, d'élaborer le fameux cahier des charges définissant les conditions de production ou de transformation du produit (telles que la découpe, l'extraction ou la fabrication, pour reprendre les termes de l'article L. 721-2 du CPI). Pour sa part, si l'article L. 721-4 du CPI n'impose pas de forme sociale particulière à la collectivité de producteurs, ses dispositions se contentant simplement de préciser que *« la défense et la gestion d'un produit bénéficiant d'une indication géographique sont assurés par un organisme privé doté de la personnalité morale »*[337], il reste vrai que, dans la très grande majorité des cas, cet organisme de défense et de gestion de l'indication géographique, composé de producteurs du produit protégé, prendra la forme d'une association type loi 1901. A titre d'illustration, est-il nécessaire de rappeler que tel est le cas de la Confrérie du couteau « Le Thiers ». Par ailleurs, cette disposition est également forte de significations, car elle est le symbole même du refus du législateur de confier aux collectivités territoriales la défense et la gestion d'un savoir-faire né et pratiqué sur son territoire. Le rôle de la collectivité territoriale dans la protection d'un savoir-faire local, en dehors de quelques actions ponctuelles comme le versement d'une subvention associative, ou encore, la conclusion de conventions d'usage du nom de la commune par exemple, est extrêmement réduit, alors même qu'elle en tire de très nombreux bénéfices. Autrement dit, sur le plan juridique et économique, la collectivité territoriale n'a :

- ***Ni la maîtrise des actions en justice ;***
- ***Ni la maîtrise de l'exploitation de l'actif immatériel.***

Le constat lui-même est absurde : voilà un actif immatériel, qui profite à la collectivité, mais dont elle ne maîtrise ni l'exploitation, ni la gestion. Sur ce point, il serait en effet souhaitable que le cadre légal connaisse une nouvelle évolution, afin de confier aux collectivités territoriales un rôle accru dans la gestion de leurs savoir-faire. Sans pour autant aller jusqu'à l'exclusivité,

[337] Art. L. 721-4, alinéa 1er, du Code de la propriété intellectuelle.

cela pourrait néanmoins passer par une participation plus importante, ne serait-ce qu'en reconnaissant systématiquement l'acteur public local comme membre de droit de l'organisme de gestion et de défense.

Quoi qu'il en soit, l'homologation du cahier des charges, ainsi déposé par l'organisme de gestion et de défense, donne lieu à la reconnaissance, non pas d'un droit de propriété, mais bien d'un droit d'utiliser l'indication géographique, au seul profit des producteurs membres de l'organisme, qui pourront alors apposer sur leur production l'enseigne représentative de l'IGPIA, preuve pour le consommateur de la provenance et de la qualité du produit. Autrement dit, en droit des appellations, l'on ne parle pas de propriété, le Code ne dit pas « c'est à lui », mais bien « vous ne touchez pas ». Mais peut-on pour autant parler de responsabilité ? En réalité, rien n'est moins sûr, car l'IGPIA reste une particularité du Code de la propriété intellectuelle accompagnée de facilités d'action, et dont les seuls fondements sont les articles L. 721-2, et suivants, du CPI. Pour autant, cela ne signifie pas que ces dispositions sont incompatibles avec celles du Code civil. Au contraire, dans l'hypothèse d'un recours en justice, il est tout à fait possible, voire même conseillé, d'évoquer un moyen subsidiaire fondé sur la responsabilité. Par ailleurs, il n'y a là rien d'exceptionnel, et la stratégie est bien connue des praticiens. Autrement dit, l'IGPIA, et plus globalement, le droit des appellations semble se situer à mi-chemin de la responsabilité et de la propriété, et par ailleurs, l'intensité de la protection qu'elle offre ne traduit pas autre chose (3).

### 3. L'INTENSITE DE LA PROTECTION

La protection offerte par le régime juridique de l'IGPIA est doublement complète. En effet, selon Nicolas Bouche, le produit industriel et artisanal est protégé en tant que signe distinctif d'une part, et en tant qu'indication géographique d'autre part[338].

En tant que signe distinctif d'abord pour une double raison. En premier lieu, et à en croire l'article L.721-8, II, du CPI, l'indication géographique, ainsi déposée, et venant protéger le produit industriel et artisanal, ne peut pas devenir générique :

*« II. – L'indication géographique, dont le cahier des charges a été homologué dans les conditions prévues par la présente section, ne peut jamais être considérée comme présentant*

[338] BOUCHE (N.), « Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux », *JCl PI,* n° 4, avril 2016, p. 15.

*un caractère générique et tomber dans le domaine public ».*

Par conséquent, l'IGPIA ne pourra en aucun cas devenir, par son usage fréquent, suffisamment générale pour désigner l'essence même du produit, le tout en détachement complet avec les particularités des procédés de fabrication, ou bien, avec les spécificités du territoire sur lequel il est fabriqué. Selon Nicolas Bouche, l'IGPIA est ainsi protégé :

- ***Des tiers-consommateurs qui s'y attachent ; et surtout,***
- ***Des tiers contrefacteurs qui essayent indûment d'en tirer profit.***

En second lieu, l'IGPIA légalement déposée et homologuée ne peut pas être enregistrée comme marque. La loi Hamon du 7 mars 2014 a en effet enrichi l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle en le rédigeant de la manière suivante :

*« Ne peut pas être adoptée comme marque un signe portant atteinte à des droits antérieurs, et notamment :*

*[…]*

*d) A une appellation d'origine protégée ou à une indication géographique ;*

*[…] ».*

Par conséquent, une désignation reprenant l'indication géographique, ou bien, qui en est suffisamment proche pour créer une confusion dans l'esprit du public, ne pourra en aucun cas être déposée comme marque. Là aussi, cette interdiction vise à protéger l'IGPIA d'une double hypothèse :

- ***Celle d'une marque reprenant l'indication géographique et apposée sur des produits n'ayant pas droit à l'IGPIA ;***
- ***Celle d'une marque reprenant l'indication géographique et apposée sur des produits ayant droit à l'IGPIA :*** Ici, ce n'est que si la marque rassemble des éléments complexes la rendant suffisamment arbitraire et distinctive qu'elle pourra avoir une chance d'être validée[339].

Par conséquent, la protection élaborée par la loi Hamon du 7 mars 2014 vient littéralement et définitivement paralyser les dérives observées dans la jurisprudence Laguiole : il est évident

[339] BOUCHE (N.), « Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux », *ibid.*

qu'avec un tel régime juridique, Gilbert Szajner n'aurait jamais pu déposer, pour les catégories de produits qu'il proposait à la vente, la moindre marque reprenant le terme « Laguiole ». Bien sûr, la viabilité d'un tel argument est conditionnée par l'homologation préalable d'une IGPIA déposée par La Forge de Laguiole SARL.

Le produit industriel et artisanal est ensuite protégé en tant qu'indication géographique en ce que l'article L. 721-8, I, du CPI, prohibe et sanctionne quatre hypothèses frauduleuses d'utilisation de l'IGPIA :

*« I. — Sans préjudice des articles L. 115-16 du code de la consommation et L. 722-1 du présent code, les dénominations enregistrées sont protégées contre :*

*1° Toute utilisation commerciale directe ou indirecte d'une dénomination enregistrée à l'égard des produits non couverts par l'enregistrement, lorsque ces produits sont comparables à ceux enregistrés sous cette dénomination ou lorsque cette utilisation permet de profiter de la réputation de la dénomination protégée ;*

*2° Toute usurpation, imitation ou évocation, même si l'origine véritable des produits ou des services est indiquée ou si la dénomination protégée est traduite ou accompagnée d'une expression telle que " genre ", " type ", " méthode ", " façon ", " imitation " ou d'une expression similaire ;*

*3° Toute autre indication fausse ou fallacieuse quant à la provenance, l'origine, la nature ou les qualités essentielles du produit qui figure sur le conditionnement ou l'emballage, sur la publicité ou sur des documents afférents au produit concerné, ainsi que contre l'utilisation pour le conditionnement d'un récipient de nature à créer une impression erronée sur l'origine du produit ;*

*4° Toute autre pratique susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à la véritable origine du produit.*

*Lorsqu'une indication géographique contient en elle-même le nom d'un produit considéré comme générique, l'utilisation de ce nom générique n'est pas considérée comme contraire aux 1° ou 2° du présent I ».*

Afin de déjouer l'apparente complexité de la disposition, il est alors nécessaire de se livrer à une véritable analyse exégétique de l'article.

En premier lieu, est interdite *« toute utilisation commerciale directe ou indirecte d'une dénomination enregistrée à l'égard des produits non couverts par l'enregistrement, lorsque ces produits sont comparables à ceux enregistrés sous cette dénomination ou lorsque cette utilisation permet de profiter de la réputation de la dénomination protégée ».* Ici, est en réalité visé un double aspect de l'utilisation commerciale frauduleuse d'une IGPIA, à savoir l'utilisation commerciale directe d'une part, et l'utilisation commerciale indirecte d'autre part. L'utilisation commerciale directe vise l'hypothèse simple de l'apposition de l'IGPIA sur un produit ne remplissant pas les conditions fixées par le cahier des charges de l'indication géographique, et par conséquent, non homologué et non reconnu comme étant un produit industriel et artisanal issu du savoir-faire local. D'appréhension assez facile, elle n'est pas l'aspect de la problématique qui pose le plus de difficultés. L'utilisation commerciale indirecte en revanche appelle de plus amples développements. Elle vise l'hypothèse d'une stratégie de markéting faisant principalement campagne, non pas sur le produit que le fraudeur propose à la vente, mais bien sur l'IGPIA elle-même ; ou encore, l'hypothèse d'une stratégie de markéting destinée à associer le produit que le fraudeur propose à la vente avec d'autres produits, qui eux, sont couverts par l'IGPIA. De sorte que, par cette subtilité fondée sur l'association d'idée, le fraudeur entend bien créer une confusion dans l'esprit du public destinée à déclencher la vente. C'est précisément ce contre quoi l'article L. 721-8, I, 1°, du CPI, entend se prémunir : toute utilisation commerciale frauduleuse d'une IGPIA, que cette utilisation soit directe ou indirecte, est strictement interdite.

En deuxième lieu, est interdite *« toute usurpation, imitation ou évocation, même si l'origine véritable des produits ou des services est indiquée ou si la dénomination protégée est traduite ou accompagnée d'une expression telle que " genre ", " type ", " méthode ", " façon ", " imitation " ou d'une expression similaire ».* Ainsi, l'IGPIA est donc protégée contre l'usurpation d'une part, et contre l'imitation ou l'évocation d'autre part. En parlant d'usurpation, le législateur a sans doute voulu désigner une sorte de « mise en relation » de l'IGPIA, avec des produits non couverts par elle, soit parce que leur procédé de fabrication ne respecte pas le cahier des charges, soit plus simplement, parce que leur producteur n'est pas membre de l'organisme de défense et de gestion. Par conséquent, l'usurpation d'une indication géographique est interdite. Pour leur part, l'imitation ou l'évocation visent un cas de fraude moins grave, mais bien plus subtil. A en croire le législateur, l'imitation ou l'évocation consisteraient à ne pas reprendre exactement l'IGPIA, et à bien avoir une dénomination propre pour le produit frauduleux, mais qui en serait néanmoins suffisamment proche pour créer, là

aussi par association d'idée, une confusion dans l'esprit du public. Par exemple, l'imitation ou l'évocation du « Couteau de Thiers »[340], consisterait pour le fraudeur à présenter un produit similaire sous la dénomination ou l'appellation de « Couteau issu de Thiers ». Dans cette démonstration, la proximité avec l'indication originale est bien trop prononcée pour que le consommateur non averti puisse faire la moindre distinction. De surcroît, le Code de la propriété intellectuelle prend soin de préciser que l'ajout, par l'usurpateur, l'imitateur, ou l'évocateur, de toute autre mention susceptible de détromper le consommateur est sans aucune incidence sur la démarche de fraude ainsi mise en œuvre. Autrement dit, dès lors que par ses agissements, le producteur a entendu usurper, imiter, ou même évoquer une IGPIA, il ne pourra alors pas se dédouaner ou se justifier par l'ajout d'une mention supplémentaire (telle que « genre », « type », « méthode », etc.).

En troisième lieu, est interdite « *toute autre indication fausse ou fallacieuse quant à la provenance, l'origine, la nature ou les qualités essentielles du produit qui figure sur le conditionnement ou l'emballage, sur la publicité ou sur des documents afférents au produit concerné, ainsi que contre l'utilisation pour le conditionnement d'un récipient de nature à créer une impression erronée sur l'origine du produit* ». Peu claire, la présente disposition doit être précisée. En réalité, à l'image des mécanismes de protection précédents, elle vise à prévenir l'IGPIA d'une double exploitation frauduleuse. D'une part, elle la protège d'une indication fausse ou fallacieuse (c'est-à-dire dans ce dernier cas, volontairement fausse dans le but d'induire le public en erreur) sur la provenance, l'origine, ou les qualités essentielles du produit. Cette indication fausse ou fallacieuse peut se faire[341] :

- ***Soit de manière directe :*** Sur l'emballage du produit, sur son conditionnement ;
- ***Soit de manière indirecte :*** Sur la publicité faite du produit, sur ses documents afférents.

D'autre part, la présente disposition protège le produit industriel et artisanal couvert par une indication géographique de l'usage de son conditionnement de récipient (par le produit frauduleux) et de nature à créer une impression erronée sur l'origine du produit. En d'autres termes, le produit industriel et artisanal est protégé contre l'imitation de son emballage. Quoi qu'il en soit, et la précision a son importance, *« dans les deux cas, naturellement, cet usage du*

[340] Qui n'est pas une IGPIA, mais une IGP. Le produit se révèlera néanmoins bien utile pour la démonstration.

[341] BOUCHE (N.), « Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux », *JCl PI,* n° 4, avril 2016, p. 16.

*conditionnement trompeur ou cette indication fausse au fallacieuse doit se réaliser au détriment des produits authentiques couverts par l'IGPIA »*[342]. Cela signifie que si l'organisme de défense et de gestion de l'IGPIA est dans l'impossibilité de démontrer une « moins-value » évidente quant à la tentative de fraude constatée, s'il est dans l'impossibilité de prouver un lien néfaste de causalité entre le produit couvert par l'IGPIA et le produit frauduleux, alors la protection offerte par l'article L. 721-8, I, 3°, du CPI, ne pourra pas être mise en œuvre. Autrement dit, la démonstration d'un simple lien entre le produit industriel et artisanal couvert par l'IGPIA, et le produit dit frauduleux, sans démonstration *a minima* de son caractère néfaste sur l'indication géographique, est insuffisante.

Enfin, en dernier lieu, l'IGPIA est protégée contre *« toute autre pratique susceptible d'induire le consommateur en erreur quant à la véritable origine du produit ».* En réalité, le 4° du I de l'article L. 721-8 du CPI vise à protéger l'indication géographique contre toute autre forme de fraude que n'aurait pas ciblé, ou qui ne serait pas comprise dans les 1°, 2°, et 3°, du I de l'article L. 721-8 du CPI. Par conséquent, cette dernière disposition peut véritablement s'analyser en une catégorie « fourre-tout », ou encore, en une bouée de sauvetage, venant protéger les IGPIA de toutes les hypothèses de fraude qui ne pourraient être couvertes par les 1°, 2°, et 3°, de l'article. Le législateur s'est donc voulu prudent en paralysant, dans son essence même, l'imagination débordante des fraudeurs. Pour terminer, est-il nécessaire de préciser qu'outre une protection pénale spécifique aux appellations, les actions de l'article L. 721-8 du CPI peuvent également parfaitement se combiner avec l'action civile de contrefaçon prévue à l'article L. 722-1 du Code de la propriété intellectuelle.

Ainsi, les savoir-faire locaux constituent réellement un actif immatériel faisant partie intégrante du patrimoine immatériel public des collectivités locales. Même si leur appréhension ne peut s'accomplir que de manière indirecte, leur exploitation reste en revanche beaucoup trop centrale pour qu'une collectivité territoriale prenne le risque d'en ignorer les enjeux au sein même de sa politique de gestion patrimoniale. Bien que peu nombreux, l'acteur public local dispose néanmoins de certains leviers pouvant influencer les actions de valorisation conduites par les organismes privés de gestion et d'exploitation. Mais, comme il vient d'être démontré dans les pages précédentes, la mise en place d'une « juste exploitation », verrouillant le pillage économique, ne peut passer que par le renforcement du cadre légal et par l'élaboration d'une

[342] BOUCHE (N.), « Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux », *JCl PI,* n° 4, avril 2016, p. 16.

protection adaptée aux particularités de cet actif immatériel que constituent les savoir-faire locaux. En cela, le droit des marques et le régime des Appellations d'Origine Contrôlée ont révélé leurs limites. S'il ne s'agit pas ici de refaire le débat autour de la jurisprudence Laguiole, il convient toutefois de souligner que le besoin d'une protection plus adéquate des produits industriels et artisanaux a aussi résulté de l'incapacité du régime juridique de l'AOC à saisir l'ensemble des produits issus de l'artisanat local. En effet, jusqu'à l'IGPIA, seuls quelques produits avaient pu bénéficier de la protection offerte par les AOC, comme les dentelles du Puy, l'émail de Limoges, les poteries de Vallauris, ou encore, les mouchoirs de Cholet. C'est précisément la raison pour laquelle le régime juridique de l'IGPIA incarne un premier pas honorable, étant entendu que les produits industriels et artisanaux sont loin de constituer les seuls atouts d'un territoire. En effet, contrairement au patrimoine immatériel de l'Etat, celui des collectivités territoriales peut véritablement compter sur la qualité du capital naturel immatériel que lui procure le terroir (§2). Sans nul doute, il s'agit là de la spécificité du patrimoine immatériel des acteurs publics locaux, spécificité qui le distingue grandement de l'inventaire classique des actifs immatériels publics. Par conséquent, cette particularité, qui confine clairement à l'originalité, est beaucoup trop singulière pour que ses atouts (car ils existent bien) soient ignorés de la présente étude. D'une nature juridique complètement différente de celle des savoir-faire locaux, le capital naturel immatériel présente néanmoins la similitude de l'imperméabilité à l'appropriation publique.

## §2 – LE CAPITAL NATUREL IMMATERIEL

Le caractère distinctif du capital naturel immatériel réside sans nul doute dans le paradoxe dont il fait l'objet. Comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, il s'agit d'un véritable atout du patrimoine immatériel local qui confine grandement à l'originalité. Or, parallèlement, le cadre juridique qui l'entoure (ou plus précisément, qui ne l'entoure pas ou peu) est presque inexistant et peu contraignant, à l'image de celui des produits industriels et artisanaux avant l'IGPIA. A croire que l'appropriation publique par le biais du droit de propriété publique conditionne à lui seul la valeur d'un actif immatériel et donc l'intérêt de sa protection. Autrement dit, si le droit de propriété publique peut se saisir de l'actif immatériel, c'est alors qu'il a de la valeur ; s'il ne peut pas s'en saisir, c'est alors que l'actif immatériel n'a que peu de valeur. Autant dire que si l'on suit cette logique, très peu d'actifs immatériels auraient mérité d'être étudiés… Cela est d'autant plus regrettable que le droit de propriété publique, bien que n'étant pas le seul, fait une confusion, malheureusement devenue trop fréquente : il confond

richesse et valeur. Comme il sera vu, un actif immatériel peut incarner une richesse inestimable tout en n'ayant que très peu de valeur marchande. Toutefois, il ne doit pas être pour autant ignoré du droit, précisément parce que cet actif immatériel reste une richesse inestimable. Et c'est tout le problème du droit de propriété tel qu'il est actuellement conçu : il se fonde exclusivement sur la valeur d'un actif, d'un bien, pour en justifier ou non sa réservation, son appropriation. A tel point qu'il faut attendre la réalisation de tragédies et d'injustices pour que le législateur finisse par réagir… en aval… Même si, et comme précédemment démontré, ce raisonnement a aujourd'hui atteint ses limites, c'est pourtant un cycle similaire que semble emprunter le capital naturel immatériel. Les justifications de cette orientation trouvent notamment leurs fondements dans les difficultés bien réelles à définir, ne serait-ce qu'approximativement, le capital naturel dans son acception immatérielle. En effet, qu'est-ce que le capital naturel immatériel ? Les tentatives de réponse ne manquent pas.

Selon les plus primaires, le capital naturel désignerait l'ensemble des ressources naturelles telles que l'eau, la terre ou les minéraux. Dans cette théorie, le capital naturel est alors simplement perçu et envisagé comme un stock matériel, fini ou non, renouvelable ou non, de matières premières. Mais d'un point de vue plus économique, le capital naturel est alors conçu comme un ensemble de ressources naturelles directement utiles à l'Homme pour la production de biens ou de services nécessaires à l'existence. Dans cette théorie, et à en croire Robert Constanza, économiste américain, fondateur de l'économie écologique, le capital naturel est considéré comme un ensemble « d'écosystèmes valorisables » nécessaires à l'activité humaine et à son bien-être. Beaucoup plus complète que la précédente, cette seconde définition, permet d'englober en son sein (outre les éléments classiques comme l'air, l'atmosphère, le feu ou les étoiles) le capital paysager ou environnemental. En effet, un territoire peut tout à fait se distinguer, ne serait-ce que sur le plan touristique, par le bien-être procuré aux administrés grâce à son offre de promenades, la beauté de ses paysages, ou encore, la qualité de l'air respiré : la notion de capital naturel immatériel prend alors tout son sens. Par ailleurs, il ne s'agit pas là d'un raisonnement caricatural reposant sur une grotesque interprétation sans fondements, mais bien de faits avérés et tout à fait réels : il suffit pour cela de songer à l'attractivité que peut par exemple provoquer la Côte-d'Azur dans le sud de la France. Elle est notamment composée de communes, comme Toulon ou Bormes-les-Mimosas qui, en période estivale, quadruplent leur population annuelle (passant de 25 000 habitants à plus de 100 000), et séduisent absolument toutes les catégories socio-professionnelles. A l'inverse, d'autres territoires ne séduisent pas, en raison de leur capital paysager jugé trop pauvre, pas assez

valorisé, ou encore, en raison de leur climat. C'est donc bien que le capital naturel immatériel incarne une richesse que les collectivités territoriales doivent largement prendre en considération dans la gestion de leur patrimoine immatériel. Allié à une politique de markéting adaptée, le capital naturel immatériel conditionne notamment l'attractivité touristique d'un territoire. Par ailleurs, inutile de rappeler que le tourisme est un secteur économique aux potentialités exponentielles, et dans lequel, la France a toujours su s'illustrer. Par conséquent, le capital naturel immatériel est un actif à part entière participant pleinement à la composition des patrimoines immatériels locaux.

Autrement dit, s'il est encore impossible de disposer d'une définition arrêtée du capital naturel immatériel, et s'il est même encore trop tôt pour parler du capital naturel immatériel en tant que notion fonctionnelle, ses contours conceptuels se dessinent peu à peu. Par ailleurs, la principale difficulté liée au capital naturel immatériel ne réside pas tant dans sa nature (bien que complexe), que dans son appréhension. En effet, à l'heure actuelle, il est extrêmement difficile de traduire le capital naturel, matériel ou immatériel, sur le plan économique, non pas en tant que richesse, mais précisément en tant que valeur. Comme démontré plus haut, le capital naturel représente une richesse inestimable (attractivité, qualité de l'air, qualité des paysages, extraction de matières premières, production de biens et de services, etc.). En revanche, comment cette richesse doit-elle se mesurer ? Comment la valoriser ? Comment lui donner une valeur ? En d'autres termes, il n'existe pas d'indicateurs suffisamment fiables et précis pour évaluer ce que représente le capital naturel immatériel. Car il représente clairement quelque chose, il s'agit d'un véritable atout, c'est une richesse, mais dont on ignore encore comment en mesurer la valeur. Autrement dit, à l'image des lointaines planètes de notre système solaire, le capital naturel immatériel est bien présent, on sait qu'il existe, mais l'on est encore incapable de « l'appréhender ». Et ce paradoxe est clairement visible dans l'ordre juridique interne : la dimension économique et sociale du capital naturel immatériel est avérée (A), mais en raison de la difficulté à l'évaluer, la question se pose de leur saisie par le droit (B). En cela, il semblerait que les Parcs Naturels Régionaux (PNR) aient fourni une réponse tout à fait satisfaisante (C).

### A. UNE DIMENSION ECONOMIQUE ET SOCIALE

Même si le capital naturel immatériel est difficile d'appréhension, sa dimension économique et sociale ne fait aucun doute. En effet, sur le plan social, le capital naturel est doté d'une particularité qui le distingue grandement de ses homologues : l'attractivité d'un territoire, et donc, la pérennisation d'une population, est intimement liée à l'utilisation que cette

population fait des ressources naturelles et du capital paysager à sa disposition. A titre d'illustration, les régions agricoles se doivent alors d'être vigilantes sur l'impact que peut avoir la culture de la terre sur les captages d'eau potable alimentant simultanément plusieurs villages. De même, l'épandage de pesticides est interdit pour certains, règlementés pour d'autres, afin de ne pas nuire au cycle de pollinisation des abeilles nécessaire à tout écosystème. Dans un sens similaire, les créations de grandes infrastructures routières, relevant la plupart du temps, des intercommunalités (pour celles disposant de la compétence voirie), des départements et des régions, prennent désormais en considération la qualité d'un paysage, ou bien, d'un espace naturel dit sensible, dans leur simulation afin, non seulement, d'en éviter une destruction non souhaitable, mais aussi, de valoriser cette particularité en la transformant en atout. En effet, le temps des constructions autoroutières traçant droit devant elles en se souciant peu de la qualité des sols sur lesquels elles sont établies, est désormais révolu. Depuis les années 1990, les acteurs publics locaux notamment ont pris conscience des dangers liés à l'urbanisation de masse et à un aménagement non maîtrisé. Cela s'est par exemple traduit en droit administratif des biens, ou encore, en droit de l'urbanisme, par l'exigence de réalisation d'études d'impact, préalable désormais obligatoire pour tout projet urbain visant une reconnaissance d'utilité publique. Autrement dit, et pour monter à un niveau d'abstraction supplémentaire, sur le plan social, cette notion en construction de capital naturel immatériel entend bien préserver le terroir, de l'uniformisation des territoires provoquée par une mondialisation de plus en plus prégnante. Par ailleurs, les collectivités territoriales ont parfaitement compris que leur capital paysager, pour ne pas dire leur capital territorial, est précisément l'atout distinctif susceptible de les rendre identifiables sur le plan national, voire mondial. En d'autres termes, si toutes les communes par exemple projettent des actions culturelles, si tous les départements disposent d'un patrimoine immobilier important reflétant leur histoire et celle du pays, en revanche, chaque territoire dispose de son propre paysage, de sa propre terre, de son propre terroir qui, à un moment donné de l'histoire, a inéluctablement influencé la population résidente dans ses traditions, ses connaissances sur la nature et l'univers, et donc, a obligatoirement contribué à l'édification de leur identité culturelle, laquelle n'est jamais pareille à aucune autre. Sur le plan touristique, cette unicité locale est une démarcation remarquable, et donc, un atout patrimonial évident.

Ainsi, si sur le plan social les enjeux du capital naturel immatériel sont facilement saisis et identifiés, sur le plan économique en revanche, les choses sont moins évidentes. L'essentiel du problème relatif à ce que certains économistes ont pu appeler l'économie verte, réside dans le fait qu'il est impossible, du moins pour le moment, de donner une valeur monétaire au capital

naturel immatériel. Or, l'évaluation monétaire est, entre autres, le fondement même de toute action de valorisation et d'appropriation. Cette impasse conduit alors à créer, dans l'esprit du public, la fausse croyance que le capital naturel immatériel est complètement gratuit, et par conséquent, en provoque une surexploitation. Par ailleurs, le droit civil des biens lui-même, avec sa notion de *res communes,* c'est-à-dire, de choses communes qui n'appartiennent à personne, véhicule de manière implicite la même thèse. Pour reprendre un exemple cher à Robert Constanza, s'il est tout à fait possible de fixer la valeur monétaire d'une forêt en calculant le prix du bois, matière première qu'elle fournit (capital naturel matériel), comment calculer en revanche le plaisir qu'il peut y avoir à la contempler (capital naturel immatériel) ? Il s'agit précisément de l'impasse dans laquelle le patrimoine immatériel des collectivités territoriales s'enlise en matière de capital naturel. En effet, de la réponse à cette question dépend véritablement l'appréhension, par le droit, du capital naturel en tant qu'actif immatériel, au sein même du patrimoine immatériel local de chaque collectivité. Autrement dit, la richesse du capital naturel immatériel est clairement avérée, elle existe, elle est indéniable, toutefois, il se pose un problème d'indicateur fiable et précis pour le calcul de sa valeur, même si bien sûr plusieurs méthodes existent pour ce faire. La présente étude les range principalement en deux catégories, à savoir :

- ***Les méthodes de calcul dites du nivellement par le haut ;***
- ***Les méthodes de calcul dites du nivellement par le bas.***

Les méthodes de calcul que la présente étude qualifie de « nivellement par le haut » consistent tout d'abord à proposer à chaque administré un panel de tarifs d'entretien pour un site naturel (une rivière, un parc, un étang, une plage, etc.). Chaque administré serait alors libre de choisir parmi ces tarifs, chacun d'eux représentant pour l'individu la valeur du site, l'attachement provoqué, et surtout, le désagrément causé en cas de pollution. Dans un second temps, la méthode de calcul accomplirait alors une moyenne des tarifs obtenus par sondage, cette moyenne constituant au final la valeur du site naturel.

Pour leur part, les méthodes de calcul dites du « nivellement par le bas » consistent tout simplement à évaluer le coût de dépollution d'une zone dite naturelle, ce coût de dépollution correspondant à la valeur du site en question.

Bien entendu, ces propositions de calcul souffrent de nombreuses imperfections. D'une part, elles reposent toutes deux sur ce que les économistes écologiques appellent le « consentement à payer ». En effet, ces tentatives d'évaluation du capital naturel immatériel

d'un territoire reposent exclusivement sur le postulat que les administrés seraient prêts à payer pour accéder aux plages, aux parcours en montagne, aux sentiers pédestres, aux pistes de ski, etc. L''évaluation est alors faussée dans son essence même : comment différencier « l'administré honnête », de celui qui tirerait systématiquement les tarifications vers le bas pour payer le moins possible ? Autrement dit, se pose clairement un problème d'objectivité. D'autre part, la question se pose de savoir comment organiser le recouvrement du paiement. Les acteurs publics locaux, doivent-ils mettre en place un droit d'accès à chaque site, ou bien, doivent-ils réaliser un prélèvement par l'impôt ? La question mérite d'autant d'être posée que, de la réponse apportée, dépendra également le montant du tarif que l'administré serait prêt à verser. Autant dire que les propositions de calcul présentement décrites sont beaucoup trop hasardeuses pour pouvoir être mises en œuvre de manière tout à fait sérieuse.

Par conséquent, le phénomène est bien visible : le problème de l'évaluation du capital naturel local immatériel est encore bien trop complexe pour en permettre une saisie par le droit. En effet, la difficulté de déterminer un indicateur fiable constitue un véritable obstacle pour la dimension juridique du capital naturel immatériel (B).

## B. UNE DIMENSION JURIDIQUE ?

Poser la question de la dimension juridique du capital naturel immatériel ne signifie pas pour autant qu'il n'existe pas de normes environnementales. En réalité, à ce stade, il convient de bien distinguer le droit de l'environnement, dont l'objet est l'étude des normes juridiques applicables à la création, la restauration ou la protection de tout espace naturel, du « droit de l'immatériel public » et sa conception de « capital naturel immatériel ». Autrement dit, les questionnements sont les suivants : le droit peut-il s'emparer de la notion de capital naturel immatériel ? Ou encore, la notion de capital naturel immatériel, a-t-elle, peut-elle, ou doit-elle, avoir un impact sur ou dans l'ordre juridique interne ? Si oui, comment ? Si, en raison de toutes les incertitudes précédemment décrites et gravitant autour de la notion de capital naturel immatériel, il est encore impossible de cibler avec fiabilité la traduction juridique du concept, en revanche, les Gouvernements successifs de ces dix dernières années ont tenté une première approche par le droit fiscal. En effet, et le phénomène est suffisamment rare pour être souligné, qu'il s'agisse de la gauche ou de la droite, les deux courants de pensée politique se sont essayés à une approche fiscale du capital naturel immatériel. Dès lors, sans pour autant parler de moyen adéquat ou adapté, il semblerait que la fiscalité incarne néanmoins le moyen privilégié pour « matérialiser » un concept encore bien flou. Si l'on se concentre sur la mandature 2007-2012,

le Président de la République, Nicolas Sarkozy, avait souhaité la mise en place de ce qui sera médiatiquement connu sous le nom de « taxe carbone ». Ayant subi un échec cuisant, l'approche fiscale du capital naturel immatériel a refait son apparition sous la mandature de François Hollande. Or l'écotaxe a elle aussi connu un sort funeste. Ainsi, on le voit, si les deux concepts sont théoriquement distincts, le capital naturel immatériel, visant la qualité de l'air, celle des paysages, etc., a encore bien du mal à se distinguer de la fiscalité environnementale, traduisant triplement une opacité de la notion, son inéluctable attractivité dans les jargons du droit de l'environnement, et donc, le besoin d'un temps de maturité plus important.

Le premier phénomène révélateur de ce triple constat est le parcours particulièrement chaotique de la contribution carbone. En 2007, Nicolas Hulot profita du contexte électoral, et de son impact médiatique, pour conférer à l'environnement une place et une influence qu'il n'aurait jamais eu dans le quotidien du processus législatif. C'est ainsi qu'il fit promettre à chaque candidat, qu'une fois la Présidence de la République acquise, ceux-ci feraient voter trois textes législatifs, aujourd'hui connus sous le nom de « lois Grenelle ». C'est pourquoi, une fois élu Président de la République, Nicolas Sarkozy s'employa, tout au long de son mandat, à faire voter les lois Grenelle. Notamment, il fit voter les deux premières, à savoir :

- ***La loi du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, dite « loi Grenelle 1 »[343] ;***
- ***La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « loi Grenelle 2 »[344].***

Pour sa part, la troisième loi Grenelle ne verra jamais le jour en raison des débâcles électorales subies par l'ancienne UMP. Quoi qu'il en soit, la loi Grenelle 1 du 3 août 2009 prévoyait la mise en place prochaine d'une « contribution carbone », c'est-à-dire, plus simplement, la mise en place d'une taxe frappant tous les véhicules de circulation rejetant des émissions de $CO_2$. Ainsi, chaque automobiliste aurait dû payer, en vertu de cette nouvelle taxe, un impôt proportionnel aux émissions de dioxyde de carbone rejetées par son véhicule. C'est ainsi que la loi de finances pour 2010[345] prévoyait dans son texte originel, à son article 7, ladite taxe

[343] Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF* n° 0179, 5 août 2009, p. 13031.

[344] Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 0160, 13 juillet 2010, p. 12905.

[345] Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, *JORF* n° 0303, 31 décembre 2009, p. 22856.

carbone, dont le montant, très débattu et ayant donné lieu à de nombreuses contradictions, a finalement été fixé à 17 euros par tonne de $CO_2$. Or, l'article 10 du même texte de loi exonérait de la contribution carbone, de manière tout à fait étonnante, les centrales thermiques, ainsi que les 1 018 sites industriels du pays les plus polluants. Bien entendu, l'instauration programmée de la nouvelle taxe provoqua un véritable émoi de la population. En effet, les deux tiers des français y étaient parfaitement défavorables. Par ailleurs, en dépit des nombreuses manifestations et contestations populaires, le Gouvernement conserva ses positions, avant qu'une décision du Conseil constitutionnel ne vienne couper court au débat. En effet, saisi par les députés de l'opposition, le Conseil des sages s'est prononcé sur la conformité à la Constitution des dispositions de la loi de finances relatives à la contribution carbone. Par une décision du 29 décembre 2009, le juge constitutionnel a ainsi estimé que la contribution carbone, de par les exonérations qu'elle prévoyait, était contraire au principe constitutionnel d'égalité[346]. Cette décision signa la fin, avant même son commencement, de la contribution carbone. Le parcours très chaotique de cette nouvelle taxe qui n'a finalement pas vu le jour est révélateur d'un double constat. D'une part, il démontre avec brio que, en matière de capital naturel immatériel, lorsque le pouvoir politique n'est pas effrayé par le spectre de l'impopularité électorale, il reste en revanche terrorisé par le spectre d'une compétitivité économique tournant au ralenti (d'où les nombreuses exonérations consenties dans la loi aux principaux pollueurs). D'autre part, et en dépit du « principe pollueur-payeur », il démontre que la population n'est clairement pas prête à payer pour une meilleure qualité environnementale. Non pas que l'environnement ait une importance minime dans l'esprit du public, mais précisément, dans l'opinion commune, la qualité de l'air, celle des paysages, et autres, sont des éléments qui appartiennent à tous, et dont les individus estiment devoir jouir de la manière la plus absolue (ce qui implique forcément une pleine gratuité). Pour sa part, le droit civil des biens avec la notion de *res communes* n'enseigne pas autre chose. Par conséquent, dans l'esprit du public, vouloir rentabiliser quelque chose qui jusque-là échappait de manière tout à fait évidente à la loi fiscale, reste un projet totalement injuste et inique. L'appréhension du capital naturel immatériel par la fiscalité montre donc ses limites.

Le second phénomène révélateur de la difficulté du capital naturel immatériel à s'émanciper est le sort funeste qu'a également subi la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandise, plus médiatiquement connu sous l'appellation « d'écotaxe » ou

[346] CC, 29/12/2009, *Loi de finance pour 2010,* n° 2009-599 DC.

encore sous celle de « taxe poids lourd ». La taxe carbone n'était pas la seule mesure fiscale envisagée par le protocole d'accord environnemental de Nicolas Hulot, ancêtre des lois Grenelle. En effet, il prévoyait également l'instauration d'une taxe frappant l'ensemble des véhicules poids lourds de plus de 3,5 tonnes, circulant sur l'ensemble du réseau routier. D'un montant de 12 centimes par kilomètre, l'écotaxe devait concerner environ 800 000 véhicules pour 15 000 kilomètres de réseau national et local. L'objectif de l'écotaxe était essentiellement dissuasif : il visait la réduction des transports routiers jugés trop polluants et énergivores. L'une des principales différences avec la taxe carbone était que l'écotaxe n'allait pas intégralement bénéficier au budget de l'Etat. En effet, la circulation des véhicules poids lourd concernant également 5 000 kilomètres de réseau local, il était alors prévu un reversement partiel de l'écotaxe aux collectivités territoriales. C'est ainsi que le reversement aux collectivités devait atteindre un montant de 160 millions d'euros sur une perception totale par l'Etat de 1,2 milliards d'euros en année pleine. La notion de capital naturel immatériel prend alors ici tout son sens. Prévue à l'article 153 de la loi de finances pour 2009[347], puis à l'article 11 de la loi Grenelle 1 précitée du 3 août 2009, la mise en œuvre de l'écotaxe a fini par être reportée au 20 juillet 2013. Sa perception a par ailleurs été confiée au consortium franco-italien Ecomouv' (au sein duquel figuraient certaines sociétés comme la SNCF ou SFR), au moyen d'un contrat de partenariat public-privé. D'un point de vue technique, ce contrat prévoyait notamment la mise en place, à divers points stratégiques du territoire, de portiques électroniques (dénommés « portiques écotaxe ») destinés à contrôler le parcours kilométrique des poids lourds. En raison de très nombreux retards de chantiers, le Gouvernement socialiste a alors fait le choix de reporter l'application de l'écotaxe fin 2013, avec la région bretonne comme premier « sujet-test ». Dès lors, à l'image de la taxe carbone, l'emballement médiatique contre l'écotaxe n'a pas manqué de se faire sentir. Les transporteurs routiers montèrent au créneau menaçant notamment le pays d'une paralysie générale. En outre, la population n'a également pas manqué de s'en prendre aux fameux portiques écotaxes flambants neufs et n'ayant encore jamais servi, des portiques que les manifestants ont très vite considéré comme étant le symbole par excellence d'une injuste contribution fiscale. De sorte que, face à la pression populaire et aux menaces de blocage, le Gouvernement décida, au mois d'octobre 2013, de reporter une nouvelle fois l'application de l'écotaxe. Un an plus tard, au mois de septembre 2014, le même Gouvernement décida de réduire drastiquement le champ d'application de l'écotaxe, en ramenant à 4 000 kilomètres

[347] Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, *JORF* n° 0302, 28 décembre 2008, p. 20224.

seulement le réseau routier imposable[348]. Certes la taxe poids lourd n'était pas encore « morte », mais elle avait tout de même été grandement vidée de sa substance. Moins d'un mois plus tard, en octobre 2014, le Ministère de l'Ecologie, du Développement Durable, et de l'Energie, annonça l'abandon pur et simple de la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandise. Le droit fiscal a donc échoué une seconde fois dans son effort de « traduction juridique » du capital naturel immatériel.

Ainsi, il semblerait que la notion de « capital naturel immatériel » soit encore bien trop jeune pour pouvoir être juridiquement et économiquement encadrée. Le constat est d'autant plus frustrant que la richesse de cet actif immatériel à la spécificité locale est clairement identifiée. Pour autant, est-elle ou sera-t-elle valorisable ? La question reste posée. Ce qui est certain en revanche, c'est que l'approche purement fiscale de ce patrimoine semble vouée à l'échec. En effet, les tentatives de « comptabilisation » de cet actif immatériel par la sanction monétaire de sa pollution se sont heurtées à la sévérité de la pression populaire, pour laquelle la qualité de l'environnement n'est pas négociable. L'air, les paysages, et autres, appartiennent à tous et échappent en cela aux lois du marché et à la règlementation fiscale. Par ailleurs, il est une sérieuse interrogation qui mérite d'être posée en matière de capital naturel immatériel : la qualité de l'air, « l'offre de promenades », le capital paysager, sont-ils des éléments valorisables ? Est-il possible de traduire leur valeur en monnaie ? Ces éléments relèvent-ils véritablement du droit ou de l'économie ? N'appartiendraient-ils pas en réalité au seul domaine de la philosophie ? Par ailleurs, les obstacles rencontrés par les économistes à les évaluer, et des juristes à les saisir, ne s'expliqueraient-ils pas par ce dernier constat ? En réalité, envisager la valorisation du capital naturel immatériel par la seule monnaie est une erreur. En effet, si l'on souhaite se placer sur le terrain de la valorisation, celle-ci doit alors être précisément entendue dans toutes ses dimensions. « Valoriser » n'est pas forcément « évaluer ». Protéger un espace naturel, c'est déjà valoriser cet espace. Autrement dit, le défaut d'évaluation ne conduit pas systématiquement à une absence de valorisation. Par ailleurs, le label « Parc Naturel Régional » en est l'illustration parfaite : il permet précisément une valorisation et une protection du capital naturel immatériel local, sans être passé pour autant par le préalable de l'évaluation monétaire (C).

[348] Décret n° 2014-1099 du 29 septembre 2014 relatif à la consistance du réseau routier national soumis à la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises, *JORF* n° 226, 30 septembre 2014, p. 15819.

## C. LA PARTICULARITE DES PARCS NATURELS REGIONAUX : LES VERTUS DE LA MARQUE COLLECTIVE

En matière de patrimoine immatériel des collectivités territoriales, les Parcs Naturels Régionaux présentent deux avantages majeurs :

- ***Ils permettent de répondre de manière très concrète à la saisie par le droit de la problématique du capital naturel immatériel ;***
- ***Les collectivités territoriales jouent clairement un rôle tout à fait central dans l'action de protection à conduire.***

C'est dans les années 1960 que les Parcs Naturels Régionaux ont vu le jour. Dans un large mouvement de réorientation de sa politique en matière d'aménagement du territoire, la France s'est alors inspirée de ce qui existait déjà en matière de capital naturel immatériel chez ses voisins européens que sont l'Allemagne et les Pays-Bas. Aujourd'hui, le territoire métropolitain compte environ une cinquantaine de PNR. Dès lors, qu'est-ce qu'un Parc Naturel Régional ? Quel peut bien être le fonctionnement du mécanisme de protection qu'il semble offrir, de manière très adaptée, au capital naturel immatériel local ?

L'appellation de « Parc Naturel Régional » est avant tout un label, une marque déposée à l'INPI par l'Etat, et dont il est propriétaire. Certes régi par le Code de la propriété intellectuelle, cela n'en reste pas moins le Code de l'environnement qui en fournit sans doute la définition la plus claire à son article L. 333-1, I :

*« Un parc naturel régional peut être créé sur un territoire dont le patrimoine naturel et culturel ainsi que les paysages présentent un intérêt particulier.*

*Les parcs naturels régionaux concourent à la politique de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire, de développement économique et social et d'éducation et de formation du public. A cette fin, ils ont vocation à être des territoires d'expérimentation locale pour l'innovation au service du développement durable des territoires ruraux. Ils constituent un cadre privilégié des actions menées par les collectivités publiques en faveur de la préservation des paysages et du patrimoine naturel et culturel ».*

Ainsi, les enseignements de cette disposition sont essentiellement de trois ordres. D'abord, elle admet très clairement qu'un « patrimoine culturel, naturel » et paysager puisse être couvert par le label PNR s'il démontre présenter un intérêt particulier. Non seulement le texte reconnaît ici

l'existence de patrimoines culturels, naturels et paysagers locaux, mais en outre, il admet que l'Etat puisse partager avec ces patrimoines le label PNR déposé par lui à titre de marque. C'est précisément en cela que l'appellation de « marque collective » prend alors tout son sens : l'Etat entend partager son label ou sa marque avec les acteurs publics locaux valorisant leurs atouts paysagers. Autrement dit, cela signifie que les organismes de gestion des Parcs Naturels Régionaux pourront tout à fait bénéficier dudit label, alors même qu'ils n'en détiennent pas les droits de propriété intellectuelle. L'étude des PNR au sein des actifs immatériels locaux s'affranchissant de la propriété publique prend alors tout son sens. Ensuite, les PNR sont les vecteurs privilégiés en matière de politique de protection de l'environnement et de préservation du patrimoine culturel, naturel et paysager. Par conséquent, le label PNR est bien une marque collective de l'Etat partagée avec les collectivités territoriales pour la protection du capital naturel immatériel local. Enfin, il est clairement précisé que les collectivités territoriales jouent un rôle majeur dans cette action de protection. Ainsi, contre toute attente, le label PNR réunit à lui seul la totalité des orientations que serait susceptible de prendre toute politique en faveur de la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Par ailleurs, il reste un outil parfaitement adapté aux administrations locales.

Toutefois, un territoire reconnu et délimité comme PNR ne se contente pas d'incidences purement environnementales. En effet, la Charte constitutive du PNR doit également comprendre certaines orientations en matière d'économie, d'urbanisme de développement, ou encore, d'éducation de la population aux enjeux environnementaux et patrimoniaux, pour pouvoir être validée. Autrement dit, les ambitions d'un territoire qui se veut éligible au PNR doivent dépasser largement le seul cadre de la question environnementale : c'est une économie, un territoire, une population que le capital naturel immatériel vient véritablement conduire. Par conséquent, ses orientations doivent aussi être réfléchies en termes d'entreprenariat, d'emplois, de construction et d'aménagement.

Couvrant à l'heure actuelle environ 15% du territoire, les Parcs Naturels Régionaux regroupent les plus beaux paysages de l'hexagone et de l'outre-mer. Des chaînes de montagnes, aux Volcans d'Auvergne, en passant par le Luberon, les PNR mobilisent absolument toutes les régions françaises, plus de 70 départements, et plusieurs milliers de communes. Précisément, la création d'un Parc Naturel Régional appartient à l'ensemble de ces acteurs publics locaux, qui pour cela, ont alors l'obligation de procéder à la création préalable d'un syndicat mixte en charge de la gestion du PNR, conformément aux dispositions du Code général des collectivités territoriales. C'est alors à ce syndicat que l'Etat entend conférer le label PNR sous réserve du

respect des exigences notamment décrites dans la Charte établie. Toutefois, contrairement aux autres parcs réservés, les PNR ne disposent d'aucun pouvoir règlementaire pour y parvenir. La seule existence d'un PNR au sein d'un territoire constitue un actif immatériel local incontournable que la collectivité territoriale pourra parfaitement valoriser dans son offre de territoire. Qui plus est, les frontières d'un Parc naturel régional ne sont pas cantonnées à celles d'une commune, d'un département ou d'une région, et peuvent parfois s'étendre à plusieurs d'entre eux. Par conséquent, bien loin d'une mise en concurrence des territoires, c'est au contraire une véritable synergie locale que le label encourage. Par ailleurs et paradoxalement, loin des aspects monétaires précédemment décrits, la présence territoriale d'un PNR encourage clairement la création d'un cercle économique vertueux dans lequel l'activité entrepreneuriale vient inévitablement se structurer, conférant clairement une valeur au territoire. Ainsi, en lieu et place d'une approche fiscale du capital immatériel local, c'est précisément par la création de labels « désintéressés » que le législateur parviendra à une protection, non seulement effective, mais aussi et surtout, efficace du patrimoine immatériel local. Le constat est d'autant plus paradoxal qu'il s'agit là d'une démarche qu'il semble pourtant avoir bien intégré dans l'approche abstraite du patrimoine immatériel (Section 2).

## SECTION 2

## L'APPROCHE ABSTRAITE DU PATRIMOINE IMMATERIEL LOCAL

L'approche abstraite du patrimoine immatériel public comprend des enjeux tout à fait centraux. En effet, au-delà des savoir-faire et des paysages, quel peut bien être le statut juridique du patrimoine festif et traditionnel local ? (§1). Pour retourner en Vaucluse, les apports du Festival d'Avignon, manifestation à la renommée mondiale s'il en est, ne sont plus à démontrer. Dès lors, comment la ville d'Avignon doit-elle s'emparer d'un tel évènement afin d'en poursuivre la pérennisation et le développement ? Par ailleurs, le raisonnement est le même concernant cet actif immatériel tout à fait original que constitue le patrimoine linguistique (§2). En effet, quelle est et/ou quelle doit-être la place des langues régionales dans la législation ?

## §1 – LE PATRIMOINE FESTIF ET TRADITIONNEL LOCAL

Même si le patrimoine festif et traditionnel local concerne directement les collectivités territoriales, il constitue sans nul doute le domaine le plus abstrait de leur patrimoine immatériel. En effet, une manifestation culturelle, comme une comédie musicale ou une pièce de théâtre, s'organise, se vit, mais « ne se possède pas ». Autrement dit, le patrimoine festif et traditionnel est le symbole par excellence de l'évolution de la conception même de patrimoine, en ce qu'aujourd'hui, il incarne davantage ce qui identifie une communauté que ce qu'elle détient. La question se pose alors de savoir comment saisir, ne serait-ce que sur le plan juridique, un actif immatériel dont les acteurs publics locaux tirent de très nombreux bénéfices, économiques notamment. Par exemple, le Festival d'Avignon génère chaque année des retombées économiques sur la ville estimées entre 23 et 25 millions d'euros. Dès lors, quel doit être le positionnement des collectivités territoriales dans la sauvegarde, la protection, et l'exploitation de ce patrimoine, qu'elles ne « détiennent pas », voire qu'elles n'organisent pas, du moins, pas directement ?

En réalité, de telles interrogations posent la traditionnelle question plus profonde des liens que les collectivités territoriales peuvent entretenir avec le droit de la culture. Par ailleurs, la réponse à y apporter est d'autant plus complexe qu'il n'est pas certain que « le droit de la culture » constitue une branche du droit autonome. Si bien sûr, il ne s'agit pas ici de revenir sur les anciens protocoles de décentralisation en matière culturelle, force est de constater en revanche, qu'aujourd'hui, c'est au niveau intercommunal que semblent s'exercer les politiques culturelles. En effet, la mutualisation des moyens a offert une alternative intéressante dans un contexte désormais bien connu de rigueur budgétaire. C'est ainsi que de nombreux Etablissements Publics à caractère Intercommunal, du moins ceux issus de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République[349], se sont vus transférer la compétence dite des « équipements culturels ». Visant une véritable relance de l'échelon intercommunal, cette loi n'a malheureusement pas eu les effets escomptés en matière culturelle. Les EPCI titulaires de la compétence « équipements culturels » se contentent alors de construire des structures, telles que des bibliothèques, des médiathèques, des salles de spectacle, ou

[349] Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF* n° 33, 8 février 1992, p. 2064.

encore, des salles polyvalentes, sans pour autant insuffler, à quelques exceptions près[350], de véritables projets culturels.

De fait, de manière tout à fait implicite, c'est alors au secteur associatif que les projets d'animations festives et traditionnelles ont été confiés (A). Pour leur part, les collectivités territoriales ont fait le choix apparent d'une intervention bien plus subsidiaire (B). Cela est d'autant plus surprenant qu'elles placent alors la maîtrise de leur réputation en d'autres mains que les leurs. Par ailleurs, le phénomène est notamment vérifiable en matière de produits gastronomiques. En effet, il est clair qu'en la matière, les collectivités territoriales n'ont pas la maîtrise de l'appellation de produits vinicoles ou fromagers, alors que pourtant, la totalité de ces produits reprennent le nom même des collectivités, pour leurs appellations au poids économique considérable. Que dire par exemple des vins châteaunevois ou bordelais, ou encore, de l'art fromager du Saint-Nectaire ? La gastronomie occupe une telle place au sein du patrimoine culturel, festif et traditionnel français, qu'en 2010, il a fait l'objet d'une inscription au patrimoine immatériel de l'UNESCO, en tant que « repas gastronomique des français ». Dès lors, cette inscription contraste véritablement avec l'absence de maîtrise de son contenu par les acteurs publics locaux (C).

## A. UN PATRIMOINE ENTRETENU PAR LES ACTEURS ASSOCIATIFS LOCAUX

Que doit-on entendre par « patrimoine festif et traditionnel » ? Instinctivement, il s'agirait d'évoquer tout ce qui a trait aux manifestations culturelles telles que les festivals et les carnavals, ainsi qu'aux arts du spectacle comme la musique, la danse ou le théâtre. Juridiquement, il semble que ces « festivités » se regroupent sous la qualification de spectacle vivant. La règlementation à mobiliser se concentre notamment dans l'ordonnance du 13 octobre

[350] A en croire Jean-Raphaël Pellas : *« […] l'intercommunalité Rennes Métropole, dont le projet phare est la construction d'un équipement culturel, se propose également de fédérer des prestations culturelles autour dudit projet.*

*Dans le cadre de l'agglomération d'Amiens, ce sont les équipements de proximité tels que les centres culturels de quartier qui ont connu les évolutions les plus notables : l'intercommunalité culturelle a consacré plus de moyens à ces structures, tout en renouvelant leurs missions et les partenariats avec les grandes institutions culturelles ».* PELLAS (J.-R.), *Droit de la culture,* Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, Collec. Systèmes pratiques, p. 82 à 83.

1945 relative aux spectacles[351], et modifiée par la loi du 18 mars 1999[352]. Par ailleurs, l'article 1er de ladite ordonnance est ainsi rédigé :

*« La présente ordonnance s'applique aux spectacles vivants produits ou diffusés par des personnes qui, en vue de la représentation en public d'une œuvre de l'esprit, s'assurent la présence physique d'au moins un artiste du spectacle percevant une rémunération ».*

Par conséquent, et à en croire la lettre de l'ordonnance du 13 octobre 1945, la nature juridique d'un spectacle vivant est celle d'une œuvre de l'esprit. La protection de l'œuvre est alors assurée par des mécanismes classiques de droit privé, ayant !trait à la propriété littéraire et artistique précédemment étudiés. La reproduction de l'œuvre (théâtre, opéra, danse ou autres), est alors, pour sa part, assurée par des contrats de propriété intellectuelle qui, à ce stade du raisonnement, ne concernent pas les collectivités territoriales ou les associations locales. En réalité, ces dernières, dont le régime juridique n'est autre que celui de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association[353], *« servent en quelque sorte de pilote* [aux collectivités territoriales] *dans la conduite de politiques culturelles »*[354]. Remplissant alors un service public culturel dont il ne s'agit pas ici de rappeler les fondements historiques, un certain nombre de ces associations sont reconnues d'utilité publique par les pouvoirs publics. Par conséquent, l'argument selon lequel les collectivités territoriales occupent un rôle plus subsidiaire dans le patrimoine festif et traditionnel local, s'il reste vrai sur la forme, doit néanmoins être nuancé sur le fond.

Sur la forme, c'est-à-dire ici sur le plan juridique, le choix du recours aux associations fait complètement échapper la maîtrise du patrimoine festif et traditionnel local aux collectivités territoriales. Par ailleurs, de nombreuses organisations de manifestations culturelles le démontrent. Pour reprendre l'exemple du Festival d'Avignon, il faut savoir qu'il s'agit d'une association type loi 1901 qui a la charge de l'organisation du festival. En chiffres[355], l'association est amenée à employer plus de 800 salariés et réunit chaque année plus de 3 500

[351] Ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, *JORF* du 14 octobre 1945, p. 6505.

[352] Loi n° 99-198 du 18 mars 1999 portant modification de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, *JORF* n° 66, 19 mars 1999, p. 4047.

[353] Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF,* 2 juillet 1901, p. 4025.

[354] PELLAS (J.-R.), *Droit de la culture, op.cit.,* p. 122.

[355] PY (O.), RONDIN (P.), Festival d'Avignon, Disponible sur http://www.festival-avignon.com/fr/ (page consultée le 26 octobre 2016).

professionnels du spectacle vivant, pour une couverture médiatique assurée par plus de 500 journalistes. Chaque année, le festival assure la représentation de 35 à 50 spectacles se déroulant sur plus d'une vingtaine de lieux patrimoniaux, pour la satisfaction de plus de 20 000 spectateurs venus du monde entier. Sur le plan numérique, son site internet et ses présentations sur les réseaux sociaux connaissent une fréquentation annuelle de 800 000 visiteurs environ. Par ailleurs, son fulgurant succès l'a conduit à construire des liens solides avec de nombreux mécènes mobilisant aussi bien des PME que des grandes entreprises ou fondations. Pour sa part, l'aspect « Off » du festival encourage la production de plus de 1 000 compagnies de spectacle dans la proche périphérie d'Avignon. Le tout pour un budget annuel de 13,3 millions d'euros. Inutile dès lors d'indiquer que les bénéfices socio-économiques engrangés par la commune sont colossaux. En termes d'emploi d'abord, en ce que l'association figure alors parmi les premiers employeurs locaux dans un contexte national ambiant de chômage permanent. En termes de réputation ensuite, en ce que le festival a permis et permet encore à la commune de jouir d'une renommée à l'échelle mondiale. En effet, à côté du Pont Saint-Bénezet, de la célèbre chanson dont il est l'objet, et du Palais des Papes, dans l'esprit du ressortissant lambda, le Festival d'Avignon est clairement un axe identitaire de la collectivité. En termes économiques et d'attractivité touristique en troisième lieu, en ce que le Festival d'Avignon mobilise de nombreux entrepreneurs et représente par conséquent un véritable marché dont il convient de s'emparer. Par ailleurs, les commerçants locaux sont les premiers bénéficiaires du déferlement de touristes provoqué par la manifestation. Comme précédemment énoncé, les retombées économiques ne se font pas attendre en avoisinant les 25 millions d'euros sur l'ensemble du territoire communal et de sa proche périphérie. Cette manifestation, intégrale composante du patrimoine festif et traditionnel local, incarne un véritable « poumon économique territorial », dont dépend notamment l'équilibre social de la population nord-vauclusienne. Très abstrait, et loin de n'être qu'une « lubie artistique », le patrimoine festif et traditionnel peut donc être un puissant vecteur identitaire de croissance dont l'habile manipulation se transforme inéluctablement en atout pour l'acteur public local décideur. Le paradoxe est alors d'autant plus poignant que, sur le plan juridique, la collectivité territoriale ayant confié l'organisation de la manifestation à une association n'en a absolument pas la maîtrise ! Autrement dit, voilà un actif immatériel ne faisant pas l'objet d'un droit de propriété publique, et sans doute « inappropiable », mais aux retombées socio-économiques complètement centrales pour la collectivité, et dont elle ne maîtrise pas « la réalisation » ! L'étude des actifs immatériels, non publiquement appropriés par les collectivités territoriales, mais faisant néanmoins partie intégrante de leur patrimoine immatériel comme démontré, prend alors tout son sens. Bien

entendu, il existe de nombreux contre-exemples à la présente démonstration. Notamment, la ville de Lyon assure sa célèbre Fête des lumières en régie complète. En revanche, le Théâtre de Guignol, ayant lui aussi largement contribué à la renommée mondiale de la ville, est assurée par le Collectif des Zonzons dont la ville de Lyon n'est que l'un des nombreux partenaires. Enfin, et pour revenir plus au sud, la Fête du citron à Menton est elle aussi assurée par un organisme de droit privé dont la ville de Menton n'est que partenaire. S'il ne s'agit pas de se livrer à un « inventaire à la Prévert » de l'ensemble des manifestations culturelles se déroulant sur l'ensemble du territoire, ces modestes exemples démontrent néanmoins que le secteur associatif occupe une place centrale dans la conduite de la politique culturelle locale. Par ailleurs, si le phénomène se vérifie pour de nombreuses manifestations culturelles locales mondialement connues, il se vérifie *a fortiori* au sein de collectivités territoriales d'échelle bien plus modeste : en effet, la politique culturelle de nombreux villages et EPCI repose exclusivement sur le dynamisme du tissu associatif local que les municipalités se contentent de fédérer[356].

Sur le fond en revanche, c'est-à-dire, sur le plan politique, le rôle des collectivités territoriales est bien moins effacé. Derrière l'initiative associative peut très bien se lover le spectre de l'action publique locale qui préfèrera alors, en matière culturelle, les souplesses offertes par le droit privé pour la conduite d'une action publique. En d'autres termes, pour reprendre une expression chère à André de Laubadère, les associations apparaissent parfois comme « un faux nez de l'administration ». Le rôle des collectivités territoriales dans la sauvegarde, la protection, et l'exploitation du patrimoine festif et traditionnel est alors complètement redéfini. Notamment, il faut savoir qu'une collectivité territoriale ayant confié l'organisation d'une manifestation culturelle d'envergure à une association (dont elle est, ou non, à l'origine) a dès lors une place de choix au sein du Bureau, ou bien, du Conseil d'administration. Sa voix dispose alors d'une portée accrue et influera nécessairement la gestion du projet associatif dans sa politique d'organisation de l'évènement. Par ailleurs, il est extrêmement fréquent que les statuts de l'organisme associatif prévoient que certaines autorités publiques locales, soient membres de droit de l'association. Pour reprendre l'illustration précédente, l'actuelle Maire d'Avignon, Cécile Helle, occupe le poste névralgique de Vice-présidente du Conseil d'administration de l'association Festival d'Avignon. Par conséquent, il

[356] Tout en sachant qu'il existe aussi l'établissement public de coopération culturelle qui permet d'associer plusieurs personnes publiques autour d'un service public culturel.

est clair que la collectivité territoriale contribue à la détermination des orientations du festival. Bien entendu, la pertinence d'un tel argument diminue en fonction de la taille de la collectivité territoriale concernée : au plus l'analyse se portera sur des communes dites rurales, au moins la conduite d'une action publique par association interposée se vérifiera. En effet, la conduite d'un projet culturel par une association d'initiative privée est aussi parfaitement valable, l'acteur public local et l'organisme de droit privé se trouvant alors davantage dans une relation horizontale de partenariat. Dans cette hypothèse, la collectivité territoriale s'érigera en soutien de l'association et donc de la manifestation culturelle, par le biais d'une subvention, ce qui la placerait dans un rôle bien plus subsidiaire (B).

## B. LE ROLE SUBSIDIAIRE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

De prime abord, prétendre que les administrations locales n'occupent qu'un second rôle dans la gestion de leur propre patrimoine festif et traditionnel, alors que d'une part, elles peuvent être à l'origine de l'initiative associative, et que d'autre part, elles en fournissent les principaux financements au travers de subventions, peut paraître paradoxal. En effet, la promotion, la diffusion, et l'encouragement du spectacle vivant sont clairement assurés par des « financements croisés de l'Etat et des collectivités territoriales »[357]. Pour raisonner une nouvelle fois sur l'exemple précédent, l'association Festival d'Avignon est subventionnée[358] par l'Etat (au travers du Ministère de la Culture et de la Communication), la région PACA, le département de Vaucluse, la Communauté d'Agglomération du Grand Avignon (EPCI), ainsi que par la ville d'Avignon. Par ailleurs, si l'on exclut les subventions des collectivités territoriales, il ne reste alors que les seuls financements du programme culturel « Villes en Scène » de l'Union européenne, et des mécènes. Dans ce modeste exemple, il est parfaitement possible de s'apercevoir que les collectivités territoriales contribuent majoritairement à l'organisation et au développement pérenne du festival. Par conséquent, il n'est pas impossible d'imaginer que sans ces financements, le Festival d'Avignon serait sans doute voué à disparaître. Autre exemple de valorisation du patrimoine festif et traditionnel local : l'existence de labels culturels nationaux. En effet, il est fréquent que les collectivités territoriales militent en faveur d'une reconnaissance nationale de leur manifestation culturelle. C'est pourquoi, au

[357] PELLAS (J.-R.), *Droit de la culture, op.cit.,* p. 125.

[358] PY (O.), RONDIN (P.), Festival d'Avignon, Disponible sur http://www.festival-avignon.com/fr/ (page consultée le 20 mai 2017).

travers d'une circulaire du 31 août 2010, le Ministère de la Culture et de la Communication a énuméré une dizaine de labels et de réseaux culturels destinés à promouvoir le patrimoine festif et traditionnel, à savoir :

- ***Les centres dramatiques ;***
- ***Les scènes nationales ;***
- ***Les centres chorégraphiques nationaux ;***
- ***Les scènes de musique actuelle ;***
- ***Les centres nationaux de création musicale ;***
- ***Les pôles nationaux des arts du cirque ;***
- ***Les centres nationaux des arts de la rue ;***
- ***Un réseau d'orchestres ;***
- ***Un réseau d'opéras en région ; et enfin,***
- ***Un réseau de centres de développement chorégraphique.***

A titre d'illustration, le label « scène nationale » est issu de divers regroupements et fusions de structures préexistantes. Exclusivement dédié au domaine théâtral, ce label a pour objectif de reconnaître le théâtre-candidat (lequel prend très souvent la forme d'une association type loi 1901) comme étant un lieu de référence en matière de « production et de diffusion de créations contemporaines ».

De sorte qu'en synthèse, les collectivités territoriales disposent d'un double levier pour agir sur la politique culturelle locale : les subventions d'une part, et les labels d'autre part. Comme précédemment énoncé, elles ont fait le choix délibéré d'intervenir par associations interposées. Que celles-ci soient d'initiative privée ou publique, les souplesses de gestion apparentes offertes par les mécanismes de droit privé, sont néanmoins susceptibles de poser quelques sérieuses difficultés en matière de patrimoine immatériel local. Dès lors, la qualification de « subsidiaire » du rôle des collectivités territoriales en matière de patrimoine festif et traditionnel prend ici tout son sens. Si la question est étudiée sous l'angle de la valorisation, effectivement, le rôle des collectivités territoriales est accru : financement, intégration de l'équipe dirigeante du projet associatif, label, réseau, etc. En revanche, si la question est étudiée sous l'angle de la protection du patrimoine festif et traditionnel, la place de l'administration locale se situe alors beaucoup plus en retrait. En effet, est-il possible d'imaginer, à titre d'illustration, qu'un groupe d'individus ait alors l'idée de créer une manifestation portant le nom de « Festival d'Avignon » et se déroulant dans la proche

périphérie de la cité des papes ? Est-il possible d'imaginer également que ladite manifestation, laquelle n'a donc rien voir avec le festival authentique, se déroule néanmoins à la même période estivale et ait l'audace de s'inspirer de ses éléments graphiques, afin de créer la confusion la plus totale dans l'esprit du public ? Quels seraient dès lors pour la collectivité territoriale, pour la ville d'Avignon, les moyens juridiques mobilisables ? En réalité, ils ne seraient que peu nombreux, voire complètement inexistants, l'ensemble des initiatives appartenant à la seule association… Et encore, l'honteuse copie du festival présente, dans cette hypothèse d'école, un lien de rattachement avec la commune. Autrement dit, l'affaire prendrait alors l'apparence d'un « Laguiole 2 » avec la commune d'Avignon qui, en raison de l'association interposée, n'occuperait alors que le seul rôle de spectatrice. Pourrait-elle en l'espèce intenter un recours pour usage abusif de son nom ? Le succès de la démarche semble bien incertain… En conclusion, ce que cet exemple, à la limite de la caricature, cherche à démontrer, c'est qu'il existe une véritable carence juridique, un véritable vide légal, en matière de protection du patrimoine festif et traditionnel local. La loi Hamon du 17 mars 2014 est certes intervenue en matière de patrimoine immatériel des collectivités territoriales, mais son régime protecteur ne concerne que les seuls savoir-faire locaux. En d'autres termes, sommes-nous dans l'attente d'un second drame, cette fois en matière de patrimoine festif et traditionnel, pour que le législateur finisse une nouvelle fois par réagir ? Dès lors, le moment ne serait-il pas venu de concevoir enfin un régime global de protection du patrimoine immatériel local ? L'inscription de la gastronomie française au sein même du patrimoine immatériel de l'UNESCO offrirait un « semblant d'espoir » en ce sens, bien que son régime actuel doive encore se contenter des schémas classiques du droit de la propriété industrielle (C).

### C. LA PARTICULARITE DU « REPAS GASTRONOMIQUE DES FRANÇAIS »

L'étude de la « gastronomie française » au sein même du patrimoine immatériel des collectivités territoriales présente de nombreux risques de confusion et de non-sens pour être abordée en ces termes. En effet, de prime abord, il paraît bien difficile de rattacher l'art culinaire et l'art de la table à des travaux consacrés à la protection juridique des actifs immatériels publics locaux. De surcroît, le choix des termes « patrimoine gastronomique » est malheureux, en ce sens que l'on ne sait pas très bien quelle acception juridique pourrait recouvrir la gastronomie. Dans le langage commun, celle-ci désigne les règles qui conditionnent l'art de bien manger et de bien servir, en prenant soin des produits utilisés. L'on voit mal, au sein même de cette définition, quelle serait l'approche juridique de la notion d'une part, et quelle place les

collectivités territoriales pourraient bien y occuper d'autre part. Pourtant, le 16 novembre 2010, l'UNESCO a fait le choix d'inscrire ce qui a été déposé comme « le repas gastronomique des français », en tant que composante intégrante du patrimoine culturel immatériel. En effet, l'Organisation des Nations-Unies a choisi d'étoffer la catégorie des pratiques sociales, des rituels, et des évènements festifs du patrimoine culturel immatériel, en l'enrichissant du repas gastronomique des français. Dès lors, l'étude de la « gastronomie », l'étude du « repas gastronomique des français », au sein même de travaux conduits sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales se comprend plus aisément. Précisément, quel serait à présent le lien de rattachement, le point névralgique, qui relierait cet actif immatériel aux collectivités territoriales ? En réalité, la réponse se trouve dans la seconde partie de la définition du terme gastronomie :

*« Ensemble de règles qui conditionnent l'art de bien manger et de bien servir,* ***en prenant soin des produits utilisés*** *».*

La France peut s'enorgueillir d'une diversité de productions alimentaires qui tend grandement à l'exhaustivité. Fromages, pains, vins, se déclinent chacun en plusieurs dizaines de produits, avec la terre sur laquelle ils ont été conçus comme emblème. Par conséquent, c'est précisément la richesse d'un territoire qui permet la finalisation d'un produit alimentaire de qualité. Qui plus est, cette richesse s'entend doublement. D'une part, il s'agit d'une richesse géographique : c'est parce que le territoire sur lequel est localisée la production, présente des facteurs favorables de climat et de géologie, que la naissance du produit a pu se concevoir (les liens avec le capital naturel immatériel sont alors évidents). D'autre part, il s'agit d'une richesse composée de traditions et de pratiques : c'est parce que la population résidente maîtrise un savoir-faire certain que la qualité du produit alimentaire, conditionnée par la terre, a pu se confirmer (les liens avec les savoir-faire locaux précédemment étudiés sont manifestes). Autrement dit, le repas gastronomique des français reflète clairement l'identité culturelle d'un territoire et d'un terroir dont le patrimoine culinaire est l'expression[359]. Par ailleurs, les « spécialités régionales », appellation bien française s'il en est, sont en réalité de véritables recettes reprenant directement le nom de la collectivité dont elles sont issues, et contribuent ainsi à l'attractivité du territoire et à la valorisation de son identité patrimoniale. Que dire par exemple des vins de Bordeaux, ou

[359] DUMAS (C.), Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires culturelles sur l'inscription de la gastronomie au patrimoine immatériel de l'UNESCO, Juillet 2008, Paris, La documentation française, collec. Les Rapports du Sénat, p. 13.

encore, des vins de Chateauneuf-du-Pape à la renommée mondiale ? Que dire du Saint-Nectaire ou du Camembert, fromages dont les noms reprennent sans équivoque ceux des communes dont ils sont issus, et contribuent ainsi largement à l'identité française sur la scène internationale ? Que dire encore de la tapenade, de la salade niçoise ou de la soupe au Pistou, spécialités typiquement provençales ? Que dire enfin de l'impact économique de l'ensemble de ce patrimoine, de l'ensemble de cet actif immatériel, sur le territoire ?

En effet, le savoir-faire alimentaire français génère chaque année plusieurs milliards d'euros de chiffre d'affaire et constitue un véritable vivier en termes d'emplois. Ainsi, le secteur de la restauration traditionnelle réalise un chiffre d'affaire annuel de 30, 3 milliards d'euros réparti sur plus de 92 000 établissements. Par ailleurs, 59% d'entre eux sont de très petites entreprises qui emploient chacune 4 salariés en moyenne. De même, le secteur artisanal de la boulangerie-pâtisserie compte plus de 30 000 établissements pour un chiffre d'affaire annuel de plus de 11 milliards d'euros. Enfin (mais la liste est très loin d'être exhaustive), les exploitations viticoles sont au nombre de 90 000 environ, pour un chiffre d'affaire annuel de 7, 6 milliards d'euros à l'exportation, et emploient plus de 500 000 personnes[360].

Aussi, c'est précisément parce que la cuisine française, issue du terroir, participe pleinement de l'identité nationale, tant au niveau culturel qu'économique, que le Gouvernement a ressenti le besoin de faire reconnaître le « repas gastronomique des français », comme élément du patrimoine culturel immatériel. Catherine Dumas, alors Sénatrice de Paris, fut donc chargée de rédiger un rapport en ce sens, et dans lequel elle présente l'initiative comme « un élément déterminant de notre culture et de notre patrimoine »[361]. Remis en juillet 2010, ce rapport a notamment permis au Gouvernement de déposer le « repas gastronomique des français » comme élément du patrimoine culturel immatériel. L'initiative aura le succès qu'on lui connaît, puisqu'elle sera enregistrée comme telle par l'UNESCO le 16 novembre 2010.

Par conséquent, la valorisation de la gastronomie française a clairement contribué à celle de l'identité territoriale. Les acteurs publics locaux, dans des stratégies réfléchies de markéting territorial, n'hésitent d'ailleurs plus à utiliser leurs spécificités culinaires, leurs savoir-faire, et leur attractivité en termes d'emploi, afin de créer le « désir de territoire », et ainsi se démarquer

[360] Données INSEE.

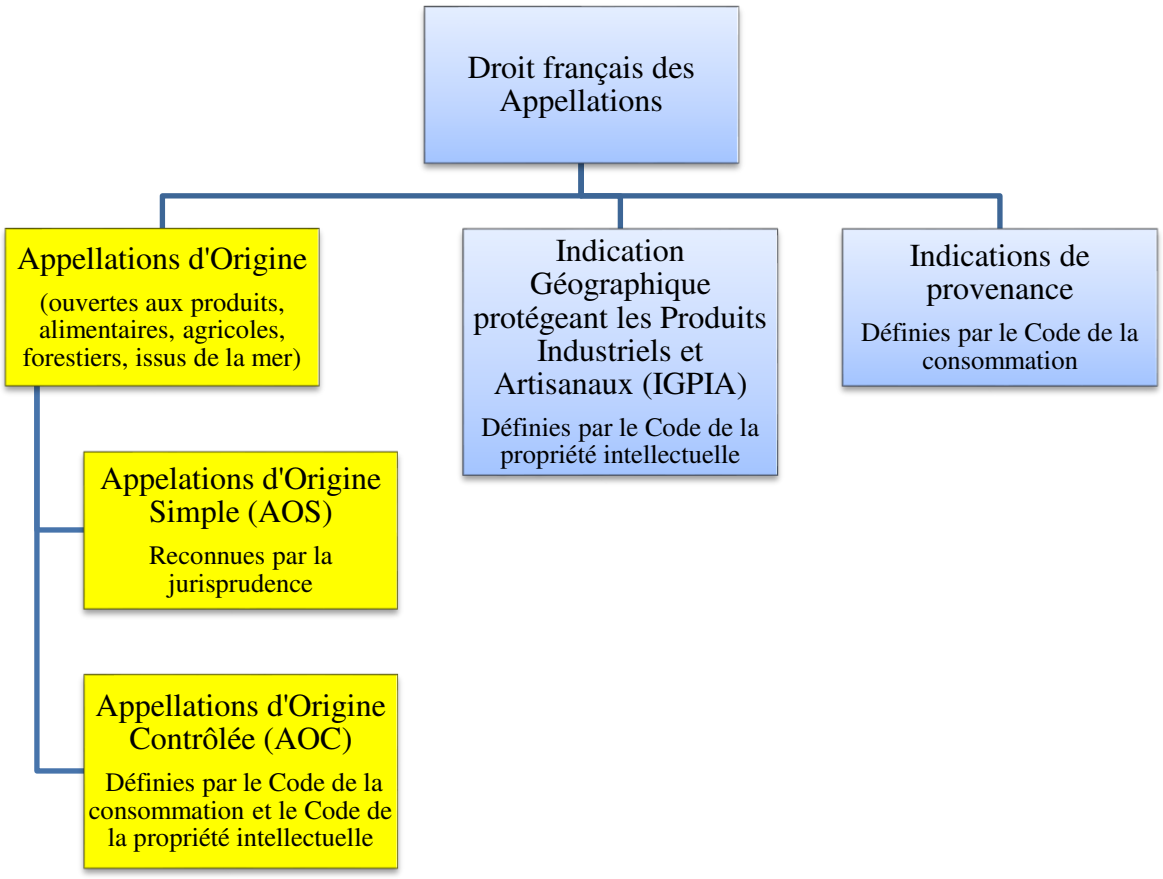
[361] DUMAS (C.), Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires culturelles sur l'inscription de la gastronomie au patrimoine immatériel de l'UNESCO, *op.cit.,* p. 22.

de leurs voisins. Toutefois, si l'aspect « valorisation » de la problématique semble désormais bien saisi par les administrations locales, qu'en est-il en revanche de la protection de ce patrimoine ? Autrement dit, qu'en est-il de la protection, notamment, des produits locaux permettant une distinction du pays à l'échelle internationale ? Quelle est le rôle occupé par les collectivités territoriales dans la protection de leur propre terroir ?

En réalité, c'est précisément à ce stade du raisonnement que l'on retrouve le droit des signes distinctifs et son droit des appellations, précédemment abordés en matière de savoir-faire locaux. A ceci près que, désormais, l'attention ne se porte plus sur le régime de la protection des produits industriels et artisanaux largement abordée, mais bien sur celui des produits alimentaires ou agricoles, à savoir, les appellations d'origine. Est-il nécessaire de rappeler qu'en droit positif, les appellations d'origine et les indications de provenance incarnent la seconde branche du droit des signes distinctifs (droit de la propriété industrielle), à côté du droit des marques. Très succinctement, le droit des appellations d'origine et des indications de provenance se répartit entre :

- ***Les appellations d'origine d'une part ;***
- ***Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux d'autre part ;***
- ***Les indications de provenance en dernière part.***

Aussi, c'est précisément au niveau des appellations d'origine que se situe désormais la réflexion. Autrement dit, c'est sur la protection offerte par le régime des appellations d'origine que l'attention se portera, comme en témoigne le schéma suivant :




Ainsi, à l'instar des produits industriels et artisanaux, les produits alimentaires, agricoles, forestiers, ou issus de la mer, autrement dit, l'ensemble des produits ayant largement participé à la reconnaissance internationale du repas gastronomique des français, bénéficient de leur propre régime de protection, à savoir, celui de l'appellation d'origine[362]. Comme précédemment énoncé, celle-ci est définie à l'article L. 431-1 du Code de la consommation :

*« Constitue une appellation d'origine la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains ».*

L'appellation d'origine est donc une garantie pour le consommateur, non seulement de la provenance, mais aussi, de la qualité du produit alimentaire. Or, en matière de patrimoine immatériel des collectivités territoriales, le régime protecteur qu'elle propose est

[362] En réalité, il s'agit là d'un bouleversement historique, car comme précédemment démontré, c'est le régime de l'IGPIA qui s'est largement inspiré de celui des appellations d'origine pour incarner une initiative viable.

malheureusement affecté des mêmes faiblesses que celui de l'Indication Géographique Protégeant les Produits Industriels et Artisanaux qu'elle a d'ailleurs inspiré. En effet, elle aussi se concentre sur la protection du résultat, et non pas sur celle de la méthode, faute d'un cadre légal adapté. Si le produit est bel et bien protégé de toute usurpation, le savoir-faire quant à lui reste théoriquement susceptible d'imitations. De surcroît, si la reconnaissance d'une appellation d'origine par l'Institut National des Appellations d'Origine (INAO) confère un droit d'utiliser ladite appellation pour les produits possédant les caractéristiques et qualités définies par le jugement (Appellation d'Origine Simple) ou le décret (Appellations d'Origine Contrôlée) qui la consacre, force est de constater que le titulaire de ce droit reste la collectivité de producteurs du produit alimentaire ou agricole (etc.), réunie en association, confrérie, ou autre. Les collectivités territoriales n'ont absolument pas la maîtrise directe de ces appellations, donc de ces actifs immatériels (que cela soit en termes d'exploitation ou de protection par une action en justice), alors même que les AOC et AOS reprennent pour la très grande majorité d'entre elles le nom de la collectivité territoriale dont elles sont issues (voir en ce sens les appellations des vins de Bordeaux, de Chateauneuf-du-Pape, ou encore, des vins de Champagne). Autrement dit, les appellations d'origine échappent complètement à la maîtrise publique, ce qui revient à confier la réputation d'un acteur public local, deuxième actif immatériel le plus important s'il en est, à la constance des initiatives privées. Voilà un actif immatériel dont les collectivités territoriales tirent des bénéfices certains en termes de renommée, d'économie, d'emploi, et dont elles n'ont pourtant pas la maîtrise.

Ainsi, le « repas gastronomique des français » incarne une particularité bien française, qui témoigne clairement de la place occupée par la gastronomie au sein même de l'identité nationale. L'initiative, première du genre, paraîtra tellement audacieuse que d'autres pays s'empresseront, dans les trois années qui suivront, de faire reconnaître leurs plats nationaux comme éléments du patrimoine culturel immatériel. Font donc leur entrée au sein même du PCI la cuisine traditionnelle mexicaine (2010), l'art du pain d'épice en Croatie du Nord (2010), ou encore, la diète méditerranéenne (2013). Le savoir-faire local est au cœur même de cette démarche, puisqu'il ne s'agit ni plus ni moins que de la reconnaissance de la qualité des produits alimentaires, que non seulement il génère, mais en outre, il travaille. Les collectivités territoriales ont alors le devoir de valoriser cet aspect de leur patrimoine local, mais aussi, de le protéger. Une fois encore, leur rôle semble extrêmement réduit concernant ce second volet. En effet, c'est à la collectivité de producteurs que le droit de la propriété industrielle confie la gestion et la défense des appellations (qu'il s'agisse d'AOS ou d'AOC), qui le plus souvent

reprennent le nom des territoires dont elles sont issues. Le rôle de l'acteur public local dans la protection de cet actif immatériel est clairement subsidiaire. Cela semble désormais être le « leitmotiv » en matière de savoir-faire local… Néanmoins, il serait particulièrement néfaste d'en faire une fatalité. En effet, en matière d'appellation d'origine, tout comme en matière d'IGPIA, il serait judicieux, en vertu des enjeux locaux que représentent ces actifs immatériels, que dans le cadre contentieux, dans le cadre de l'instance dont la collectivité territoriale n'a pas la maîtrise au profit des producteurs, lui soit néanmoins reconnu un droit d'intervention. Autrement dit, il serait judicieux, au sens de la présente étude, que le législateur reconnaisse aux collectivités territoriales un droit d'intervention à l'instance, notamment en matière de savoir-faire locaux, lorsque le cas de l'utilisation frauduleuse ou parasitaire d'une appellation est présenté au juge. Cette avancée, aux apparences modestes, aurait pour mérite de redéfinir complètement le rôle des collectivités territoriales dans la protection des actifs immatériels locaux. Par ailleurs, il aurait clairement évité les nombreuses débâcles subies par la commune de Laguiole, qui aurait alors pu mener une action conjointe avec celle de La Forge de Laguiole SARL. Bien évidemment, la collectivité territoriale resterait en retrait, mais sur un plan purement social, elle aurait alors les moyens juridiques de faire valoir son mécontentement, un peu à l'image du procès pénal en droit de l'urbanisme, dans lequel l'accusation, menée par le Procureur de la République, n'empêche pas la constitution des communes comme parties civiles à l'instance, et dans l'hypothèse d'une recevabilité, comme victime. La piste envisagée est audacieuse mais présenterait la caractéristique d'incarner une évolution sérieuse en matière de patrimoine immatériel des collectivités territoriales, d'autant que les spécificités locales semblent se heurter à la Constitution du 4 octobre 1958, comme en témoigne le statut des langues régionales (§2).

## §2 – LE PATRIMOINE LINGUISTIQUE REGIONAL

Lorsque la notion de patrimoine immatériel est abordée, les langues régionales ne sont pas en reste. En effet, à côté du patrimoine festif et traditionnel, elles incarnent l'illustration même de la conception culturelle du patrimoine immatériel. Par ailleurs, l'UNESCO présente ce qu'elle appelle les « traditions et expressions orales (comprenant la langue) » comme étant des vecteurs du patrimoine culturel immatériel. Par conséquent, les langues régionales sont clairement considérées comme l'un des principaux axes identitaires d'un terroir, d'une communauté, d'un territoire. Notamment, elles contribuent à lutter contre les effets néfastes de l'urbanisation de masse, lesquels conduisent inéluctablement à l'uniformisation culturelle. De

surcroît, à l'ère du numérique, du haut-débit et de la standardisation des modes de consommation, « l'unicité régionale », loin d'inciter à des comportements communautaristes, constitue pour les collectivités territoriales, parmi lesquelles les régions figurent au premier chef, le moyen privilégié de valoriser les spécificités locales. Par ailleurs, leur apprentissage et leur pratique s'apparentent clairement à une transmission orale de l'histoire d'une nation. En effet, sur le plan historique, tous les grands Etats sont le fruit d'une fédération originelle de communautés locales, avec leurs propres modes de communication. Le français, langue officielle de la République s'il en est, en constitue une illustration saillante. Sous l'Ancien Régime, les langues locales étaient parlées par une majorité de la population sur l'ensemble du territoire. Cela est d'autant plus remarquable que l'unification linguistique française n'interviendra que très tardivement, à savoir, sous la III$^{ème}$ République[363]. Mais cette unification s'est évidemment construite sur la langue locale parlée par la majorité de la population. C'est ainsi que la langue française s'est fédérée autour de la langue d'oïl alors pratiquée par les habitants de l'actuelle Île-de-France. Subrepticement, elle s'est étendue au centre du pays, pendant que les langues régionales « excentrées » comme le breton ou l'alsacien exerçaient pour leur part une influence notable sur cette langue nationale en construction. A l'ère contemporaine, la Constitution du 4 octobre 1958 a fait du français la langue officielle de la V$^{ème}$ République[364]. Cela a eu deux incidences majeures. D'une part, sur le plan juridique, cela a conduit à faire du français la seule langue du service public, aussi bien local que national. D'autre part, sur le plan social, cela a conduit les administrations locales notamment à ne plus faire de distinction entre les langues régionales et les langues minoritaires, cette seconde catégorie étant alors complètement absorbée par la première. Par ailleurs, dans un contexte de mondialisation exacerbée, l'on observe une tendance de la langue officielle à « oppresser » les différents parlers locaux. Or, cela est d'autant plus regrettable dans la mesure où une langue nationale qui nie ses racines locales est une langue qui se nie elle-même, historiquement, culturellement et socialement. En effet, le constat désastreux de la disparition d'une langue, même locale, signifie la perte définitive d'une culture toute entière, de ses traditions, de ses coutumes, de ses institutions et de son histoire. Autrement dit, la langue reste la mémoire vivante d'une communauté. Sa disparition provoque alors le long et lent processus du passage

[363] L'Ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1539 sur le fait de la justice, a bien prôné une unification de la langue française, mais dans la seule vie publique et administrative. L'unification de la langue au sein même du quotidien de la population a mis beaucoup plus de temps à conquérir l'ensemble du territoire.

[364] Selon l'article 2, alinéa 1$^{er}$, de la Constitution : *« La langue de la République est le français ».*

de l'existence au souvenir, puis du souvenir au mythe, et parfois, du mythe à l'oubli. C'est précisément pour lutter contre cet affaiblissement ambiant du patrimoine culturel local que le Conseil de l'Europe adopta à Strasbourg, le 5 novembre 1992, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Rappelée à de très nombreuses reprises dans son seul Préambule, l'essence même de ce texte est d'assurer la « protection des langues régionales ou minoritaires historiques de l'Europe »[365]. Certaines d'entre elles étant menacées de disparition, les Etats membres ont en effet considéré qu'elles incarnaient l'une des principales sources de la richesse des traditions culturelles européennes. C'est pourquoi, la protection et la valorisation de ces langues apparaissent comme un enjeu culturel européen majeur, qui sera encore littéralement affirmé à deux autres reprises au sein même du Préambule de la Charte :

*« Soulignant la valeur de l'interculturel et du plurilinguisme, et considérant que* ***la protection et l'encouragement des langues régionales ou minoritaires*** *ne devraient pas se faire au détriment des langues officielles et de la nécessité de les apprendre ;*

*Conscients du fait* ***que la protection et la promotion des langues régionales ou minoritaires*** *dans les différents pays et régions d'Europe* ***représentent une contribution importante à la construction d'une Europe fondée sur les principes de la démocratie et de la diversité culturelle,*** *dans le cadre de la souveraineté nationale et de l'intégrité territoriale ;[…] ».*

Appelant à une véritable conciliation avec les langues nationales, la Charte du 5 novembre 1992 ne manque pas d'affirmer que « le droit de pratiquer une langue régionale ou minoritaire dans la vie privée et publique constitue un droit imprescriptible », au sens du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations-Unies et de la Convention EDH. Par conséquent, le Conseil de l'Europe invite très fortement les Etats signataires de la Charte à traduire la protection des langues régionales ou minoritaires dans leurs ordres juridiques internes respectifs. C'est pourquoi, après avoir signé ledit texte, la France s'est alors empressée d'enclencher la traditionnelle procédure de ratification devant le Parlement, afin que la protection des langues régionales ou minoritaires, telle que voulue par la Charte, soit effective en droit national. Malheureusement, la protection du patrimoine linguistique local s'est heurtée à l'intangibilité de la Constitution du 4 octobre 1958 et à la suprématie normative qu'elle incarne (A). Face au positionnement unanime du juge constitutionnel et du juge administratif, la protection du patrimoine linguistique local a dû se contenter de l'article 75-1 de la

[365] Charte européenne du 5 novembre 1992 relative aux langues régionales ou minoritaires, Strasbourg, p. 1.

Constitution (B), même si 18 ans après la signature de la Charte européenne, l'idée de sa ratification n'a pas encore été abandonnée (C).

## A. L'ECHEC FRANÇAIS D'UNE PROTECTION EUROPEENNE DES LANGUES REGIONALES

Si dans d'autres pays comme l'Allemagne, la Finlande ou la Suisse, la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992, proposée par le Conseil de l'Europe, ne semble pas avoir posé de difficulté particulière après sa signature, en France en revanche, ce processus provoqua de remarquables contradictions aboutissant à son échec. Ces contradictions avaient déjà pris leurs fondements dans les nombreuses négociations précédant la signature même du texte. En effet, les « ambassadeurs » en charge de représenter l'hexagone au Conseil de l'Europe émettaient déjà quelques réserves sur la compatibilité du texte international avec la Constitution du 4 octobre 1958. Déjà, ces incertitudes et hésitations se sont manifestées de manière très claire dans le choix, opéré par la France, des directives à appliquer dans son ordre juridique interne, dans le panel offert par le texte de la Charte.

Si bien sûr, il ne s'agit pas ici de se livrer à une étude approfondie et exhaustive des objectifs visés par la Charte, il convient néanmoins de préciser *a minima* que le texte se compose de cinq parties distinctes :

- ***Une Première partie relative aux dispositions générales (article 1$^{er}$ à 6) ;***
- ***Une Deuxième partie relative aux objectifs et principes poursuivis conformément au paragraphe 1 de l'article 2 (article 7) ;***
- ***Une troisième partie relative aux mesures en faveur de l'emploi des langues régionales ou minoritaires dans la vie publique, à prendre en conformité avec les engagements souscrits en vertu du paragraphe 2 de l'article 2 (article 8 à 14) ;***
- ***Une Quatrième partie relative à l'application de la Charte (article 15 à 17) ; et enfin,***
- ***Une Cinquième et dernière partie relative aux dispositions finales (article 18 à 23).***

Selon l'article 2 de la Charte, chaque Etat signataire doit s'engager d'une part à appliquer, dans son intégralité, la Deuxième partie. D'autre part, concernant la Troisième partie, chaque Etat signataire doit en appliquer au moins 35 paragraphes ou alinéas. Mais les contraintes concernant cette Troisième partie ne s'arrêtent pas là, dans la mesure où :

- ***3 paragraphes ou alinéas sur 35 doivent être choisis dans les articles 8 et 12, respectivement relatifs à l'Enseignement et aux Activités et équipements culturels ; et,***
- ***1 paragraphe ou alinéa sur 35 doivent être choisis dans CHACUN des articles 9, 10, 11 et 13, respectivement relatifs à la Justice, aux Autorités administratives et services publics, aux Médias, à la Vie économique et sociale (soit 4 engagements imposés ici).***

Autrement dit, la Charte vient « contraindre » le choix de 7 engagements sur le minimum imposé des 35, laissant donc l'Etat-signataire complètement libre dans le choix des 28 paragraphes ou alinéas restants. Par conséquent, si certaines stipulations de la Charte pouvaient poser quelques difficultés avec l'ordre juridique interne de l'Etat-signataire, celui-ci n'a alors qu'à ne pas les sélectionner parmi les engagements proposés. Un obstacle sérieux peut cependant intervenir dans deux hypothèses bien précises :

- ***La plupart des stipulations du texte international sont incompatibles avec l'ordre juridique interne de l'Etat-signataire, plaçant ainsi celui-ci dans l'impossibilité d'atteindre le minimum imposé de 35 engagements :*** Envisageable, cette hypothèse n'en reste pas moins peu probable, compte-tenu de la diversité des engagements proposés par la Charte ;
- ***L'ensemble des stipulations contenues dans les articles imposés (8, 9, 10, 11, 12, 13) sont incompatibles avec l'ordre juridique interne de l'Etat-signataire.***

Plus sérieuse, cette seconde hypothèse est, à l'inverse de la première, très loin de constituer un cas d'école. En l'occurrence, la France a pu en faire la mauvaise expérience. A la fin des années 1990, l'Etat français émet donc le souhait de signer et de ratifier la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992. Si les traités et accords internationaux ont une valeur normative supérieure à celle des lois, cette valeur reste en revanche inférieure à celle de la Constitution du 4 octobre 1958. Concrètement, cela signifie que les stipulations de la Charte européenne des langues régionales doivent être conformes au texte de 1958. A défaut, la Charte ne pourra être régulièrement ratifiée qu'après une révision constitutionnelle. Enfin, si cette dernière n'intervient pas, la convention internationale, pourtant signée, ne pourra en revanche jamais être ratifiée, et donc, produire ses effets dans l'ordre juridique interne.

Dès l'origine, les praticiens se sont montrés très réticents et soupçonneux, sur la constitutionalité de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Le parcours

chaotique de ce texte trouve son point d'ancrage dans l'avis rendu par le Conseil d'Etat le 24 septembre 1996[366], sur demande du Président de la République Jacques Chirac. Si le conseil du Gouvernement a reconnu la compatibilité à la Constitution de la plupart des stipulations contenues dans la Charte, il existe certaines incompatibilités en revanche qui contaminent l'ensemble du texte et rendent sa ratification impossible. Comme précédemment énoncé, concernant le texte constitutionnel, la difficulté se situe notamment au niveau du premier alinéa de l'article 2, selon lequel :

*« La langue de la République est le français ».*

Concernant la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, à en croire l'avis du Conseil d'Etat, les dispositions « en débat » sont les articles 9 et 10 respectivement relatifs à la Justice et aux Autorités administratives et services publics. Ces articles disposent que :

*« 1. Les Parties s'engagent, en ce qui concerne les circonscriptions des autorités judiciaires dans lesquelles réside un nombre de personnes pratiquant les langues régionales ou minoritaires qui justifie les mesures spécifiées ci-après, selon la situation de chacune de ces langues et à la condition que l'utilisation des possibilités offertes par le présent paragraphe ne soit pas considérée par le juge comme faisant obstacle à la bonne administration de la justice :*

*a. dans les procédures pénales :*

> *i. à prévoir que les juridictions, à la demande d'une des parties, mènent la procédure dans les langues régionales ou minoritaires; et/ou*
>
> *ii à garantir à l'accusé le droit de s'exprimer dans sa langue régionale ou minoritaire ; […] »* (art. 9 – Justice)[367].

*« 1. Dans les circonscriptions des autorités administratives de l'Etat dans lesquelles réside un nombre de locuteurs de langues régionales ou minoritaires qui justifie les mesures ci-après et selon la situation de chaque langue, les Parties s'engagent, dans la mesure où cela est raisonnablement possible:*

[366] CE Sec., 24/09/1996, *« Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », Avis,* n° 359461.

[367] Charte européenne du 5 novembre 1992 relative aux langues régionales ou minoritaires, Strasbourg, p. 6.

*a. i à veiller à ce que ces autorités administratives utilisent les langues régionales ou minoritaires; ou*

*ii à veiller à ce que ceux de leurs agents qui sont en contact avec le public emploient les langues régionales ou minoritaires dans leurs relations avec les personnes qui s'adressent à eux dans ces langues; […] »* (art. 10 - Autorités administratives et services publics)[368].

A la lecture de ces stipulations, il est clairement possible de voir en quoi le texte de la Charte s'oppose à celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : si la langue de la République doit être le français, comment expliquer que les juridictions et les administrations puissent être dans l'obligation de rendre également leurs décisions en « langue locale » ? Autrement dit, les incompatibilités de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires se situent précisément dans ses stipulations impératives, ce qui par conséquent, bloquera sa ratification en cas de signature, sous réserve d'une révision constitutionnelle. A ce sujet, il est intéressant de souligner que la rédaction de l'alinéa 1er de l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, résulte d'une loi constitutionnelle elle-même intervenue le 25 juin 1992[369]. Rédigée pour les besoins de la Communauté économique européenne, par la nouvelle rédaction de l'article 2 de la Constitution qu'elle induit, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992 a paralysé dans son essence même la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, qui verra le jour le 5 novembre de la même année. La question de savoir si cette paralysie de la réception de la Charte en droit interne était d'ores et déjà voulue en juin 1992, mérite d'être posée. Quoi qu'il en soit, et conformément à ce qu'a pu écrire Jean-Eric Schoettl[370], d'une part, concernant l'incompatibilité constitutionnelle de l'article 9 de la Charte, par une décision du 22 novembre 1985, le juge administratif avait déjà pu ériger l'emploi du français devant les tribunaux en principe général de la procédure administrative contentieuse[371]. Par conséquent, l'utilisation de langues régionales devant les juridictions ne pouvait être que contraire à l'ordre juridique français, la révision constitutionnelle de 1992 s'étant finalement contentée d'étendre ce principe, déjà existant, à tous les ordres de juridiction. D'autre part, concernant l'article 10 de

[368] Charte européenne du 5 novembre 1992 relative aux langues régionales ou minoritaires, Strasbourg, page 7.

[369] Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « Des communautés européennes et de l'Union européenne », *JORF* n° 147, 26 juin 1992, p. 8406.

[370] SCHOETTL (J.-E.), « La Charte européenne des langues régionales comporte des clauses contraires à la Constitution », *AJDA,* n° 7-8, 20 juillet 1997, p. 574.

[371] CE, Sec., 22/11/1985, *Quillevère,* concl. LATOURNERIE (D.), n° 65105.

la Charte, son principal objectif est bien de promouvoir l'usage des langues régionales ou minoritaires, aussi bien dans la sphère privée que dans la sphère publique. Par conséquent, le Conseil d'Etat a pu estimer qu'eu égard à la volonté d'étendre l'usage de la langue locale en particulier à la sphère des activités publiques, la France ne pouvait valablement prétendre ignorer cet aspect du texte international pour éviter toute inconstitutionnalité, sans vider la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires de toute consistance. Aussi, pour cette double série de raisons, le Conseil d'Etat a rendu un avis défavorable quant à l'adoption de la Charte : cette décision originelle du 24 septembre 1996 constitua en réalité le premier acte d'une longue pièce de théâtre aux rebondissements multiples et à l'issue encore non écrite aujourd'hui. Deuxième acte, soucieux d'adopter le texte dont s'agit, le Premier ministre Lionel Jospin commanda un rapport sur les langues régionales dont il confia la rédaction à deux auteurs, à savoir Nicole Perry, alors Secrétaire d'Etat à la formation professionnelle d'une part, et Bernard Poignant, alors Maire de Quimper d'autre part[372]. Remis au Premier ministre en juillet 1998, le rapport Perry-Poignant préconisait l'adoption de la Charte, bien que Bernard Poignant, tout comme le Conseil d'Etat en 1996, émettait quelques incertitudes sur la « validité juridique » de la démarche. C'est pourquoi, troisième acte, suite à ce premier rapport, le Premier Ministre en commanda un second à Guy Carcassonne. Très évocateur par son seul intitulé, « Etude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et la Constitution », le rapport Guy Carcassonne conclut, contre toute attente, à la compatibilité de la Charte avec la Constitution du 4 octobre 1958[373]. Il estimait en effet qu'une telle ratification pouvait intervenir sans révision constitutionnelle, si elle était assortie d'une déclaration-interprétative faite par la France. Cette étude ayant été rendu au mois de septembre 1998, en totale contradiction avec d'une part, l'avis du Conseil d'Etat de 1996, et d'autre part, les incertitudes du rapport Perry-Poignant de juillet 1998, a constitué une surprise particulièrement brutale que le Gouvernement ne manqua d'exploiter. En effet, fort de cette nouvelle expertise, quatrième acte, Pierre Moscovici, alors Ministre des Affaires étrangères, fut chargé de signer, pour la France, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, une signature intervenue le 7 mai 1999. De sorte que, sur le plan international, la France s'est alors engagée à honorer les 39 engagements pris par elle (relatifs à la Partie III qui imposait,

[372] PERRY (N.), POIGNANT (B.), Langues et cultures régionales : rapport remis au Premier ministre, juillet 1998, La Documentation Française, Collec. Rapports Publics, 47 pp.

[373] CARCASSONNE (G.), Etude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et la Constitution : rapport au Premier ministre, Septembre 1998, Paris, La Documentation Française, Collec. Rapports Publics, 130 pp.

est-il nécessaire de le rappeler, un minimum de 35), à l'égard du Conseil de l'Europe et des autres Etats-signataires. Or, cinquième acte, cela était sans compter sur le Président de la République Jacques Chirac qui, en complet désaccord avec les choix et la politique menée par son Gouvernement (la France connaissant une troisième période de cohabitation), a alors saisi le Conseil constitutionnel, sur la base de l'article 54 de la Constitution[374], afin qu'il se prononce une fois pour toute sur la « constitutionnalité » de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Aussi, dans sa décision du 15 juin 1999[375], le Conseil constitutionnel s'est montré encore plus exhaustif que le Conseil d'Etat en 1996 :

*« Considérant qu'il résulte de ces dispositions combinées que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en ce qu'elle confère des droits spécifiques à des "groupes" de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de "territoires" dans lesquels ces langues sont pratiquées, porte atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français ;*

*Considérant que ces dispositions sont également contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution en ce qu'elles tendent à reconnaître un droit à pratiquer une langue autre que le français non seulement dans la "vie privée" mais également dans la "vie publique", à laquelle la Charte rattache la justice et les autorités administratives et services publics ».*

Ainsi, dans un premier temps, le Conseil constitutionnel, après avoir « mis sur orbite » (pour défaut de normativité) la déclaration-interprétative dont la signature de la Charte était accompagnée, confronte donc cette Charte européenne des langues régionales ou minoritaires aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi, et d'unicité du peuple français. Mobilisant directement le bloc de constitutionnalité (notamment le Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi que son article 1er[376]), en réalité, le

---

[374] *« Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».*

[375] CC, 15/06/1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Avis ; AJDA,* 1999, p. 573, note SCHOETTI (J.-E.).

[376] *« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.*

Conseil constitutionnel, en considérant que la Charte porte atteinte à ces principes, ne fait que réaffirmer ici une position qu'il avait déjà pu adopter dans une précédente décision du 9 mai 1991, à propos d'une loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse[377]. Par ailleurs, et comme le rappelle Jean-Eric Schoettl, alors même que le Conseil d'Etat ne l'avait pas fait dans sa décision du 24 septembre 1996, il avait pourtant déjà rendu un avis similaire à la décision du Conseil constitutionnel, à propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales[378]. Mais concrètement, au-delà de ces positions, en quoi est-il possible de considérer que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires porte atteinte au principe constitutionnel d'indivisibilité de la République, au principe constitutionnel d'égalité devant la loi et au principe constitutionnel d'unicité du peuple français ? En réalité, en conférant des droits subjectifs à chaque « groupe linguistique », la Charte contribuerait, d'après le Conseil constitutionnel, à une division du régime républicain, qui dès lors, créerait des traitements juridiques différenciés entre minorités, souvent annonciateurs d'une érosion politique plus profonde. Par conséquent, le droit positif ne prendrait plus le peuple français en tant qu'une seule et même entité transcendante, mais bien en tant que simple addition ou compilation de minorités et de clivages. La traduction en droit interne de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires aboutirait à contredire, sur le plan pratique, l'esprit même du texte constitutionnel tel qu'il conçoit le régime républicain à son article 1er :

*« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances […] ».*

Par ailleurs, Jean-Eric Schoettl le dit lui-même : *« Il ne saurait donc être question de conférer des droits collectifs aux minorités linguistiques ni même de moduler les droits et obligations des citoyens selon leur appartenance à telle ou telle minorité linguistique. C'est seulement en*

*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».*

[377] CC, 09/05/1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse,* n° 91-290 DC.

[378] CE, 06/07/1995, *« Avis relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales »,* n° 357.456.

*tant que citoyen que chacun a le droit d'employer, d'étudier, d'enseigner ou de promouvoir une langue autre que le français »*[379].

Dans un second temps, plus classiquement, le Conseil constitutionnel estime donc que les prescriptions de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, sont contraires au premier alinéa de l'article 2 de la Constitution de 1958. Ce faisant, il confirme l'emploi du français comme langue officielle de la République. Toutefois, cela ne signifie pas que l'usage ou l'enseignement d'autres dialectes sont proscrits. En effet, toutes les fois où cela est possible, le Conseil constitutionnel invite le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre le fameux premier alinéa de l'article 2 et la liberté de communication et d'expression consacrée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. C'est d'ailleurs précisément dans ce cadre que sont consentis les nombreux tempéraments de l'utilisation et de l'enseignement des parlers régionaux : c'est ainsi que la traduction de certains actes officiels, pour la bonne compréhension par l'intéressé des mesures qui le concernent, peut se justifier au regard même de l'alinéa premier de l'article 2. Autrement dit, l'alinéa premier de l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 signifie simplement que l'emploi d'une autre langue que le français, y compris dans la vie publique, ne peut reposer que sur le consentement mutuel de l'administré et de l'agent de l'administration, et ne saurait en aucun cas résulter d'une obligation légale ou internationale. Dans le même sens, l'administré ne saurait se prévaloir, *a minima* dans ses relations avec l'administration, d'un droit subjectif à utiliser ou se voir signifier des actes officiels en « parler régional ». Or, c'est précisément ce vers quoi tend la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, en parlant du droit de pratiquer une langue régionale comme d'un droit imprescriptible :

*« Considérant que **le droit de pratiquer une langue régionale ou minoritaire** dans la vie privée et publique **constitue un droit imprescriptible,** conformément aux principes contenus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, et conformément à l'esprit de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du Conseil de l'Europe »*[380].

[379] SCHOETI (J.-E.), « La Charte européenne des langues régionales comporte des clauses contraires à la Constitution », *op.cit.,* p. 576.

[380] Charte européenne du 5 novembre 1992 relative aux langues régionales ou minoritaires, Strasbourg, p. 1 (Préambule).

Par conséquent, cela signifie qu'adhérer à la Charte implique, pour l'Etat-signataire, de créer, dans son ordre juridique interne, un nouveau droit subjectif, à savoir, celui de pratiquer une langue régionale ou minoritaire. Or, comme il vient d'être vu, en France, une telle création est parfaitement inenvisageable. De sorte que, pour le Conseil constitutionnel, tout comme pour le Conseil d'Etat et Bernard Poignant, la ratification par la France de la Charte européenne des langues régionales pose de sérieuses difficultés juridiques.

Ainsi, si l'on devait sommairement résumer le parcours de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, il serait le suivant : à la fin des années 1990, la France émet le souhait d'adopter le texte. En 1996, le Conseil d'Etat émet un avis défavorable à une telle adoption au regard notamment du texte constitutionnel. En 1998, sont rendus deux rapports : un premier souhaitant l'adoption de la Charte mais conscient de l'obstacle juridique qui pourrait se poser ; un second, entièrement consacré à la question de cette validité juridique, et qui contre toute attente, conclut à une telle validité, à rebours de l'avis du Conseil d'Etat. Fort de cette nouvelle expertise, le Gouvernement entreprend de signer la Charte le 7 mai 1999, ce qui signifie que désormais, la France a l'obligation de ratifier le texte afin de ne pas faillir à sa parole. Or, le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, a conclu, lui aussi, à l'incompatibilité de la Charte avec le texte constitutionnel. De sorte qu'à l'heure actuelle, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires a bien été signée par la France, mais elle ne peut en revanche être ratifiée, faute de compatibilité du texte avec la Constitution du 4 octobre 1958. Le présent constat a eu deux incidences majeures. D'une part, et dans une moindre mesure, il contribue à priver de toute portée l'article 55 de la Constitution, selon lequel, *« les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».* Si bien entendu la Charte n'a pas été ratifiée, cela n'empêche pas que la France l'a néanmoins bel et bien signée, qu'elle s'est donc engagée à la faire respecter dans son ordre juridique interne, et que pour autant, elle est dans l'impossibilité juridique de le faire. Aussi, le cas de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires modère, ne serait-ce que momentanément, les propos prétendant qu'aujourd'hui, la norme constitutionnelle se plie mécaniquement à la norme internationale, et que c'est désormais cette dernière qui conditionne le droit interne. Ils rétorqueront néanmoins que la Charte dont s'agit ne comprend pas d'engagement international de première importance, ce qui par conséquent ne nuit pas grandement au bon déroulement des relations internationales et diplomatiques de la France. Par ailleurs, cette dernière précision annonce le second aspect de la problématique. D'autre part, et

corollairement donc, le parcours chaotique de la Charte démontre que la protection des langues régionales ou minoritaires ne constitue pas une priorité. Pourtant, l'idée d'un « statut et d'une protection des langues régionales » n'a pas été complètement abandonnée par le constituant qui a entendu conférer une « valeur constitutionnelle » (donc purement interne cette fois) à la démarche (B), même si la volonté d'une ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires est encore bien présente.

## B. LE REPLI VERS UNE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES LANGUES REGIONALES

Bien au-delà de son seul impact juridique, le débat entourant la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires a en réalité cristallisé les positions entre d'une part, les partisans d'une protection du patrimoine linguistique régional (qu'il serait possible d'appeler les « régionalistes »), et d'autre part, ceux qui s'érigent en défenseurs de la langue nationale (et qu'il serait possible d'appeler les « nationalistes »). En effet, à la fin des années 1990, il semble que l'Etat français soit encore, surtout après un effort de décentralisation, traumatisée par la seule idée de perdre son unité. Une unité que par ailleurs il a mis de très nombreuses décennies à conquérir, et qui ne s'est finalement achevée que sous la III$^{ème}$ République. Déjà, en 1992, Xavier Deniau, alors Garde des Sceaux, affirmait lors d'un débat à l'Assemblée nationale que : *« Le français a mis longtemps à conquérir la France, contrairement à ce que l'on pense parfois. Chez moi, les gens âgés se souviennent que, pendant la guerre de 1914-1918, dans les régiments d'infanterie de notre région, les commandements étaient très souvent donnés en patois, berrichon ou solognot ».* Autrement dit, pendant très longtemps, les langues régionales ont représenté, pour le « centre », un « facteur de crainte », ou encore, une « menace sérieuse pour l'unité de la République », selon les expressions de Pierre-Yves Chicot[381]. Le débat entourant la juridicité de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires a en réalité largement été sous-tendu par des considérations d'ordre politique, sociologique, voire philosophique[382]. Les travaux parlementaires, qui traduisent une confrontation très claire entre régionalistes et nationalistes, en étaient d'ailleurs fortement imprégnés. A tel point, que le tout début du XXI$^{ème}$ siècle, qui aurait très bien pu être annonciateur d'une ouverture sur la diversité

[381] CHICOT (P.-Y.), « L'article 75-1 de la Constitution et la notion de patrimoine linguistique », *JCP ACT,* n° 9, 28 février 2011, p. 2083.

[382] CHICOT (P.-Y.), « L'article 75-1 de la Constitution et la notion de patrimoine linguistique », *op.cit.,* p. 2086.

culturelle, que l'Etat n'a d'ailleurs plus à craindre depuis longtemps, s'est en réalité montré très conservateur. En effet, l'année 2003 a notamment été marquée par la révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République[383]. Lors des travaux préparatoires de la loi, certains parlementaires, conscients du parcours chaotique de la Charte du Conseil de l'Europe, ont alors proposé d'insérer dans la Constitution une disposition relative aux langues régionales. Mais les déboires connus par le patrimoine linguistique étant sans doute encore trop récents, la proposition s'est alors heurtée à un refus catégorique.

En réalité, il faudra attendre la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[384] pour qu'enfin les langues régionales, non sans difficulté[385], fassent l'objet d'une protection, ne serait-ce que modeste, par la norme suprême elle-même. En effet, elle a introduit dans la Constitution du 4 octobre 1958 un article 75-1 ainsi rédigé :

*« Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France ».*

Les enseignements particulièrement riches de la présente disposition contrastent avec son extrême brièveté. Son apport peut être doublement résumé. D'une part, par le biais des langues régionales, l'article 75-1 signe l'entrée dans la Constitution de la notion de patrimoine immatériel local. Bien que discrète, cette entrée n'en reste pas moins réelle. En effet, au-delà de la notion internationale de patrimoine culturel immatériel longuement étudiée en introduction, et à côté de l'approche économique et comptable de la notion d'actif immatériel, il semblerait que le nouvel article 75-1 de la Constitution fournisse une première « esquisse » de l'approche juridique de la notion de patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Car c'est bien de cela dont il s'agit : en introduisant les langues régionales dans la Constitution, la révision du 23 juillet 2008 entend bien aborder le concept même de patrimoine dans sa dimension immatérielle. L'ironie est d'autant plus remarquable que bien que la notion de

[383] Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* n° 75, 29 mars 2003, p. 5568.

[384] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e^ République, *JORF* n° 171, 24 juillet 2008, p. 11890.

[385] Là aussi, lors des travaux préparatoires de la loi, il a été difficile de convaincre les négationnistes de l'insertion dans la Constitution d'une disposition en faveur des langues régionales. Après avoir catégoriquement refusé qu'une telle mention figure à l'article 1^er^, puis à l'article 2, du texte constitutionnel, par peur sans doute d'une éminente contradiction ou d'un affaiblissement de la « langue officielle de la République », les négationnistes ont alors accepté que les langues régionales soient « exilées » au Titre XII de la Constitution, au moyen d'un article additionnel.

patrimoine immatériel de l'Etat soit pratiquée depuis des années, c'est pourtant le patrimoine immatériel des collectivités territoriales qui semble enfin fournir une première assise constitutionnelle, bien que modeste, au concept. L'objectif de la démarche n'est plus à démontrer : la valorisation des identités territoriales passe inéluctablement par la mise en avant du patrimoine immatériel local, ce qui prouve une fois encore que la notion même de patrimoine se détache de plus en plus de ses origines matérielles, pour leur préférer une logique identitaire (le patrimoine n'est plus tant ce que l'on possède, mais ce qui nous constitue). Par conséquent, la protection de l'identité territoriale passe nécessairement par celle du patrimoine immatériel de la collectivité. Autrement dit, protéger son patrimoine immatériel, c'est défendre son identité : l'enjeu pour les collectivités est donc de première importance. Toute la question sera en revanche de savoir ce que les juges constitutionnel, administratif, voire civil, feront de l'application de la nouvelle disposition constitutionnelle.

Par ailleurs, cela conduit à aborder le second apport de l'article 75-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, à savoir, celui de sa portée juridique. Celle-ci doit elle-même être étudiée d'un double point de vue. En premier lieu, la question se pose de savoir par quelles mesures concrètes se traduit la protection du patrimoine linguistique régional. Autrement dit, si protéger les langues régionales reste une nécessité, comment y parvenir ? Le moins que l'on puisse dire, est que l'insertion de l'article 75-1 dans la Constitution a fait couler beaucoup d'encre. En effet, de nombreuses propositions de loi, en faveur du développement de la diversité culturelle régionale, ont vu le jour et continuent encore d'occuper les Présidences du Sénat et de l'Assemblée nationale, le tout, pour un impact légal final très limité. A croire que le patrimoine linguistique régional constituerait l'épine dorsale du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. L'une de ces propositions de loi mérite néanmoins d'être signalée, de par son approche particulièrement claire et concrète de la problématique, à savoir, celle de Jean-Paul Alduy, alors Sénateur des Pyrénées-Orientales, en date du 12 janvier 2011. Intitulée « Proposition de loi relative au développement des langues et cultures régionales », le texte se donne notamment pour objectif de « pénaliser » toute discrimination à l'égard des langues régionales en l'assimilant aux actes racistes, antisémites ou xénophobes. Cette protection, qui ressemble davantage à un véritable « devoir de veille » serait assurée par trois acteurs : les collectivités territoriales, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) alors existante, ainsi que les associations ayant pour objet la promotion des langues régionales. A ce sujet, l'article 4 de la Proposition de loi mérite d'être cité dans son intégralité :

*« Toute discrimination, exclusion ou restriction injustifiée portant sur la pratique d'une langue régionale et ayant pour but de décourager ou de mettre en danger la préservation ou le développement de celle-ci est strictement prohibée.*

*À cet effet, les actes de dénigrement ou de violation des dispositions de la présente loi sont passibles des sanctions prévues par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.*

*Toute mesure tendant à empêcher, décourager ou limiter l'usage de la langue régionale ou entraînant des effets préjudiciables au détriment des personnes ou organisations pratiquant ou faisant la promotion d'une telle langue est assimilée à une mesure de discrimination au sens de l'article 1er de la loi n° 2008-496 du27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

*Toute association régulièrement déclarée ou inscrite ayant pour objet la promotion des langues régionales peut exercer les droits reconnus à la partie civile pour toute infraction relative à des actes de dénigrement ou discrimination en relation avec l'usage de ces langues, conformément aux dispositions qui précèdent ».*

Par des mesures à la fois concrètes et concises, c'est une véritable protection des langues régionales, un véritable régime juridique des langues régionales (accompagné de mesures en faveur de l'enseignement de ces langues, etc.), que la Proposition Alduy souhaiterait mettre en œuvre. A tel point que, dans le même sillage, une seconde proposition de loi, en date du 25 janvier 2011, et à l'initiative du Sénateur de l'Hérault, Robert Navarro, s'est directement inspirée de la proposition Alduy pour traduire en pratique les dix principes recommandés par le rapport Perry-Poignant. Mais en réalité, l'impact juridique de ces initiatives parlementaires, qui n'ont jamais dépassé le stade de la première lecture suite à des avis défavorables, est par conséquent resté très limité. Autrement dit, la traduction légale du nouvel article 75-1 de la Constitution n'a pas suivi, venant ainsi considérablement en limiter la portée. Reste alors, en second lieu, l'interprétation jurisprudentielle que les juges pourraient lui donner afin d'accroître cette portée juridique que n'a pas pour l'instant la nouvelle disposition constitutionnelle, au détriment du patrimoine linguistique régional. Ainsi, c'est dans un tel contexte que le Conseil constitutionnel, saisi au moyen d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité, a été amené à se prononcer sur la « juridicité » de l'article 75-1, par une décision du 20 mai 2011.

Le litige était d'une extrême simplicité : au cours d'une instance se déroulant devant le Tribunal administratif de Strasbourg, divers requérants estimaient que l'article L. 312-10 du Code de l'éducation, lequel autorise l'enseignement d'une langue régionale au cours de la scolarité, ne protégeait pas suffisamment l'enseignement de ces langues, et donc, méconnaissait en cela le fameux article 75-1 de la Constitution. Pour sa part, l'article L. 312-10 du Code de l'éducation était ainsi rédigé :

*« Les langues et cultures régionales appartenant au patrimoine de la France, leur enseignement est favorisé prioritairement dans les régions où elles sont en usage.*

*Cet enseignement peut être dispensé tout au long de la scolarité selon des modalités définies par voie de convention entre l'Etat et les collectivités territoriales où ces langues sont en usage.*

*Le Conseil supérieur de l'éducation est consulté, conformément aux attributions qui lui sont conférées à l'article L. 231-1, sur les moyens de favoriser l'étude des langues et cultures régionales dans les régions où ces langues sont en usage.*

*L'enseignement facultatif de langue et culture régionales est proposé dans l'une des deux formes suivantes :*

*1° Un enseignement de la langue et de la culture régionales ;*

*2° Un enseignement bilingue en langue française et en langue régionale.*

*Les familles sont informées des différentes offres d'apprentissage des langues et cultures régionales ».*

Ainsi, les requérants en déduisait faussement une obligation d'enseignement des langues régionales à la charge des collectivités territoriales. Autrement dit, ils estimaient qu'en vertu de cet article, les collectivités territoriales étaient débitrices d'une véritable obligation de faire, ou encore, d'une véritable obligation de résultat (selon que l'on se place sur le terrain civiliste de l'objet de l'obligation ou de l'intensité de l'engagement). De sorte qu'en soumettant l'enseignement des langues régionales au bon vouloir d'un accord conventionnel entre l'Etat et les collectivités, la disposition litigieuse ne protègerait pas suffisamment le patrimoine linguistique régional, et contreviendrait en cela à l'article 75-1 de la Constitution. En effet, les requérants estimaient que la disposition constitutionnelle conférait aux individus un droit fondamental à l'enseignement des langues régionales, au même titre que le droit de propriété ou le droit de grève. Si l'affaire a surtout retenu l'attention pour son étonnant renvoi devant le

Conseil constitutionnel, que pour la portée juridique qu'elle confère (ou plus précisément, qu'elle ne confère pas) à l'article 75-1, c'est pourtant ce second aspect qui retiendra ici l'attention. Ainsi, dans sa décision du 20 mai 2011, le Conseil constitutionnel a pu estimer que :

*« Considérant qu'aux termes de l'article 75-1 de la Constitution : "Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France" ; que cet article n'institue pas un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; que sa méconnaissance ne peut donc être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution ; que, dès lors, le grief est inopérant »*[386].

La position du Conseil des sages ne laisse donc pas de place à l'équivoque : l'article 75-1 de la Constitution ne crée aucun droit ou liberté au profit du citoyen, et dont celui-ci pourrait se prévaloir devant le juge. Par conséquent, le droit fondamental à l'enseignement des langues régionales n'existe pas, de sorte que l'article L. 312-10 du Code de l'éducation ne saurait contrevenir à un droit inexistant. La disposition litigieuse ne met donc à la charge de l'Etat et des collectivités qu'une simple obligation de moyen et est conforme à la Constitution. Déjà, le juge administratif avait pu rendre des décisions similaires à propos des offres d'enseignement des langues régionales dans le cadre des horaires normaux des établissements scolaires, lorsqu'il était avéré qu'en cas d'impossibilité, l'Etat avait néanmoins accompli toutes les diligences nécessaires pour y parvenir[387]. Aussi, et sans doute à la lumière du contentieux particulièrement fourni en matière de langues régionales, les auteurs des Cahiers du Conseil constitutionnel, commentant la décision du 20 mai 2011, ont expliqué le rejet de l'enseignement des langues régionales, comme droit fondamental contenu dans l'article 75-1 de la Constitution, par un double argument :

- ***L'absence de détermination de l'objet de ce droit d'une part ; et,***
- ***L'absence d'identification du titulaire de ce droit, ainsi que des personnes auquel il serait opposable, d'autre part.***

De sorte que, de prime abord, le constat serait sans appel : l'article 75-1, bien qu'ayant valeur constitutionnelle, est en réalité dépourvu de toute portée juridique concrète. A en croire

[386] CC, 20/05/2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales] ; AJDA,* 2011, p. 1963, note VERPEAUX (M.) ; *JCP ACT,* 2011, p. 48, note LEGRAND (A.).

[387] CE, 15/04/1996, *Association des parents d'élèves pour l'enseignement du breton,* concl. SCHWARTZ (R.), n° 165114 ; CE, 07/12/1990, *Ministre de l'éducation nationale,* concl. LAROQUE (M.), n° 115624.

certains auteurs, comme Jean-Eric Gicquel, l'article 75-1 ferait ainsi partie des *« neutrons constitutionnels, c'est-à-dire des dispositions assurément incorporées dans la Constitution mais dépourvues d'effectivité et décrivant un simple état de fait »*[388]. Selon lui, en l'absence de loi relative aux langues régionales comme précédemment abordé, il ne resterait donc « pas grand-chose » de l'article 75-1 de la Constitution[389]. Par conséquent, la disposition serait à ranger, à l'image du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, parmi les notions fonctionnelles du droit, et n'incarnerait en réalité qu'une modeste invitation du pouvoir constituant faite au législateur de promouvoir une utilisation (limitée) des langues régionales. Si cette position de l'absence de toute portée de l'article 75-1 de la Constitution est celle très largement partagée par la doctrine majoritaire, force est de constater néanmoins qu'elle ne fait pas l'unanimité. En effet, Michel Verpeaux, estime pour sa part qu'il est impossible de se montrer aussi catégorique. S'il reconnaît que par sa décision du 20 mai 2011 le Conseil constitutionnel prive l'article 75-1 de toute portée, il refuse en revanche d'y voir un caractère définitif, irrévocable, absolu, ou encore, empreint de « fatalisme ». Il explique très clairement que l'article 75-1 a été adopté dans un contexte jurisprudentiel qui n'a jamais été favorable aux langues régionales, faute d'une franche reconnaissance de ces dernières. Par ailleurs, son raisonnement est très pédagogique. Dans un premier temps, Michel Verpeaux commence par relativiser la double argumentation menée par les auteurs des Cahiers du Conseil constitutionnel. Il explique qu'il est en réalité très facile de vérifier que des individus ou groupes d'individus ont été privés de pratiquer une langue régionale. Dès lors, il déduit de ce postulat que c'est davantage le titulaire du droit à l'enseignement des langues régionales qui fait défaut, au sein même de l'article 75-1, que son objet lui-même ( à savoir, les langues régionales). *A contrario,* cela signifie donc que l'objet du « droit fondamental à l'enseignement des langues régionales » est bien présent[390]. En outre, ayant bien souligné l'absence du mot « droit » dans l'article 75-1, il pose néanmoins la question rhétorique de savoir si la présence de cette mention est absolument nécessaire pour la reconnaissance d'un droit fondamental. Il y donnera une réponse clairement négative en prenant l'exemple de l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, selon lequel, « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un

[388] GICQUEL (J.-E.), « Les langues régionales à l'épreuve des contentieux constitutionnel et administratif », *LPA,* n° 118, 15 juin 2011, p. 20.

[389] GICQUEL (J.-E.), « Les langues régionales à l'épreuve des contentieux constitutionnel et administratif », *ibid.*

[390] VERPEAUX (M.), « Langues régionales et QPC : l'impossible dialogue », *AJDA,* n° 34, 17 octobre 2011, p. 1966.

emploi ». Or, le Conseil constitutionnel a-t-il pour autant déduit de cette disposition un droit à l'emploi ? Bien sûr que non. Autrement dit, le mot « droit » peut très bien être présent dans une disposition constitutionnelle, sans que le Conseil constitutionnel n'y reconnaisse mécaniquement un droit fondamental. Dès lors, en quoi l'hypothèse inverse serait-elle erronée ? En quoi l'hypothèse d'une disposition constitutionnelle, à l'image de l'article 75-1, ne contenant pas le mot « droit » entraînerait le refus mécanique de la reconnaissance d'un droit fondamental ? La position n'est pas tenable. Aussi, à l'appui de ce premier argument, Michel Verpeaux démontre dans un second temps que l'article 75-1 n'a rien d'un neutron constitutionnel, créant ainsi une franche opposition avec Jean-Eric Gicquel : *« Mais l'absence d'invocabilité de l'article 75-1 au soutien d'une QPC ne fait pas de cet article un "neutron constitutionnel", ou une norme sans valeur, comme la tentation pourrait exister de le penser »*[391]. Il en veut pour preuve l'impossible ratification précédemment étudiée de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, fondée sur l'article 2, alinéa 1er, de la Constitution. Si cette même disposition peut fonder un tel refus, c'est donc qu'elle a bien une portée juridique. L'article 75-1 étant de même nature, il est donc tout à fait en mesure d'être doté d'une portée juridique, simplement, celle-ci n'est pas encore déterminée. Autrement dit, la portée juridique de l'article 75-1 ne saurait être anéantie, dans son essence même, par sa portée symbolique. Selon Michel Verpeaux, le Conseil constitutionnel a simplement dit que l'article 75-1 ne pouvait être invoqué à l'appui d'une QPC, propos qui n'ont aucune incidence sur la portée juridique de l'article encore à déterminer :

*« Cette remarque n'est pas que de pure forme car ces langues sont bien "reconnues" dans la Constitution. Il faudra bien, à une occasion ou à une autre, déterminer ce que sont ces langues régionales et se demander si cette expression désigne ou non les langues utilisées dans les anciens territoires d'outre-mer »*[392].

Par conséquent, la protection juridique accordée à cet actif immatériel local que sont les langues régionales est, pour l'instant, de faible intensité, il faut bien le reconnaître. Toutefois, force est de constater que l'article 75-1 est encore particulièrement « jeune », d'une part, et n'évolue pas dans un contexte jurisprudentiel très favorable, d'autre part. En réalité, il faudra attendre que le Conseil constitutionnel renouvelle ou précise ses positions avant de pouvoir identifier une ligne

[391] VERPEAUX (M.), « Langues régionales et QPC : l'impossible dialogue », *ibid.*

[392] VERPEAUX (M.), « Langues régionales et QPC : l'impossible dialogue », *AJDA, op.cit.,* p. 1967.

jurisprudentielle claire. De même, il n'est pas exclu que le législateur se prononce en faveur ou au détriment de la « juridicité » du statut des langues régionales dans un avenir plus ou moins proche. Autrement dit, en matière de patrimoine linguistique régional, le temps permet l'espoir.

L'insertion de l'article 75-1 au sein même de la norme fondamentale aura néanmoins permis de démontrer qu'il n'existe plus aujourd'hui d'opposition frontale entre la langue française et les autres dialectes. En effet, la constitutionnalisation des langues régionales prouve qu'elles n'ont rien d'incompatible avec la langue officielle de la République, et donc, que ces langues peuvent parfaitement coexister entre elles. Certes la langue française ne dispose plus de l'exclusivité constitutionnelle, mais conserve néanmoins une primauté assurée, et dont la protection ne se traduit plus par l'exclusion. De leur côté, les langues régionales ne sauraient obtenir un statut de « langues officielles de la République » à l'image, ou bien, en lieu et place de la langue française. Cet équilibre, fruit d'une alchimie juridique complexe, a permis une reconnaissance constitutionnelle de la diversité culturelle française : le peuple français est un dans sa diversité[393]. Autrement dit, au travers de la reconnaissance des langues régionales, c'est un véritable mouvement de constitutionnalisation de l'identité régionale en France qui se construit[394]. L'étude du patrimoine immatériel des collectivités territoriales prouve, si cela était encore nécessaire, son importance. Enfin, Pierre-Yves Chicot va jusqu'à affirmer que :

*« La langue française et les langues régionales constituent des biens publics communs de la République française ».*

S'il ne s'agit pas bien sûr de relancer ici le débat sur la qualification de biens des actifs immatériels locaux, la portée symbolique de la présente affirmation mérite néanmoins d'être soulignée : certains actifs immatériels locaux seraient des « biens publics communs ». Mais Pierre-Yves Chicot va encore plus loin en affirmant également qu'il existe une infime possibilité pour que les langues régionales soient un jour reconnues, à côté de la langue française, comme langues officielles de la République, même si le chemin à parcourir est encore long. Autrement dit, *« l'article 75-1 de la Constitution ne procède pas simplement de l'affirmation symbolique mais comporterait des perspectives prometteuses »*[395]. Les nouvelles

[393] CHICOT (P.-Y.), « L'article 75-1 de la Constitution et la notion de patrimoine linguistique », *op.cit.,* p. 2089.

[394] CHICOT (P.-Y.), « L'article 75-1 de la Constitution et la notion de patrimoine linguistique », *op.cit.,* p. 2090.

[395] CHICOT (P.-Y.), « L'article 75-1 de la Constitution et la notion de patrimoine linguistique », *op.cit.,* p. 2086.

tentatives de ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires en sont le parfait témoignage (C).

### C. LES TENTATIVES ULTERIEURES DE RATIFICATION

Si pour l'heure les précédentes hypothèses relèvent de la pure prospection, ce qui est certain en revanche, c'est que, quelle qu'en soit la portée juridique, l'article 75-1 de la Constitution a notamment résulté de l'impossibilité pour la France d'avoir pu ratifier la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992, et signée le 7 mai 1999. Aussi, suite à l'insertion dans la Constitution de l'article 75-1, d'aucuns pouvaient penser que ladite ratification était alors devenue possible, sinon directement, au moins par l'intermédiaire désormais plus aisée d'une révision constitutionnelle. C'est ainsi qu'après 13 ans d'absence, la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires fit à nouveau son apparition, ce qui lui valut notamment l'appellation par Michel Verpeaux de « serpent de mer de la vie politique et juridique française »[396]. Elle a même constitué un enjeu électoral certain au sein de la campagne présidentielle de 2012. En effet, François Hollande, alors candidat à la Présidence de la République, avait fait de la ratification de la Charte une promesse de campagne. C'est pourquoi, une fois élu, il s'employa à tenir son engagement.

Or, contre toute attente, la première initiative « officielle »[397] de la nouvelle démarche fut entreprise par les parlementaires eux-mêmes. Jean-Jacques Urvoas, alors député et Président de la Commission des lois à l'Assemblée nationale, rédigea une proposition de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. En réalité, elle est composée d'un article unique, à savoir, un article dérogatoire 53-3 ainsi rédigé :

[396] VERPEAUX (M.), « Constitution et langues : à propos du projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *JCP ACT,* n° 40, 5 octobre 2015, p. 2283.

[397] En réalité, le Gouvernement avait l'intention d'intégrer la ratification de la Charte dans un projet de loi constitutionnelle portant renouveau de la vie démocratique. Simplement, en raison d'un nouvel avis négatif du Conseil d'Etat en date du 7 mars 2013, ladite ratification a alors été retirée du projet de loi. Pour l'heure, ce dernier n'a pas non plus abouti.

*« Art. 53-3. – La République peut ratifier la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires adoptée à Strasbourg le 5 novembre 1992, signée le 7 mai 1999, complétée par la déclaration interprétative exposant que :*

*" 1. L'emploi du terme de "groupes" de locuteurs dans la partie II de la charte ne conférant pas de droits collectifs pour les locuteurs des langues régionales ou minoritaires, le Gouvernement de la République interprète la charte dans un sens compatible avec la Constitution, qui assure l'égalité de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ;*

*2. Le d du 1 de l'article 7 et les articles 9 et 10 de la charte posent un principe général n'allant pas à l'encontre de l'article 2 de la Constitution, en application duquel l'usage du français s'impose aux personnes morales de droit public et aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public, ainsi qu'aux usagers dans leurs relations avec les administrations et services publics" ».*

La technique de la révision-dérogation est désormais bien connue du constituant français qui l'avait déjà utilisée à deux reprises : d'abord pour les accords internationaux relatifs à l'asile et aux Droits de l'Homme (art. 53-1 de la Constitution) ; ensuite pour la reconnaissance de la Cour pénale internationale (art. 53-2 de la Constitution). Quoi qu'il en soit, la proposition de loi constitutionnelle, visant à ratifier la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, a été adoptée à une très large majorité par l'Assemblée nationale, le 28 janvier 2014 : en effet, sur 510 suffrages exprimés, 361 députés se sont prononcés en faveur de la proposition de loi constitutionnelle, contre 149 seulement. En toute logique, et sous réserve de son adoption en termes identiques par le Sénat, ladite proposition aurait dû, soit être soumise à référendum, soit être adoptée par le Congrès dans la majorité des trois cinquièmes, conformément à l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958. Or, contre toute attente, les deux voies présentées, qui semblaient pourtant constituer les deux seules voies juridiques possibles, bien que classiques, ne furent pas encouragées par le Gouvernement. En réalité, c'est une tout autre pratique des instruments constitutionnels d'adoption des lois qui a été privilégiée.

En dépit de l'initiative parlementaire du 28 janvier 2014, la question de la ratification de la Charte par le biais d'une révision constitutionnelle ne refait son apparition qu'au deuxième semestre de l'année 2015. Non pas par l'organisation d'un référendum, non pas par l'organisation d'un vote du Congrès, mais par la présentation d'un projet de loi autorisant la ratification de la Charte, et déposé devant le Sénat le 31 juillet 2015 ! Dès lors, la question se

pose de savoir quel peut bien être l'intérêt d'avoir encouragé le dépôt d'une proposition de loi pour, un an et demi plus tard, déposer un projet de loi à l'objet similaire. Politiquement en revanche, la stratégie est fort habile. En effet, il n'est en rien déplacé d'imaginer qu'en réalité, la proposition de loi du 28 janvier 2014 a été présentée sans que ses auteurs aient été animés de la véritable intention de la mener à son terme. Cette proposition de loi, très largement adoptée, pour ne pas dire plébiscitée, a constitué pour le Gouvernement et le Président de la République un véritable « test de "popularité" »[398] de la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Suite à ce franc succès, le Gouvernement s'est alors empressé de rédiger un projet de loi allant dans le même sens afin de se montrer fondateur et leader d'une démarche populaire. Par ailleurs, le fait que l'Assemblée nationale se soit déjà prononcée sur le sujet, explique sans doute que le projet de loi constitutionnelle ait d'abord été déposé devant le Sénat, fervent représentant des collectivités territoriales. Or, un double contexte est littéralement venu freiner puis stopper les ardeurs du Gouvernement, ramenant une nouvelle fois la ratification de la Charte européenne des langues régionales au point mort.

Un contexte juridique d'abord, en ce qu'avant de présenter son projet de loi devant le Sénat, le Gouvernement en avait saisi le Conseil d'Etat pour avis. D'aucun sait désormais la réticence du Conseil à l'égard d'une telle ratification, laquelle réticence ne s'est absolument pas démentie. Le 30 juillet 2015, le Conseil du Gouvernement a donc rendu un avis défavorable concernant une éventuelle révision constitutionnelle visant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires[399]. Son raisonnement, très méthodique, s'effectue en deux temps. D'une part, le Conseil d'Etat commence par rappeler les antécédents du texte international. Il rappelle donc que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 juin 1999 précédemment étudiée, avait constaté l'inconstitutionnalité de la Charte pour atteinte aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi, et d'unicité du peuple français. D'autre part, le Conseil d'Etat rappelle que lui-même avait déjà rendu un avis en date du 7 mars 2013 sur un précédent projet de loi constitutionnelle portant renouveau de la vie démocratique, et prescrivant la ratification de la Charte. Dans ce premier avis, il avait en effet estimé qu'il y aurait eu une remarquable incohérence entre les articles 1, 2, et 3, de la Constitution, lesquels régissent les principes rappelés ci-dessus, et la nouvelle

[398] VERPEAUX (M.), « Constitution et langues : à propos du projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *ibid.*

[399] CE, 30/07/2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires,* n° 390.268.

disposition constitutionnelle qui aurait permis la ratification de la Charte. En effet, comment une disposition constitutionnelle pourrait-elle permettre la coexistence permanente d'un texte, avec d'autres dispositions constitutionnelles qui lui seraient contraires ? Cela n'aurait plus de sens, ce qui nuirait grandement à l'autorité conférée à la norme dite suprême. D'autre part, le Conseil d'Etat est, dans son avis du 30 juillet 2015, amené à se prononcer sur un élément nouveau, à savoir, la ratification de la Charte, certes, mais à la lumière de la déclaration interprétative que la France a pu en faire. Le Conseil d'Etat estime que cette déclaration, en déniant toute création de droits collectifs aux groupes de locuteurs de langues régionales, alors même que c'est précisément l'inverse que la Charte espère voir instaurer dans les ordres juridiques internes des Etats-parties (« droit imprescriptible »), introduirait par conséquent dans la Constitution une contradiction certaine, défavorable à la sécurité juridique :

*« Cette déclaration contredit l'objet de la Charte qui vise […] à donner des droits aux groupes de locuteurs de langues régionales ou minoritaires et à permettre à ces locuteurs d'utiliser leur langue dans la sphère publique […]. La référence à ces deux textes, la Charte et la déclaration, difficilement compatibles entre eux, y introduirait une contradiction interne génératrice d'insécurité juridique »*[400].

Par ailleurs, le Conseil du Gouvernement émet également de sérieuses incertitudes quant à la validité d'une telle déclaration, dans la mesure où elle placerait la France dans une position délicate vis-à-vis du Conseil de l'Europe, et fragiliserait dans le même temps les procédures contentieuses internes. Aussi, pour l'ensemble de ces raisons, dans la droite lignée des décisions de 1996, 1999 et 2013, le Conseil d'Etat n'a pas entendu donner une suite favorable au projet de loi constitutionnelle. Or, cela n'empêcha pas le Gouvernement qui, fort du succès de la proposition de loi du 28 janvier 2014, et convaincu que la position du Conseil d'Etat s'inscrit dans « une continuité négative à l'égard de la Charte »[401], a tout de même entendu déposer le projet de loi constitutionnelle de ratification devant le Sénat, le lendemain même de l'avis du Conseil d'Etat. Autrement dit, si le droit a quelques peu réfréné les ardeurs du Gouvernement, il ne les a pas pour autant réprimées.

[400] CE, 30/07/2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, ibid.*

[401] VERPEAUX (M.), « Constitution et langues : à propos du projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *JCP ACT,* n° 40, 5 octobre 2015, p. 2284.

Un contexte politique ensuite, en ce qu'au 31 juillet 2015, le Président de la République François Hollande était à plus de la moitié de son mandat. Son action à la tête de l'Etat faisait alors l'objet de nombreux questionnements. Des incertitudes qui se sont par ailleurs confirmées par une double fragilisation de sa majorité parlementaire. En effet, à l'Assemblée nationale, le Gouvernement devait désormais composer avec un groupe de députés socialistes médiatiquement dénommés les « frondeurs », en raison de leurs profonds désaccords avec la politique menée par leur propre parti au pouvoir. De l'autre côté, le Sénat avait basculé à droite depuis les dernières élections du 28 septembre 2014. Cela était d'autant plus regrettable pour le Gouvernement qu'il avait besoin de la majorité des trois cinquièmes pour réviser la Constitution du 4 octobre 1958, autrement dit, pour faire adopter la loi constitutionnelle du 31 juillet 2015 qui n'en est alors qu'à l'état de projet. Car s'il avait déjà pu esquiver la difficulté avec la proposition de loi du 28 janvier 2014 en la concevant comme « galop d'essai », il n'est en revanche pas nécessaire d'être un très grand constitutionnaliste pour comprendre que les projets de loi sont soumis aux mêmes exigences de l'article 89. De surcroît, et conformément à cet article, restait au Président et au Gouvernement la possibilité du référendum-constituant à défaut d'obtenir la majorité des trois cinquièmes au Congrès. Or, le pouvoir exécutif ne pouvait malheureusement pas non plus compter sur l'appui du peuple qui, à un an des élections présidentielles, aurait vu dans une question aussi périphérique que celle de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, l'opportunité d'infliger à la majorité en place un dernier camouflet, alors véritable désaveu de l'ensemble de l'action présidentielle. Par conséquent, il y a fort à parier qu'avec le projet de loi constitutionnelle du 31 juillet 2015, le Gouvernement se serait retrouvé dans une impasse. « Serait » car en réalité, le projet de loi constitutionnelle n'a même pas dépassé le stade de la première lecture. En effet, appelé à se prononcer le 27 octobre 2015, le Sénat rejeta le texte par 179 voix, contre 155, ramenant de fait la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires au point mort. Aussi, que d'énergie dépensée, de temps passé, d'efforts déployés, de rapports, de propositions et de projets de loi rédigés, de discussions et de débats menés, pour un résultat contrasté, proche du néant : finalement, en dépit de sa modeste portée juridique (pour l'instant, à en croire Michel Verpeaux), seul l'article 75-1 de la Constitution incarne une véritable avancée en matière de protection du patrimoine linguistique régional.

Ainsi, si l'on devait dresser un premier bilan de ce que la présente étude a fait le choix de regrouper sous l'appellation de protection statique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, les résultats seraient contrastés. Force est de constater en effet que la protection

conférée aux actifs immatériels composant cette approche est de faible intensité. Concernant les savoir-faire locaux précédemment étudiés, il aura fallu assister à un véritable pillage économique pour que le législateur finisse par réagir, le tout, pour une protection juridique ne s'appliquant qu'à un seul cas bien précis et devant donc être considérablement développée. Concernant le capital naturel immatériel, son enjeu économique, là aussi, est bien réel, en revanche, sa conceptualisation juridique reste inexistante. Dès lors, comment en assurer une protection efficace ? Si la réponse à cette question est encore à déterminer, on sait maintenant qu'elle ne se trouve pas dans une approche fiscale de la notion. Seul le label PNR permet un espoir sérieux. Concernant en troisième lieu le patrimoine festif et traditionnel local, il était tout à fait possible de penser que les collectivités territoriales en avaient la pleine maîtrise, dans la mesure où ce sont elles qui déterminent leur propre politique culturelle. Amer constat : cette politique est clairement pilotée par les acteurs associatifs locaux que les collectivités subventionnent très largement. Il n'y a là rien d'inique, mais la diversité des acteurs complexifie grandement l'approche juridique de l'actif à protéger. Et voilà que la protection du patrimoine linguistique régional se traduit par tout un panel de tentatives avortées. A croire finalement que la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales doive se contenter des imperfections du droit de propriété publique. Certes le choix serait préférable, mais il a été précédemment démontré que ce même droit de propriété publique, du moins tel qu'il est actuellement conçu, ne peut pas tout saisir. Précisément, ce constat ne serait-il pas révélateur d'une nécessaire prise de conscience ? Il convient de souligner en effet que cette approche statique du patrimoine immatériel, le savoir-faire, le capital naturel, le patrimoine festif et traditionnel, ou encore, les langues régionales, relèverait en réalité davantage des attributs de la personnalité publique, de l'identité publique, que de la propriété publique elle-même. L'idée semble même se défendre par le raisonnement inverse : quelle légitimité le droit de propriété publique aurait-il à s'emparer des savoir-faire locaux, ou même, des traditions et habitudes sociales ? Quelle légitimité y aurait-il à absolument vouloir réserver, protéger, par la propriété ces éléments de la personnalité ? Ces personnes morales de droit public que sont les collectivités territoriales, ne sont-elles pas de vraies personnes pour voir à ce point leur identité chosifiée ? A-t-on déjà vu une personne physique revendiquer son identité à l'appui du droit des marques ? A-t-on déjà vu une personne morale de droit privé dans l'incapacité complète de se défendre contre l'usurpation de son nom ? Sans parler des règles juridiques composant le droit des personnes, l'idée même paraît absurde. En revanche, elle est complètement admise pour les collectivités territoriales et l'ensemble des personnes publiques en général… Qu'une personne publique soit dans l'obligation de faire appel au droit des marques pour protéger son nom ne

choque pas. Qu'une commune perde l'ensemble de ses procès contre un individu, qui lui est complètement étranger, et qui utilise le nom de la collectivité pour tirer profit de sa réputation, semble tout à fait normal. Qu'il faille aller jusqu'en Cour de cassation pour voir son identité protégée est la moindre des choses. Que des artisans locaux soient dans l'obligation de saisir les juridictions européennes pour protéger leur savoir-faire, sans que la commune dont le nom est utilisé, n'ait pas le moindre droit d'intervention à l'audience pour appuyer ses administrés, est un minimum. On le voit, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales appelle des champs bien plus larges que la seule question de la propriété matérielle ou même immatérielle. Elle appelle également et nécessairement une vision plus personnifiée de la question. Dès lors, la logique et l'approche pleinement propriétaire de ce patrimoine est clairement vouée à l'échec. La propriété ne peut pas tout saisir, et la protection statique du patrimoine immatériel des collectivités territoriales en est la preuve formelle : elle appelle de ses vœux les prémices d'un droit des personnes publiques, qui dès lors ne peuvent plus être faussement conçues comme un simple ensemble de compétences. Autrement dit, l'enjeu pour le droit de la propriété publique est double :

- ***Concevoir une propriété immatérielle en partie couverte par la domanialité publique, ou bien, faisant l'objet d'une protection spécifique, pour les actifs immatériels publics telles que les données publiques, ou encore, l'image des biens publics ;***

- ***Se défaire définitivement de la question des attributs de la personne publique qu'il ne lui appartient pas de régir, ou même, d'aborder.***

La propriété publique, du moins telle qu'elle est actuellement conçue, ne peut pas tout saisir. Le paradoxe est d'autant plus poignant que le législateur et les opérateurs économiques de droit privé les estiment en revanche suffisamment avertis pour conclure des contrats sur leur patrimoine immatériel, pour des opérations de « sponsoring » sur les biens publics, pour ne pas oublier l'aspect intellectuel, graphique et industriel du droit de la commande publique, auquel cas, cette omission se paiera très cher (au sens propre du terme). En d'autres termes, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales comprend également une protection dynamique à envisager (Chapitre 2), essentiellement composée des actifs immatériels générés par le droit des contrats administratifs.

# CHAPITRE 2

# LA PROTECTION DYNAMIQUE DES ACTIFS IMMATERIELS LOCAUX

Laurent Richer commençait la 7ème édition de son ouvrage consacré aux contrats administratifs de la manière suivante :

*« Propriété et liberté contractuelle* [sont] *les bases du libéralisme conçu comme protection contre l'Etat […] »*[402].

Cette citation adaptée au sujet d'étude, pourrait donner la chose suivante : propriété et liberté contractuelle sont les bases du libéralisme conçu comme protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Pour sa part, le régime de la propriété publique a été longuement étudié dans les pages précédentes, non seulement dans ses imperfections, mais également, dans ses limites. En effet, l'affectation domaniale, qu'elle soit publique ou privée, est largement bien incapable de répondre de manière complète à l'ensemble des problématiques posées par le patrimoine immatériel public local. Et quoi de plus normal dans la mesure où le droit de propriété publique tel qu'il a été envisagé, a été conçu pour du matériel, pour du corporel seulement. Par conséquent, il serait plus que souhaitable que ce droit de propriété s'adapte enfin à l'évolution du patrimoine public vers l'immatériel. D'autant que comme il a été vu, l'étude de ce patrimoine en justifie également une approche au-delà de la seule propriété par les personnes publiques locales, autrement dit, en justifie une approche « extra-propriétaire ». En cela, la liberté contractuelle des collectivités territoriales contribue tout à fait à la construction d'une telle approche. En effet, est-il nécessaire d'indiquer qu'une partie des actifs immatériels locaux sont générés par la conclusion de contrats administratifs. Cela signifie donc que certains actifs immatériels s'insèrent en réalité dans une dynamique contractuelle beaucoup plus globale. Certes les acteurs publics locaux ont alors intérêt à devenir propriétaires de certains de ces actifs, notamment ceux mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle. Mais il en est aussi d'autres que les collectivités territoriales n'ont pas eu l'intention de créer, et qui pourtant, sont dotés d'une forte valeur économique pour les opérateurs économiques de droit privé. Il en

[402] RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs,* Paris, LGDJ Lextenso, Collection Manuel, 7ème éd., p. 6.

est aussi d'autres que les administrations locales n'ont pas eu l'intention de créer, mais qu'elles sont pourtant obligées d'acquérir si elles ne veulent pas perdre la maîtrise de leur patrimoine. Autrement dit, les actifs immatériels générés par les contrats administratifs peuvent s'observer doublement :

- ***Positivement d'abord en ce qu'ils peuvent être générateurs de nombreuses ressources au profit de la collectivité ;***
- ***Négativement en ce que l'absence de maîtrise de certains peut grandement nuire à la notoriété et à l'image des collectivités locales.***

D'une complexité assez prononcée, le traitement de cette protection dynamique du patrimoine immatériel se fera alors de manière pédagogique en envisageant d'une part les actifs immatériels générés par les deux principaux types de contrats administratifs (Section 1), et en envisageant d'autre part un outil contractuel particulier, créé pour la protection et l'exploitation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales : il s'agit du contrat de nommage (Section 2).

## SECTION 1

## LA PROTECTION DES ACTIFS IMMATERIELS GENERES PAR LES PRINCIPAUX CONTRATS ADMINISTRATIFS

Contrairement à ce qu'il serait possible de croire, les actifs immatériels locaux concernent un très grand nombre de contrats administratifs, à savoir, les marchés publics, les contrats de délégation de service public, les conventions d'occupation du domaine public, ou encore, les contrats de partenariat. Ainsi, on le voit, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales innerve l'ensemble de la sphère contractuelle administrative. Les questions qui se posent sont celles de savoir comment le droit des contrats vient s'emparer de la question de l'immatériel (ou alors, serait-ce l'immatériel qui s'emparerait de la question des contrats ?), et bien sûr, de savoir quelle droit être l'attitude des collectivités territoriales face à cette évolution sociétale. Doivent-elles l'ignorer ? Doivent-elles l'opprimer ? Doivent-elles l'encourager ? Néanmoins, il serait très présomptueux de prétendre cerner la problématique en quelques pages sur l'ensemble des contrats administratifs. Aussi, la présente étude se limitera-t-elle aux

délégations de service public (§1) et marchés publics (§2), en essayant d'établir des connexions, lors de leur approche, avec les autres contrats administratifs.

## §1 – LES ACTIFS IMMATERIELS GENERES PAR LES CONTRATS DE DELEGATION DE SERVICE PUBLIC

Dire que des actifs immatériels peuvent être, ou sont, générés par des contrats de délégation de service public (DSP) peut paraître audacieux. Pour reprendre certains des propos tenus par Jean-Baptiste Vila, prononcés dans le cadre du Colloque relatif à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques[403], « le sujet a même de quoi effrayer le juriste », dans la mesure où il suppose notamment qu'une évaluation financière et comptable des actifs immatériels puisse être faite, et donc, que la notion d'actif immatériel elle-même soit au préalable définie. Pourquoi la nécessité d'une évaluation comptable et financière des actifs immatériels publics générés par les contrats de délégation de service public ? Au-delà de l'aspect financier qui se love très souvent derrière toute idée de protection du patrimoine immatériel public, la réponse à cette question se trouve en réalité dans les fondements mêmes de ce domaine du droit que constitue le droit des contrats administratifs[404]. En effet, force est de constater qu'il est l'une des disciplines régissant l'activité publique économique. Certains iront même jusqu'à parler de droit public des affaires, dans la mesure où le droit des contrats administratifs (tout comme le droit administratif des biens) imprègne très largement le droit public économique. Par conséquent, il est absolument impossible, au sens de la présente étude, de dissocier l'aspect comptable et financier des actifs immatériels générés par ces contrats vecteurs de l'économie publique que sont les contrats de délégation de service public. Dès 2006, l'économie de l'immatériel elle-même prenait tout son sens avec la remise du rapport Lévy-Jouyet au Ministère des Finances, de l'économie, et de l'Industrie[405]. Mais alors, comment un actif dit immatériel pourrait conditionner le cadre économique d'une délégation de service public ? Quel est le lien ? En réalité, la réponse à ces interrogations se trouve dans ce concept « moderne » qui, à l'image du droit privé, occupe toute relation contractuelle de droit public, à

[403] La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

[404] Cet argument sera développé plus avant.

[405] LEVY (M.), JOUYET (J.-P.), L'économie de l'immatériel, la croissance de demain, Rapport remis au Ministre des Finances, de l'Economie, et de l'Industrie, Décembre 2006, Paris, La documentation française, Collec. Rapports publics, 184 pp.

savoir, celui d'équilibre économique contractuel. C'est précisément au travers de cet équilibre économique du contrat de délégation qu'il est clairement possible d'observer que des actifs immatériels sont inhérents à la relation contractuelle. Autrement dit, les actifs immatériels publics influent sur l'équilibre économique du contrat de délégation, bien au-delà de la seule procédure de passation de ces contrats. Par exemple, la conclusion d'un important contrat de délégation de service public avec un opérateur économique de droit privé a pour conséquence immédiate d'augmenter considérablement la valeur boursière dudit opérateur. L'on remarque notamment que la délégation du service public de l'eau à Véolia, par une importante collectivité territoriale comme la Métropole de Lyon, entraîne l'augmentation systématique de la valeur boursière des actions du groupe sur les marchés financiers, et ce de plusieurs centaines d'euros par action. Cela se comprend aisément : la conclusion d'un important contrat de délégation avec un acteur public local qui l'est tout autant, pèse nécessairement sur la « valeur marchande » du délégataire, auprès de ses concurrents dont il se distingue. Cette valeur immatérielle générée par la relation contractuelle avec l'acteur public local constitue clairement un actif immatériel que l'opérateur économique de droit privé pourrait tout à fait prendre en considération, ne serait-ce que sur le plan du démarcage de ses concurrents. Par ailleurs, il n'est absolument pas inique de penser que cette « survaleur » est notamment générée grâce à l'image markéting de la collectivité territoriale ne serait-ce que sur sa propre population. Dès lors, ne serait-t-il pas opportun que la collectivité territoriale en question puisse partager les bénéfices de cette « survaleur » avec l'opérateur économique de droit privé ?

Mais au-delà de cette illustration, qui est loin d'être représentative, la question se pose de l'évaluation et de l'intégration comptable de ces actifs immatériels dits publics au sein même du contrat de délégation de service public. En d'autres termes, de manière tout à fait paradoxale, comment se matérialisent-t-ils dans l'économie du contrat ? L'existence même de ces questionnements démontre avec brio, si cela eût été nécessaire, que désormais, la seule question de l'existence d'actifs immatériels publics dans les contrats de délégation de service public ne se pose plus : elle est acquise. Autrement dit, comme le soulignera très bien Jean-Baptiste Vila, les questions qui se posent ne sont plus celles de l'intégration de ces actifs immatériels au sein des contrats administratifs, mais plutôt celles du moment à partir duquel ils sont intégrés, et surtout, celles de savoir comment ils le sont. On l'aura compris, si les actifs immatériels, notamment ceux générés dans le cadre de contrats de délégation de service public, appellent beaucoup de questions et peu de réponses (pour déformer des propos tenus par le Vice-Président

du Conseil d'Etat Jean-Marc Sauvé), il est tout de même possible de fonder le raisonnement sur une double conviction :

- ***D'abord, les actifs immatériels publics sont absolument compatibles avec le processus de gestion d'un contrat. Autrement dit, il est possible de les intégrer à ce processus de gestion, de faire en sorte que la formation et l'exécution d'un contrat administratif intègrent des actifs immatériels publics générés par lui ;***

- ***Ensuite, et dans le prolongement de ce qui a déjà pu être dit, non seulement les actifs immatériels participent de l'économie du contrat, participent à l'équilibre économique contractuel, mais aussi, apparaissent comme de « véritables vecteurs de maîtrise de cet équilibre »[406].***

La nécessité d'identifier (A) et d'évaluer (B) ces actifs prend alors tout son sens.

## A. DES ACTIFS IDENTIFIES

La doctrine s'est essayée à dégager des critères d'identification des actifs immatériels publics générés par les contrats de délégation de service public passés par les collectivités territoriales. Confrontée à la difficulté réelle de l'absence de définition conceptuelle de la notion, l'exercice théorique (1) s'est en réalité révélé bien plus complexe que l'exercice pratique (2) qui est, lui, guidé par une approche fonctionnelle.

### 1. SUR LE PLAN THEORIQUE

Comme précédemment démontré, à l'heure actuelle, l'approche économique de la notion d'actif immatériel semble bien plus évidente que son approche juridique, en particulier prise dans sa dimension publique et administrative. En effet, il est plus facile pour un économiste de voir dans les actifs immatériels, des facteurs de parts de marché, voire même des facteurs de bien qui, de manière stratégique, fondent la valeur de l'opérateur privé dans un contexte concurrentiel. En revanche, il est déjà bien plus complexe pour un juriste, publiciste et contractualiste, de voir dans les actifs immatériels de DSP, ne serait-ce qu'un « facteur de bien ». Néanmoins, juristes et économistes s'accordent à dire qu'il existe bien un patrimoine

[406] Jean-Baptiste Vila, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

immatériel public. Le problème est que l'on ne sait pas très bien dans laquelle de leurs acceptions, dans laquelle de leurs dimensions, les notions de « patrimoine public immatériel local » et « d'actifs immatériels » pourraient interagir avec les contrats de DSP. Autrement dit, la définition de l'actif immatériel dans le cadre d'une DSP reste encore à déterminer. La doctrine s'est alors risquée à poser deux critères d'identification de l'actif immatériel généré par un contrat de délégation de service public, à savoir :

- ***Un critère organique ; et,***
- ***Un critère matériel, ou alors, la « titularité d'un droit ».***

Fondamentalement, il n'y a là rien de bien différent avec les critères doctrinaux classiques d'identification de l'action administrative, ou encore, du caractère administratif d'un contrat. La seule distinction notable réside sans doute dans le second critère, offrant l'alternative entre l'aspect matériel, et la « titularité d'un droit ». Si le concept d'être titulaire d'un droit (d'occupation du domaine public par exemple) se comprend aisément, il serait plus complexe en revanche de voir en quoi il pourrait aider à l'identification d'un actif immatériel généré par un contrat de délégation de service public, alors qu'il pourrait très bien constituer à lui seul cet actif immatériel.

En réalité, il s'agit là d'une reprise doctrinale de la proposition du Vice-Président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, qui, dans son discours de 2012, proposa une classification fort intéressante des actifs immatériels générés par les contrats de DSP. Ainsi, il en existerait selon lui quatre catégories principales, à savoir :

- ***Les actifs immatériels[407] étant l'objet d'un service public ;***
- ***Les actifs immatériels étant le produit d'un service public ;***
- ***Les actifs immatériels étant le support d'un service public ; et enfin,***
- ***Les droits et autorisations accordés par une personne publique.***

Si cette identification est dépourvue de toute approche conceptuelle, elle a au moins pour mérite de dissiper, ne serait-ce qu'un tant soit peu, l'épais brouillard entourant la notion d'actifs immatériels générés par les DSP, *a minima* sur le plan fonctionnel. Les contours de la notion se

[407] Parler « d'actifs immatériels » dans la présente description est en réalité une précaution prise par la présente étude. En effet, le Premier vice-président, pour sa part, allait encore plus loin en parlant de « biens immatériels », avec l'ensemble des débats entourant cette qualification juridique de biens d'une « immatérialité publique », et qui ont été précédemment étudiés.

dessinent, et cette identification présente alors un intérêt pratique certain (2).

## 2. SUR LE PLAN PRATIQUE

Si l'on devait reprendre la quadruple distinction détaillée ci-dessus, il serait possible d'identifier, parmi les actifs immatériels étant l'objet d'un service public, les actifs comme les archives publiques numérisées, ou encore, les données d'exploitation d'un service public. Concernant les premières, elles posent une vraie question en matière de DSP. En effet, il a été précédemment affirmé que les archives publiques numérisées étaient bel et bien des données publiques, donc relevant du domaine privé de la collectivité territoriale. Mais précisément, constater que ces archives relèvent de la domanialité privée, c'est leur reconnaître le préalable nécessaire de la propriété publique. Dès lors, les étudier au sein des actifs immatériels générés par les contrats de délégation de service public eux-mêmes insérés parmi les actifs immatériels s'affranchissant de toute propriété publique, ne relèverait-il pas d'un non-sens ? En réalité, cela serait dans une sorte de démembrement du droit de propriété publique que la présente argumentation trouverait une assise sérieuse. En effet, alors qu'avec la question de la domanialité privée, c'est le terrain de la propriété de l'actif qui est occupé, en matière de DSP, c'est en revanche sous l'angle de la gestion de ces actifs que la problématique est observée. Par conséquent, cela démontre clairement que les aspects d'étude du patrimoine immatériel local, loin d'obéir à une logique de séparation étanche, présente au contraire des connexions entre eux. Concernant les données d'exploitation d'un service public, les choses sont en revanche plus évidentes. Il s'agit d'évoquer ici les difficultés que pourraient par exemple générer les données récoltées par les nouveaux compteurs d'électricité, dits intelligents, LINKY. La problématique se pose avec d'autant plus de force que le service public de la distribution de l'électricité relève des collectivités territoriales. Précisément, en vertu de la charge de ce service public, les communes, ou alors, les Syndicats mixtes d'électrification départementaux (dans le cadre d'un transfert de compétence), sont propriétaires des compteurs d'électricité. Une propriété dont elles ou ils délèguent la gestion (dans la très grande majorité des cas, pour ne pas dire dans la totalité) à l'entreprise Enedis, anciennement ERDF, dans le cadre d'un contrat de DSP. Ayant une vision « monopolisante » du service public, la France a été condamnée à de très nombreuses reprises par la CJUE, dont la jurisprudence, appuyée par les textes de l'Union, « plaide » pour une libéralisation de ces services, que pour sa part, elle considère comme de véritables marchés. S'il ne s'agit pas ici de revenir sur la conception européenne de « service d'intérêt économique général » (SIEG), qui s'oppose clairement à la conception française du service public, il est nécessaire de rappeler que plusieurs textes européens ont imposé aux Etats

membres la libéralisation de leur marché respectif de la production de l'électricité. Après avoir longtemps hésitée la France a procédé à une telle libéralisation, d'où la présence sur le marché national de la production d'électricité de certains géants comme Engie ou Direct énergie, aux côté de la traditionnelle EDF. Pourtant, cela n'a visiblement pas suffi à la satisfaction des institutions de l'Union européenne qui, tout en félicitant la France de l'effort fourni, lui reprochent néanmoins, de par la vétusté de ses compteurs électriques, de ne pas mettre ses administrés (pour ne pas dire ses consommateurs…) en mesure de changer librement de fournisseur. Autrement dit, l'Union reprochait à la France de « fausser le jeu de la concurrence » en ayant certes libéralisé le marché de l'électricité, tout en empêchant techniquement la « libre circulation » des consommateurs d'un distributeur à un autre. Les collectivités territoriales ont alors demandé à leur concessionnaire, Enedis, de remplacer les actuels compteurs d'électricité, par de nouveaux, dits intelligents, et permettant cette fois au consommateur d'électricité de basculer plus facilement vers le distributeur le plus offrant. Au passage, Enedis en a profité pour considérablement moderniser leurs installations, puisque les nouveaux compteurs LINKY permettent notamment d'avoir, non plus une estimation, mais l'exacte consommation électrique d'un local, le tout réalisé par télé-relève. S'il ne s'agit pas, dans le cadre de la présente étude, de débattre sur la dangerosité ou non de ces nouveaux compteurs sur la santé humaine (en raison de leurs émissions électromagnétiques), ou bien sur leur impact en matière de vie privée, ou encore sur leur faculté de pouvoir constater une consommation électrique anormale d'un local révélatrice de la commission d'une infraction pénale (cela n'est pas une hypothèse d'école), plus intéressante est en revanche la question du statut des données de consommation électrique ainsi collectées par le concessionnaire. A qui de telles données, générées dans le cadre d'un contrat de DSP, peuvent-elles bien appartenir ? Appartiennent-elles à la collectivité territoriale propriétaire des compteurs, ou bien, appartiennent-elles au concessionnaire Enedis en charge de l'installation et de la gestion de ces compteurs ? Et si elles n'appartiennent à personne, va-t-on assister à une revendication de la propriété de ces données par les distributeurs d'électricité, sur le fondement pas toujours légitime de la propriété privée ? Ces questions méritent d'être posées, car en fonction du scénario envisagé, les incidences pratiques passent de très importantes à considérables. Si l'on tranche en faveur de la propriété de ces données immatérielles aux collectivités territoriales ou à leur concessionnaire, la problématique posée sera celle de leur éventuelle qualification en données publiques. Comme il a été vu dans les pages précédentes, une telle qualification entraînerait dès lors leur mise à disposition gratuite à tout le monde, en échange de la simple signature d'un contrat de licence libre à la régulation quasi-nulle. Dans une telle hypothèse, les communes verraient ainsi échapper de leur giron une

source de revenus à la valeur inestimable. A l'inverse, si la propriété de ces données, éventuellement revendiquées par les distributeurs d'électricité, est obtenue sur le fondement de la propriété privée, il est certain que la valeur boursière de ces distributeurs s'envolera comme étant détenteurs d'une richesse immatérielle inestimable, d'une « matière première précieuse », leur permettant simultanément de se les vendre, de se les échanger au gré du marché, mais plus encore, d'être en mesure de proposer sans cesse une offre commerciale au plus proche des besoins du consommateur. Ce dernier trouvera alors dans le service proposé une performance certaine, et la création de valeur se fait ainsi sur la multitude. Sauf que dans un tel scénario, le retour pour les communes est complètement inexistant, les données ainsi collectées profitant aux seuls opérateurs de droit privé. On le voit, les actifs immatériels générés dans le cadre de contrats de DSP posent de véritables questions qu'il appartiendra au législateur de trancher.

Concernant en deuxième lieu, les actifs immatériels étant le produit d'un service public, ils visent essentiellement les actifs susceptibles d'être générés par l'exploitation du service. Pour sa part, Jean-Baptiste Vila parlera « d'actifs étant la conséquence du service public ». L'exemple constamment cité en la matière, du moins pour le peu qu'elle est abordée, est celui d'Autolib. Mis en place par l'intercommunalité de Paris, Autolib est un service public visant la libre mise à disposition de voitures électriques au profit des usagers. Lancé en 2011, ledit service a été délégué à Bolloré, important groupe français de dimension internationale, spécialisé dans la logistique, le transport et la communication. Connaissant un succès certain, Autolib dispose aujourd'hui d'une flotte composée de 4 000 véhicules, pour 1 000 stations de mise à disposition et de rechargement réparties, et donc, desservant près d'une centaine de communes de l'agglomération parisienne. Naturellement, l'approche matérielle de ce service public est juridiquement couverte par la domanialité publique, avec toutes les caractéristiques du contrat de DSP, comme la mise à disposition des biens objet du service au concessionnaire, rémunération par l'usager, etc. Mais « que serait Autolib sans la marque Autolib ? »[408], la question mérite d'être posée. En effet, voilà bien l'exemple d'un actif immatériel clairement généré par le contrat de DSP et étant précisément la conséquence du service public ainsi créé. Par conséquent, le dépôt à titre de marque du nom du service public lui-même se justifie pleinement. Non seulement pour des raisons de protection du service, mais aussi, pour en permettre l'exploitation pérenne. Comme précédemment énoncé, la création de la marque de

[408] Jean-Baptiste Vila, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

territoire est clairement l'aboutissement d'une stratégie préalable. *A contrario,* quelle serait la conséquence sur l'équilibre économique contractuel de la DSP, si l'agglomération de Paris, oubliant de réfléchir à la protection de son service, se trouvait confrontée à un tiers peu scrupuleux déposant la marque Autolib pour un service similaire ? Le cocontractant de l'administration, soit le groupe Bolloré, se retrouverait alors dans une situation économique complexe, bien avant que la saisine des juges ne rétablisse la situation. Par ailleurs, dans une telle hypothèse, une indemnisation du cocontractant de l'administration, par l'administration elle-même, serait-elle envisageable ? Tout permet de le penser. En effet, si le propre du contrat administratif est d'être déséquilibré d'un point de vue personnel, en ce sens que l'administration dispose de larges pouvoirs au détriment de son cocontractant, d'un point de vue économique en revanche, la mise en œuvre de ces prérogatives de puissance publique entraîne une indemnisation systématique du concessionnaire : d'un point de vue économique, l'équilibre du contrat administratif entre l'administration et son cocontractant est donc bien réel. L'enregistrement préalable d'une marque visant la valorisation et la protection d'une politique publique ou d'un service public, est le préliminaire nécessaire que doit entreprendre toute collectivité territoriale. La démarche permet une protection en amont du contrat de DSP, contrairement à une approche contentieuse offrant une protection en aval et au résultat bien plus aléatoire. Il est alors assez surprenant de constater que l'approche immatérielle du contrat de DSP, paradoxalement bien concrète, soit l'exclusivité de la domanialité privée des acteurs publics locaux. Au travers du prisme du droit des contrats administratifs, lequel offre donc une ouverture certaine, ne serait-il pas plus judicieux de réfléchir à une protection spécialement adaptée à l'immatériel public ? De même, l'exclusion d'un tel actif immatériel de la domanialité publique, si elle peut se comprendre, doit-elle en revanche se montrer catégorique ?

Concernant en troisième lieu, et bien plus brièvement, les actifs immatériels étant le support d'un service public, le meilleur exemple est encore celui des ondes hertziennes. En effet, si leur domanialité publique, au statut très particulier, résulte de la loi, il est tout à fait possible de considérer que les ondes hertziennes sont le support du service public radiophonique. La particularité de ces ondes ayant déjà été abordée, elle n'appelle plus ici de développements particuliers, mais illustre parfaitement cette catégorie que Jean-Marc Sauvé a fait le choix de présenter comme les « biens immatériels étant le support du service public ».

Concernant enfin les droits et autorisations accordées par les acteurs publics locaux, il ne s'agit ni plus ni moins que des diverses autorisations susceptibles d'être accordées à un concessionnaire pour la bonne exécution de sa mission de service public.

Toutefois, aussi intéressante que puisse être la classification des actifs immatériels générés par des contrats de DSP telle que proposée par le Vice-Président du Conseil d'Etat, elle n'est malheureusement pas celle retenue par le droit positif. En effet, alors même que le droit des concessions et le triptyque qui l'anime, auraient pu connaître une certaine érosion en ce début de XXI$^{ème}$ siècle, l'Assemblée du Conseil d'Etat a rendu en la matière un arrêt, à savoir, la jurisprudence *Commune de Douai* du 21 décembre 2012[409]. Cette décision synthétise, et donc, réaffirme le droit prétorien des concessions jusque-là établi avec tellement de force, qu'elle est présentée comme étant la décision fondatrice de ce droit des concessions au prix d'un bouleversement historique. Les trois théories qui l'animent ont alors vu leur autorité réinvestie par le juge administratif, faisant ainsi mentir les critiques doctrinales leur étant adressées, en particulier pour les biens de retour. C'est ainsi que l'on retrouve, au sein même des contrats de DSP :

- ***La théorie des biens propres ;***
- ***La théorie des biens de retour ;***
- ***La théorie des biens de reprise.***

Par conséquent, il n'est pas difficile d'observer que le droit des concessions est un droit des biens matériels, éludant complètement la question des actifs immatériels générés par les contrats de DSP. De sorte qu'il n'est pas évident du tout de concevoir une prise en compte et une classification des actifs immatériels publics locaux au sein même de cette triple théorie réaffirmée par le Conseil d'Etat. Il en résulte une réelle difficulté pratique pour les acteurs publics locaux qui n'arrivent pas à chiffrer, à évaluer, à comptabiliser au sein de leurs contrats, ces actifs immatériels, dont l'identification et l'existence sont pourtant clairement avérées (B).

## B. DES ACTIFS A EVALUER

Contre toute attente, la problématique de l'évaluation des actifs immatériels publics locaux obéit à un syllogisme bien regrettable. En effet, il a précédemment été démontré que les actifs immatériels peuvent être intégrés à la gestion d'un contrat de DSP. Plus encore, il a été démontré que les actifs immatériels apparaissent comme de véritables vecteurs de maîtrise de l'équilibre économique du contrat. Par conséquent, il serait possible d'affirmer, de manière corollaire, que lorsque des actifs immatériels sont générés par des contrats de DSP, ils doivent

[409] CE, Ass., 21/12/2012, *Commune de Douai c/ Société Saint-Quentinoise d'Eclairage,* concl. DACOSTA (B.) ; *AJDA,* 4 mars 2013, p. 457, note DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.).

alors être intégrés au processus de gestion du contrat. Or, c'est précisément à ce niveau d'abstraction du raisonnement qu'intervient la problématique de l'évaluation comptable et financière des actifs immatériels : d'un point de vue pratique, cette évaluation comptable est impossible à l'heure actuelle. Cette impossibilité de leur évaluation financière empêche leur comptabilisation dans le processus de gestion du contrat (1), ce qui par voie de conséquence, produit nécessairement un impact sur l'équilibre économique du contrat de DSP (2). En résumé, les actifs immatériels publics sont absents de l'équilibre économique contractuel, lequel n'est donc pas totalement maîtrisé. Par ailleurs, il s'agit là d'un euphémisme, dans la mesure où cette absence peut, à elle seule, véritablement déséquilibrer l'économie du contrat[410]. Au surplus, il ne s'agit pas là d'hypothèses d'école : les collectivités territoriales sont actuellement confrontées à cette difficulté de manière bien concrète (3).

## 1. LA DIFFICULTE D'UNE INTEGRATION COMPTABLE

A l'image de la difficulté rencontrée par l'identification des actifs immatériels générés par un contrat de DSP, celle de leur intégration comptable puise également sa source dans l'absence d'une définition conceptuelle. On le voit, de nombreuses problématiques sont intiment liées à l'absence de conceptualisation, très handicapante, de la notion d'actif immatériel. Cette observation démontre avec force, si cela eût encore été nécessaire, qu'il serait grand temps que le législateur, *a minima* le juge, prenne enfin position sur le sujet. En effet, à l'image d'autres notions et concepts qui se sont construits avec le temps et les besoins sociétaux, le patrimoine immatériel des collectivités territoriales est aujourd'hui arrivé à un stade critique : le sujet ne semble pas encore suffisamment abouti, en termes financiers, pour susciter l'intérêt du législateur, en revanche, il l'est déjà suffisamment pour paralyser, voire anéantir, les relations contractuelles que les acteurs publics locaux sont susceptibles de passer. Le constat est d'autant plus paradoxal que l'approche économique de la notion d'actifs immatériels publics semble bien plus simple que leur intégration comptable.

Quel est alors le point névralgique de la difficulté ? Celui-ci se décompose en deux temps. En premier lieu, il faut bien garder à l'esprit que si tout actif immatériel a une valeur, en revanche, celle-ci ne se traduit pas systématiquement en argent[411]. Le capital naturel immatériel

[410] Cela sera d'ailleurs notamment le cas des contrats de marchés publics de prestations intellectuelles qui seront étudiés plus avant.

[411] Danièle Bourlange, Directrice de l'APIE, illustre parfaitement ce point.

local en est la preuve formelle. Autrement dit, et pour reprendre les termes de Jean-Baptiste Vila, il faut bien faire la distinction entre les actifs immatériels qui sont « mobilisables » et ceux qui ne le sont pas[412]. Cette distinction suppose donc au préalable que les actifs immatériels générés par les contrats de DSP soient clairement identifiés (or, ils ne le sont pas, le raisonnement s'enferme alors dans un cercle vicieux).

En second lieu, concernant les actifs immatériels « mobilisables », et identifiables en tant que tels, il existe un réel obstacle à leur évaluation financière et monétaire, et donc à leur intégration comptable au sein même de l'économie du contrat. En effet, et sans rentrer dans le détail des normes comptables que la présente étude n'a pas le privilège de maîtriser, il faut néanmoins souligner qu'il existe bien une norme comptable dédiée aux actifs immatériels. Par conséquent, en théorie, les actifs immatériels publics devraient être intégrés et comptabilisés au moyen de cette norme dédiée. Or, la difficulté vient du fait qu'en matière de contrats administratifs comprenant la réalisation d'un service public (ce qui est le cas des contrats de DSP), il existe une deuxième norme comptable qui oblige le contrat à se référer, non pas à la première norme consacrée aux actifs immatériels, mais à une troisième norme bien particulière. Le problème est que cette troisième norme bien particulière se trouve être uniquement consacrée aux biens corporels. Si l'on se risque dans un effort de synthèse, cela signifie que la comptabilisation des actifs immatériels publics, générés par un contrat de DSP, devrait se faire sur la base d'une norme dédiée aux biens corporels. Cette complexité est de nature à créer une inadéquation véritablement étanche entre la nature immatérielle des actifs publics locaux, et la norme utilisée pour les évaluer, rendant ainsi leur intégration comptable clairement impossible. De cette situation aberrante, Jean-Baptiste Vila tirera la conclusion suivante : *« A tout le moins, avant de s'occuper de la valorisation de ces actifs immatériels issus des contrats de DSP, encore faudrait-il au préalable cerner ou disposer des moyens pour les intégrer au plan comptable »*. Ainsi, cette étape préalable est d'autant plus importante qu'elle conditionne véritablement l'équilibre économique du contrat de DSP (2).

## 2. UN EQUILIBRE ECONOMIQUE CONTRACTUEL FRAGILISE

Le paradoxe de l'équilibre économique du contrat, en l'occurrence de DSP, c'est qu'il peut apparaître comme une notion floue, théorique et imprécise, destinée à de la pure pédagogie,

[412] Jean-Baptiste Vila, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

alors qu'en réalité, c'est véritablement cet équilibre qui conditionne la viabilité du contrat administratif, bien au-delà de ses procédures très formelles de passation. Dès lors, en matière de patrimoine immatériel des collectivités territoriales, une double question se pose :

- ***Que doit-on entendre par « équilibre économique du contrat » ? ;***
- ***En quoi les actifs immatériels publics locaux sont-ils susceptibles d'influer sur cet équilibre ?***

Durant de très nombreuses années, l'équilibre économique est resté latent au contrat administratif. En effet, il demeurait cantonné à ce qu'il serait possible d'appeler le « subconscient administratif », en ce sens qu'un contrat administratif devait nécessairement être économiquement équilibré pour entraîner l'adhésion de l'opérateur de droit privé, futur cocontractant. En synthèse, cet équilibre économique du contrat relevait de l'évidence. A tel point que plusieurs décennies durant, la loi s'est concentrée sur le strict encadrement des procédures de passation des contrats de DSP. Le fondement de la démarche résidait dans le postulat malheureusement erroné que si les procédures de passation des contrats de DSP étaient strictement encadrées, alors l'économie de ces contrats suivrait d'elle-même. Puis, subrepticement, la pratique a vu naître de nombreux contentieux notamment liés à l'exécution des contrats de DSP. En effet, les cocontractants de l'administration, en raison d'une relation contractuelle devenue pour eux économiquement intenable, n'ont plus hésité à saisir le juge administratif, afin qu'il les « libère » de leurs engagements, ou à tous le moins, qu'il condamne l'administration contractante à leur verser des indemnités précisément destinées à rétablir cet équilibre économique perdu. Confronté à une situation de plus en plus récurrente, la jurisprudence, aidée de la doctrine, s'est alors essayer à fixer une fois pour toutes les critères en fonction desquels un contrat de DSP pouvait être conclu, et susceptibles de refléter désormais une prise en considération tout à fait réelle de l'économie du contrat. C'est ainsi qu'au travers de la jurisprudence *Société Maison Comba* de 2009[413], le juge administratif a pu considérer que l'équilibre économique d'un contrat de DSP, et donc sa conclusion, prenait nécessairement en considération :

- ***Le tarif payé par l'usager du service public ;***
- ***La durée du contrat ;***
- ***Les investissements et les obligations mises à la charge du cocontractant par***

[413] CE, 11/08/2009, *Société Maison Comba,* n° 303517.

***l'administration ; et,***

- ***La marge réalisée par le cocontractant de l'administration.***

Autrement dit, ces quatre critères définissent, identifient, conceptualisent la notion d'équilibre économique contractuel.

Dès lors, il n'est plus très difficile de s'apercevoir en quoi les actifs immatériels publics locaux peuvent influer sur cet équilibre, et plus exactement, à quel niveau de précision ils peuvent s'y situer. En effet, les actifs immatériels, du moins ceux « mobilisables », sont « une résultante » des investissements réalisés par le cocontractant dans le cadre du contrat de DSP[414]. Une résultante des investissements, par conséquent tout à fait susceptible d'impacter l'économie du contrat, « d'en constituer une base de calcul », et donc, d'en maîtriser et d'en conditionner l'équilibre. De sorte qu'exclure les actifs immatériels locaux, pour impossibilité d'intégration comptable, de cette base de calcul, c'est alors exposer dangereusement le contrat de DSP à un risque d'aléa économique élevé. A titre d'illustration, exclure de la passation d'un contrat de DSP les investissements susceptibles d'être réalisés par le cocontractant pour le dépôt, l'enregistrement, et surtout, l'exploitation d'une marque, c'est exposer la relation contractuelle à un risque d'aléa fort d'usurpation de la marque par un tiers. Précisément, en fonction de la popularité du service public ainsi exécuté par le concessionnaire, le temps que cette usurpation soit reconnue par le juge est clairement de nature à anéantir la viabilité économique de l'accord contractuel ainsi passé. Pour reprendre ce qui a déjà pu être dit dans les pages précédentes, que serait Autolib, sans la marque Autolib ? Malheureusement, ces difficultés pratiques sont bien connues des collectivités territoriales (3).

### 3. UNE FRAGILITE GENERATRICE DE DIFFICULTES PRATIQUES

Ici, il ne s'agit pas de se livrer à la construction de simulations théoriques destinées à anticiper ce que pourraient être les difficultés éprouvées par les collectivités territoriales en matière d'actifs immatériels générés par les contrats de DSP. L'objet est précisément inverse en exposant et en offrant une « tribune de quelques pages » aux acteurs locaux, publics et privés, qui ont déjà connu et connaissent encore des complications concrètes, générées par la question des actifs immatériels de DSP. Autrement dit, les témoignages qui vont suivre sont le réel signal

[414] Jean-Baptiste Vila, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

d'alerte lancé par les collectivités territoriales et les opérateurs économiques de droit privé au législateur, afin que celui-ci se saisisse enfin de la problématique et y apporte une réponse claire. Aussi, afin d'avoir ne serait-ce qu'une vision globale de cette problématique, deux illustrations seront abordées : d'une part, celle des difficultés rencontrées par un Etablissement Public de Coopération Intercommunale dont le nom sera passé sous silence, et d'autre part, celle des difficultés rencontrées par un opérateur économique de droit privé, à savoir, le cabinet juridique KG1 opérant sur Bordeaux.

Concernant tout d'abord l'EPCI, sa Responsable des affaires juridiques a fait part, lors du Colloque relatif à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques, tenu à Bordeaux le 23 septembre 2016, d'une situation très pragmatique. Cet EPCI avait décidé de confier à une société publique, dans le cadre d'un contrat de DSP, un certain nombre de fonctions et de missions dans le domaine du tourisme. La société publique en question valorisait ses actions commerciales par le biais de sites internet et de ventes en ligne. Bien évidemment, ces sites se sont construits sur la base de fichiers de données qui ont été transférés des anciens Offices de tourisme aujourd'hui disparus, mais autrefois gérés en régie par l'EPCI, à la société publique concessionnaire. Lorsque, dans ce cadre, la collectivité territoriale a souhaité valoriser et exploiter ces données, que cela soit par la création de logos ou de marques, dans l'objectif d'un transfert à la société concessionnaire, elle s'est alors heurtée à un problème de taille, dans la mesure où le droit positif ne permettait pas, selon la Responsable, un tel transfert de la collectivité vers la société. La « solution » pour l'EPCI a alors été de demander à son expert-comptable jusqu'à combien il serait possible de valoriser ces fichiers de données, à quel prix, afin que cette valeur monétaire puisse être intégrer à la dotation prévue au contrat. En l'état des textes, inexistants en la matière, il n'y avait là rien de légal ou d'illégal, mais précisément en raison d'un tel « bidouillage », pour reprendre la trivialité de la Responsable des affaires juridiques de l'EPCI, *« il sera un jour utile de modifier les choses »*. D'autant plus qu'elle se posait la question, au demeurant très juste, des risques encourus par la collectivité et ses agents publics dans la mise en œuvre de telles pratiques. Au sens de la présente étude, les risques sont doubles. D'une part, existe un risque lié à l'exécution du contrat de DSP, lequel, dans cette situation fait notamment (mais pas seulement) courir le danger de l'absence de toute valorisation et de toute protection des actifs immatériels ainsi transférés. D'autre part, existe le risque bien plus préoccupant de la responsabilité et du probable contentieux que serait susceptible d'engendrer un tel « bidouillage ». Certes cela permettrait sans doute au juge administratif de prendre position sur la question, et ainsi d'offrir un premier début de réponse,

mais il n'est pas certain que les collectivités territoriales, ou même leurs agents, soient prêts à s'exposer autant pour de simples précisions jurisprudentielles. Ainsi, on le voit, le besoin des acteurs publics locaux en la matière est bien réel.

Concernant en second lieu le cabinet KG1, cet opérateur économique de droit privé s'est, pour sa part, trouvé confronté à une difficulté « fiscale » des actifs immatériels générés par les contrats de délégation de service public. Il explique en effet qu'en matière d'autorisations données par les personnes publiques à leurs concessionnaires, il n'en n'existe pas à l'heure actuelle de possibilité de valorisation fiscale. Autrement dit, lorsqu'une administration délivre une autorisation d'occupation du domaine public, celle-ci a en réalité bien du mal, sur le plan fiscal, à se défaire du droit matériel du domaine public avec lequel donc elle se fusionne. La difficulté pratique réside notamment dans le fait que dans le calcul de la valeur ajoutée de l'entreprise concessionnaire, celle-ci n'arrive pas à déduire l'actif immatériel de l'autorisation domaniale. Or, cela pose un problème dans la mesure où l'entreprise, dans le tarif qu'elle propose à l'usager et le prix qu'elle demande à la collectivité territoriale concédante, intègre très clairement la valeur de cette autorisation domaniale. Aussi, le constat particulièrement sévère du représentant du cabinet KG1 n'a rien de bien surprenant :

*« Je pense que là, il y a une difficulté dont on ne sait pas bien comment la résoudre, ou en tout cas, c'est peut-être nos organismes fiscaux qui ne veulent pas faire preuve d'une certaine modernité, mais aujourd'hui, l'administration fiscale, concrètement, ne reconnaît pas l'autorisation administrative comme un actif immatériel valorisable […] ».*

Ainsi, ce qui est dénoncé dans ces deux exemples, c'est bien l'absence d'une approche monétaire et fiscale des actifs immatériels générés par les contrats de délégation de service public. Une absence d'approche monétaire et fiscale qui n'est en réalité que la résultante logique d'une notion à la théorie non encore stabilisée. Pourtant, force est de constater qu'elle est déjà génératrice de difficultés pratiques, et dont l'absence de solutions immédiates est particulièrement frustrante, notamment sur le plan de l'économie du contrat. A tel point, que dans le cadre du colloque relatif à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques, lorsque le représentant du cabinet KG1 avait apporté son témoignage, aucun des intervenants en présence n'a su lui répondre. Quoi de plus normal : le cadre juridique et comptable en la matière est inexistant. En revanche, il semble légèrement plus élaboré concernant les contrats de la commande publique (§2).

## §2 – LES ACTIFS IMMATERIELS GENERES PAR LES MARCHES PUBLICS

Comme précédemment énoncé, la très grande majorité des actifs immatériels publics locaux sont issus de la passation de contrats administratifs. Cela est notamment vrai pour les marchés publics dans la mesure où ils constituent encore à l'heure actuelle la modalité majeure de contractualisation, pour un poids sur l'économie de plus de 80 milliards d'euros. En effet, lorsqu'une collectivité territoriale souhaite, dans le cadre d'une stratégie opérationnelle de markéting, comme précédemment abordée, déposer une marque symbolisant par exemple une politique publique (« ma ville, plus belle, plus propre, plus sûre »), il est extrêmement rare qu'elle accomplisse la démarche en régie. Dans la très grande majorité des cas, elle fera appel à un prestataire, qui lui construira alors une identité industrielle, une identité graphique, en fonction de ses besoins. Dans ce type de marché, en l'occurrence de prestation intellectuelle, si l'acheteur public local ne pense pas à se faire céder l'exclusivité de l'exploitation de la marque ou du logo ainsi élaborés, cela risque d'être très onéreux et très compliqué par la suite. Autre exemple encore plus dévastateur et malheureusement trop fréquent : il s'agit des marchés publics de maîtrise d'œuvre d'architectes visant la construction d'un bâtiment public, et dans lesquels, là encore dans la très grande majorité des cas, la commune, l'EPCI, le département ou la Région, oublient de se faire céder les droits d'auteur sur l'image du futur bâtiment. Dès lors, dans le cadre d'une exploitation commerciale de cette image, à qui reviennent les redevances ? A l'architecte… Comme il sera vu, cet exemple est loin de constituer une hypothèse d'école. En effet, en matière d'actifs immatériels générés par les marchés publics, la négligence d'une approche théorie préalable (A) conduit les collectivités territoriales a de nombreuses dérives pratiques (B). L'importance de l'enjeu en la matière est donc particulièrement visible.

### A. LA NEGLIGENCE D'UNE APPROCHE THEORIE PREALABLE

Il serait bien regrettable de tomber dans l'écueil de croire que les problématiques relatives aux actifs immatériels ne concerneraient que les seuls marchés publics de prestations intellectuelles, ou encore, ceux de maîtrise d'œuvre. En réalité, elles concernent aussi bien :

- ***Les marchés publics de prestation intellectuelle (lesquels font même l'objet d'un texte spécial, à savoir, l'arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des***

***clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestation intellectuelle[415], dit CCAG-PI) ;***

- ***Les marchés de maîtrise d'œuvre ;***
- ***Les marchés de communication ;***
- ***Les marchés d'innovation ;***
- ***Etc.***

Or, il faut bien comprendre que l'ensemble de ces marchés sont régis par un cadre bien précis qui est celui de l'intérêt général, et qui enferme donc l'action administrative locale. Autrement dit, en matière d'actifs immatériels générés par les marchés publics, il ne s'agit pas de plaider pour une réservation complète et systématique, par la personne publique, des droits de propriété intellectuelle. Il est des cas effectivement, comme celui tout juste évoqué du dépôt de marque, où cette entière réservation, au vu de l'intérêt général, se justifie. Mais il est aussi des cas dans lesquels, au vu du même intérêt général, une réservation complète de ces droits par la personne publique est néfaste pour l'innovation et paralyse l'économie. Par exemple, si une collectivité territoriale se fait céder l'intégralité des droits d'un dispositif innovant mis au point par une petite ou moyenne entreprise, celle-ci ne sera alors plus en mesure de l'exploiter, ce qui contrarie l'objectif de l'innovation dans l'économie. Par conséquent, la notion d'intérêt général, qui détermine le degré adéquat de réservation, doit bien être compris « dans toutes ses dimensions » : s'il s'agit bien d'une notion fonctionnelle du droit administratif, en réalité, il s'agit d'une notion protéiforme, multiforme, multidimensionnelle, quand bien même, ces dimensions ne servent pas toujours un objectif monétaire[416]. Protéger l'image d'un bien public et en assurer une juste exploitation, c'est servir l'intérêt général, mais favoriser l'innovation, quand bien même ne se love pas derrière un objectif financier pour la personne publique locale, c'est aussi servir l'intérêt général (bénéfices socio-économiques). Il s'agit d'un élément de raisonnement qu'il faut bien garder à l'esprit, car le droit de la commande publique, en

[415] Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestation intellectuelle, *JORF* n° 0240, 16 octobre 2009, p. 16958.

[416] Danièle Bourlange, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

particulier dans le domaine de l'immatériel, *« ne doit pas s'envisager dans une logique pleinement propriétaire »*[417].

En synthèse, en matière d'actifs immatériels générés par les marchés publics, il serait possible de parler d'échelle de protection de ces actifs immatériels. Les deux extrêmes de cette échelle de protection seraient d'une part, la pleine propriété des droits par la personne publique locale, et d'autre part, une propriété limitée de ces droits, toujours dans une recherche continue de protection optimale. En effet, la pleine propriété de certains actifs immatériels générés par certains marchés publics se ferait au détriment d'une protection efficace. Alors qu'une propriété limitée aurait à l'inverse très bien pu remplir cet objectif. *A contrario,* une protection optimale de certains de ces actifs immatériels se fait par la pleine propriété, alors qu'une propriété limitée n'offrirait qu'une protection qui le serait tout autant. Quel que soit l'emplacement du « curseur » sur cette échelle de protection, il doit toujours s'expliquer par une protection des actifs immatériels la plus adaptée possible. Précisément, selon Danièle Bourlage, le choix de l'emplacement de ce curseur de protection doit se faire en fonction de trois préoccupations, de trois considérations, à savoir :

- ***La satisfaction des besoins des personnes publiques ;***
- ***L'efficacité économique ;***
- ***Les externalités produites sur la sphère économique.***

Concernant en premier lieu, la satisfaction des besoins de la personne publique, locale en l'occurrence, la Directrice de l'APIE entend en réalité la satisfaction de ses besoins à court et à moyen terme. En effet, il faut bien garder à l'esprit que lorsqu'une collectivité territoriale se fait céder des droits de propriété intellectuelle dans le cadre d'un marché public, ces droits ne sont cédés qu'une seule fois et pour une certaine durée. Si l'acteur public local n'en anticipe pas les usages, autrement dit, n'anticipe pas ses besoins, elle prend alors le risque de se placer dans une position bien compliquée. A titre d'illustration, à l'heure du numérique et des applications mobiles, il est très fortement recommandé à l'acheteur public se faisant céder des droits pour la construction et/ou l'exploitation d'un site internet, de se faire céder également les droits lui permettant précisément de concevoir une application mobile. Autrement dit, si, lorsqu'il envisage de passer un marché public, l'acheteur public local doit bien évidemment

[417] Danièle Bourlange, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

concevoir avec précision ses besoins actuels, il doit également, par prudence, concevoir ses besoins prospectifs. Les clauses du marché doivent donc faire montre d'une extrême rigueur. A ce sujet, il convient toutefois d'apporter quelques précisions complémentaires. Vivant sans doute dans l'angoisse de l'oubli, certains acheteurs publics locaux ont alors fait leur, le discours selon lequel « nous achetons tous les droits, au moins nous sommes tranquilles ». Comme précédemment énoncé, la réservation systématique des droits peut se montrer particulièrement néfaste à de nombreux égards si elle n'est pas réfléchie en fonction des besoins de l'acheteur, de la nature du marché, et de l'objectif d'intérêt général recherché. En effet, non contente de faire monter le prix du marché, cette politique tend clairement au verrouillage tant redouté des actifs immatériels publics, et entraîne l'action administrative vers un étranglement progressif de l'économie locale. Par conséquent, les collectivités territoriales doivent rester vigilantes quant à la définition de leurs besoins.

Concernant en deuxième lieu, et corollairement, l'efficacité économique, il faut bien comprendre que plus la personne publique locale se fera céder de droits, plus le prix du marché aura tendance à être élevé. De sorte qu'il faut réellement sortir du postulat précédant consistant à dire que le prix élevé du marché, contre la totalité des droits, est en réalité celui de la tranquillité de la personne publique. Certes dans quelques cas, la cession la plus étendue de droits se justifie, et dans te tels cas le prix du marché aura alors tendance à rester stable, mais dans d'autres hypothèses, il s'agit d'une politique complètement inappropriée. Se faire céder un maximum de droits n'est pas forcément utile : il est autrement plus efficace pour la personne publique de faire du « sur-mesure », ce qui lui impose de définir, et donc de connaître, ses besoins avec précision.

Concernant en dernier lieu les externalités produites sur la sphère économique, il s'agit sans doute de la spécificité même des marchés publics générateurs d'actifs immatériels. En effet, selon Danièle Bourlange, en dépit de son objet, l'approche périphérique d'un marché public produira nécessairement ce qu'elle appelle des « externalités sur la sphère économique ». Ces externalités s'apprécient au regard du double objectif de libre accès des PME à la commande publique et de diffusion de l'innovation. A titre d'illustration, il est possible de citer l'exemple d'un marché public visant la création d'un logiciel fabriqué par un prestataire, et qui sera par la suite placé sous le régime des licences libres, c'est-à-dire plus concrètement, un accès gratuit de l'usager audit logiciel. Cette mise à disposition gratuite, plaidant pour une diffusion de l'innovation, présente donc un intérêt certain, une « externalité » inhérente au marché public. Toutefois, la conclusion de tels marchés suppose la rédaction de clauses

adaptées, et vient en général en complément d'un mouvement de valorisation ou de protection d'un actif matériel. Il n'y a là rien d'antinomique.

Ainsi, dans la conclusion de marchés publics générateurs d'actifs immatériels, l'acheteur public local doit être vigilant quant au degré de réservation, de protection, qu'il entend conférer à l'actif immatériel ainsi généré. Guidé par l'intérêt général, ce degré se détermine en fonction de la satisfaction des besoins de la personne publique, de l'efficacité économique du marché, et des externalités produites sur la sphère économique en général. La question des droits de propriété intellectuelle est donc centrale en matière de marchés publics, et constitue même un véritable enjeu du marché, à la fois pour la personne publique et pour son prestataire. Car derrière cette question des droits, c'est bien celle de l'équilibre économique contractuel, encore et toujours, qui se pose. Autrement dit, une stratégie d'acquisition de droits mal pensée, mal réfléchie, ou alors, des clauses mal rédigées, peuvent véritablement détruire l'économie du contrat. Notamment, la première conséquence d'un tel déséquilibre ou de telles imprécisions *ab initio* ont un effet répulsif des petits entrepreneurs qui n'entendent alors pas s'aventurer sur un terrain instable dès l'origine. Second point négatif des marchés publics mal conçus : Danièle Bourlange va jusqu'à affirmer que les négligences en matière d'équilibre ou de rédaction peuvent conduire à des marchés infructueux particulièrement néfastes pour l'économie. Raison pour laquelle le Gouvernement a récemment réaffirmé en la matière l'importance de la cohérence des clauses du marché avec les pratiques du secteur visé (communication, prestations informatiques, etc.)[418]. Il en va de la diffusion de l'innovation. Des dangers en matière d'actifs immatériels générés par les marchés publics qui, loin de n'être que pure théorie, sont en réalité bien concrets (B).

## B. LES CONSEQUENCES PRATIQUES : L'EXEMPLE DE LA VILLE DE PARIS

Malheureusement, la ville de Paris, notamment, a été confrontée à l'ensemble de ces difficultés, comme l'a expliqué en deux temps sa représentante Nina Bitoun, en charge du Bureau du patrimoine immatériel, lors du Colloque relatif à la valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques. Dans un premier temps, elle a expliqué les difficultés que les collectivités territoriales rencontraient dans le choix « cornélien » entre l'exclusivité des droits de propriété intellectuelle, et une acquisition limitée de ces droits. En effet, en matière de marchés publics mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle, existe un logiciel libre

[418] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *JORF* n° 0074, 27 mars 2016, p. 28.

appelé EBM. Ce logiciel permet aux collectivités territoriales, en tant qu'acheteurs publics, non seulement d'être informées sur des questions de propriété intellectuelle, mais surtout, de faciliter la passation de tels marchés. Notamment, il offre la possibilité à l'acheteur de choisir entre l'achat non exclusif des droits de propriété intellectuelle, dénommé l'option A, et l'achat exclusif de ces droits par la personne publique, dénommé l'option B. Toute la difficulté vient du fait que le Service de la commande publique de la commune coche mécaniquement, systématiquement, l'option B lors de la passation de marchés publics de prestations intellectuelles, adhérant ainsi au fameux discours de la « tranquillité » de l'exclusivité. Lorsque le dossier de marché arrive sur le Bureau du patrimoine immatériel, l'apport de celui-ci est en réalité bien mince, et sa marge de manœuvre en conséquence réduite, pour une double raison :

- ***D'une part, il faut savoir que l'achat exclusif des droits de propriété intellectuelle impose à l'acheteur public de préciser ces droits, de les expliquer, puis, d'en déterminer la durée et le mode d'exploitation :*** Il est vrai que si un tel rachat se fonde uniquement sur des motifs de « tranquillité publique », il sera alors particulièrement difficile pour la collectivité d'être plus précise dans la définition de ses besoins ;
- ***D'autre part, la sélection de l'option B entraîne la conviction que les droits de propriété intellectuelle visés par le Cahier des Clauses Administratives Générale de Propriété Intellectuelle (CCAG-PI) sont de facto acquis, alors que bien souvent, cela n'est pas le cas...***

Par conséquent, ces constats, au demeurant malheureux, se sont montrés particulièrement désastreux pour la ville de Paris. En effet, dans la passation de certains marchés publics, la commune a été amenée à sélectionner de manière complètement injustifiée l'option B, choix animé par l'intime croyance dans le caractère obligatoire de la sélection d'une telle option. Plus précisément, la ville de Paris est convaincue que le choix de l'exclusivité des droits de propriété intellectuelle est obligatoire. A l'inverse, il faut également savoir que dans le cadre de marchés publics mettant en jeu des droits de propriété intellectuelle, si aucune des deux options A ou B n'est sélectionnée par l'acheteur public, c'est alors l'option B qui s'applique par défaut ! La commune de Paris se retrouve ainsi avec de nombreux marchés publics complètement endurcis, conclus par le passé, et par conséquent, à la marge de manœuvre quasiment nulle. Dans un second temps, la représentante du Bureau du patrimoine immatériel de Paris, Nina Bitoun, explique que la ville s'est aussi trouvée confrontée à la problématique de l'image des biens publics, qui peut également se poser au travers de la passation de marchés publics. En effet, il est très fréquent qu'une collectivité territoriale, surtout de la taille de Paris, finance des ouvrages

publics, des bâtiments publics, gigantesques et extrêmement coûteux, mais oublient pourtant de s'en faire céder les droits d'auteur. Cela signifie qu'une fois la construction achevée, la collectivité territoriale sera dans l'impossibilité d'élaborer une stratégie d'exploitation ou même de protection du bâtiment puisqu'elle n'en aura pas les droits d'auteur qui, dans une telle hypothèse, reviennent le plus souvent à l'architecte. Cette seconde expérience appelle une importante observation : un marché public doit être réfléchi et pensé à tous les stades de son existence. Autrement dit, il doit d'abord être réfléchi au stade de sa formation par l'exacte définition des besoins de la personne publique notamment. Il doit ensuite être réfléchi au stade de son exécution. Mais aussi, voire surtout, il doit être réfléchi au stade de son « extinction », c'est-à-dire que la collectivité territoriale doit absolument anticiper ce qui se passera après la construction, à l'issue du marché. Il s'agit là d'un aspect tout à fait central en matière de contrats administratifs susceptibles de mettre en jeu des droits de propriété intellectuelle. Cela permettrait notamment aux collectivités territoriales de se construire un véritable patrimoine immatériel financé sur des fonds publics, et de pouvoir en assurer une meilleure protection, ainsi qu'une meilleure valorisation. Il est toujours regrettable en effet pour un acteur public local de se priver de bénéfices générés par des contrats, et les constructions qui en résultent, pour finalement se contenter de leur seul intérêt public[419].

Ainsi, le phénomène est bien visible : loin d'incarner de simples propos relevant de la pure prospection, la question des actifs immatériels générés par les marchés publics, à l'instar de ceux générés par les contrats de DSP, représente une problématique bien concrète pour les administrations locales. Leur enjeu est donc de taille, d'autant plus qu'il en va de l'indépendance des collectivités territoriales vis-à-vis de leur prestataire. En effet, les marchés publics de prestation intellectuelle notamment doivent prévoir en leur sein la possibilité, à l'issue du marché, de pouvoir se délier du prestataire originel, à la fois pour des objectifs financiers, et d'ouverture du marché lui-même. Par exemple, et comme le souligne très bien Danièle Bourlange, dans le cadre d'un marché public de conception d'un logiciel, si la collectivité territoriale n'a pas rédigé de clause lui permettant de confier la maintenance de ce logiciel à d'autres prestataires que le concepteur, le pouvoir adjudicateur prend alors le triple risque de la dépendance, de la majoration du coût financier, et de la « fermeture » du marché à d'autres prestataires éventuels. Par conséquent, en matière d'actifs immatériels générés par les marchés publics, les acheteurs publics locaux doivent veiller au triple enjeu de l'indépendance

[419] Pour réinterpréter très maladroitement les propos tenus par Nina Bitoun.

vis-à-vis du prestataire, du prix, et de l'ouverture du marché. Les collectivités territoriales doivent avoir une approche active de leurs contrats en matière d'immatériel public, une approche dynamique de leur patrimoine, dont la problématique et les enjeux se retrouvent également dans les contrats publics relatifs à la pratique du nommage « à la française » (Section 2).

## SECTION 2

## LE NOMMAGE, UN OUTIL CONTRACTUEL ADAPTE AUX PARTICULARITES DU PATRIMOINE IMMATERIEL DES COLLECTIVITES TERRITORIALES

Sans nul doute, les actifs immatériels générés par les opérations de nommage représentent l'aspect le plus énergique, le plus remarquable, le plus novateur, voire le plus technique, du patrimoine immatériel des collectivités territoriales. En effet, voilà des actifs immatériels qui concernent au premier chef les acteurs publics locaux et la dimension immatérielle de leur patrimoine immobilier. Des actifs immatériels qui par ailleurs n'existaient absolument pas, du moins, pas en France, il y a une dizaine d'années. A tel point, que le rapport Lévy-Jouyet lui-même, pourtant très en avance sur son temps et sur l'économie de l'immatériel, n'évoque même pas la question.

Et pour cause : qu'est-ce que le « nommage » ? Quel sens peut bien revêtir ce mot, nouveau qui plus est, et dont la formation et la prononciation française se révèlent bien inesthétiques ? Précisément, il s'agit d'une pratique aux origines outre-atlantiques, anglo-saxonnes, et qui désigne une *« une technique par laquelle une entreprise ou, plus généralement, une organisation, acquiert le droit de donner son nom ou celui de l'une de ses marques à un équipement, un lieu ou un évènement, en vue d'atteindre des objectifs de communication markéting »*[420]. Plus simplement, et à titre d'illustration, le nommage désigne le droit ou l'autorisation que l'entreprise Orange aurait obtenu de la ville de Marseille, pour apposer son nom sur le stade du Vélodrome, lequel deviendrait alors l'Orange Vélodrome. Les enjeux, pour

[420] DERBAIX (C.), GERARD (P.), LARDINOIT (T.), « Essai de conceptualisation d'une activité éminemment pratique : le parrainage : recherches et applications en markéting », *Sage Journals,* n° 9, 1er juin 1994, p. 43.

l'entreprise Orange, de communication markéting d'une telle démarche sont ainsi aisés à comprendre.

Historiquement, c'est véritablement au début des années 1980, aux Etats-Unis, que la pratique a pris son essor. En effet, les clubs de sport et propriétaires de stades éprouvant de réelles difficultés financières, ou bien désireux de construire des infrastructures plus modernes, ont imaginé cette pratique, consistant à « céder » le droit de nommer l'équipement sportif contre redevance : on parle alors de *naming*. Précisément, aux Etats-Unis, 75% des stades environ font l'objet d'un *naming*. Naturellement, cette pratique fort séduisante sur le plan financier s'est étendue à l'Europe (Allemagne et Royaume-Unis essentiellement). En France, les opérations de nommage sont particulièrement nouvelles et restent par conséquent très marginales, comme peuvent l'attester les montants des contrats afférents. Alors qu'aux Etats-Unis les contrats de *naming* mettent en jeu des sommes partant de 121 millions d'euros et pouvant aller jusqu'à 400 millions, alors qu'à Londres ou à Munich, de tels contrats représentent des sommes de 6 à 7,5 millions d'euros, en France, les contrats de nommage des équipements publics représentent une manne financière de 400 000 à 1 million d'euros seulement.

Toutefois, il convient d'apporter ici une double précision essentielle sur l'objet de ces opérations de nommage. D'une part, s'il est vrai qu'elles prennent leurs origines dans les équipements sportifs, si leur expérimentation a été initiée par différents clubs de sport en période de disette budgétaire, il faut bien garder à l'esprit que le *naming* ne leur est pas réservé. Autrement dit, il est tout à fait possible de trouver des exemples de nommage en matière d'équipements médicaux par exemple, ou encore de transports en commun. D'autre part, dans le même sens, il faut bien comprendre que le nommage ne concerne pas les seuls équipements publics. Si bien évidemment la présente étude ne portera que sur ces derniers, il faut toutefois savoir que les équipements privés sont également tout à fait susceptibles de faire l'objet d'une opération de nommage.

Ainsi, selon Sébastien Brameret, spécialiste de la question du *naming,* l'on recense à l'heure actuelle une dizaine de cas de nommage sur l'ensemble du territoire français[421], à savoir :

[421] Sébastien Brameret, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

- ***Cinq stades :*** Le MMArena du Mans, l'Altrad Stadium de Montpellier, l'Allianz Rivera de Nice, l'Orange Vélodrome de Marseille, et le Matmut-Atlantique de Bordeaux ;
- ***Quatre complexes sportifs et de spectacles :*** La Park & Suites Arena de Montpellier (qui est en cours de « renommage » et qui portera désormais la marque « Sud de France Arena »), la Davo Prévèle Arena d'Orchies (très peu connue car Davo est une entreprise locale), la KindArena de Rouen, et l'AccorHôtels Arena de Paris (anciennement connue sous le nom de « Palais omnisports Paris-Bercy ») ;
- ***Une patinoire :*** La Skoda Arena de Morzine.

Par conséquent, ces illustrations concrètes démontrent clairement que la pratique française du nommage reste encore très marginale, appelée à se développer dans les années à venir. Cela est d'autant plus vrai que, grâce au nommage, les collectivités territoriales sont en train de prendre conscience, subrepticement, qu'elles sont dotées d'un patrimoine immatériel aux potentialités économiques particulièrement fortes. En effet, ce qui motive le choix d'une opération de nommage, ce sont précisément les retours économiques qui sont attendus de tels contrats. Ces retours économiques, à la fois directs et indirects, permettent d'entretenir les infrastructures sportives dont les collectivités sont propriétaires (comme il sera vu, ce point est tout à fait central en matière de nommage), de les rénover, ou bien, d'en créer de nouvelles (avec tout ce que de telles opérations peuvent engendrer en termes d'emploi), ou encore de soutenir l'activité sportive (par le biais de subventions par exemple). Autrement dit, bien qu'elle n'en soit pas la seule, l'opération de nommage est la parfaite incarnation des bénéfices socio-économiques récupérés par les collectivités territoriales et qui ont innervé la présente étude tout au long des développements. Corollairement, les contrats de nommage d'équipements publics appellent donc, là aussi, un équilibre économique bien maîtrisé. Par ailleurs, c'est précisément cette recherche de l'équilibre économique motivant le contrat, qui permet précisément de distinguer le nommage d'autres opérations en apparence similaires.

En effet, il convient de ne pas confondre l'opération de nommage, avec principalement trois autres opérations. En premier lieu, le nommage ne doit pas être confondu avec la simple opération consistant, pour un propriétaire d'équipement sportif, à y apposer comme dénomination, le nom d'une entreprise. Très proche du nommage, cette « opération de nomination » peut tout à fait se faire en dehors du cadre contractuel du nommage, avec ou sans contrepartie (dans ce dernier cas, le propriétaire de l'équipement sportif ne sera alors pas une collectivité territoriale).

En deuxième lieu, et en l'occurrence Sébastien Brameret s'amusera très habilement du jeu de mot, l'opération de nommage ne doit pas être confondue avec l'opération d'hommage rendue à une personnalité à l'enracinement local particulièrement fort. La principale différence existant entre le stade Marcel Michelin de Clermont-Ferrand et le MMArena du Mans, est que dans le premier cas, la ville de Clermont-Ferrand a souhaité rendre un hommage à Marcel Michelin et à son profond attachement et investissement dans la vie sportive de la collectivité. Au-delà de toute volonté non mercantile, la seule intention de saluer une personnalité locale suffit à distinguer le nommage de l'hommage.

En dernier lieu, et de manière moins évidente, l'opération de nommage doit être distinguée de la pratique assez répandue du mécénat. En effet, le nommage n'est pas le mécénat. Ce dernier est défini par l'arrêté interministériel du 6 janvier 1989, relatif à la terminologie économique et financière, comme étant *« le soutien matériel apporté sans contrepartie directe de la part du bénéficiaire, à une œuvre ou à une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général »*[422]. Autrement dit, ce qui caractérise le mécénat, c'est précisément l'action désintéressée du mécène. Or, cela n'interdit pas que l'équipement bénéficiant du don soit baptisé du nom dudit mécène. Mais dans un tel cadre, la nomination de l'équipement n'est que la conséquence du don, et non pas sa cause. A l'inverse, ce qui caractérise le nommage, c'est précisément son but lucratif : le cocontractant de l'administration lui verse une redevance en contrepartie de l'autorisation, et par suite du droit de nommer l'équipement public. Dans le cadre d'une opération de nommage, le droit de nommer l'équipement public est alors la cause de la redevance (et non plus du don), et non pas sa simple conséquence.

Concernant le cadre juridique des opérations de nommage, il faut savoir que celles-ci ne sont pas envisagées en tant que telles par le droit positif. Elles doivent en réalité se contenter des outils existants, et à ce titre, elles font l'objet de montages contractuels particulièrement complexes. Des montages contractuels complexes en ce que d'une part, l'initiateur de l'opération de nommage doit d'abord et avant tout être titulaire du droit de nommer l'équipement public (§1). Contrairement aux apparences, cette première exigence est loin de relever de l'évidence. En effet, si l'équipement public n'a fait l'objet d'aucune délégation de service public, ou encore d'aucun contrat d'occupation du domaine public, le titulaire du droit de nommer ne posera certes aucune difficulté particulière, puisqu'il s'agira de la collectivité

[422] Arrêté interministériel du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière, *JORF* n° 22, 31 janvier 1989, p. 1448.

territoriale propriétaire. Or, cette hypothèse reste bien marginale, dans la mesure où la plupart des cas de nommage concernent des équipements publics sous contrat, dont la gestion a été confiée à un prestataire. Ces contrats doivent prévoir en leur sein la rédaction d'une ou plusieurs clauses permettant la réalisation d'un nommage sur l'équipement public. Pour sa part, c'est ce que Sébastien Brameret a pu appeler les « contrats-supports » du nommage. Une fois la question du droit de nommer acquise, il faut encore que l'opération de nommage elle-même soit mise en œuvre par un contrat d'exécution (§2). Toute la difficulté se concentre alors sur la qualification juridique d'un tel contrat qui semblerait clairement relever de la catégorie des contrats innommés. La qualification de contrat de sous-occupation du domaine public n'est elle-même pas adaptée, mais en l'état actuel de la législation, inexistante en la matière, elle est ce qui se rapproche le plus des besoins contractuels du nommage. Ces divers obstacles juridiques, parfois alliés à une mauvaise stratégie markéting, expliquent sans doute qu'en France, le nommage reste encore une opération marginale, devant encore relever de nombreux défis (§3).

## §1 – LA NECESSITE D'ETRE TITULAIRE DU DROIT DE NOMMER

Le débat entourant le droit de nommer un équipement public est sans doute l'un des plus virulents et des plus tabous en matière de patrimoine immatériel des collectivités territoriales. Le simple fait d'en discuter force les détracteurs de la subjectivisation du droit administratif à se placer sur le terrain pour eux fort désagréable des droits (publics) extrapatrimoniaux. En effet, peut-on véritablement considérer que le droit de nommer, le droit d'appellation, ou encore, *naming right* aux Etats-Unis, peut être cédé, se trouve à l'intérieur du « commerce juridique » ? Ne toucherait-on pas là davantage à ce qui ressemble de plus en plus à un droit des personnes publiques ? A l'inverse, force est de constater que ce droit de nommer les équipements publics peut en l'occurrence être cédé, il peut faire l'objet d'un contrat contre le versement d'une redevance. Or, a-t-on déjà vu une personne physique céder son nom contre rémunération ? En outre, où est la limite ? Si, pour l'instant ce droit d'appellation ne concerne que les seuls équipements publics, assistera-t-on un jour au nommage du nom d'une commune ? La question se pose d'autant plus qu'aux Etats-Unis, la limite a déjà été franchie… En synthèse, comment juridiquement expliquer, comment catégoriser ce droit de nommer l'équipement public pour en permettre une exploitation pérenne ?

Il semblerait que la réponse se trouve en réalité dans la distinction fondamentale entre l'approche personnaliste[423] du patrimoine immatériel local, et son approche économique. Si l'on se place sur le terrain de l'approche personnaliste, effectivement, il semble tout à fait logique que le nom d'une collectivité territoriale soit indisponible, avec tout ce qui a pu être dit précédemment en la matière. En revanche, force est de constater que cette approche, vecteur de valorisation des attributs de la personnalité publique s'il en est, ne concerne que l'identification intrinsèque de la collectivité territoriale. Si l'on se place sur le terrain de l'approche économique du patrimoine immatériel local, il est possible de constater que les collectivités territoriales sont tout à fait en mesure de tirer profit du nom de leurs équipements publics, sans pour autant remettre en cause leur propre identité en tant que commune, département ou région. Autrement dit, la différence de terrain entraîne une différence d'objet. A l'image du droit commercial qui distingue très clairement le nom de la personne physique du gérant de fonds de commerce, de celui du nom ou de l'enseigne commerciale de ce même fonds, par le nommage, le droit administratif est tout à fait en mesure d'établir la même distinction. Par conséquent, le droit de nommer les équipements publics, non seulement, ne concerne pas l'approche personnaliste du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, mais en outre, s'y oppose formellement.

Dès lors, quelle serait la nature juridique de ce droit de nommer ? Comment le catégoriser, car s'il s'affranchit, assez facilement finalement, de l'approche personnaliste du patrimoine immatériel des collectivités territoriales, pour le moment, il semble toujours faire figure « d'électron libre » ? Pour sa part, Sébastien Brameret en proposera une analyse fort pertinente. Selon lui, le droit de nommer un équipement public n'est que la conséquence du droit de propriété sur le bien. Autrement dit, le droit de nommer serait *« une sorte de fructus, une utilité immatérielle de l'équipement public. Le droit d'appellation en ce qu'il permet à un tiers de donner un nom à un équipement public contre rémunération, est une sorte de droit réel portant sur un objet immatériel, un démembrement original du droit de propriété (dont la reconnaissance n'est peut-être pas dénuée de lien avec un vaste mouvement de subjectivisation du droit administratif et - plus spécifiquement - de reconnaissance de droits subjectifs aux*

[423] Sébastien Brameret, La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés).

*personnes publiques) »* [424]. Ainsi, le droit de nommer serait donc un droit réel portant sur un objet immatériel, et par conséquent, un droit patrimonial parfaitement cessible.

Pour autant, l'autorisation du droit de nommer un équipement public ne saurait être consentie à des conditions purement économiques. En effet, le droit de propriété exercé sur l'équipement public l'étant par une collectivité territoriale, il est alors assez naturel qu'une telle autorisation soit réfléchie en respectant les garde-fous dictés par l'intérêt général. C'est ainsi que l'on retrouve l'application de certains principes protecteurs posés par le droit administratif des biens, comme l'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités sur leurs biens, ou encore de conclure des actes de disposition. Par conséquent, les collectivités territoriales sont libres de recourir, ou non, au nommage, mais lorsqu'elles y recourent, elles ont alors l'obligation de le faire pour une durée déterminée, et contre le versement d'une redevance. Précisément, la satisfaction de cette double condition est exigée par le droit de nommer l'équipement public. Autrement dit, si le droit de nommer peut tout à fait faire l'objet d'une exploitation économique, il renferme aussi pour ce faire un certain nombre d'exigences. Paradoxalement, l'une de ces exigences ne dit pas son nom, à savoir, l'obligation de « lier » le nommage, c'est-à-dire, que lorsque le cocontractant d'une collectivité territoriale souhaite mettre en place une opération de nommage sur le bien dont il occupe l'espace ou assure la gestion, le contrat qui le lie à la personne publique locale doit alors avoir expressément prévu l'autorisation, au profit du contractant, ou de l'administration propriétaire, de nommer l'équipement public, ou *a minima,* avoir prévu la seule possibilité du nommage dans les clauses. Ce dernier point appelle de plus amples explications.

Dans le cadre d'un équipement public dont une collectivité territoriale est propriétaire ou bien a vocation à en devenir propriétaire, la question du nommage peut se poser de deux façons différentes :

- ***Soit l'équipement public ne fait l'objet d'aucun contrat de gestion, d'occupation ou de délégation :*** Dans cette hypothèse, le droit de nommer l'équipement public appartient de toute évidence à la collectivité, il est intrinsèque à son droit de propriété sur le bien, de sorte que la précision de ce droit de nommer au sein du contrat, qui au demeurant n'existe pas, devient alors aberrante. La collectivité territoriale propriétaire est donc

[424] BRAMERET (S.), « Les contrats de ''nommage'' des équipements publics », *RFDA,* n° 4, 14 septembre 2015, p. 675.

libre d'en organiser l'exploitation. Or, si ce cas de figure est de loin le plus facile à traiter sur le plan juridique, il est aussi loin, voire très loin, de constituer la majorité des cas de nommage. Il fait même en la matière figure d'exception, au profit de la seconde hypothèse ;

- ***Soit l'équipement public fait l'objet d'un contrat de délégation de service public, d'un contrat d'occupation du domaine public, ou autre :*** C'est précisément dans ce cas de figure que la possibilité de nommage du bien doit être précisée dans le contrat afin que l'opération soit possible (lier le nommage). Toutefois, au sein même de cette seconde hypothèse, il convient encore de prévoir deux sous-hypothèses exclusives l'une de l'autre. D'abord, la ou les « clauses de nommage » insérées au contrat peuvent prévoir que le droit de nommer sera exercé par le gestionnaire du bien, cocontractant de l'administration. C'est alors lui qui négociera avec le « nommeur » de l'équipement public, l'administration se contentant ici d'approuver ou non le choix dudit nommeur. Mais à l'inverse, les mêmes clauses peuvent aussi prévoir qu'en dépit de la délégation de la gestion de l'équipement à un opérateur économique, dans le cadre d'un nommage, c'est alors la collectivité territoriale propriétaire qui conduira l'opération, le cocontractant devenant dans ce cas de figure une sorte de tiers. Autrement dit, par le biais de montages contractuels assez complexes, l'opération de nommage est alors une action mettant en jeu *a minima* deux contrats et trois parties, dont forcément l'une sera plus en retrait par rapport aux deux autres. Ce retrait se fera donc en fonction du titulaire du droit de nommer, seul à conférer la qualité suffisante pour conclure avec le nommeur le contrat d'exécution du nommage.

En apparence, ce second scénario semblerait particulièrement contraignant. S'il l'est, effectivement, il signifie aussi que l'opération de nommage, l'encadrement du droit de nommer, sont compatibles avec l'ensemble des contrats administratifs existants, qu'il s'agisse de contrats de délégation de service public, de contrats de partenariat, ou encore, d'autorisation temporaire d'occupation du domaine public. Autrement dit, ces contrats de gestion de l'équipement public confié à des opérateurs sont réellement le « support » du droit de nommer, donc du nommage. Par ailleurs, la complexité de ce premier montage contractuel peut encore franchir un niveau supérieur, en ce que la collectivité territoriale propriétaire, qui ne souhaite pas perdre complètement la gestion de l'équipement public, qui souhaite en conserver un « droit de regard

renforcé »[425], peut alors précisément en confier la gestion ou l'exploitation à une entité publique, tel un Etablissement Public à caractère Industriel ou Commercial (EPIC), ou bien, une Société Publique Locale (SPL), ou encore dans une moindre mesure, à une société d'Economie Mixte (SEM). Qui plus est, de tels cas de figure ne sont pas des hypothèses d'école et peuvent tout à fait se vérifier dans certain des cas de nommage recensés, comme la Park & Suites Arena de Montpellier. Cette dernière précision est d'autant plus importante qu'en sus du droit de nommer, ce contrat support doit également prévoir les modalités de contrôle, par la collectivité territoriale propriétaire, à la fois du respect des impératifs d'intérêt général et de l'affectation domaniale de l'équipement public. Par conséquent, le principal défi du nommage est que la collectivité territoriale propriétaire qui s'y livre doit opérer un savant équilibre entre deux enjeux d'apparence complètement antinomiques, à savoir :

- ***L'enjeu de l'exploitation économique des équipements publics :*** Comme énoncé à maintes reprises jusqu'ici, l'objectif du nommage est bien celui d'une rentabilisation des investissements publics réalisés sur le bien, par la captation des fonds privés ;
- ***L'enjeu de la protection de ces équipements publics qui restent, est-il nécessaire de le rappeler, affectés au domaine public de la collectivité territoriale propriétaire :*** L'essence même de cet enjeu de protection est précisément d'éviter une immixtion abusive, démesurée et insupportable du secteur privé sur des équipements nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général. Dès lors, l'autorisation consentie concernant le droit de nommer le bien serait le prélude de cette immixtion. Le versement d'une redevance, ainsi que la durée limitée de cette autorisation, permettent, du moins pour l'instant, de parer un tel scénario.

Autrement dit, tout est affaire de symbiose et d'alchimie, et c'est ainsi que l'on retrouve cette échelle de protection dont le curseur doit impérativement se placer au bon endroit pour permettre la coexistence d'enjeux parfois contradictoires, tout en évitant le verrouillage d'un côté, et l'absence de toute forme de régulation de l'autre. Ainsi, tel doit être le rôle de ce premier contrat que Sébastien Brameret a pu qualifier de support : il doit prévoir la possibilité du nommage, désigner le titulaire du droit de nommer, et prévoir les modalités nécessaires de protection (accord de la collectivité sur le choix du nommeur, etc.). Bien entendu, ce contrat-support ne désigne rien d'autre que le contrat de gestion de l'équipement déjà consenti par

[425] BRAMERET (S.), « Les contrats de ''nommage'' des équipements publics », *ibid.*

l'acteur public local à son cocontractant, et qui doit aménager de telles clauses en son sein. Il en va différemment en revanche du contrat d'exécution du nommage, qui lui, est un contrat à part entière (§2).

## §2 – LA NECESSITE D'UN CONTRAT D'EXECUTION DE NOMMAGE

La singularité du contrat d'exécution de nommage s'explique à la fois par sa nature (A), son régime (B), et sa compétence (C).

### A. LA NATURE DU CONTRAT DE NOMMAGE

Très brièvement, l'extrême nouveauté du contrat de nommage le range, pour l'instant du moins, parmi la catégorie des contrats innommés, c'est-à-dire, parmi ces contrats nés de la pratique, au régime juridique certain, mais à la qualification législative absente. Pour sa part, le dictionnaire de vocabulaire juridique du Professeur Capitant, repris par Gérard Cornu le définit comme étant *« la convention en vue de laquelle un apporteur de capitaux en quête de publicité pour lui-même, finance en tout ou partie une initiative, notamment une activité sportive en général de haut niveau et à grand risque […], à condition que le bénéficiaire des crédits exerce publiquement son activité sous la bannière du commanditaire (nom, couleur, marque, sigle, logo) »*[426]. Or, cette homogénéité dans la définition du contrat ne doit en revanche pas masquer l'hétérogénéité de son régime (B).

### B. LE REGIME DU CONTRAT DE NOMMAGE

En réalité, le régime juridique du contrat de nommage est déterminé en fonction des deux hypothèses précédemment décrites, à savoir :

- ***L'équipement public ne fait l'objet d'aucun contrat de gestion, d'occupation ou de délégation (etc.) ;***
- ***L'équipement public fait l'objet d'un contrat de délégation de service public, d'un contrat d'occupation du domaine public, ou autre.***

Dans la première hypothèse, et comme le souligne Sébastien Brameret, le régime du contrat de nommage dépend alors de celui du bien sur lequel il porte. Autrement dit, dans cette

[426] CORNU (G.), Association CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique,* Vendôme, Puf, Collection Quadrige, 10ème éd., p. 511.

première hypothèse, le contrat de nommage prend la forme d'un contrat d'occupation temporaire du domaine public. La qualification de « contrat d'occupation temporaire du domaine public » ne se déduira que très peu de cette hypothèse, dans la mesure où elle est elle-même résiduelle.

Dans la seconde hypothèse en revanche, le régime juridique du contrat de nommage sera fonction de ce que les négociations entourant le contrat seront conduites soit par la collectivité territoriale propriétaire, soit par son cocontractant. Dans le premier scénario, le contrat de nommage prendra également la forme d'un contrat d'occupation temporaire du domaine public. En effet, la gestion du bien ayant été confiée à un opérateur économique d'une part, et le droit de nommer l'équipement public étant clairement exercé par la collectivité territoriale propriétaire d'autre part, il y a alors une véritable séparation, une véritable disjonction entre l'opération de nommage du bien, et la gestion de ce même bien. En l'occurrence, le démembrement du droit de propriété publique est tel, qu'il autorise alors cette qualification. Jusqu'ici, le cadre juridique de l'opération de nommage est relativement « simple » : même si le raisonnement diffère, la qualification et le régime juridique du contrat seront celui de la convention d'occupation temporaire du domaine public. En revanche, les choses se compliquent lorsqu'il s'agit d'envisager le second scénario de la seconde hypothèse, à savoir, la « délégation » du droit de nommer l'équipement public au profit du cocontractant de l'administration. Complexification notamment en ce qui concerne la qualification administrative du contrat. En effet, contrairement aux deux hypothèses précédentes, ici, le contrat est conclu entre deux personnes morales de droit privé, à savoir, le cocontractant de l'administration, et le nommeur. La présomption du caractère privé du contrat est donc particulièrement forte. Par ailleurs, même dans le cadre précédemment décrit d'un tel contrat conclu entre deux personnes publiques, faisant ainsi « jouer » la présomption « d'administrativité » du contrat[427], l'absence de tout critère matériel, qu'il s'agisse d'une activité de service public, ou bien d'une prérogative de puissance publique au sein même du contrat, inhibe là aussi sa qualification administrative. Par conséquent, dans le cadre d'un contrat de nommage conclu entre le cocontractant de l'administration et le nommeur, la qualification ne serait plus celle de « convention d'occupation temporaire du domaine public », mais bien celle de « contrat de droit privé » accompagnée bien évidemment du régime juridique afférent.

[427] TC, 21/03/1983, *Union des Assurances de Paris (UAP),* n° 02256.

Toutefois, selon Sébastien Brameret, il serait pourtant possible de qualifier ce dernier contrat, conclu entre deux personnes privées, d'administratif par le biais de la « convention de sous-occupation temporaire du domaine public ». En effet, un tel contrat permet au titulaire de l'occupation temporaire du domaine public d'autoriser un tiers à occuper le domaine qu'il utilise déjà lui-même (un peu à l'image des contrats de sous-location en droit privé). Néanmoins, une telle possibilité est soumise à une double condition :

- ***Il faut qu'elle soit autorisée par la loi ou le contrat originel ;***
- ***Il faut l'accord de la collectivité territoriale propriétaire.***

Si la première de ces exigences ne fait pas débat, la seconde en revanche serait sujette à interprétation. Dès lors que la conclusion d'un contrat de sous-occupation du domaine public est autorisée, mais qu'en revanche l'administration n'a pas expressément donné son accord, est-il toutefois possible de le déduire de manière « tacite » ? En dépit de l'absence de loi et de jurisprudence en la matière, la doctrine semble tout de même le penser. Ainsi, cet accord « tacite » pourrait être identifié à partir des trois indices suivants[428] :

- ***La mention expresse dans le contrat support selon laquelle tout projet de nommage est soumis à l'accord de la collectivité territoriale propriétaire ;***
- ***La possibilité pour cette collectivité de s'opposer au choix du partenaire, alors même qu'elle n'est pas partie au contrat de nommage :*** Cette possibilité doit également avoir été prévue dans le contrat support ;
- ***Le caractère précaire du nommage, non pas en raison de sa durée, mais bien en raison du fait qu'en cas d'extinction du contrat support entre la collectivité et son cocontractant, la première pourra alors se substituer au second au sein même du contrat de nommage :*** Une telle hypothèse doit, elle aussi, avoir été prévue dans le contrat support.

Le présent faisceau d'indices appelle un constat et deux interrogations. Concernant le constat, il s'agit de celui de l'importance de la bonne rédaction du contrat support. En effet, si les clauses de ce premier contrat relatives au nommage sont très mal rédigées, cette négligence paralyse, dans son essence même, non pas le projet de nommage, mais bien sa maîtrise par la collectivité territoriale propriétaire. Concernant la première des deux interrogations, il s'agit du caractère cumulatif des trois paramètres susmentionnés. En effet, l'identification de l'accord tacite de

[428] BRAMERET (S.), « Les contrats de ''nommage'' des équipements publics », *op.cit.,* p. 677.

l'administration, est-elle subordonnée à la satisfaction impérative de ces trois paramètres, ou bien, est-ce que la satisfaction d'un seul d'entre eux est suffisante ? Secondement, l'absence d'accord tacite de l'administration locale, est-elle de nature à empêcher la qualification du contrat ainsi conclu entre le cocontractant de l'administration et le nommeur, de « contrat de sous-occupation temporaire du domaine public », le plaçant ainsi dans l'orbite du droit privé ? En raison de tout ce qui a pu être dit jusqu'ici, tout porte à le penser. Par ailleurs, les réponses à ces interrogations sont d'autant plus importantes qu'elles déterminent la compétence juridictionnelle du contrat (C).

### C. LA COMPETENCE JURIDICTIONNELLE DU CONTRAT DE NOMMAGE

En raison de tout ce qui a pu être dit jusqu'ici, la compétence du contrat de nommage aurait l'apparence d'une non-question. En effet, en matière de contrat d'occupation et de sous-occupation temporaire du domaine public, le Code général de la propriété des personnes publiques tranche évidemment en faveur du juge administratif. Les 1° et 2° de l'article L. 2331-1 du Code dispose que :

*« Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs :*

*1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ;*

*2° Au principe ou au montant des redevances d'occupation ou d'utilisation du domaine public, quelles que soient les modalités de leur fixation […] ».*

Par conséquent, en vertu de ces dispositions, les contrats de nommage, prenant la forme de contrats d'occupation ou de sous-occupation temporaire du domaine public, devraient relever de la compétence du juge administratif.

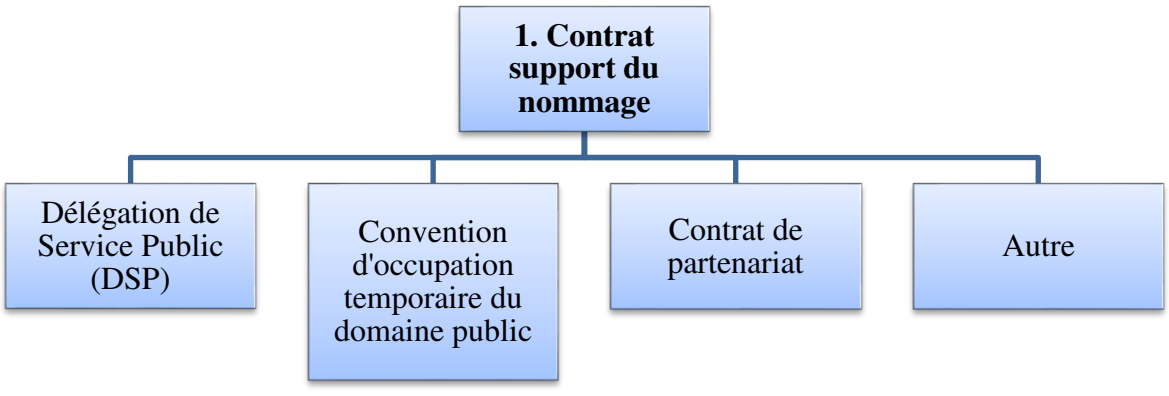
Or, cela était sans compter sur la jurisprudence, qui pour sa part, apporte une position bien plus nuancée, et vient en cela ajouter à la complexification de montages contractuels déjà bien avancée. Par un important arrêt du Tribunal des conflits du 14 mai 2012[429], la jurisprudence

[429] TC, 14/05/2012, *Mme Gilles c/ Société d'Exploitation Sports et Evènements (SESE) c/ Ville de Paris, Rec. Lebon p. 512,* concl. OLLEON (L.) *; RDI,* 2012, p. 629, note FOULQUIER (N.) ; *RFDA,* 2012, p. 692, note JANICOT (L.) ; *JCP ACT,* 2012, p. 2328, note GIACUZZO (J.-F.) ; *RJEP,* 2012, p. 55, note PAULIAT (H.).

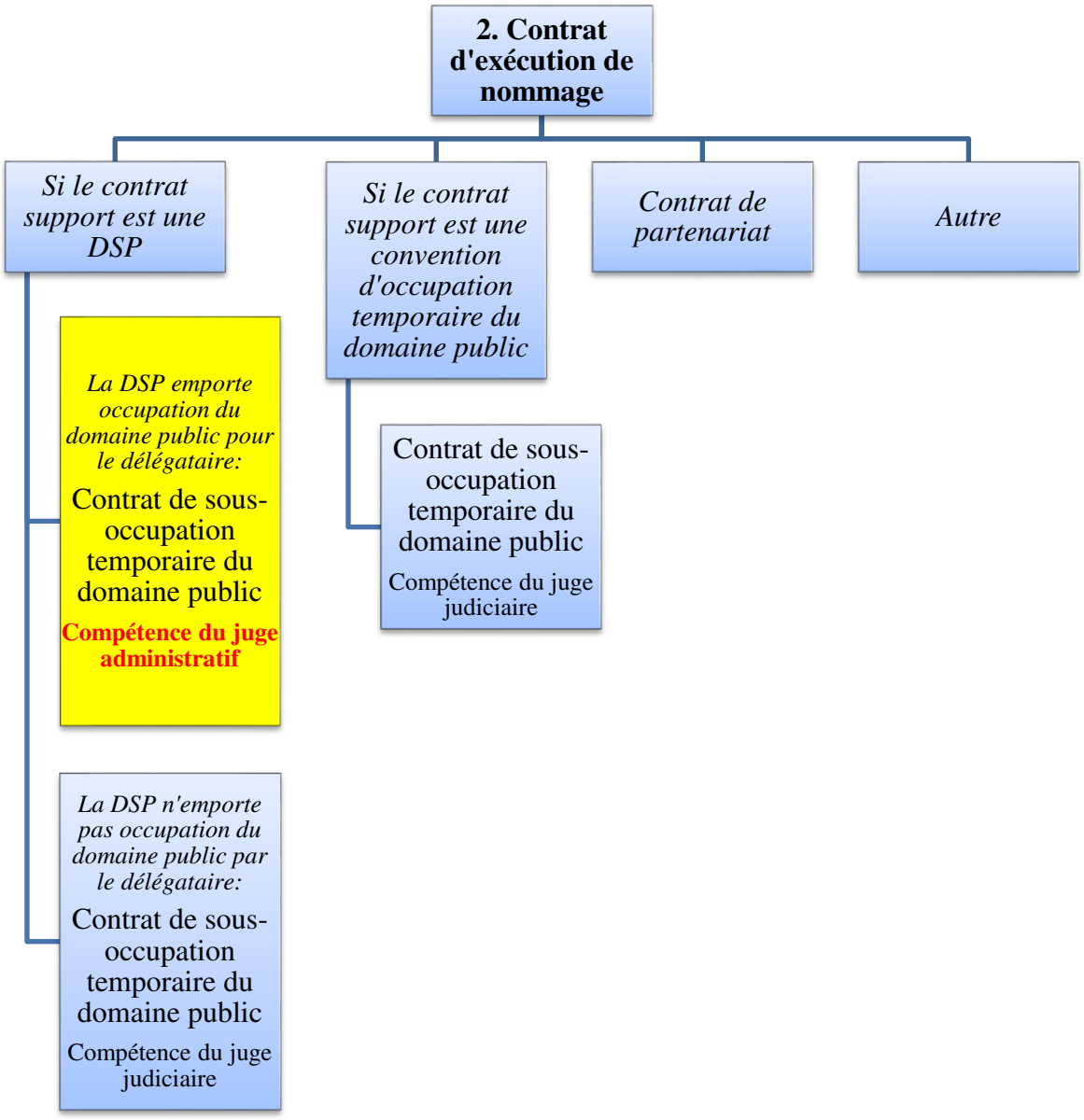
a en effet estimé que seuls les contrats de sous-occupation temporaire du domaine public, résultant d'une délégation de service public dans laquelle le délégataire occupe déjà lui-même le domaine public, sont de la compétence du juge administratif. *A contrario,* cela signifie donc que les contrats de sous-occupation temporaire du domaine public, qui ne résultent pas d'une DSP, et ceux qui résultent bien d'une DSP mais dont le délégataire n'occupe pas le domaine public, sont de la compétence du juge judiciaire ! Autrement dit :

- ***Les contrats de sous-occupation temporaire du domaine public, organisant l'exécution d'un nommage, et conclus dans le cadre d'une DSP dans laquelle le délégataire occupe déjà lui-même le domaine public, relèveront toujours de la compétence du juge administratif ;***
- ***En revanche, les contrats de sous-occupation temporaire du domaine public, organisant l'exécution d'un nommage, et résultant d'une DSP mais dans laquelle le délégataire n'occupe pas le domaine public, relèveront toujours du juge judiciaire ;***
- ***Dans le même sens, les contrats de sous-occupation temporaire du domaine public, organisant l'exécution d'un nommage, mais ne résultant pas d'une DSP, relèveront toujours de la compétence du juge judiciaire.***

Par conséquent, cela signifie que, dans le cadre d'une opération de nommage d'un équipement public, il est tout à fait possible de rencontrer l'hypothèse dans laquelle la gestion de ce bien par le biais d'une DSP emporte également, au profit du gestionnaire, occupation temporaire du domaine public. Dans le cadre de la mise en œuvre du nommage, ce gestionnaire, ou bien la collectivité territoriale propriétaire, en fonction de ce qui est prévu dans le contrat support de DSP, ne pourra conclure au profit du nommeur qu'un contrat de sous-occupation temporaire du domaine public dont la compétence relèvera du juge administratif. En résumé, en l'état actuel du droit positif, les montages contractuels du nommage s'organisent comme suit :



Certes, la compétence du contrat support sera toujours celle du juge administratif, dans la mesure où l'attention ne se porte pas sur la relation contractuelle unissant la collectivité ou le gestionnaire, au nommeur, mais bien, sur la relation contractuelle classique unissant la collectivité à son cocontractant. En revanche :




Autrement dit, pour déterminer le juge compétent en matière de contrat d'exécution de nommage, il faut se poser la question de savoir si le contrat de sous-occupation qui est ainsi consenti, l'a été pour les besoins du service public délégué. Si la réponse est négative, ou encore plus simplement, s'il n'y a pas de service public délégué, le contrat s'inscrit alors dans une démarche purement privée dont n'a pas à connaître le juge administratif. La complexité de ces

montages contractuels, liés aux enjeux markéting de la démarche, représentent autant de défis que le nommage doit relever s'il veut avoir une chance de prospérer (§3).

## §3 – LES DEFIS DU NOMMAGE

Bien qu'à ces débuts, le nommage est déjà confronté à un certain nombre de difficultés pouvant mettre en péril son épanouissement et son développement. Cela est d'autant plus remarquable que ces difficultés sont pour la plupart générées par l'approche française du nommage. En effet, la forte dimension politique du nommage, alliée à la « pudeur française » à l'égard de l'argent, ou encore l'approche clairement propriétariste des équipements publics, sont autant d'obstacles à dépasser, de défis à relever, si les collectivités territoriales souhaitent exploiter toutes les potentialités de leur patrimoine immatériel. A l'heure actuelle, il est possible de recenser sept principales difficultés toutes liées entre elles.

D'une part, et il s'agit de loin de la difficulté première, il faut bien garder à l'esprit que par la pratique française qui est actuellement faite du nommage, les retombées économiques au profit des collectivités territoriales sont quasiment nulles. Lorsque la collectivité territoriale assure la gestion de son équipement public, effectivement, dans cette hypothèse, elle en tirera l'intégralité des bénéfices. Mais le présent scénario est loin de constituer la très grande majorité des cas de nommage, lesquels sont bien souvent conduits par le biais d'intermédiaires. Ces intermédiaires ne sont ni plus ni moins que les gestionnaires des biens de la collectivité territoriale propriétaire, ses délégataires. Ce sont eux qui profitent alors des retombées économiques générées par le nommage sans que cela ait la moindre incidence sur le prix du contrat de gestion qu'ils demandent à l'administration. Par conséquent, le nommage ne constitue pas encore un avantage économique substantiel.

Corollairement et plus brièvement, il est possible de soulever le faible montant des contrats de nommage conclus par les collectivités territoriales françaises. S'il ne s'agit pas non plus de déduire ce constat de la comparaison qui pourrait être faite avec le géant américain en la matière, il reste toutefois possible de regretter l'écart existant entre les montants des contrats de nommage anglais ou allemands, et ceux de la France. Certes l'approche du nommage est encore balbutiante et produira son plein effet économique dans une dizaine ou une vingtaine d'années ; toutefois, il est clair que la conception sociologique des pouvoirs publics à l'égard de l'argent constitue un frein à leur développement.

En troisième lieu, en France, le nommage revêt une forte dimension politique[430] avant même de revêtir une dimension juridique ou économique. Même dans l'hypothèse très répandue du choix du nommeur par le gestionnaire du bien, le fait que la collectivité territoriale propriétaire puisse s'opposer au choix qui pourrait être fait, est fort de significations. Par ailleurs, dans le cadre de l'échec d'une opération de nommage, cet échec est plus souvent dû à la personne publique locale, qu'au gestionnaire du bien, pour des raison de prix, pour des raisons de « réputation », ou encore, pour des raisons d'ordre public, alors même que le signataire du contrat aurait été le délégataire de l'administration. Dans le même sens, il convient de souligner que l'initiative du nommage est plus souvent due à une forte volonté communale qu'à une recherche acharnée du cocontractant de l'administration. A ce titre, Sébastien Brameret parle même « d'activisme municipal »[431]. Par conséquent, la formule contractuelle selon laquelle le gestionnaire de l'équipement public est également signataire, donc le pilote du contrat de nommage mériterait d'être remaniée.

En quatrième lieu, l'opération de nommage ne doit pas porter atteinte à ce qui ressemblerait à une sorte « d'ordre public communal », ni aux bonnes mœurs. En effet, c'est précisément cette contrainte tout à fait légitime qui protège pour l'instant l'hexagone de voir un jour la Tour Eiffel affublé du nom d'une entreprise. Autrement dit, l'opération de nommage doit s'articuler avec d'autres actifs immatériels locaux : notamment, elle ne doit pas porter atteinte à la réputation de la collectivité territoriale, ou alors militer pour le blâme et la diffamation de son mode de vie ou de sa culture. En ce sens, la totalité des contrats supports de nommage prévoit clairement que le nom de l'équipement public ne doit en aucun cas porter atteinte à l'image du propriétaire. Enfin, c'est précisément cette dernière exigence qui permet de délimiter avec précision le champ d'application du nommage.

En cinquième lieu, il faut bien garder à l'esprit que l'opération de nommage ne saurait réellement fonctionner, sur un plan sociologique et psychologique, que sur les seuls équipements publics à construire ou à totalement rénover. En effet, dans les cas inverses d'équipements publics existants et fonctionnels, force est de constater que la population locale est très fortement attachée à l'appellation de ses équipements sportifs. De sorte qu'en remanier l'appellation, loin de s'inscrire dans un élan de modernité, provoquerait alors le ressentiment

[430] BRAMERET (S.), « Les contrats de ''nommage'' des équipements publics », *op.cit.,* p. 678.

[431] BRAMERET (S.), « Les contrats de ''nommage'' des équipements publics », *op.cit.,* p. 679.

des habitants, ce qui *de facto,* aurait un impact certain sur la portée et la valeur de l'opération de nommage alors envisagée. Qui plus est, il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école : la population marseillaise a été profondément meurtrie par le changement du nom du mythique stade Vélodrome, en « Orange Vélodrome ». Si bien entendu, le temps fera entrer cette nouvelle appellation dans l'inconscient collectif, force est de constater que même à l'heure actuelle, l'ensemble de la signalétique relative à l'infrastructure sportive, mentionne encore le seul Vélodrome. Par conséquent, l'opération de nommage ne saurait être néfaste pour la collectivité territoriale propriétaire sans être contreproductive.

En sixième lieu, l'approche propriétariste des équipements publics nuit clairement au développement des opérations de nommage. En effet, en France, un équipement public n'est pas simplement dédié à la pratique d'une seule activité sportive : il doit se départager avec d'autres loisirs, voire même, avec des évènements culturels et musicaux. Or, pour être économiquement rentable et attractive, il semble nécessaire que l'opération de nommage doive être liée à une équipe prestigieuse d'une discipline donnée (le football ou le rugby par exemple), et donc doive être capable de séduire les investisseurs par son élection de domicile. Par conséquent, il est évident que par leur pluralisme fonctionnel, les équipements publics français s'éloignent de cette logique et des investisseurs afférents.

En dernier lieu, et corollairement, la viabilité de l'opération de nommage est clairement liée à son impact markéting sur la population. En effet, pour les nommeurs, ou alors pour la collectivité territoriale propriétaire, le nommage représentera un intérêt lucratif évident tant que l'activité sportive ainsi soutenue remportera de belles victoires, ou alors, que le nommeur jouira d'une solide réputation dans la sphère socio-économique. Mais quid lorsque l'équipe sportive enchaînera les défaites, ou encore, que le nommeur s'effondrera sur le plan financier ou sera englué dans de profonds scandales politiques, économiques ou humains ? Aucune des deux parties ne souhaitera alors poursuivre l'opération de nommage. Autrement dit, il est clair que cette opération de nommage est dépendante de l'image méliorative qu'elle véhiculera, tant pour la collectivité que pour le nommeur, et qu'une image péjorative, au vu de ses conséquences néfastes, aura précisément l'effet inverse.

Ces contraintes relatives au nommage à la française sont autant de défis à relever, et dont le brillant succès conduira au développement inéluctable de cette nouvelle forme d'exploitation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales.

# CONCLUSION GENERALE

Avec la notion centrale d'actif immatériel local, le droit de la propriété publique et, plus largement, l'ensemble du droit public français, sont à l'aube d'une ère nouvelle.

Le droit de la propriété publique d'abord, en ce que le patrimoine immatériel des collectivités territoriales a clairement révélé les limites de l'approche matérielle des biens publics. L'existence de « biens », « d'actifs », de « droits » immatériels purement locaux est avérée ; la question est désormais celle de leur conceptualisation, de leur catégorisation dans l'ordre juridique interne. La propriété publique telle qu'elle est actuellement conçue, est-elle à même de s'en saisir ? De prime abord, la réponse serait positive, dans la mesure où l'affectation au domaine privé des collectivités territoriales ne s'embarrasse que très peu de la nature juridique de l'actif en question. Par conséquent, qu'il s'agisse de biens matériels ou d'actifs immatériels, l'affectation au régime juridique de la domanialité privée sera systématique dès l'instant où le critère organique de la propriété est satisfait. Par ailleurs, il permet une combinaison bienvenue avec les mécanismes de protection tels qu'ils sont issus du droit de la propriété intellectuelle. Pour autant, cette combinaison reste imparfaite. En effet, le droit privé de la propriété intellectuelle ignore les spécificités des actifs immatériels locaux et est en conséquence bien incapable d'en assurer une protection optimale. Par exemple, la protection du nom des collectivités territoriales n'a pas su se contenter du droit des marques et a sollicité une intervention législative afin de connaître un certain équilibre. Plus encore, la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle aux données publiques et aux archives dématérialisées est littéralement anéantie au profit d'une approche dite moderne du numérique. Ce sont alors les stratégies d'ingénierie territoriale qui se trouvent ainsi mises à mal. Est-ce pour autant surprenant ? La réponse est évidemment négative dans la mesure où le droit de la propriété intellectuelle, conçu pour les biens incorporels, pour la propriété incorporelle de droit privé, n'a pas été conçu pour l'immatériel public. Alors que la création intellectuelle de droit privé émane du seul auteur et a une valeur par sa seule existence, l'actif immatériel local semble obéir à une vision plus holiste de la société : sa valeur résulte clairement d'une mise en réseau et sa création est issue de la multitude. Autrement dit, le patrimoine immatériel public local serait précisément né de ce déplacement de la valeur sur le terrain de l'œuvre intellectuelle, vers celui de « l'œuvre collective », facilité par le développement exponentiel des technologies numériques.

Fort de ce premier constat de l'inadaptation de la domanialité privée aux actifs immatériels locaux, c'est alors vers la domanialité publique que se porte l'attention. Précisément, cela a permis de s'apercevoir que le domaine public n'était pas complètement fermé à l'immatériel et que l'affectation des actifs immatériels au domaine privé n'était pas systématique. Or, là aussi, les actifs immatériels locaux sont rattrapés par leur nature profonde : sommes-nous en présence de biens ou de droits ? Alors que cette question ne semblait présenter qu'un intérêt marginal pour le domaine privé, elle se pose en revanche avec une force accrue pour le domaine public, dans la mesure où l'application de son régime particulièrement protecteur semble conditionnée à la qualité de bien. Néanmoins, cette condition n'étant requise que pour le seul domaine public immobilier artificiel *quid juris ?* Le patrimoine immatériel des collectivités territoriales aurait-il ainsi permis de découvrir un « quatrième critère » posé par l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques ?

Par conséquent, pas complètement dans la domanialité privée, pas complètement dans la domanialité publique, serait-il possible de considérer que par la notion d'actif immatériel, le droit de la propriété publique aurait désormais atteint ses limites, considérablement diminué par son approche exclusivement matérielle des biens publics ? Le droit administratif des biens, le droit de la propriété publique, ne se trouverait-il pas dans la même impasse que le droit civil des biens, plusieurs années avant lui et avant que ne soit imaginé le droit de la propriété intellectuelle ? Par analogie, serait-il possible de considérer que la prochaine évolution notable du droit de la propriété publique est celle d'un droit de la « propriété publique incorporelle », d'un « droit public de la propriété intellectuelle » ?

D'aucuns pourraient alors penser que les problématiques liées au patrimoine immatériel des collectivités territoriales se résumeraient à cette seule interrogation. En réalité, et bien au-delà de la seule propriété publique, c'est toute une conception du droit public que le sujet vient remanier. Car en matière d'actifs immatériels locaux, il y a certes ceux qui peuvent faire l'objet d'une réservation par la propriété, mais il y aussi ceux qui ne font pas l'objet d'un droit de propriété publique. Dès lors, de deux choses l'une. Il peut s'agir d'actifs immatériels pouvant faire l'objet d'un droit de propriété mais dont le titulaire ne sera pas une collectivité territoriale. Tel est le cas par exemple des savoir-faire locaux. Pour autant, est-ce à dire que ces actifs sont exclus du patrimoine immatériel des collectivités territoriales ? Bien sûr que non, car celles-ci en tirent d'importants bénéfices socio-économiques en termes d'emplois ou de renommée. Mais il peut aussi s'agir d'actifs immatériels ne faisant l'objet d'aucun droit de propriété publique ou privée tels que les langues régionales, ou encore, le patrimoine festif et traditionnel local. La

ligne de convergence de cette double approche des actifs immatériels locaux en dehors de la propriété publique se situe dans la réservation des actifs immatériels : passe-t-elle exclusivement par la propriété publique ? Force est de constater que non, de sorte qu'une étude sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, et non pas seulement sur la propriété immatérielle des collectivités territoriales, permet d'avoir une vision globale et complète de la problématique. Aujourd'hui, le patrimoine n'est plus seulement ce que l'on possède, mais aussi ce qui nous constitue. Par conséquent, cela impose de rechercher d'autres mécanismes de réservation aux côtés de celui de la propriété, des mécanismes qui restent à identifier, et qui permettraient sans doute de fonder les assises conceptuelles de la notion de patrimoine immatériel. Mais précisément, en éprouvant les limites de la notion de patrimoine immatériel, il est alors possible de se rendre compte qu'il existe autre chose au-delà de ce patrimoine. En effet, avec les questions liées au nom des collectivités territoriales, à leur réputation, à leurs langues, à leur gastronomie, à leurs coutumes ou à leurs traditions, ne serait-on pas en train d'assister à la construction subreptice d'une approche extrapatrimoniale des personnes morales de droit public ? Le patrimoine immatériel des collectivités territoriales permettrait alors de reconsidérer ces personnes morales de droit public en tant que véritables sujets de droit, détentrices d'un patrimoine, et non plus comme un ensemble de compétences, un ensemble de prérogatives de puissance publique mises en œuvre pour l'accomplissement de missions d'intérêt général. La question de la conceptualisation d'un droit des personnes publiques, à l'image d'un droit des personnes (privées) se pose avec une force accrue. Par conséquent, droit public de la propriété intellectuelle, droit des personnes publiques, voilà la double direction que pourrait prendre cette matière en construction qu'est le droit de l'immatériel public. Autrement dit, bien au-delà de la seule question des actifs immatériels locaux, c'est toute une manière de penser le droit public que le patrimoine immatériel des collectivités territoriales met en évidence.

# BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES GENERAUX


BOUSSARD (S.), LE BERRE (C.), *Droit administratif des biens,* Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, Collec. Manuel, 475 pp.

CORNU (G.), Association CAPITANT (H.), *Vocabulaire juridique,* Vendôme, Puf, Collection Quadrige, 10ème éd., 986 pp.

COSTA (D.), *Contentieux administratif,* Bruguières, LexisNexis, Collection Objectif Droit Cours, 270 pp.

CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.); YOLKA (P.), *Les grandes décisions du droit administratif des biens,* Mayenne, Dalloz, Collec. Grands Arrêts, 1ère éd., 855 pp.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, Volume I,* Paris, Imprimerie Générale A. Lahure Editeur, 846 pp.

FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens,* Lonrai, LexisNexis, Collec. Manuel, 3ème éd., 748 pp.

GAUDEMET (Y.), *Droit administratif des biens,* Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 15ème éd., 693 pp.

GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique – Tome I,* Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, 448 pp.

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DEVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Varese (Italie), Dalloz, Collec. Grands Arrêts, 17ème éd., 980 pp.

MORAND-DEVILLER (J.), *Droit administratif des biens,* Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, Collec. Cours, éd. 2014, 709 pp.

RICHER (L.), *Droit des contrats administratifs,* Paris, LGDJ Lextenso, Collection Manuel, 7ème éd., 713 pp.

PELLAS (J.-R.), *Droit de la culture,* Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, Collec. Systèmes pratiques, 173 pp.

SEILLER (B.), *Droit administratif, Tome 1 : Les sources et le juges – Tome 2 : L'action administrative,* Barcelone (Espagne), Flammarion, Collec. Champs Université, 4ème éd., 700 pp.

TAFFOREAU (P.), MONNERIE (C.), *Droit de la propriété intellectuelle,* Paris, Gualino, Collec. Master Pro, 3ème éd., 529 pp.

VEDEL (G.), *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* Paris, Dalloz, Collec., « Bibliothèque Dalloz », 632 pp.

## OUVRAGES SPECIALISES

BENABOU (V.-L.), ROCHFELD (J.), *« A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère du numérique »,* Paris, Odile Jacob, Collec., Corpus, 112 pp.

BLAIZOT-HAZARD (C.), *Les droits de propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français,* dir. George Vedel, Paris LGDJ, Collec. Bibliothèque de droit public Tome 159, 1991, 269 pp.

BROUANT (J.-P.), *Le régime domanial à l'épreuve de la valorisation économique,* dir. Yves Jégouzo, Paris, Thèse, 1995, 647 pp.

CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés, contribution à la notion de bien public,* Thèse, Lyon, Dalloz, 2004, 764 pp.

DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.), *La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé,* dir. Charles Debbasch, Aix-en-Provence, Thèse, 1994, 438 pp.

GLEIZE (B.), *La protection de l'image des biens,* Paris, Lextenso éditions, Collec. Doctorat et notariat, 445 pp.

GOUTAL (Y.), BANEL (S.), WURSTHORN (I.), BERNARDI (E.-L.), *La valorisation du patrimoine du patrimoine public,* Rueil-Malmaison, Lamy, Collec. Axe Droit, 1ère éd., 310 pp.

MALDENT (L.), *Propriété et domanialité privée des personnes publiques – Pour une réécriture du droit domanial,* dir. Jean-Claude Ricci, Aix-en-Provence, Thèse, 2014, 313 pp.

MALWE (C.), *La propriété publique incorporelle : au carrefour du droit administratif des biens et du droit public économique,* dir. René Houstiou, Nantes, Thèse, 2008, 762 pp.

MOYSAN (H.), *Le droit de propriété des personnes publiques,* dir. Didier Truchet, Paris, LGDJ, Collec. Bibliothèque de droit public Tome 219, 2001, 296 pp.

RIBOT (C.), *La dynamique institutionnelle de l'intercommunalité,* dir. Jean-Louis Autin, Montpellier, Thèse, 1993, 596 pp.

YOLKA (P.), *La propriété publique, éléments pour une théorie,* dir. Georges Vedel, Paris, LGDJ, Collec. Bibliothèque de droit public Tome 191, 1997, 649 pp.

## ARTICLES DE DOCTRINE

ACH (N.), « L'arsenal répressif contre l'occupant irrégulier du domaine public fluvial est constitutionnel », *AJDA,* n° 42, 9 décembre 2013, p. 2437

AUBIN (E.), BOITEAU (C.), LEVOYER (L.), ONDOUA (A.), « Droit administratif », *JCP G,* n° 40, 29 septembre 2004, p. 165

AUBY (J.-B.), « Services publics culturels et concurrence », *AJDA,* n° HS, 20 septembre 2000, p. 22 ; « La bataille de San Romano - Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA,* n° 11, 20 novembre 2001, p. 912 ; « La réutilisation des données publiques », *RDA,* n° 8, août 2011, p. 8

AZZI (T.), « *Open Data* et propriété intellectuelle – Etat des lieux au lendemain de l'adoption de la loi pour une République numérique », *Rec. Dalloz,* n° 11, 16 mars 2017, p. 583

BARBIER (C.), « L'usager est-il devenu le client du service public ? », *JCP G,* n° 3, 18 janvier 1995, p. 3816

BERLIN (D.), « Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence », *AJDA,* n° 4, 20 avril 1995, p. 259

BOUCHE (N.), « Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux », *JCl PI,* n° 4, avril 2016, p. 7

BOURGEOIS (M.), « Vers une gratuité des données ? – A propos du projet de loi visant à modifier la loi CADA du 17 juillet 1978 », *JCP ACT,* n° 41, 12 octobre 2015, p. 817

BRAMERET (S.), « Les contrats de ‘‘nommage’’ des équipements publics », *RFDA,* n° 4, 14 septembre 2015, p. 671

BROCARD (J.-F.), « Sport professionnel – Sponsoring – Sponsoring : gare à l'arnaque ! », *JS,* n° 160, 10 janvier 2016, p. 13

BRONZO (N.), « Quelles stratégies de propriété intellectuelle pour les établissements publics de recherche après la loi du 22 juillet 2013 ? », *JCl PI,* n° 10, Octobre 2013, étude 14

BROUANT (J.-P.), « L'usage des fréquences de communication audiovisuelle et la domanialité publique », *AJDA,* n° 2, 20 février 1997, p. 115

BRUGUIERE (J.-M.), « Image des biens : la troublante métamorphose », *Rec. Dalloz,* n° 22, 10 juin 2004, p. 1545 ; « L'image du château de Chambord n'est pas un bien du domaine public », *Rec. Dalloz,* n° 33, 27 septembre 2012, p. 2222

CAILLOSSE (J.), « Droit public-droit privé : sens et portée d'un partage académique », *AJDA,* n° 12, 20 décembre 1996, p. 955 ; « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA,* n° 3, 20 mars 1999, p. 195 ; « Le droit administratif français saisi par la concurrence ? », *AJDA,* n° 2, 21 février 2000, p. 99

CALAMARTE-DOGUET (M.-G.), « Les établissements à caractère scientifique et technologique », *AJDA,* n° 7, 19 juillet 2002, p. 569 ; « Les fonctionnaires en quête de droit d'auteur – Pirandello au pays de la propriété intellectuelle des fonctionnaires », *AJDA,* n° 37, 3 novembre 2003, p. 1968

CAPRIOLI (E.), « L'archivage électronique », *JCP G,* n° 38, 14 septembre 2009, p. 251

CARIUS (M.), « Le *naming* des enceintes sportives, les nouveaux dieux du stade », *AJCT*, n° 7, 16 juillet 2012, p. 357

CARON (C.), « De la disponibilité du nom d'une collectivité territoriale en tant que marque », *Revue de la communication et du commerce électronique,* n° 3, Mars 2005, p. 36

CHAMARD-HEIM (C.), « Les personnes publiques locataires », *JCP ACT,* n° 17, 30 avril 2012, p. 2139

CHANAVAT (N.), RENAUD (M.), DESBORDES (M.), « Activités – Enceintes sportives – Naming et modularité : les clés de la réussite », *JS,* n° 142, 10 mai 2014, p. 41

CHAPUS (R.), « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle'' : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger,* n° 119 / 2003, janvier-février 2003, p. 3

CHERON (A.), « *Open data* et valorisation du patrimoine immatériel », *AJCT,* n° 3, 20 mars 2013, p. 123

CHICOT (P.-Y.), « L'article 75-1 de la Constitution et la notion de patrimoine linguistique », *JCP ACT,* n° 9, 28 février 2011, p. 2082

CRESSIN (V.), « Institutions – Equipements sportifs – Le *naming* à l'épreuve de la propriété publique locale », *JS,* n° 156, 10 septembre 2015, p. 38

DA PALMA (D.), NOURI-MESHKATI (S.), PAGGI (F.), « La protection des marques et des noms de domaine des collectivités publiques », *JCP ACT,* n° 335, 31 août 2015, p. 2250

DELVOLVE (P.), « Le code général de la propriété des personnes publiques - Regard extérieur sur le code », *RFDA,* n° 5, 15 septembre 2006, p. 899 ; « Le bail réel immobilier administratif », *RFDA,* n° 4, 13 septembre 2013, p. 763

DE FENOYL (E.), « Stades et arenas : enjeux juridiques du mode d'exploitation », *JS,* n° 128, 10 février 2013, p. 22

DERBAIX (C.), GERARD (P.), LARDINOIT (T.), « Essai de conceptualisation d'une activité éminemment pratique : le parrainage : recherches et applications en markéting », *Sage Journals,* n° 9, 1er juin 1994, p. 43

DERNONCOURT (C.), « Marques et collectivités territoriales : enregistrement et protection contre les usurpations en droit européen et en droit français », *Revue de la propriété industrielle,* n° 7-8, juillet 2014, Etude 18

DESMARAIS (P.), « La réforme de l'open data suppose une approche globale ! », *JCP G,* n° 18, 5 mai 2014, p. 528

DOMINO (X.), BRETONNEAU (A.), « Biens de retour : gare aux boomerangs », *AJDA,* n° 8, 4 mars 2013, p. 457

DREYFUS (J.-D.), « Privatisations rencontre d'une société du troisième type : la société à action spécifique », *LPA,* n° 152, 21 décembre 1994, p. 11 ; « La valorisation par l'Etat de son

patrimoine immatériel », *AJDA,* n° 13, 13 avril 2009, p. 696 ; « Nom des collectivités territoriales et droit des marques », *AJCT,* n° 3, 20 mars 2013, p. 127

DUBREUIL (C.-A.), « Le refus d'autoriser un usage privatif du domaine public mobilier peut-il constituer une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie », *JCP ACT,* n° 46, 19 novembre 2012, p. 769

DUSSART (V.), « La taxe sur les poids lourds : une nouvelle contrainte pour les entreprises de transport », *Revue de droit des transports et de la mobilité,* n° 2, avril 2016, p. 2

EDELMAN (B.), « La rue et le droit d'auteur », *AJDA,* n° 11, 19 mars 1992, p. 91

EVEILLARD (G), « De l'aliénation forcée des actions détenues par les personnes publiques », *AJDA,* n° 9, 11 mars 2013, p. 522

FONT (N.), « Le statut des agents auteurs, facteurs de valorisation du patrimoine immatériel des collectivités territoriales », *AJCT,* n° 3, 20 mars 2013, p. 130

FORT (F.-X.), ROBIN (A.), « Remarques sur le régime de gestion de la propriété industrielle entre personnes publiques », *AJDA,* n° 41, 6 décembre 2010, p. 2292

FOULQUIER (N.), « Le domaine public immatériel ? », *Gaz. Cnes,* n° 2, 7 mai 2012, p. 18 ; « Hors CGPPP, le pouvoir quasi domanial sur l'image des biens du domaine public », *AJDA,* n° 8,7 mars 2016, p. 435

FRESSOZ (P.-F.), « Le détachement peut-il être renouvelé contre la volonté de l'administration d'accueil ? », *AJDA,* n° 6, 17 février 2003, p. 292

GAUDEMET (Y.), « Pour un acte II du droit des propriétés publiques... », *RJEP,* n° 715, janvier 2014, p. 1

GAUTHIER (A.), « La valorisation des propriétés publiques », *AJDA,* n° 18, 21 mai 2012, p. 990

GICQUEL (J.-E.), « Le Conseil constitutionnel et les langues régionales », *LPA,* n° 174-175, 1-2 septembre 2001, p. 15 ; « Les langues régionales à l'épreuve des contentieux constitutionnel et administratif », *LPA,* n° 118, 15 juin 2011, p. 17

GUYOMAR (M.), « Conditions relatives à la candidature d'un établissement public administratif à un marché public ou à une délégation de service public », *AJDA,* n° 12, 20 décembre 2000, p. 987

HODEMON (J.-L.), WISLER (P.), « Le service d'activités industrielles et commerciales : une innovation bienvenue ? », *AJDA,* n° 4, 3 février 2003, p. 165

HOFMANN (E.), BOUCHARD (L.), CAPIAUX (J.), « Protection du nom de la collectivité territoriale : enjeux publics et privés », *Gaz. Pal.,* n° 344, 10 décembre 2011, p. 11

HUBRECHT (H.-G.), « Le Code général de la propriété des personnes publiques », *RDA,* n° 8, août 2006, p. 15

HUGLO (C.), « Rio + 20 : quel bilan pour l'évolution du droit de l'environnement ? », *Revue Environnement et Développement Durable,* n° 8, août 2012, p. 11

LAVIALLE (C.), « Les propriétés publiques saisies par la comptabilité », *AJDA,* n° 41, 5 décembre 2005, p. 2257

LARRIEU (J.), « Un an de protection de nom des communes », *Revue de la propriété industrielle,* n° 4, 4 avril 2008, p. 3 ; « La protection du nom d'une commune », *Revue de la propriété industrielle,* n° 5, mai 2007, p. 46

LEGAL (H.), « L'impact du droit de la concurrence sur la gestion du patrimoine des personnes publiques », *AJDA,* n° 18, 14 mai 2007, p. 949

LE GOFFIC (C.), « Affaire *Laguiole :* la Cour de cassation rend un arrêt… tranchant », *DALLOZ IP/IT,* n° 12, 5 décembre 2016, p. 612

LEGRAND (A.), « Il n'y pas de droit constitutionnel à l'enseignement des langues régionales », *JCP ACT,* n° 27, 4 juillet 2011, p. 48

LEONETTI (R.), « La protection de l'affectation au service public des biens incorporels », *AJDA,* n° 31, 28 septembre 2009, p. 1689

LE TOURNEAU (P.), « Le fabricant d'un parfum ne peut, sans en détourner la notoriété, adopter pour le lancement d'un nouveau parfum le nom champagne alors que l'appellation d'origine ne peut être employée pour aucun produit similaire ni pour aucun autre produit du service », *Rec. Dalloz,* n° 11, 17 mars 1994, p. 145

LEVOYER (L.), « Loi de finances pour 2014 : une contribution accentuée des collectivités territoriales à l'assainissement des finances publiques », *JCP ACT,* n° 5, 3 février 2014, p. 2023

LIGNIERES (P.), « Propriétés des personnes publiques : faire vivre le nouveau code », *RDA,* n° 8, août 2006, p. 7

LOHEAC-DERBOULLE (P.), « Les redevances domaniales depuis l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté », *RFDA,* n° 6, 7 janvier 2014, p. 1143

MACCIONI (H.), « L'image de marque : Emergence d'un concept juridique ? », *JCP G,* n° 21, 22 mai 1996, p. 3934

MAISL (H.), « La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information », *AJDA,* n° 5, 20 mai 1994, p. 355

MALWE (C.), « Valorisation du patrimoine immatériel : de quoi parle-t-on ? », *AJCT,* n° 3, 20 mars 2013, p. 120

MARCHAND (J.), « L'open data, la réutilisation des données publiques entre exigence démocratique et potentiel économique », *JCP ACT,* n° 7, 17 février 2014, p. 2038

MARTIN (S.), « Les conséquences de la suspension de l'écotaxe », *Revue de droit des transports et de la mobilité »,* n° 4, octobre 2013, p. 72 ; « La fin de l'écotaxe », *Revue de droit des transports et de la mobilité,* n° 4, octobre 2014, p. 73

MENDOZA-CAMINADE (A.), « Affaire Laguiole, retournement de situation : suite et fin ? », *JCP E,* n° 51-52, décembre 2016, p. 1689

MONNIER (S.), « la réforme du droit des archive. A propos de la loi du 15 juillet 2008 », *JCP A,* n° 11, novembre 2008, p. 21

MOUSSERON (J.-M.), « Valeurs, biens, droits », in mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Paris, Dalloz, 1991, pp. 277-283

PONTIER (J.-M.), « Modernisation de l'action publique – A propos des décisions du CIMAP du 2 avril 2013 », *JCP ACT,* n° 17, 22 avril 2013, p. 363

PIETE-COUDOL (T.), « Dématérialisation du dossier individuel de l'agent public », *JCP A,* n° 1, janvier 2012, p. 6

ROHAN (P.-A.), LEONETTI (R.), « Vers une définition prétorienne d'un domaine public mobilier *praeter legem :* à propos de l'affaire APRP », *AJDA,* n° 4, 6 février 2012, p. 508

ROSSETTI (C.), « Vers une gestion stratégique des marques publiques », *AJDA,* n° 39, 22 novembre 2010, p. 2197

SCHOETI (J.-E.), « La Charte européenne des langues régionales comporte des clauses contraires à la Constitution », *AJDA,* n° 7-8, 20 juillet 1997, p. 573

SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA,* n° 8, 28 février 2005, p. 417

SIRINELLI (M.), « Comment éviter le caractère manifestement insuffisant du montant d'une redevance domaniale ? », *AJDA,* n° 1, 13 janvier 2014, p. 31

SOLEILHAC (T.), « Les bibliothèques numériques, un domaine public immatériel », *AJDA,* n° 21, 16 juin 2008, p. 1133

SORBARA (J.-G.), « Le domaine public mobilier au regard du code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA,* n° 12, 26 mars 2007, p. 619

TERNEYRE (P.), « Les actifs immatériels des personnes publiques », *RJEP,* n° 714, décembre 2013, étude 16

TREBULLE (F.-G.), « Vers de nouveaux indicateurs de richesse ! », *Revue Energie – Environnement – Infrastructures,* n° 5, mai 2015, p. 5

VERPEAUX (M.), « Langues régionales et QPC : l'impossible dialogue », *AJDA,* n° 34, 17 octobre 2011, p. 1963 ; « Constitution et langues : à propos du projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *JCP ACT,* n° 40, 5 octobre 2015, p. 2283

YOLKA (P.), « Le statut des biens mobiliers de l'administration : quelques observations », *JCP ACT,* n° 31, 26 juillet 2004, p. 1509 ; « Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques », *JCP ACT,* n° 22, 29 mai 2006, p. 452 ; « Exploitation des fréquences hertziennes : point trop n'en faut ! », *JCP ACT,* n° 49-50, 1er décembre 2008, p. 989 ; « L'immatériel public en trompe-l'œil », *JCP ACT,* n° 48, 28 novembre 2011, p. 726 ; « Les patrimoines publics à l'épreuve de la propriété intellectuelle », *Dr. adm.,* n° 1, janvier 2012, p. 63

ZARKA (J.-C.), « Adoption par l'Assemblée nationale d'une proposition de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », *JCP ACT,* n° 6, 10 février 2014, p. 118

# TEXTES ET DOCUMENTS OFFICIELS

## CONVENTIONS INTERNATIONALES

### UNESCO

Convention du 17 octobre 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Paris, 14 pp.

Convention du 16 novembre 1972 concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, Paris, 16 pp.

### CONSEIL DE L'EUROPE

Charte européenne du 5 novembre 1992 relative aux langues régionales ou minoritaires, Strasbourg, 14 pp.

## DIRECTIVES

Directive n° 2013/37/UE du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation du secteur public, *JOEU* n° L 175, 27 juin 2013, pp. 1-8

Directive n° 2007/2/CE du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d'information géographique dans la Communauté européenne, *JOCE* n° L 108, 25 avril 2007, pp. 20-28

Directive n° 2003/98 du 17 novembre 2003 concernant la réutilisation des informations du secteur public, *JOEU* n° L 345, 31 décembre 2003, pp. 90-96

Directive n° 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JOCE* n° L 167, 22 juin 2001, pp. 10-19

Directive n° 96/9 du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, *JOCE,* n° L77, 27 mars 1996, pp. 20-28

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235, 8 octobre 2016

Loi n° 2016-925 du 8 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, *JORF* n° 158, 8 juillet 2016, p. 1934

Loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 relative à la gratuité et aux mobilités de réutilisation des informations du secteur public, *JORF* n° 301, 29 décembre 2015, p. 24319

Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, *JORF* n° 182, 8 août 2015, p. 13705

Loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, *JORF* n° 301, 30 décembre 2014, p. 22828

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* n° 65, 18 mars 2014, p. 5400

Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, *JORF* n° 303, 30 décembre 2013, p. 21829

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, *JORF* n° 0160, 13 juillet 2010, p. 12905

Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, *JORF* n° 0303, 31 décembre 2009, p. 22940

Loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, *JORF* n° 0303, 31 décembre 2009, p. 22856

Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, *JORF* n° 0179, 5 août 2009, p. 13031

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (1), *JORF* n° 110, 13 mai 2009, p. 7920

Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, *JORF* n° 0302, 28 décembre 2008, p. 20224

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e^ République, *JORF* n° 171, 24 juillet 2008, p. 11890

Loi n° 2006-961 du 1^er^ août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, *JORF* n° 178, 3 août 2006, p. 11529

Loi n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* n° 75, 29 mars 2003, p. 5568

Loi n° 2001-692 du 1^er^ août 2001 relative aux lois de finances, *JORF* n° 177, 2 août 2001, p. 12480

Loi n° 99-198 du 18 mars 1999 portant modification de l'ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, *JORF* n° 66, 19 mars 1999, p. 4047

Loi n° 98-536 du 1^er^ juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *JORF* n° 151, 2 juillet 1998, p. 10075

Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de règlementation des télécommunications, *JORF* n° 174, 27 juillet 1996, p. 11384

Loi n° 92-597 du 1^er^ juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle (partie législative), *JORF* n° 0153, 3 juillet 1992, p. 8801

Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « Des communautés européennes et de l'Union européenne », *JORF* n° 147, 26 juin 1992, p. 8406

Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, *JORF* n° 33, 8 février 1992, p. 2064

Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, *JORF* n° 3, 4 janvier 1992, p. 187

Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 27, 18 janvier 1989, p. 728

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *JORF* n° 192, 1^er^ octobre 1986, p. 11755

Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle, *JORF* n° 169, 4 juillet 1985, p. 7495

Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, JORF* n° 52, 3 mars 1982, p. 730

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, *JORF* n° 165, 18 juillet 1978, p. 2851

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* n° 4, 7 janvier 1978, p. 227

Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, *JORF* n° 64, 14 mars 1957, p. 2723

Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, *JORF,* 2 juillet 1901, p. 4025

## DECRETS

Décret n° 2016-379 du 30 mars 2016 relatif aux modalités de mise en œuvre de la limitation des sacs en matières plastiques à usage unique, *JORF* n° 0076, 31 mars 2016, texte n° 18

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *JORF* n° 0074, 27 mars 2016, p. 28

Décret n° 2015-671 du 15 juin 2015 relatif à la procédure d'alerte des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale sur les dépôts de marques auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, *JORF* n° 138, 17 juin 2015, p. 9965

Décret n° 2015-595 du 2 juin 2015 relatif aux indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux et portant diverses dispositions relatives aux marques, *JORF* n° 126, 3 juin 2015, p. 9141

Décret n° 2014-1099 du 29 septembre 2014 relatif à la consistance du réseau routier national soumis à la taxe nationale sur les véhicules de transport de marchandises, *JORF* n° 226, 30 septembre 2014, p. 15819

Décret n° 2011-494 du 5 mai 2011 pris en application des articles L. 127-8 et L. 127-9 du code de l'environnement, *JORF* n° 105, 6 mai 2011, p. 7753

Décret n° 2011-223 du 1er mars 2011 pris pour l'application de l'article L. 127-10 du code de l'environnement, *JORF* n° 51, 2 mars 2011, p. 3824

Décret n° 2011-127 du 31 janvier 2011 relatif au Conseil national de l'information géographique, *JORF* n° 26, 1er février 2011, p. 1985

Décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'Etat consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, *JORF* n° 36, 12 février 2009, p. 2505

Décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le code des postes et des communications électroniques, *JORF* n° 33, 8 février 2007, p. 2422

Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005 relatif à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, pris pour l'application de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, *JORF* n° 304 du 31 décembre 2005, p. 20827

Décret n° 58-815 du 9 septembre 1958 créant un établissement public pour l'aménagement de la région dite « de la défense » dans le département de la Seine, *JORF* n° 318, 10 septembre 1958, p. 8436

Décret n° 57-1336 du 28 décembre 1957 portant réforme des règles de gestion et d'aliénation des biens du domaine national et codification sous le nom de Code du domaine de l'Etat des textes législatifs applicables à ce domaine, *JORF* n° 0000, 29 décembre 1957, p. 11871

## ORDONNANCES

Ordonnance n° 2010-1232 du 21 octobre 2010 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière d'environnement, *JORF* n° 246, 22 octobre 2010, p. 18885

Ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques, *JORF* n° 95, 22 avril 2006, p. 6024

Ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques, *JORF* n° 131, 7 juin 2005, p. 10022

Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du Code du patrimoine, *JORF* n° 46, 24 février 2004, p. 37048

Ordonnance n° 45-2339 du 13 octobre 1945 relative aux spectacles, *JORF* du 14 octobre 1945, p. 6505

## ARRETES

Arrêté du 24 janvier 2011 relatif au calendrier de mise en œuvre des modalités d'application de l'interopérabilité prévu à l'article L. 127-3 du code de l'environnement, *JORF* n° 46, 24 février 2011, p. 3361

Arrêté du 16 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestation intellectuelle, *JORF* n° 0240, 16 octobre 2009, p. 16958

Arrêté du 23 avril 2007 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel de l'Etat », *JORF* n° 110, 12 mai 2007, p. 8684

Arrêté interministériel du 6 janvier 1989 relatif à la terminologie économique et financière, *JORF* n° 22, 31 janvier 1989, p. 1448

## JURISPRUDENCES

### JURISPRUDENCE EUROPENNE

#### JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

Cour EDH, 30/11/2004, *Öneryyildiz c/ Turquie,* n° 48939/99

Cour EDH, 23/02/1995, *GasusDosier – UndFördertechnikGmbH c/ Pays-Bas,* n° 15375/89

#### JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

CJUE, 05/04/2017, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI),* n° C-598/14

Tribunal de l'UE, 21/10/2014, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI),* n° T-453/11

CJCE, 09/12/2008, *Verein Radetzky-Orden c/ Bundesvereinigung Kameradschaft " Feldmarschall Radetzky ",* n° C-442/07

## JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

CC, 20/05/2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales] ; AJDA,* 2011, p. 1963, note VERPEAUX (M.) ; *JCP ACT,* 2011, p. 48, note LEGRAND (A.)

CC, 29/12/2009, *Loi de finance pour 2010,* n° 2009-599 DC

CC, 25/07/2001, *Loi organique relative aux lois de finances,* n° 2001-448 DC

CC, 23/07/1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom,* n° 96-380 DC

CC, 21/07/1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public ; RFDA,* 1994, p. 1106, note LAVIALLE (C.)

CC, 09/05/1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse,* n° 91-290 DC

CC, 26/06/1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social ; AJDA,* 1987, p. 102, note WACHSMANN (P.)

CC, 25/07/1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail,* n° 79-105 DC

## JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

CE, 08/02/2017, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* concl. BRETONNEAU (A.), n° 389806

CAA Nantes, 16/12/2015, *Société Kronenbourg c/ Etablissement public du domaine national de Chambord,* concl. DELEALLE (H.) ; *AJDA,* 7 mars 2016, p. 435, note FOULQUIER (N.)

CAA Bordeaux, 26/02/2015, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* concl. NORMAND (N.), n° 13BX00856

TA Poitiers, 31/01/2013, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* n° 1002347

CE, Ass., 21/12/2012, *Commune de Douai c/ Société Saint-Quentinoise d'Eclairage,* concl. DACOSTA (B.) ; *AJDA,* 4 mars 2013, p. 457, note DOMINO (X.) et BRETONNEAU (A.)

CE, 29/10/2012, *EURL Photo Josse,* concl. ESCAUT (N.) ; *JCP ACT,* 19 novembre 2012, p. 769, note DUBREUIL (C.-A.) ; *JCP CMP,* Décembre 2012, p. 342, note DEVILLIERS (P.) ; *AJDA,* 21 janvier 2013, p. 111, note FOULQUIER (N.) ; *Gaz. Pal.,* n° 73, 11 avril 2013, p. 11, note CASET (S.) ; *JCP CCE,* n° 2, février 2013, étude 2, note BRUGUIERE (J.-M.)

CE, 04/07/2012, *Société APRP,* concl. ESCAUT (N.), n° 356168

CE, 23/05/2012, *RATP,* concl. BOULOUIS (N.), n° 348909

TA Paris, 17/03/2012, *Société APRP,* concl. REULAND (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 208, note ROHAN (P.-A.) et LEONETTI (R.)

CAA Lyon, 04/07/2012, *Réutilisation commerciales d'archives départementales,* concl. SCHMERBER (C.) *; AJDA,* 2013, p. 301 ; *AJDA,* 2013, p. 301, note CONNIL (D.) ; *JCP ACT,* n° 40, Octobre 2012, p. 2318, note BRUGUIERE (J.-M.)

TA Orléans, 06/03/2012, *Société Kronenbourg c/ Etablissement public du domaine national de Chambord,* concl. FRANCFORT (J.) ; *AJDA,* 2012, p. 1227 ; *Rec. Dalloz,* 2012, p. 2222, note BRUGUIERE (J.-M.)

CE, 01/02/2012, *RTE EDF Transport,* concl. ESCAULT (N.) ; *AJDA,* 2012, p. 1680, note PERROUD (T.), *RDI,* 2012, p 408, note FOULQUIER (N.)

TA Clermont-Ferrand, 13/07/2011, *Réutilisation commerciale d'archives départementales ; AJDA,* 2012, p. 375, note CONNIL (D.)

CE, 21/03/2011, *Mme Cécile Lang et a., Rec. Lebon p. 312,* concl. DUMORTIER (G.) ; *LPA,* 2011, p. 17, note GICQUEL (J.-E.)

TA Montpellier, 12/10/2010, *Mouvement républicain de salut public,* n° 0903420, concl. DE MONTE (P.) ; *LPA,* 2011, p. 17, note GICQUEL (J.-E.)

CE, 11/08/2009, *Société Maison Comba,* n° 303517

CE, 11/12/2008, *Mme Perreau-Polier et autres, Rec. Lebon p. 734,* concl. OLLEON (L.) ; *AJDA,* 2009, p. 828, note FEVROT (O.)

CE, Ass., 24/03/2006, *Société KPMG et société Ernest & Young et autres,* concl. AGUILA (Y.) ; *RFDA,* 2006, p. 463, note MODERNE (F.)

CE Sect., 18/11/2005, *Société fermière de Campoloro,* concl. BOULOUIS (N.) ; *AJDA,* 2006, p. 137, note LANDAIS (C.) et LENICA (F.)

CE, 28/05/2004, *Aéroports de Paris,* concl. BACHELIER (G.) ; *JCP ACT,* 26 juillet 2004, p. 1509, note YOLKA (P.)

CE, 31/03/2003, *Syndicat intercommunal de la Périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication de Paris (SIPPEREC),* concl. AUSTRY (S.) ; *AJDA,* 2003, p. 1935, note SUBRA DE BIEUSSES (P.) ; *RFDA,* 2003, p. 903, note SOULIE (J.)

CE, Sec., 03/11/1997, *Commune de Fougerolles,* concl., TOUVET (L.) ; *AJDA,* 1997, p. 1010, note RICHER (L.)

CE, 15/04/1996, *Association des parents d'élèves pour l'enseignement du breton,* concl. SCHWARTZ (R.), n° 165114

CE, 07/12/1990, *Ministre de l'éducation nationale,* concl. LAROQUE (M.), n° 115624

CE, Sec., 22/11/1985, *Quillevère,* concl. LATOURNERIE (D.), n° 65105

CE, 06/05/1985, *Association Eurolat, Rec. Lebon p. 641,* concl. GENEVOIS (B.) ; *AJDA,* 1985, p. 620, note FATÔME (E.), MOREAU (J.)

CE, 27/11/1970, *Bizière,* concl. GENTOT (M.), n° 76128

CE, Ass., 11/05/1959, *Sieur Dauphin, Rec. Lebon p. 294,* concl. MAYRAS (M.) ; *JCP,* 1959, p. 11269, note LANVERSIN (J.)

CE, Sec., 19/10/1956, *Société Le Béton, Rec. Lebon p. 375,* concl. LONG (M.) ; *RFDA,* 2010, p. 533, note LAVIALLE (C.)

CE, 28/06/1935, *Marécar, Rec. Lebon p. 734,* concl. LATOURNERIE (R.) ; *Rec. Dalloz,* 1936, p. 20, note WALINE (M.).

CE, 17/01/1923, *Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieur Piccioli, Rec. Lebon p. 44,* concl. CORNEILLE (L.-F.).

CE, 16/07/1909, *Ville de Paris, rec. Lebon p. 707,* concl. TEISSIER (G.).

Cour de cass., com. 04/10/2016, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner, AJDA,* 2016, p. 2416 ; *DALLOZ IP/IT,* 2016, p. 612, note LE GOFFIC (C.) ; *JCP E,* 2016, p. 1689, note MENDOZA-CAMINADE (A.)

CA Paris, 04/04/2014, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* n° 12/20559

Cour de cass., 1ère civ., 16/01/2013, *Office de tourisme de la Ville d'Avignon et Ville d'Avignon c/ Monsieur Philippe Médard,* n° 12/13.027

CA Paris, 29/11/2012, *Société APRP ; AJDA,* 2013, p. 522, note EVEILLARD (G.)

TGI Paris, 13/09/2012, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* n° 10/08800

CA Nîmes, 15/11/2011, *Office de tourisme de la Ville d'Avignon et Ville d'Avignon c/ Monsieur Philippe Médard,* n° 10/01400

Cour de cass., com., 23/06/2009, *Département du Finistère,* n° 07-19542

CA Versailles, 13/09/2007, *Ville d'Issy-les-Moulineaux,* n° 06/03071

TGI Nanterre, 30/01/2007, *Commune de Levallois-Perret c/ Loïc L., 1&1 Internet ; Revue de la propriété industrielle,* p. 46, note LARRIEU (J.)

Cour de cass., crim., 22/09/2004, *Roger X…,* n° 04-80285

Cour de cass., Ass. Plén., 07/04/2004, *SCP Hôtel de Girancourt c/ Société SCIR Normandie,* n° 02-10450

Cour de cass., 2ème civ., 05/06/2003, *Société du Figaro c/ Nicolas X…,* n° 02-12853

Cour de cass., 1ère civ., 02/05/2001, *SCI de l'ilôt de Roch Arhon c/ Comité régional de tourisme de Bretagne,* n° 99-10709

Cour de cass, crim., 14/11/2000, *Bernard X…,* n° 99-84522

CA Paris, 18/10/2000, *Virgin Interactive Ltd et Virgin Interactive Entertainment SARL c/ France Télécom et BDDP-TBWA*

Cour de cass., 1ère civ., 10/03/1999, *Café Gondrée,* n° 96-18699

TGI Paris, 22/03/1996, *Ville de Saint-Tropez,* n° 95/9978

CA Paris, 15/12/1993, *Yves Saint-Laurent Parfums ; Rec. Dalloz,* 1994, p. 145, note LE TOURNEAU (P.)

### TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 14/05/2012, *Mme Gilles c/ Société d'Exploitation Sports et Evènements (SESE) c/ Ville de Paris, Rec. Lebon p. 512,* concl. OLLEON (L.) *; RDI,* 2012, p. 629, note FOULQUIER (N.) ; *RFDA,* 2012, p. 692, note JANICOT (L.) ; *JCP ACT,* 2012, p. 2328, note GIACUZZO (J.-F.) ; *RJEP,* 2012, p. 55, note PAULIAT (H.)

TC, 19/03/2007, *Préfet de la Haute-Vienne c/ Mme Madi, Rec. Lebon p. 593,* concl. GARIAZZO (A.), n° 3497

TC, 21/03/1983, *Union des Assurances de Paris (UAP),* n° 02256

TC, 28/02/1977, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c/ Dasse et Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Bassin de l'Adour, Rec. Lebon p. 665,* n° 2046

TC, 12/04/1976, *Société des Etablissements Mehut, Rec. Lebon p. 698,* n° 2014

TC, 08/02/1873, *Blanco,* concl. DAVID (S.), n° 1873.3.153

## RAPPORTS, GUIDES ET AVIS

La valorisation du patrimoine immatériel des personnes publiques : 10 ans après le rapport Lévy-Jouyet, Colloque organisé par Bordeaux Métropole le 23 septembre 2016 à l'Université de Bordeaux (actes non publiés)

CE, 30/07/2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires,* n° 390.268

Rapport périodique n° 00824/France du 28 novembre 2014 rendu par le Comité Intergouvernemental pour la Sauvegarde du Patrimoine Culturel Immatériel, 78 pp.

Le patrimoine immatériel des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat le 16 mars 2012 à l'Ecole Nationale de l'Administration, Paris, La documentation française, Collec. Droits et Débats, 148 pp.

La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, Colloque organisé par le Conseil d'Etat le 6 juillet 2011 à l'Ecole Nationale de l'Administration, Paris, La documentation française, Collec. Droits et Débats, 154 pp.

DUMAS (C.), Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires culturelles sur l'inscription de la gastronomie au patrimoine immatériel de l'UNESCO, Juillet 2008, Paris, La documentation française, Collec. Les Rapports du Sénat, 77 pp.

La personnalité publique, Actes du colloque organisé les 14 et 15 juin 2007 par l'Association française pour la recherche en droit Administratif, Lonrai, LexisNexis, Collec. Colloques et Débats, 256 pp.

LEVY (M.), JOUYET (J.-P.), L'économie de l'immatériel, la croissance de demain, Rapport remis au Ministre des Finances, de l'Economie, et de l'Industrie, Décembre 2006, Paris, La documentation française, Collec. Rapports publics, 184 pp.

CC, 15/06/1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Avis ; AJDA,* 1999, p. 573, note SCHOETTI (J.-E.)

CARCASSONNE (G.), Etude sur la compatibilité entre la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et la Constitution : rapport au Premier ministre, Septembre 1998, Paris, La Documentation Française, Collec. Rapports Publics, 130 pp.

PERRY (N.), POIGNANT (B.), Langues et cultures régionales : rapport remis au Premier ministre, juillet 1998, La Documentation Française, Collec. Rapports Publics, 47 pp.

CE Sec., 24/09/1996, *« Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », Avis,* n° 359461

CE, 06/07/1995, *« Avis relatif à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales »,* n° 357.456

CE, Sec., Avis, 13/06/1989, n° 345.012

CE, Avis, 21/11/1972, *Office français des techniques modernes d'éducation (OFRATEME),* n° 309.721

# DOCUMENTS ELECTRONIQUES

## SITES INTERNET

CLAVEL (S.), UNJF, Cours de droit de la propriété publique par Elise Langelier, Maître de conférences en droit public à l'Université Panthéon-Asas, Disponible sur http://cours.unjf.fr/ (page consultée le 20 mai 2017)

DEVES (C.), IADT, Actes numériques, Colloque du 14 et 15 avril 2014 sur le patrimoine immatériel des collectivités territoriales, Disponible sur http://iadt.fr/ressources/le-patrimoine-immateriel-des-collectivites-territoriales.html

POIVRE (J.), Patrimoine Culturel Immatériel – UNESCO, Disponible sur http://www.unesco.org/culture/ich/fr/qu-est-ce-que-le-patrimoine-culturel-immateriel-00003 (page consultée le 20 mai 2017)

POYAU (J.-F.), Le portail de l'économie et des finances, APIE, Publications, Disponible sur http://www.economie.gouv.fr/apie/publications

PY (O.), RONDIN (P.), Festival d'Avignon, Disponible sur http://www.festival-avignon.com/fr/ (page consultée le 20 mai 2017)

http://www.paindavignon.com/ (page consultée le 20 mai 2017)

## DOCUMENTS NUMERISES

PROUDHON (J.-B.-V.), *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public, Tome Premier, Tome Deuxième, Tome Troisième, Tome Quatrième, Tome Cinquième,* Dijon, Victor Lagier Librairie-éditeur, 2527pp., Disponible sur

http://gallica.bnf.fr/Search?adva=1&adv=1&tri=&t_relation=cb31154793f&q=proudhon+trait%C3%A9+du+domaine+public+1833

# TABLE DE JURISPRUDENCE

*Classement par juridictions et par ordre chronologique*

*(Les numéros renvoient aux pages)*


**Jugements de Tribunaux administratifs**

TA Clermont-Ferrand, 13/07/2011, *Réutilisation commerciale d'archives départementales,* 158

TA Orléans, 06/03/2012, *Société Kronenbourg c/ Etablissement public du domaine national de Chambord,* 232

TA Paris, 17/03/2012, *Société APRP,* 188, 196, 237

TA Poitiers, 31/01/2013, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* 162

**Arrêts de Cours administratives d'appel**

CAA Lyon, 04/07/2012, *Réutilisation commerciales d'archives départementales,* 158

CAA Bordeaux, 26/02/2015, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* 162

CAA Nantes, 16/12/2015, *Société Kronenbourg c/ Etablissement public du domaine national de Chambord,* 241

**Arrêts du Conseil d'Etat**

CE, 16/07/1909, *Ville de Paris, rec. Lebon p. 707,* 30, 39, 77

CE, 17/01/1923, *Ministre des travaux publics et gouverneur général de l'Algérie c/ Sieur Piccioli,* 30

CE, 28/06/1935, *Marécar,* 20

CE, Sec., 19/10/1956, *Société Le Béton,* 20

CE, Ass., 11/05/1959, *Sieur Dauphin,* 21, 155

CE, 27/11/1970, *Bizière,* 193

CE, 06/05/1985, *Association Eurolat, Rec. Lebon p. 641,* 110

CE, Sec., 22/11/1985, *Quillevère,* 320

CE, 07/12/1990, *Ministre de l'éducation nationale,* 332

CE, 15/04/1996, *Association des parents d'élèves pour l'enseignement du breton,* 331

CE, 28/05/2004, *Aéroports de Paris,* 211

CE Sect., 18/11/2005, *Société fermière de Campoloro,* 193

CE, Ass., 24/03/2006, *Société KPMG et société Ernest & Young et autres,* 14

CE, 11/12/2008, *Mme Perreau-Polier et autres,* 110

CE, 11/08/2009, *Société Maison Comba,* 357

CE, 01/02/2012, *RTE EDF Transport,* 216

CE, 23/05/2012, *RATP,* 237

CE, 04/07/2012, *Société APRP,* 237

CE, 29/10/2012, *EURL Photo Josse,* 187, 196, 235

CE, Ass., 21/12/2012, *Commune de Douai c/ Société Saint-Quentinoise d'Eclairage,* 353

CE, 08/02/2017, *Société NotreFamille.com c/ Département de la Vienne,* 162

**Jugements de Tribunaux de Grande Instance**

TGI Paris, 22/03/1996, *Ville de Saint-Tropez,* 107

TGI Nanterre, 30/01/2007, *Commune de Levallois-Perret c/ Loïc L., 1&1 Internet ; Revue de la propriété industrielle,* 107

TGI Paris, 13/09/2012, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* 121, 122

**Arrêts de Cours d'appel**

CA Paris, 18/10/2000, *Virgin Interactive Ltd et Virgin Interactive Entertainment SARL c/ France Télécom et BDDP-TBWA,* 228

CA Versailles, 13/09/2007, *Ville d'Issy-les-Moulineaux,* 107

CA Paris, 29/11/2012, *Société APRP,* 184

CA Paris, 04/04/2014, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* 123

**Arrêts de la Cour de cassation**

Cour de cass., 1ère civ., 10/03/1999, *Café Gondrée,* 226, 228

Cour de cass, crim., 14/11/2000, *Bernard X…,* 227

Cour de cass., 1ère civ., 02/05/2001, *SCI de l'ilôt de Roch Arhon c/ Comité régional de tourisme de Bretagne,* 229

Cour de cass., 2ème civ., 05/06/2003, *Société du Figaro c/ Nicolas X…,* 229, 230

Cour de cass., Ass. Plén., 07/04/2004, *SCP Hôtel de Girancourt c/ Société SCIR Normandie,* 230

Cour de cass., crim., 22/09/2004, *Roger X…,* 227

Cour de cass., com., 23/06/2009, *Département du Finistère,* 101

Cour de cass., com. 04/10/2016, *Commune de Laguiole c/ Gilbert Szajner,* 124

**Arrêts du Tribunal des conflits**

TC, 08/02/1873, *Blanco,* 172

TC, 12/04/1976, *Société des Etablissements Mehut,* 250

TC, 28/02/1977, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c/ Dasse et Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Bassin de l'Adour,* 251

TC, 21/03/1983, *Union des Assurances de Paris (UAP),* 369

TC, 19/03/2007, *Préfet de la Haute-Vienne c/ Mme Madi,* 194

TC, 14/05/2012, *Mme Gilles c/ Société d'Exploitation Sports et Evènements (SESE) c/ Ville de Paris,* 370

**Arrêts du Conseil constitutionnel**

CC, 25/07/1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail,* 202

CC, 26/06/1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social,* 39

CC, 09/05/1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse,* 322

CC, 21/07/1994, *Loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public,* 35

CC, 23/07/1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom,*

CC, 25/07/2001, *Loi organique relative aux lois de finances,* 209

CC, 29/12/2009, *Loi de finance pour 2010,* 294

CC, 20/05/2011, *Mme Cécile L. et autres [Langues régionales],* 329, 330

**Jugements du Tribunal de l'Union européenne**

Tribunal de l'UE, 21/10/2014, *Gilbert Szajner c/ Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI),* 271

**Arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne**

CJCE, 09/12/2008, *Verein Radetzky-Orden c/ Bundesvereinigung Kameradschaft " Feldmarschall Radetzky ",* 122

**Arrêts de la Cour EDH**

Cour EDH, 23/02/1995, *GasusDosier – UndFördertechnikGmbH c/ Pays-Bas,* 58

Cour EDH, 30/11/2004, *Öneryyildiz c/ Turquie,* 62

# INDEX ALPHABETIQUE

*(Les numéros renvoient aux pages)*


**A**

Acte unilatéral, 243, 247, 252

Actifs immatériels, 14, 48, 51, 56, 62, 204, 224, 249, 348

Affectation au domaine public

- affectation à l'usage direct du public, 21
- affectation à un service public, 155, 201, 235

Agent-auteur, 168, 173, 175, 177, 183

Agent public, 169, 170, 177, 179, 182

Aménagement

- indispensable, 196, 200, 224, 235
- spécial, 21, 215, 224

Annulation, 233, 237, 272

Approche comptable, 49, 52, 53

Archives publiques dématérialisées, 142, 159, 162

Autorisation d'occupation du domaine public, 218, 241, 359

Autorités publiques indépendantes, 99

**B**

Biens

- propres, 353
- publics, 16, 22, 33, 72, 155, 185, 226
- de reprise, 353
- de retour, 353

**C**

Capital naturel immatériel, 263, 288

CCAG-PI, 361, 365

Clause, 59, 123, 361, 371

Code,

- civil, 19, 25, 30, 76, 185, 206, 216, 228, 282
- général des collectivités territoriales, 34, 77, 300
- général de la propriété des personnes publiques, 13, 34, 73, 187, 199, 234

Collectivités territoriales, 74 104, 250, 290

Complexité du domaine public, 222

Contentieux, 314, 352, 356, 358

Continuité du service public, 205

Contrats,

- administratifs, 34, 70, 78, 84, 342
- d'exécution, 371, 374, 376
- de partenariat, 296
- support, 375

Contribuable, 13

Contrôle de légalité, 77

**D**

Déclassement, 31, 226

Délégation de service public, 344, 370, 376

Délibération, 161

Désaffectation, 31

Domaine privé, 14, 22, 29, 33, 54, 70, 164, 183, 200

Domaine public

- ferroviaire, 205, 209
- hertzien, 69, 209, 221
- immatériel, 48, 111, 156, 201, 223
- mobilier, 155, 185, 191, 202, 237
- routier, 209

Domanialité publique

- globale, 111
- par accessoire, 111
- virtuelle, 111

Données publiques, 61, 85, 143, 154

Droit(s)

- administratif des biens, 14, 18, 37, 66, 184, 196, 245
- d'alerte, 114, 128
- de nommer, 368, 371
- domanial, 13, 25, 27, 28
- d'opposition, 114, 128
- de propriété, 35, 69, 117
- de propriété publique, 14, 16, 20, 24, 35, 69, 117
- subjectif(s), 18, 325

**E**

Enjeux, 50, 62, 82 91, 106, 132, 336

Equilibre économique contractuel, 345

Etablissements publics

- à caractère industriel et commercial, 218, 369
- de coopération intercommunale, 79, 93, 124, 167, 302, 358

**F**

Fonds de commerce, 372

**G**

Garanties de droit public, 184, 191

Gratuité, 42, 87, 142, 153

**I**

IGPIA, 277

Image, 156, 167, 187, 226, 238, 241

Imprescriptibilité, 22, 171, 196, 202

Incorporel, 20, 47, 56, 99, 131, 171, 200

Indemnisation, 213, 352

Ingénierie territoriale, 141

Insaisissabilité, 39, 53, 171, 185, 191

Interdiction d'accorder des libéralités, 367

Inventions brevetables, 166, 178

**J**

Juge, 16, 68, 117, 126, 189, 213

**L**

Langues régionales, 259, 301, 314, 326

Liberté du commerce et de l'industrie,

Limites, 34, 69, 70, 117, 218, 250, 268

Logiciels, 88, 149, 165, 176, 195, 209, 221

**M**

Maire, 237, 306, 321

Management territorial, 51, 95, 165, 175

Manque à gagner, 153

Marchés publics, 362

Markéting

- prévisionnel, 133
- opérationnel, 135

Marque

- collective, 298
- de territoire, 96, 133, 139
- partagée, 133

Mutations domaniales, 31, 36, 78

**N**

Nature juridique, 17, 109, 111, 186, 372

Nom des collectivités territoriales, 101, 112, 125, 136, 154, 195, 275,

Nommage, 344, 368

**O**

Œuvres de l'esprit, 161

Ouverture, 148, 188, 203, 208, 228

**P**

Parcs naturels régionaux, 291, 298

Parts de capital, 183

Patrimoine,

- festif et traditionnel, 301
- immatériel, 49
- public, 14, 16, 37

Préemption, 180

Preuve, 103, 116, 118, 201, 254, 282, 324, 382, 359

Propriété

- publique, 17
- commerciale, 113, 182, 191

Protection, 58, 64, 84, 101

Principe(s), 14, 40, 74, 120, 142

**R**

Recours, 101, 184, 193, 217, 282, 308

Redevance, 28, 48, 89, 138, 144, 169, 210, 218, 243, 370

Repas gastronomique des français, 309

Réputation, 14, 44, 56, 62, 72, 92, 98, 102, 131, 257, 285, 313, 342

**S**

Savoir-faire locaux, 92, 265, 308, 341

Sécurité juridique, 14, 34, 82, 339

Sous-occupation du domaine public, 371, 378

**V**

Valorisation, 65, 83, 85, 95, 107, 131, 168, 205, 230, 250, 287, 308, 345

# TABLE DES MATIERES

**Remerciements** ……3

**Table des abréviations** ……7

**Sommaire**……..……..13

**Introduction – Du droit domanial au patrimoine immatériel**…….....15

Section 1 : L'avènement de la propriété publique au service de la notion de patrimoine……..…….19

Remarque préalable – Approches conceptuelles……...……19

A. La nature juridique de la propriété publique……19

B. Le sujet du droit de propriété publique……....20

C. L'objet du droit de propriété publique : la notion de bien public……21

§1 – La propriété publique : du rejet au culte…….……...26

A. Le droit domanial du XIX$^{ème}$ siècle……..…..…….27

B. La propriété publique au XX$^{ème}$ siècle…….....30

C. La propriété publique depuis 2006……..…….34

§2 – Une propriété composante du patrimoine public……..……..39

A. Le patrimoine *stricto sensu*……..……....39

B. Le patrimoine *lato sensu*……....…..44

Section 2 : L'élargissement du patrimoine public au champ de l'immatériel……..……...48

§1 – Un patrimoine immatériel détaché de la propriété…….....50

A. Patrimoine immatériel : essai d'une définition……..…..……50

B. L'approche comptable du patrimoine immatériel……..……..…54

§2 – Le contenu du patrimoine immatériel : la notion d'actif immatériel….....57

A. Une création de valeur, synonyme de modernité porteuse d'avenir……..…..……..….....57

B. La préférence de l'immatériel à l'incorporel : la réservation replacée au centre de la notion de valeur…….62

§3 – Un patrimoine à protéger…….……..66

A. Problématique retenue…….……66

B. Annonce de plan……..…….69

**Partie 1 – La réservation des actifs immatériels locaux par la propriété publique**……..73

**Chapitre 1 – Les vertus de la protection domaniale : du patrimoine immatériel de l'Etat à celui des collectivités territoriales**……..…….....75

Section 1 : L'identification du patrimoine immatériel des collectivités territoriales.....83

§1 – Un patrimoine en cours de valorisation…….…....85

A. Les enjeux du patrimoine immatériel local……..…….....86

1. Les enjeux communs à l'ensemble des acteurs publics……..…….86

2. Les enjeux propres aux collectivités territoriales……..…...92

B. Les défis du patrimoine immatériel local…….98

1. Les limites du patrimoine immatériel local……..……....99

2. Les difficultés liées au patrimoine immatériel local……..100

§2 – L'enjeu déterminant de la protection du patrimoine immatériel des collectivités territoriales……...101

A. Une protection insuffisante : le cas du nom des collectivités……101

B. Une protection à améliorer……107

Section 2 : Un patrimoine, apanage du domaine privé des collectivités territoriales……108

§1 – Le nom des communes, EPCI, départements et régions : signe distinctif par excellence des collectivités……..113

A. Les insuffisances du droit commun……...113

B. Les limites du droit des marques……....117

C. Les avancées du droit d'alerte et du droit d'opposition : un régime légal de protection du nom en développement……....127

§2 – La réputation des collectivités territoriales : de l'image institutionnelle aux stratégies de markéting……129

A. Le markéting prévisionnel……131

B. Le markéting opérationnel : l'exemple des marques de territoire……..133

§3 – Les produits issus des stratégies d'ingénierie territoriale……...…….139

A. Les données publiques : d'une ouverture fragile à une ouverture moderne……..141

1. L'impulsion européenne……142

2. Un régime juridique complexe……...146

3. Une protection inefficace des données publiques……..149

B. Les archives dématérialisées : des données publiques pas comme les autres……...152

1. Des actifs singuliers……...153

2. Une soumission faussement partielle au régime de la donnée publique : les tentatives avortées d'émancipation……...157

§4 – Les produits issus des stratégies de management territorial……...…….164

A. Les œuvres de l'esprit……165

1. Sous l'empire de l'avis *OFRATEME*…….168

2. Sous l'empire de la loi du 1er août 2006……...….170

B. Les logiciels……...……174

C. Les inventions brevetables…….176

§5 – La propriété commerciale : le statut des parts de capital……...……..181

A. Le principe de la domanialité privée des actions et parts détenues par une collectivité territoriale…….183

B. L'(in)applicabilité des garanties de droit public à la propriété commerciale……189

**Chapitre 2 : Les limites de la protection domaniale**…….195

Section 1 : L'opportunité du domaine public……...…202

§1 – Une ouverture possible…….202

§2 – Une ouverture concrète……207

A. La particularité du domaine public hertzien……..207

B. La domanialité publique des logiciels en débat……..…210

1. L'exclusion de la jurisprudence *Aéroports de Paris*……..211

2. L'admission de la jurisprudence *RTEDF*……...……215

Section 2 : La complexité du domaine public…….....220

§1 – Une ouverture fragile……...…....220

§2 – Une ouverture souhaitable ? La problématique de la protection de l'image des biens publics……..…….....225

A. Le droit civil des biens, un contexte annonciateur…….226

B. Les résurgences en droit administratif des biens : la difficulté du domaine public……...……...230

1. Le jugement du Tribunal administratif d'Orléans du 6 mars 2012…231

2. L'arrêt du Conseil d'Etat du 29 octobre 2012……235

3. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 29 décembre 2015……240

a. Une image exclue des catégories juridiques de biens et de droits……..242

b. Une image exclue du droit de la propriété intellectuelle……...244

c. Une image à l'exploitation soumise à l'exploitation préalable du gestionnaire du domaine……246

d. Une absence d'autorisation fautive constitutive d'un dommage à réparer……248

e. Une responsabilité du preneur de vue appréciée par le juge civil……249

**Partie 2 – La réservation des actifs immatériels locaux en dehors de la propriété publique**……..257

**Chapitre 1 : La protection statique des actifs immatériels locaux**……..261

Section 1 : L'approche concrète du patrimoine immatériel local…….263

§1 – Les savoir-faire locaux…….264

A. Un cadre légal inadapté……..…267

B. Les dérives pratiques, avertissement d'un besoin urgent d'une protection renforcée…….270

C. Les indications géographiques protégeant les produits industriels et artisanaux : vers un régime légal de protection des savoir-faire locaux….274

1. Le champ d'application de la protection……275

2. Le bénéficiaire de la protection……..280

3. L'intensité de la protection……....281

§2 – Le capital naturel immatériel……...……287

A. Une dimension économique et sociale……...289

B. Une dimension juridique ?.....292

C. La particularité des Parcs Naturels Régionaux : les vertus de la marque collective.....…297

Section 2 : L'approche abstraite du patrimoine immatériel local……...……299

§1 – Le patrimoine festif et traditionnel local……..300

A. Un patrimoine entretenu par les acteurs associatifs locaux……...301

B. Le rôle subsidiaire des collectivités territoriales……305

C. La particularité du repas gastronomique des français……307

§2 – Le patrimoine linguistique régional…….313

A. L'échec français d'une protection européenne des langues régionales……316

B. Le repli vers une protection constitutionnelle des langues régionales...325

C. Les tentatives ultérieures de ratification……...…..…334

**Chapitre 2 : La protection dynamique des actifs immatériels locaux**……341

Section 1 : La protection des actifs immatériels générés par les principaux contrats administratifs…….342

§1 – Les actifs immatériels générés par les contrats de délégation de service public……343

A. Des actifs identifiés……345

1. Sur le plan théorique……..345

2. Sur le plan pratique……347

B. Des actifs à évaluer……351

1. La difficulté d'une intégration comptable……..352

2. Un équilibre contractuel fragilisé……...…353

3. Une fragilité génératrice de difficultés pratiques……...355

§2 – Les actifs immatériel générés par les marchés publics……...…….358

A. la négligence d'une approche théorique préalable…….358

B. Les conséquences pratiques : l'exemple de la ville de Paris……..362

Section 2 : Le nommage, un outil contractuel adapté aux particularités du patrimoine immatériel des collectivités territoriales……...365

§1 – La nécessité d'être titulaire du droit de nommer……..……369

§2 – La nécessité d'un contrat d'exécution de nommage……374

A. La nature du contrat de nommage……..374

B. Le régime du contrat de nommage…….374

C. La compétence juridictionnelle du contrat de nommage……...377

§3 – Les défis du nommage……..……...……380

**Conclusion générale**……383

**Bibliographie**……...……..387

**Table de jurisprudence**…….....409

**Index alphabétique**……413

**Table des matières**…….....417