

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
Membre de l'Institut

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 329

Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris-Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut

LE PATRIMOINE IMMATÉRIEL DES PERSONNES PUBLIQUES



Maxime Boul

Préface de
Jean-Gabriel Sorbara

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso

Fondée par
Marcel Waline †
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
Membre de l'Institut

THÈSES
BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 329

Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris-Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut

LE PATRIMOINE IMMATÉRIEL DES PERSONNES PUBLIQUES

Maxime Boul

Maître de conférences en droit public
à l'université Toulouse Capitole, IEJUC

*Préface de
Jean-Gabriel Sorbara*

Professeur de droit public à l'université Toulouse Capitole, IMH

Le présent texte est une version corrigée et légèrement actualisée de la thèse dont la rédaction a été achevée en avril 2017 et qui a été soutenue le 29 juin de la même année.

L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275108537

*À Marie-Justine,
À Marius & Anatole,
À mon père.*

REMERCIEMENTS

Qu'il me soit permis de remercier Monsieur le professeur Jean-Gabriel Sorbara pour sa patience et son soutien indéfectible.

J'adresse mes remerciements à MM. les Professeurs Norbert Foulquier, Thomas Pez-Lavergne et Frédéric Rolin de m'avoir fait l'honneur de juger ce travail et d'avoir siégé dans mon jury de thèse. Je tiens à adresser des remerciements singuliers à Monsieur le Professeur Christian Laviolle d'avoir accepté de participer à ce jury, mais également pour la disponibilité et la bienveillance sans cesse témoignées.

Aux compagnons de thèse et amis, aux compagnons de thèse devenus amis.

À ma famille. Mes parents, mes frères et ma sœur pour leur (*im-*)patience.

Enfin, et plus que tout, à Marie-Justine, pour ne m'avoir jamais laissé tomber sur ce long chemin quelles que soient les circonstances. Les promesses d'antan sont les bonheurs présents et à venir.

PRÉFACE

L'architecture générale du droit de la propriété publique a été traditionnellement conçue autour des biens immobiliers. L'acquisition, la cession, l'utilisation de ces biens posent, en effet, des problèmes spécifiques aux personnes publiques nécessitant des réponses particulières qui ne peuvent résulter d'une simple transposition des règles du droit civil. L'importance de la question immobilière a conduit à laisser de côté, pendant longtemps, l'étude des meubles publics, à l'exception des archives, œuvres d'art ou objets historiques précieux. On se souvient ici des positions émises dans les années 1960 qui remettaient en cause l'utilité ou la spécificité des études sur les biens publics mobiliers, à une époque, il est vrai, où le droit des biens publics était avant tout un droit du domaine public (F. Reymond, *Le domaine public mobilier*, RDP 1960, p. 59). La publication, en 1997, de la thèse de Philippe Yolka sur *La propriété publique* (LGDJ, 1997) et, en 2006, du Code général de la propriété des personnes publiques a conduit à sortir l'étude des biens publics de la question strictement domaniale pour la porter vers la question plus globale de la propriété. Cependant, si le régime des biens mobiliers a pu éveiller la curiosité de certains, dont celle de l'auteur de cette préface, c'est principalement parce que l'article L. 2112-1 du nouveau code en donnait une définition centrée sur leur « intérêt public » en écartant l'usage du critère traditionnel de l'affectation qui devenait propre aux immeubles. Mais la doctrine n'accordait finalement que peu d'intérêt à ce nouveau critère qui ne concernerait que les biens culturels dont une liste, certes non limitative, est justement donnée par l'article L. 2112-2.

C'est dans ce contexte doctrinal que Maxime Boul a eu le courage de porter ses réflexions non seulement sur les biens publics mobiliers et, gageure supplémentaire, sur les biens publics immatériels. Sujet d'autant plus délicat que le Code général de la propriété des personnes publiques est muet sur cette question si bien que la doctrine se borne généralement à renvoyer, sur la question, aux études du droit privé et à l'application des règles de la propriété intellectuelle.

Mais se lancer dans une recherche est toujours un défi et, en la matière, il était double : il s'agissait d'être l'un des premiers à aborder un objet nouveau tout en risquant de devoir conclure à son absence d'intérêt. En cela, la démarche de Maxime Boul est strictement scientifique parce qu'elle ne se borne pas à faire la synthèse du passé, mais se tourne vers l'avenir et, au risque de paraître pompeux, vers l'inconnu. Même si l'on n'est jamais tout à fait le premier et que, avant lui, d'autres avaient pu déjà s'intéresser à la question (C. Blaizot-Hazart, *Les droits de la propriété intellectuelle des personnes publiques en droit français*, LGDJ, 1991 ; C. Malwé, *La propriété publique incorporelle*, Nantes, 2008), l'approche de Maxime Boul est particulièrement originale et novatrice.

Il est vrai que l'intérêt grandissant de l'État pour son patrimoine immatériel a pu convaincre et rassurer sur l'intérêt de mener une nouvelle recherche sur cet objet difficile à cerner. Ainsi, le décret n° 2015-716 du 23 juin a créé un nouveau service à compétence nationale dénommé « Agence du patrimoine immatériel » dont la mission était justement de rationaliser la gestion de ces biens : l'immatériel devenait un nouvel objet d'étude.

La première tâche de l'auteur de l'ouvrage aujourd'hui mis à la disposition du lecteur a été de circonscrire son objet. Mais Maxime Boul n'hésite pas à accroître la difficulté en situant son analyse sur le terrain « patrimonial » alors qu'il aurait pu se borner à une analyse de la propriété publique immatérielle. Or, on sait que l'universalité du patrimoine public est spécifique dans son régime juridique puisque le principe d'insaisissabilité empêche les actifs publics d'être strictement gages du passif de la personne publique. Il n'est donc pas habituel de traiter du patrimoine public, autrement que dans son acception historico-écologico-culturelle. Même si elle ne résout pas le problème de la relation entre actif et passif, la perspective choisie, qui est partiellement comptable, est toutefois intéressante puisqu'elle replace les biens immatériels au sein de l'ensemble plus vaste des actifs publics dans toute leur diversité.

La notion d'actif sert ainsi de réceptacle unique à la diversité des objets publics immatériels publics, dont certains ne sont pas immédiatement saisissables par la seule propriété. L'utilisation du critère comptable et économique de la valeur du bien est ici particulièrement utile, puisqu'elle permet d'intégrer dans l'actif du patrimoine public des droits dont certains peuvent directement relever de l'exercice de la souveraineté. On pense ainsi aux autorisations administratives ou encore aux quotas environnementaux alors même qu'il y a une certaine difficulté à les considérer comme des biens objets de propriété. Sans s'y soumettre totalement, l'utilisation d'une perspective comptable de la notion de biens – notamment parce que celle-ci se limite à des biens pourtant appropriables, mais dont la valeur est directement identifiable – permet d'ouvrir la réflexion sur des objets immatériels que les analyses traditionnelles excluent assez radicalement.

Cette perspective permet ainsi de dégager les utilités immatérielles d'un bien corporel et de poser la question de leur patrimonialisation et d'y répondre, que ce soit par la positive ou la négative. C'est le cas, en premier lieu, pour les autorisations administratives d'utilisation du domaine public et d'émission de gaz à effet de serre. S'agissant des premières, la patrimonialisation d'un droit d'autorisation dans le chef de l'occupant d'un immeuble public paraît aisée. Beaucoup plus complexe, en revanche, est la question de l'intégration de ce droit dans les actifs de la personne publique. Cela conduit nécessairement à transformer un droit de souveraineté en actif ayant une valeur spécifique. Il serait donc possible, hypothèse du préfacier, d'admettre que le droit d'utilisation devienne un actif à partir du moment où il se détache de la puissance publique, c'est-à-dire une fois qu'il est délivré et constitue un droit opposable de l'usager, même si la règle de précarité interdit de le considérer comme acquis. Cet actif est donc une utilité dont la valeur est déterminable et qui pourra ainsi circuler sous le contrôle de la puissance publique, laquelle n'est plus considérée comme propriétaire, mais comme souveraine : on revient ici à la relation entre l'*imperium* et le *dominium* fondateurs de la théorie du domaine éminent d'ancien régime. L'*imperium*, c'est-à-dire les droits souverains du roi, lui donnant des prérogatives sur un *dominium* s'étendant sur les terres des seigneurs vassaux au sens du droit féodal. Les droits

d'utilisation du domaine public ne sont ainsi pas définis simplement en fonction de la valeur objective du bien utilisé, mais de son utilité pour celui qui l'utilise.

En deuxième lieu et en suivant le même raisonnement, l'image des biens publics pourrait être considérée aussi comme un actif immatériel, si ce n'est pour la personne publique elle-même, du moins, pour celui qui l'utilise. L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a pourtant conclu à l'inverse par sa décision du 13 avril 2018 rendue dans l'affaire dite des *Brasseries Kronembourg*. Elle y considère que les personnes publiques ne disposant pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant, [leur image] n'est pas au nombre des biens et droits pouvant être objets de propriété publique et dont l'utilisation pourrait être soumise au paiement d'une redevance.

En troisième lieu, le cas des données publiques aurait pu être traité de la même manière alors même que la politique d'*open data* a pour objectif d'assurer un libre accès des citoyens à ces données. Le choix a été fait, comme pour les images publiques, de dépatrimonialiser les données avec pour conséquence de voir la puissance publique perdre la main sur leur exploitation économique alors même qu'elles seront utilisées par diverses initiatives privées pour lesquelles elles constituent des externalités positives du point de vue économique, c'est-à-dire des valeurs que des personnes privées pourront utiliser gratuitement à leur bénéfice. Il serait pourtant possible d'imaginer un système fondé sur le modèle des autorisations d'occupation consistant dans la reconnaissance de la possibilité d'un usage collectif gratuit des données publiques, mais soumettant leur utilisation privative par leur exploitation au sein de bases de données, à autorisation préalable et au paiement de redevances.

Le lecteur ne verra dans la position exprimée par le préfacier que des idées lancées « en l'air » afin d'alimenter un débat dont les éléments les plus essentiels ont été fixés par Maxime Boul dans son ouvrage.

Une analyse strictement juridique ne pouvait faire l'impasse sur l'application des typologies existantes à un objet nouveau. C'est l'objet de la seconde partie de l'ouvrage de Maxime Boul qui s'interroge, en particulier, sur la possibilité de transposer aux biens publics immatériels la dichotomie traditionnelle distinguant domaine public et domaine privé.

À titre liminaire, il semble que rien ne s'oppose en droit positif à l'exclusion de l'application du régime domanial à l'immatériel public. Toutefois, il est vrai que nombre de biens immatériels sont soumis à des régimes spéciaux issus, en particulier et même principalement, du droit de la propriété intellectuelle.

Une fois ce constat posé et assumé, l'apport de Maxime Boul est en premier lieu méthodologique. En effet, il offre une analyse systématique en se demandant non seulement si les biens immatériels sont « domano compatibles », mais aussi, si le régime domanial peut être d'une quelconque utilité. Cela nécessitait une approche doublement fonctionnelle puisque le régime domanial est justement destiné à préserver la fonction d'utilité publique des biens appartenant aux personnes publiques.

La façon la plus exorbitante de protéger cette fonction d'utilité publique est d'appliquer le régime du domaine public. La question est débattue en doctrine et une solution généralement négative est opposée à cette question, davantage d'ailleurs pour ses vertus simplificatrices que pour son assise théorique. Elle a, il faut dire, longtemps été la conséquence du relatif désintérêt pour un domaine public mobilier, mais nécessite

d'être réinterrogée depuis la fixation de nouveaux critères par le Code général de la propriété des personnes publiques.

Maxime Boul démontre avec brio qu'un domaine public immatériel est parfaitement envisageable. D'abord, parce que la souplesse acquise par le régime domanial public du fait de ses réformes successives lève l'opposition traditionnelle de contraintes juridiques et économiques, en particulier liées à la règle de l'inaliénabilité, qui serait difficilement applicable à des actifs immatériels qu'il serait nécessaire de valoriser assez facilement.

Ensuite, parce qu'opposer les contraintes de la valorisation économique à la reconnaissance d'un domaine public peut s'avérer très étonnant puisque le domaine public est justement destiné à offrir un cadre restrictif permettant de ne pas sacrifier la destination d'utilité publique d'un bien à son seul usage économique. Utiliser cet argument revient en effet à remettre en cause l'essence et les raisons mêmes de l'institution d'un domaine public que celui-ci soit immobilier ou mobilier, matériel ou immatériel.

Enfin parce que l'opposition que l'on perçoit souvent comme étant de principe au domaine public immatériel n'est pas sans révéler un certain conservatisme de la pensée et une peur à l'égard d'objets nouveaux. Il est assez révélateur à cet égard de constater que l'opposition au domaine public touche l'immatériel dans son ensemble. Or il est difficile de percevoir en quoi la seule immatérialité d'un bien serait de nature à exclure l'application d'un régime juridique dont la construction est purement artificielle. Seule une analyse casuistique permet d'exclure l'application du régime pour tel ou tel bien, au motif que les contraintes apportées à leur gestion le rendraient particulièrement inefficace. C'est ce qu'a parfaitement démontré Maxime Boul qui indique bien qu'envisager l'hypothèse de l'existence d'un domaine public immatériel ne signifie pas de plaider pour y inclure tous les biens.

Mieux, l'un des grands apports de l'ouvrage consiste en l'analyse du rôle de la destination publique comme élément de cristallisation du régime des actifs immatériels publics. Pour Maxime Boul, l'utilité publique conduit à la nécessaire disposition de l'actif immatériel par la personne publique. On le constate en matière de propriété littéraire et artistique des œuvres ou en matière de propriété industrielle des brevets résultant du travail intellectuel des agents publics, dont la titularité revient le plus souvent à la personne publique elle-même parce que ces œuvres ont été réalisées dans un but de service public. L'exemple des données publiques est aussi frappant puisque ces dernières sont qualifiées comme telles lorsqu'elles sont issues d'informations recueillies dans le cadre d'un service public.

Le domaine public immatériel pourrait donc être défini comme un ensemble de biens dont l'usage ou les utilités sont l'objet même du service public dans un parallèle avec une définition autrefois donnée par Marcel Waline au domaine public mobilier.

Cependant, cela nécessite l'adaptation du régime domanial aux deux caractéristiques des actifs immatériels qui tiennent à leur temporalité parfois limitée, notamment en matière de propriété intellectuelle, ainsi qu'à la nécessité de permettre leur utilisation à l'extérieur du territoire français. Maxime Boul relève le défi prospectif d'une telle conciliation et conclut à la possibilité de solutions pragmatiques permettant d'adapter ce domaine public particulier aux caractéristiques qui lui sont propres. À dire vrai, c'est déjà ce que fait le Code général lorsqu'il traite du domaine public naturel ou du domaine public mobilier, pour ne citer que ces deux exemples.

Reste la question de la valorisation de ces biens soumis aux contraintes domaniales. Mais l'attention à un patrimoine immatériel public n'a-t-elle pas justement pour objet d'affirmer le nécessaire attachement des personnes publiques à ces biens d'une nature nouvelle, qu'elles pourraient être conduites à céder trop facilement en laissant à d'autres le soin d'en exploiter tout le potentiel économique ? La domanialité publique moderne concilie ainsi l'usage privé des biens publics et la propriété publique en donnant à l'utilisateur des possibilités d'exploitation similaires à ceux d'un propriétaire sans aller justement jusqu'à lui accorder cette propriété sur la substance du domaine public. Permettre l'usage des actifs immatériels, tout en en conservant la propriété, n'est ce pas justement le modèle économique d'avenir ?

En abordant la lecture de l'ouvrage de Maxime Boul, le lecteur pourra douter de l'adéquation du régime séculaire de la domanialité publique à la modernité des actifs immatériels. Nul doute qu'en l'achevant, s'il n'est totalement convaincu comme nous l'avons été, il sera du moins profondément nourri dans sa réflexion sur un objet neuf qui reste encore à explorer.

Maxime Boul est un premier de cordée : suivons-le !

Jean-Gabriel SORBARA
*Professeur de droit public à l'université Toulouse Capitole
Institut Maurice Hauriou*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Revue & ouvrages

<i>AJCT</i>	<i>Actualité juridique des collectivités territoriales</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
<i>BJCL</i>	<i>Bulletin juridique des collectivités locales</i>
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
<i>CMP</i>	<i>Contrats et marchés publics</i>
<i>CP-</i>	<i>Contrats publics : l'actualité de la commande et des contrats</i>
<i>ACCP</i>	<i>publics</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>Dr. fisc.</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. et</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>patr.</i>	
<i>Droits</i>	<i>Droits. Revue française de théorie juridique</i>
<i>EDCE</i>	<i>Études et documents du Conseil d'État</i>
<i>GACE</i>	<i>Grands avis du Conseil d'État</i>
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GDDAB</i>	<i>Grandes décisions du droit administratif des biens</i>
<i>JCI</i>	<i>Juris-Classeur</i>
<i>JCPA</i>	<i>La Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine juridique, édition générale</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOCE,</i>	<i>Journal officiel de la Communauté européenne, de l'Union</i>
<i>JOUE</i>	<i>européenne</i>
<i>LPA</i>	<i>Les LPA</i>
<i>PUAM</i>	<i>Presses universitaires d'Aix-Marseille</i>
<i>PUF</i>	<i>Presses universitaires de France</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil Lebon</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rev. adm.</i>	<i>Revue administrative</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>

<i>RFFP</i>	<i>Revue française de finances publiques</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale du droit d'auteur</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
<i>RJEP</i>	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
<i>RLC</i>	<i>Revue Lamy Droit de la concurrence</i>
<i>RLCT</i>	<i>Revue Lamy des collectivités territoriales</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des affaires</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique. Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>

Autres abréviations

AFDA	Association française pour la recherche en droit administratif
aff.	affaire
al.	alinéa
art.	article
ass. plén.	Assemblée plénière
C.	contre
CA	cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'État
CE, Ass.	arrêt de l'Assemblée générale
CE, Sect.	arrêt de la Section du contentieux
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Cf.</i>	<i>confer</i>
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Cne	commune
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CPC Ex	Code des procédures civiles d'exécution
CPI	Code de la propriété intellectuelle
chron.	chronique
Civ.	chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	chambre commerciale
comm.	commentaire
Concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Décr.	décret
(dir.)	sous la direction de
Dpt	département
éd.	édition
et a.	et autre(s)
Fasc.	Fascicule (<i>Juris-classeur</i>)
<i>Ibid.</i>	<i>ibidem</i> (même ouvrage)

n°	numéro
n ^{os}	numéros
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage précité)
Ord.	ordonnance
p.	page, pages
préc.	précité
s.	et suivants
spéc.	spécialement
Sté	société
t.	tome
TA	tribunal administratif
th.	thèse
TC	tribunal des conflits
TFUE	traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	7
PRÉFACE	9
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	15
INTRODUCTION	21
PARTIE I	
LA PATRIMONIALISATION DE L'IMMATÉRIEL PUBLIC	
Titre I : L'identification de la patrimonialisation publique des choses immatérielles	53
Chapitre 1. L'immatériel, facteur de renouvellement des biens publics	55
Chapitre 2. L'actif immatériel, moteur de patrimonialisation des biens publics	119
Titre II : Les mécanismes de patrimonialisation de l'immatériel public	173
Chapitre 1. La réservation des biens immatériels hors du Code général de la propriété des personnes publiques	175
Chapitre 2. La réservation des biens immatériels par le Code général de la propriété des personnes publiques	235
PARTIE II	
LA DOMANIALISATION DES BIENS PUBLICS IMMATÉRIELS	
Titre I : La compatibilité de la domanialité publique avec le régime juridique des biens publics immatériels	285
Chapitre 1. Les compatibilités fonctionnelles du régime domanial	287
Chapitre 2. Les compatibilités spatio-temporelles du régime de la domanialité publique	335
Titre II : La valorisation des biens publics immatériels par le régime de la domanialité publique	377
Chapitre 1. La valorisation qualitative du patrimoine immatériel	379
Chapitre 2. La valorisation quantitative du patrimoine immatériel	419
CONCLUSION GÉNÉRALE	493

