

Avis n° 10-A-27 du 9 décembre 2010
relatif au projet de décret concernant le statut de
l'Établissement public de la Réunion des musées nationaux
et du Grand Palais des Champs-Élysées

L'Autorité de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 20 octobre 2010 sous le numéro 10/0093 A par laquelle le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, à la demande du ministre de la culture et de la communication, a saisi, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis concernant un projet de décret relatif au statut de l'établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, les représentants du ministère de la culture et de la communication entendus lors de la séance du 24 novembre 2010 ;

Les représentants du Grand Palais des Champs-Élysées, de l'Agence Photographique de la RMN, du Groupe Art au Syndicat national de l'édition, du Syndicat national des agences photographiques d'illustration générale (SNAPIG) entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. La saisine

1. En avril 2010, M. Jean-Paul X..., aujourd'hui président de l'établissement public du Grand Palais des Champs-Élysées et président du Conseil d'administration de la Réunion des musées nationaux, a remis au Président de la République un rapport destiné à dessiner les perspectives du rapprochement entre ces deux institutions.
2. Dans la droite ligne de ces travaux et en vue de constituer un grand opérateur de diffusion culturelle, le ministère de la culture et de la communication a préparé un projet de décret relatif au statut et aux missions de l'établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées.
3. Le 20 octobre 2010, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi, à la demande du ministère de la culture et de la communication, l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis portant sur ce projet de décret, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce. Le ministre souhaite que l'Autorité apprécie ce projet au regard du droit de la concurrence, et plus précisément, examine les modalités retenues pour la valorisation des fonds photographiques des musées nationaux.
4. En effet, le projet de décret confie au nouvel établissement une mission de constitution et d'exploitation d'une photothèque « universelle », rassemblant les reproductions photographiques des œuvres des collections nationales et des fonds photographiques confiés à la garde des musées nationaux. L'article 3-5° du projet de décret dispose ainsi qu' « *il [le nouvel établissement] assure une mission de valorisation et de diffusion numérique des reproductions photographiques des collections nationales, en particulier celles confiées à la garde des musées nationaux. À ces fins, il participe à la couverture photographique de ces collections et à la numérisation des fonds photographiques s'y rapportant. Il conduit également une activité d'agence photographique chargée d'indexer, de valoriser d'une façon tant culturelle que commerciale et de diffuser, à titre gratuit et onéreux, les reproductions photographiques desdites collections et d'en gérer les droits, notamment de propriété intellectuelle. Dans ce cadre, les musées nationaux sont tenus de mettre à la disposition de l'établissement une copie des fonds photographiques dont ils disposent, ainsi que les éléments d'identification des photographies et des œuvres photographiées aux fins de constituer et exploiter une photothèque universelle* ». Le texte prévoit la conclusion de conventions entre les musées nationaux et le nouvel établissement public précisant les conditions et modalités de constitution, mise à disposition, représentation, reproduction et valorisation des fonds photographiques, ainsi que le partage des recettes tirées de leur exploitation, sur le fondement de l'article 3-2° du code des marchés publics, c'est-à-dire sans mise en concurrence.

II. Les musées nationaux et la Réunion des musées nationaux

5. Le projet de décret modifie les relations entre la RMN et les musées nationaux (A), notamment en ce qui concerne la gestion des fonds photographiques de ces musées (B), et pourrait affecter l'économie du secteur de la diffusion des images d'art (C).

A. LA REUNION DES MUSÉES NATIONAUX ET LES MUSÉES NATIONAUX

1. LE STATUT ET LES MISSIONS DE LA RÉUNION DES MUSÉES NATIONAUX

6. Créée en 1895, la Réunion des Musées Nationaux (RMN) est un établissement public à caractère industriel et commercial, placé sous la tutelle du ministre chargé de la culture et régi par le décret n° 90-1026 du 14 novembre 1990.
7. Le décret confie à la RMN les missions de contribuer à l'enrichissement des collections des musées nationaux, et de favoriser leur fréquentation et la connaissance de leurs collections. Ses deux missions principales sont, d'une part, l'organisation des expositions dans les galeries nationales du Grand Palais, et d'autre part, la fourniture de prestations de services pour les musées (production et ingénierie de montage des expositions, médiation culturelle, constitution et valorisation des fonds photographiques des musées, édition de catalogues d'expositions et autres ouvrages, exploitation de boutiques et de librairies dans les musées).
8. Les recettes de la RMN proviennent des subventions qu'elle reçoit pour assurer ses missions de service public, des droits d'entrée aux collections permanentes des musées nationaux et aux expositions, et du résultat de son activité commerciale. En 2009, le chiffre d'affaires de la RMN s'est établi à 96,6 millions d'euros. Les activités éditoriales et commerciales assurent l'essentiel des recettes de l'établissement. L'exploitation des boutiques et des librairies de musées représente 56 % du chiffre d'affaires et 38 % des effectifs de l'établissement.
9. En 2009, le résultat net de la RMN a atteint 3,02 millions d'euros ; les missions commerciales ont contribué à ce chiffre à hauteur de 90 %.

2. LES MUSÉES NATIONAUX ET LES COLLECTIONS NATIONALES

10. Les musées nationaux regroupent les musées énumérés dans l'article 1^{er} du décret n° 45-2075 du 31 août 1945, régulièrement actualisé (en dernier lieu par le décret n° 2008-795 du 20 août 2008). Constitués sous la forme d'établissement public ou de service à compétence nationale, ils ont accueilli plus de 28 millions de visiteurs en 2009, certains établissements, comme les musées du Louvre, d'Orsay, du Quai Branly et du domaine national de Versailles, le musée national d'art moderne (centre Georges Pompidou) et le musée du Quai Branly¹ concentrant plus de 75 % des visites. Ils assurent

¹ Le musée du Quai Branly et le musée d'art moderne ne figurent pas en tant que tels à l'article 1^{er} du décret de 1945 énumérant les musées nationaux, mais sont désignés dans son article 2 comme des départements scientifiques en charge de collections nationales

la conservation et la valorisation des œuvres des collections nationales constituées de sculptures, de peintures, d'objets d'arts décoratifs, d'arts graphiques, ou de photographies.

B. LA GESTION DES FONDS PHOTOGRAPHIQUES DES MUSÉES NATIONAUX

11. Si la définition de la politique de couverture photographique et de diffusion des reproductions des œuvres des musées nationaux appartient à ces musées (1), l'agence photographique de la RMN (2) et les agences concurrentes (3) participent à sa mise en œuvre.

1. LA COUVERTURE PHOTOGRAPHIQUE ET LA DIFFUSION DES REPRODUCTIONS PHOTOGRAPHIQUES DES COLLECTIONS DES MUSÉES NATIONAUX

12. La conservation et la valorisation des œuvres conservées par les musées nationaux nécessitent une couverture photographique, afin de préserver une image des œuvres, de permettre le développement des travaux scientifiques et d'assurer leur diffusion, notamment commerciale, par la voie de reproductions photographiques.
13. Les musées nationaux déterminent leur politique de couverture et de diffusion photographique dans le cadre de l'autonomie que leur confère leur statut.
14. Ainsi chaque musée définit en principe ses priorités en termes de couverture photographique des œuvres et les modalités des campagnes de prises de vues. Certains musées (Louvre et Orsay par exemple) ont de ce fait créé leurs propres services photographiques et constitué des fonds photographiques qui leur sont propres. D'autres, comme le musée du Quai Branly, ont choisi de constituer leur photothèque en ayant recours à des photographes professionnels extérieurs. La plupart des musées recourent cependant aux services des photographes de l'agence photographique de la RMN, soit en complément de leur propre service photographique, soit à titre exclusif pour assurer les prises de vue des œuvres dont ils assurent la conservation. Dans ce dernier cas, les droits de reproduction appartiennent à la RMN.
15. De la même manière, les musées nationaux définissent les règles de diffusion des reproductions photographiques des œuvres dont ils assurent la conservation. Les statuts des musées et le rôle spécifique et historique de la RMN, en tant que principal opérateur de diffusion commerciale des produits liés à ces collections, conduisent cette dernière à assumer une mission de diffusion des reproductions photographiques des œuvres des principaux musées nationaux. Les relations des musées nationaux avec la RMN pour la couverture photographique et la diffusion des images ont généralement pris la forme de contrats de délégation de service public (conclus avec ou sans mise en concurrence). La RMN a par exemple conclu des conventions de diffusion exclusive avec le Centre national d'art et de culture Georges Pompidou ou l'établissement public du musée d'Orsay, qui répartissent le produit des cessions de droits de reproduction photographique à part égale entre la RMN et les musées. L'établissement public du musée du Quai Branly a quant à lui choisi, après une procédure de mise en concurrence, de confier la diffusion exclusive des reproductions photographiques de ses œuvres à l'agence photographique Scala.
16. Les musées définissent par ailleurs les conditions d'accès des photographes professionnels extérieurs qui souhaitent assurer des campagnes de prise de vue au profit d'agences photographiques privées ou d'éditeurs selon des modalités et des conditions tarifaires

qu'ils déterminent et dans le respect des règles de domanialité publique, en prenant en considération les coûts que peuvent occasionner ces prises de vue (en termes de mise à disposition de gardiens).

2. LES MISSIONS DE L'AGENCE PHOTOGRAPHIQUE DE LA RMN

17. L'agence photographique de la RMN a initialement été constituée (en 1946) afin d'assurer l'inventaire photographique des collections conservées dans les musées nationaux. Elle assure aujourd'hui parallèlement une mission de diffusion, notamment commerciale, des reproductions photographiques des collections.
18. En effet, dans sa rédaction issue du décret du 8 février 2007, l'article 2-1 du décret du 14 novembre 1990 dispose que la RMN assure « *l'exploitation commerciale de fonds photographiques appartenant à l'Etat, à une personne publique ou mis en dépôt dans les collections publiques ainsi que l'exploitation commerciale de fonds photographiques appartenant à des personnes privées* ». Le décret précise que « *cette exploitation a notamment pour objet de favoriser les usages scientifiques, pédagogiques et de service public et, plus généralement, d'assurer la connaissance de ces fonds* ». Le décret ajoute que les conditions d'exploitation et les modalités de répartition des recettes qui en découlent sont définies dans des conventions conclues entre la RMN et les propriétaires et dépositaires des fonds.
19. L'agence photographique assure la diffusion, d'une part des images dont elle détient les droits de reproduction grâce aux prises de vue qu'elle a assurées dans les musées ou parce qu'elle les a acquis directement de leurs propriétaires, et d'autre part des images dont elle n'assure que la diffusion en vertu de contrats de délégation de service public (comme pour le Centre Georges Pompidou par exemple), de concession ou de licence pour la diffusion de fonds étrangers sur le territoire français (Metropolitan Museum de New-York ou agence Alinari par exemple). L'agence photographique assure ainsi l'exploitation d'un fonds de plus de 500 000 images numérisées et disponibles en ligne.
20. L'agence photographique, service intégré à l'établissement public de la RMN, assure à la fois une mission de service public (couverture photographique des œuvres des collections nationales : prises de vue, numérisation, documentation ou indexation des images ; diffusion par un accès libre, gratuit, exhaustif et permanent à l'ensemble des images pour le public) et une mission de valorisation commerciale des reproductions photographiques des œuvres (diffusion commerciale).
21. La diffusion non commerciale des fonds photographiques de l'agence représente 60 % de son activité de diffusion (soit 60 000 images par an). Cette diffusion se fait, gratuitement ou à des tarifs préférentiels, auprès du grand public, des étudiants et des chercheurs, mais aussi des institutions culturelles et des musées (qui se voient remettre gratuitement des images produites par l'agence afin d'assurer leur politique de promotion culturelle et leur activité de coédition).
22. L'activité de diffusion commerciale de l'agence photographique représente entre 35 et 40 % de la diffusion (entre 35 000 et 40 000 images par an). Cette diffusion s'adresse, selon des tarifs définis en fonction du support et de l'importance de la diffusion, aux éditeurs publics et privés (qui acquièrent des images pour l'iconographie de leurs ouvrages notamment dans le domaine de l'art), aux sociétés commerciales (pour une utilisation comme support de communication interne ou de produits dérivés), aux agences publicitaires et de communication, et aux organes de presse écrite ou audiovisuelle.

23. Le chiffre d'affaires externe de l'agence photographique pour l'année 2009 s'élève à 3,2 millions d'euros. L'agence réalise 40 % de son chiffre d'affaires à l'étranger, soit par des ventes directes (15 %), soit par l'intermédiaire de distributeurs locaux (25 %). La commercialisation des images pour la publication de livres représente 40 % du chiffre d'affaires en 2009, la presse 14 %, les catalogues d'expositions 15 % et les éditions commerciales 9 %.
24. Enfin, l'agence photographique commercialise les images au profit d'autres services de la RMN pour l'édition de catalogues, d'ouvrages, de cartes postales et de produits dérivés (papeterie). Cette commercialisation interne représente environ 16 % de l'activité de l'agence photographique.

3. LES AGENCES PHOTOGRAPHIQUES CONCURRENTES

25. Des agences photographiques privées, dont l'activité est de diffuser les images qu'elles collectent et traitent (numérisation, documentation), assurent aussi la diffusion commerciale de reproductions photographiques des collections nationales. Certaines de ces agences, de dimension mondiale, disposent de fonds généralistes de plusieurs dizaines de millions d'images. D'autres agences sont spécialisées dans le domaine de l'image patrimoniale et d'art, certaines d'entre elles assurant une diffusion mondiale de leurs images.
26. Les agences photographiques généralistes (et notamment Getty Images ou Corbis) assurent la diffusion de fonds très larges (qui peuvent contenir plusieurs dizaines de millions d'images) qui regroupent, à côté des images dites « créatives », sportives, d'actualités, d'archives ou de célébrités, certaines images patrimoniales et d'art (et notamment des reproductions des principales œuvres des collections de certains musées nationaux). S'il est difficile de déterminer la part que représente cette activité dans le chiffre d'affaires de ces sociétés et la part de marché de ces agences sur le marché mondial de l'image d'art, leur activité de diffusion se fait principalement auprès des agences de publicité et de communication.
27. Les principales agences spécialisées dans le domaine de l'image d'art et présentes en France (Bridgeman Art Library, AKG, Scala, Leemage, Alinari) exploitent des fonds photographiques qui couvrent une partie des œuvres des collections conservées dans les musées nationaux. Ces fonds regroupent un nombre d'images très variable qui s'étend en moyenne de 300 000 à 1 million de reproductions photographiques. Ils ont été constitués et enrichis par des campagnes de prises de vue auprès des musées, par l'acquisition de fonds d'images, et par des contrats de diffusion d'images appartenant à des photographes professionnels. Les chiffres d'affaires de ces agences s'étalent entre 1 et 3 millions d'euros en moyenne sur le marché français. L'essentiel de leur activité est réalisé dans le domaine de l'édition (ouvrages, catalogues d'expositions) et de la presse (presse écrite quotidienne et magazine).

C. LE SECTEUR DE LA DIFFUSION DES IMAGES D'ART

28. L'évolution des missions de l'agence photographique de la RMN, et par conséquent du nouvel établissement dont la création est prévue par le projet de décret, s'inscrit dans le

contexte des mutations intervenues dans le secteur de la diffusion des images depuis les années 90, et notamment des images patrimoniales et d'art.

29. La numérisation des images a en effet fait croître leurs coûts fixes de production (investissements dans le matériel de prise de vue et de numérisation dont les techniques sont en amélioration constante) tout en réduisant les coûts variables (les coûts de duplication et de diffusion des images étant très faibles pour les fichiers numériques accessibles par internet). Cette évolution est donc à l'origine de fortes économies d'échelle sur le marché de l'image.
30. La demande des clients des agences photographiques a parallèlement évolué, sauf dans des cas déterminés, vers des requêtes relativement larges, les clients recherchant des images relatives à une collection, à un artiste ou à un thème spécifiques, mais pas nécessairement une image déterminée.
31. La structure des coûts et l'évolution de la demande ont conduit les grandes agences généralistes (comme Getty Images ou Corbis qui diffusent de fonds de plusieurs dizaines de millions d'images), et les petites agences spécialisées dans le domaine de l'art, à chercher à accroître le volume des images numérisées qu'elles peuvent diffuser (principalement par internet), afin d'être en mesure de répondre à cette demande plus large.
32. Les agences ne se différencient cependant pas exclusivement par la taille de leurs fonds photographiques et les prix proposés, mais aussi par la cohérence de ces fonds et par les modalités de leur diffusion (indexation, pertinence des outils de recherche, rapidité d'accès, niveau de numérisation). La spécificité de l'image d'art et les caractéristiques particulières des demandes des clients dans ce secteur renforcent sans doute cette différenciation des agences photographiques. Si tous les clients recherchent des images au prix le plus faible et ont généralement besoin d'avoir accès au fonds le plus varié possible, certains manifestent des attentes spécifiques, comme les éditeurs de livres d'art qui ont besoin d'images de qualité élevée et dans des champs très étroits ou les organes de presse pour qui la rapidité et la facilité d'accès aux images sont fondamentales.

III. Discussion

33. Le droit communautaire de la concurrence comme le droit national posent comme principe que toute activité économique, i.e., c'est-à-dire toute activité consistant à offrir des biens et des services, est soumise aux règles de la concurrence. L'activité de l'agence photographique de la RMN (et du nouvel établissement constitué dans le cadre du projet de décret) repose en partie sur la commercialisation contre rémunération de droits de reproduction photographique des œuvres des musées nationaux. Elle relève donc bien d'un service de nature économique et par conséquent, la RMN peut être considérée comme une entreprise. A ce titre, elle se voit appliquer le droit de la concurrence, entendu aussi bien dans ses dispositions de droit national que de droit communautaire dès lors que les échanges entre Etats membres de l'Union européenne sont susceptibles d'être affectés par son comportement sur le marché.
34. Consultée en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence se prononce sur « *toute question de concurrence* ». Si cette disposition l'habilite à se prononcer sur des questions plus larges que celles qu'elle traite lorsqu'elle

statue sur des affaires contentieuses, il ne lui appartient pas dans ce cadre consultatif de se prononcer sur la licéité d'une pratique au regard des dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et du code de commerce réprimant les ententes et les abus de position dominante ou de dépendance économique.

35. Le présent avis analysera l'ensemble des questions soulevées par l'attribution au nouvel établissement d'une mission de constitution d'une photothèque universelle, même s'il est rappelé que l'Autorité n'est pas directement compétente pour en apprécier la légalité.
36. La constitution d'une photothèque universelle, réunissant l'intégralité des fonds photographiques des musées nationaux, peut représenter un service d'intérêt économique général, que les pouvoirs publics ont choisi d'attribuer au nouvel établissement public sans mise en concurrence (A).
37. La rédaction actuelle du projet ne prévoit pas explicitement l'octroi de droits exclusifs au nouvel établissement. En revanche, en énonçant que « *les musées nationaux sont tenus de mettre à la disposition de l'établissement une copie des fonds photographiques dont ils disposent, ainsi que les éléments d'identification des photographies et des œuvres photographiées* », le projet de décret attribue au nouvel établissement un droit spécial au sens de la directive n° 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006. Il convient d'apprécier si celui-ci n'est pas de nature à placer l'établissement en situation d'exploiter abusivement une position dominante (B).
38. Enfin, les missions du nouvel établissement s'inscrivent également dans le cadre d'activités de service public et d'activités commerciales, et doivent être examinées au regard de leur conformité aux règles établies en matière de diversification des activités des opérateurs publics (C).

A. SUR LA CREATION D'UNE PHOTOTHEQUE UNIVERSELLE

39. La création d'une photothèque universelle (1) et sa prise en charge (2) par le nouvel établissement public, telles que prévues par le projet de décret, doivent être examinées au regard des règles de concurrence.

1. EN CE QUI CONCERNE LA CREATION D'UN SERVICE DE PHOTOTHEQUE UNIVERSELLE

40. Si la légitimité et la légalité de l'intervention publique relèvent au premier chef de l'appréciation des pouvoirs publics, sous le contrôle, le cas échéant, du juge administratif ou des autorités et juridictions communautaires, l'Autorité de la concurrence peut néanmoins analyser la création du service de photothèque universelle (b) au regard des principes de droit communautaire et de droit national qui lui sont applicables (a).

a) Principes de droit communautaire et de droit national

41. Le livre blanc sur les services d'intérêt général du 12 mai 2004 (COM (2004) 374 final du 12 mai 2004) présente les services d'intérêt économique général (SIEG) comme « *des services de nature économique que les États membres de la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général* ».

42. La définition des missions susceptibles de relever d'un service d'intérêt économique général est du ressort des États membres, « *la seule limite à cette définition étant le contrôle pour vérifier qu'il n'y a pas d'erreur manifeste* »². En tout état de cause, la mission de service public doit être clairement définie par les autorités publiques et confiée à l'opérateur du service par un acte de puissance publique.
43. Si les États membres peuvent en outre accorder aux entreprises chargées de la mise en œuvre de ce service des droits spéciaux ou exclusifs, réglementer leurs activités et éventuellement les subventionner, l'article 106 (1) du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) dispose que « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ». L'article 106 (2) du traité TFUE précise que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence fixées aux articles 101 et 102 « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». L'article 107 dispose enfin que les aides d'État qui faussent ou menacent de fausser la concurrence dans le marché commun sont incompatibles avec les règles du traité.
44. Au niveau national, le juge administratif reconnaît aux autorités administratives investies du pouvoir de créer un service public économique dans un secteur considéré une assez large initiative. Cette compétence demeure néanmoins encadrée. Dans son arrêt du 31 mai 2006 (Ordre des avocats du barreau de Paris), le Conseil d'État a ainsi précisé : « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; qu'en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci.* »

b) Le cas de la photothèque universelle

45. Si les dispositions du projet de décret ne définissent pas avec précision les caractéristiques de la photothèque universelle, les conclusions du rapport remis par M. Jean-Paul X...³ et les déclarations des représentants de la Réunion des musées nationaux mettent en évidence que celle-ci aura pour objectif d'assurer la réunion de l'ensemble des fonds photographiques des musées nationaux d'une part, la commercialisation de ses composantes à différentes catégories d'utilisateurs (éditeurs, organes de presse, agences de communication, etc.) d'autre part.

² Communication de la Commission européenne sur les services d'intérêt général en Europe (2001/C17/04).

³ Et plus spécialement l'annexe 12 du rapport qui précise les finalités du projet de photothèque et les missions du nouvel établissement pour ce qui concerne sa constitution et son exploitation.

46. De prime abord, la mission de constitution d'une photothèque universelle paraît recouvrir plusieurs des caractéristiques propres à un service d'intérêt économique général. En effet, la couverture exhaustive, sous une forme photographique, des collections nationales répond à la volonté des pouvoirs publics de conserver des images des œuvres des collections nationales et peut répondre à certains besoins, tant des agences et des éditeurs que de clients particuliers (étudiants, enseignants, chercheurs). Le respect de certains standards de qualité et l'accès facilité à tous les usagers par le mécanisme d'un guichet unique peuvent en outre permettre une meilleure valorisation du patrimoine immatériel de l'Etat, en favorisant la diffusion des reproductions de l'ensemble des œuvres des collections nationales (y compris celles jugées les moins rentables).
47. S'il devait être fait appel aux seules initiatives privées, la prise en charge de la mission de constituer la photothèque universelle ne serait probablement pas assurée, la couverture photographique d'une large partie des œuvres des musées nationaux n'étant pas économiquement rentable du fait de la faible demande qui leur est associée et/ou de l'incertitude qui la caractérise.
48. De fait, aucun opérateur du secteur des agences photographiques n'a à ce jour entrepris de lancer une telle campagne de couverture et, dans ce domaine, l'activité de la Réunion des musées nationaux, en tant qu'opérateur disposant du fonds photographique artistique et patrimonial le plus vaste, est à ce jour largement déficitaire. Si les recettes générées par l'exploitation des fonds de la RMN par son agence photographique sont en croissance régulière⁴, les charges directes et indirectes de l'agence progressent elles aussi et excèdent ces recettes. Les efforts effectués en direction des collections qui ne sont pas encore couvertes par le fonds de la Réunion des musées nationaux s'effectueront probablement à perte, les œuvres non encore photographiées ou non encore exploitées figurant vraisemblablement parmi les moins rentables du patrimoine en termes de revenus liés à leur diffusion.
49. Pour autant, le projet de décret ne définit pas avec précision l'étendue des missions que devra remplir l'agence photographique du nouvel établissement, ni du point de vue de la couverture attendue de la photothèque, ni de celui des standards de qualité qu'elle sera censée respecter, ni, enfin, des obligations de diffusion qui accompagneront l'activité commerciale de l'agence photographique. En outre, si les données fournies par la RMN distinguent clairement les missions de service public, déficitaires, des missions commerciales, bénéficiaires, et si les coûts de constitution et d'exploitation de la photothèque universelle excéderont vraisemblablement les recettes générées par celle-ci⁵, elles ne permettent pas de définir avec suffisamment de précision le périmètre précis de la défaillance de marché cause de la carence de l'initiative privée.
50. La détermination des SIEG étant laissée à l'appréciation des Etats, sous la réserve de « l'erreur manifeste » appréciée par le juge administratif, les autorités et les juridictions communautaires, il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur le bien-fondé de la création de ce service public de photothèque universelle. Elle estime néanmoins souhaitable que soient identifiés avec davantage de précision l'intérêt public qui fonde la constitution d'une photothèque universelle, les principales obligations de service public

⁴ Le chiffre d'affaires externe de l'agence photographique a cependant diminué de 6 % en 2009 pour atteindre 3, 2 millions d'euros.

⁵ Les prévisions établies par la RMN pour l'exercice 2011 font apparaître, pour les seules missions de service public, des charges supérieures à 5 millions d'euros, auxquelles il conviendrait d'ajouter des charges supplémentaires d'environ 6,3 millions d'euros pour la couverture de l'ensemble des collections des musées du Louvre, d'Orsay et du domaine de Versailles.

auxquelles sera soumis l'opérateur chargé de ce service, et que soient affinée l'identification de la carence de marché à laquelle l'intervention publique essaie de remédier.

2. EN CE QUI CONCERNE LES MODALITÉS DE SÉLECTION DE L'OPÉRATEUR CHARGÉ DE LA FOURNITURE DU SERVICE DE PHOTOTHÈQUE UNIVERSELLE

51. Comme elle le rappelle dans son avis n° [09-A-44](#) relatif au projet de mise en œuvre d'un service régulier de transport de personnes par navettes fluviales sur le bief de Paris, *« l'Autorité de la concurrence n'est pas directement compétente pour apprécier la régularité des procédures administratives mises en œuvre par les collectivités publiques pour sélectionner l'opérateur à qui sera confiée l'exploitation du nouveau service public »* (§49). L'Autorité ne peut donc que rappeler les principes applicables au choix de l'opérateur de service public, de façon générale (a), puis au regard du cas d'espèce (b).

a) Principes de droit communautaire et de droit national applicables

52. La jurisprudence, tant communautaire que nationale, accorde une grande liberté d'organisation à l'administration, notamment en autorisant la prise en charge d'un service d'intérêt économique général par un établissement public.
53. La jurisprudence communautaire soumet toutefois aux règles et aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne les concessions contractuelles ou unilatérales par lesquelles l'État confie à un tiers (et notamment à un établissement public) des prestations d'activités économiques, ainsi que les relations de l'État et des entreprises publiques chargées de missions d'intérêt économique général⁶. Les principes d'égalité de traitement et de transparence prévus dans le TFUE peuvent dès lors conduire l'administration à mettre en œuvre des procédures de mise en concurrence lors du choix du ou des opérateurs devant assurer les missions de service public, sans pour autant l'imposer formellement.
54. Si le droit national n'impose pas que l'acte juridique de dévolution unilatérale de l'exécution d'un service public soit formellement soumis à une procédure de mise en concurrence, le Conseil d'État, dans son arrêt du 8 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*⁷, a néanmoins rappelé les principes applicables aux collectivités publiques confiant la gestion d'un service public à un tiers : *« ... à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique [...] un contrat de délégation de service public ou [...] un marché public de service »*. Il ne peut en aller autrement que *« lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel »*.

⁶ Cf., par exemple, CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C 458/03.

⁷ CE, Sect., 8 avril 2007, R. p 155.

Cette situation ne correspond alors qu'à trois hypothèses : l'opérateur, et notamment un établissement public, s'est vu accorder légalement un droit exclusif⁸; les relations entre l'État et l'établissement public peuvent être qualifiées de relations « *in house* »⁹; enfin, l'opérateur ne peut avoir de concurrent effectif ou potentiel pour la commande en cause, compte tenu de son objet ou de ses conditions de réalisation.

55. En outre, dans la mesure où la nouvelle entité sera probablement destinataire d'aides publiques visant à opérer une compensation entre les coûts générés par la bibliothèque universelle et les revenus commerciaux attendus, les principes posés par la jurisprudence Altmark¹⁰ doivent être pris en compte. À travers elle, la Cour de justice des Communautés européennes a en effet posé que ne constituent pas des aides d'État au sens de l'article 87 du traité CE (aujourd'hui article 107 TFUE) les aides consenties par la puissance publique à l'opérateur du service public en contrepartie des obligations qui pèsent sur lui lorsque (1) l'entreprise bénéficiaire est effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations sont clairement définies, (2) les paramètres retenus pour le calcul de la compensation sont préalablement établis de façon objective et transparente, (3) la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par le coût des obligations de service public, compte tenu des recettes attendues et d'un bénéfice raisonnable, (4) le choix de l'opérateur est effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir le service au moindre coût ou, à défaut, le niveau de la compensation est déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne bien gérée et adéquatement équipée aurait encourus.
56. Le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont rappelé à plusieurs reprises les avantages d'une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un service d'intérêt économique général. Dans son avis n° [05-A-08](#) du 31 mars 2005 relatif à une demande d'avis de la Confédération de la Consommation, du Logement et du Cadre de Vie portant sur les conditions dans lesquelles pourrait être envisagée la mise en place d'un service bancaire de base, le Conseil a ainsi affirmé que « *la procédure de mise aux enchères possède de nombreux avantages* » (§ 53) et précisé que « *la mise aux enchères, procédure de droit commun pour l'achat public, assure que les obligations de service public sont fournies par l'opérateur le plus efficace, contribue à révéler les coûts réels du service et permet d'éviter nombre de distorsions comme l'écémage (sélection des meilleurs clients) ou le contournement. Elle ne nécessite pas l'évaluation ex ante du coût du service universel par le régulateur et est donc peu exigeante en terme d'informations sur les coûts et la demande* » (§ 54). Le Conseil de la concurrence a réitéré cette approche dans son avis n° [04-A-12](#) relatif au projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut géographique national (IGN).

⁸ CE, 26 janvier 2007, Syndicat professionnel de la géomatique, R. p 20.

⁹ La reconnaissance de relations « *in house* » (ou prestations intégrées de quasi-régie) entre un pouvoir adjudicateur (en l'espèce l'Etat) et une autre personne morale repose sur des conditions strictes. Le pouvoir adjudicateur ne peut en effet échapper aux dispositions du droit de la commande publique que si, d'une part, il exerce sur l'organisme tiers constitué pour assurer cette mission un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services, et, d'autre part, cet organisme consacre l'essentiel de ses activités à ce pouvoir adjudicateur (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia*, aff. C-107/98, R. p I-8121).

¹⁰ CJCE, 24 juillet 2003, C 280/00, *Altmark Trans GmbH*, points 87 à 94.

b) Application au cas d'espèce

57. Selon les porteurs du projet de décret, le recours à un opérateur unique pour la constitution et l'exploitation de la photothèque universelle répond en premier lieu au souci d'assurer une cohérence dans la constitution et l'exploitation des fonds photographiques. La dispersion des fonds entre les musées et la RMN a en effet été perçue par les pouvoirs publics comme une source d'inefficacité de leur gestion, tant du point de vue de l'offre que de celui de la demande. Seront ainsi évités les doublons lors des prises de vue des œuvres, ainsi que des disparités des normes techniques de prise de vue et de numérisation et des critères d'indexation. La constitution d'une photothèque universelle répond également aux évolutions de la demande, qui s'oriente de façon croissante vers des fonds étendus, susceptibles de répondre à une grande variété de besoins iconographiques.
58. Le choix du nouvel établissement public comme opérateur unique chargé de la mission de constituer et d'exploiter la photothèque universelle s'appuie, selon les porteurs du projet de décret, sur les compétences de l'agence photographique de la RMN, que les opérateurs du secteur s'accordent à reconnaître, et sur la profondeur et la qualité des fonds photographiques dont elle assure d'ores et déjà l'exploitation. Ces fonds, dont la RMN est propriétaire, constituent de facto une partie de la photothèque universelle qu'il ne sera pas nécessaire de photographier à nouveau et justifient donc également le choix de la RMN comme opérateur de cette nouvelle mission. Le choix d'un autre opérateur unique supposerait que celui-ci, soit se voie transférer les fonds de la RMN composant une partie de la photothèque universelle, soit réalise lui-même les campagnes de prise de vue de l'ensemble des œuvres. Ces hypothèses sont de nature à accroître le coût de constitution de la photothèque.
59. Il est certain que la réalisation d'une procédure d'appel d'offres, au travers d'un cahier des charges précisant l'étendue des missions et les normes iconographiques et photographiques attendues, aurait permis d'apprécier l'étendue de la carence de l'initiative privée, d'évaluer, dans cette hypothèse, le montant des compensations nécessaires à la réalisation de ces missions, et « *de sélectionner le candidat capable de financer ces services au moindre coût pour la collectivité* » (arrêt Altmark précité). Toutefois, les pouvoirs publics ayant fait le choix de confier cette mission à une seule entité, compte tenu de l'importance du fonds déjà détenu par la RMN, une telle procédure aurait quasi-nécessairement conduit à sélectionner comme opérateur le nouvel établissement public.

B. SUR LES CONDITIONS D'ACTIVITÉ DU NOUVEL ÉTABLISSEMENT

60. Le projet de décret octroie au nouvel établissement un droit d'accès privilégié aux reproductions photographiques des musées nationaux. Ce droit peut être apprécié au regard de la qualification de droit exclusif ou spécial (1) et de l'abus de position dominante (2).

1. LES MOYENS MIS A LA DISPOSITION DU NOUVEL ÉTABLISSEMENT

61. Dans le cadre de l'organisation d'un service d'intérêt économique général, les États membres peuvent accorder aux entreprises chargées de sa mise en œuvre des droits spéciaux ou exclusifs, réglementer leurs activités et, éventuellement, les subventionner.

62. Comme elle l'a rappelé dans son avis n° [10-A-02](#) du 1^{er} février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma, « *l'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour apprécier la légalité de droits exclusifs et spéciaux octroyés à un opérateur. Cette question relève au premier chef de l'appréciation des pouvoirs publics, sous le contrôle, le cas échéant, du juge administratif ou des autorités et juridictions communautaires, statuant sur la base de l'article 106 du traité* » (§ 76). En conséquence, le présent avis rappellera les principes généraux appliqués par les autorités et juridictions compétentes dans leur appréciation des interventions de la puissance publique dans ces domaines (a), et les mettra ensuite en perspective avec la situation du cas d'espèce (b).

a) Principes de droit communautaire et de droit national applicables

63. Les droits exclusifs et les droits spéciaux mentionnés dans l'article 106, paragraphe 1, TFUE, sont définis par la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (articles 2 sous f et 2 sous g) :
- les droits exclusifs sont « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* ».
 - les droits spéciaux sont « *des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné [...] confère à une ou plusieurs entreprises, selon [des] critères [qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires], des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* ».
64. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a dit pour droit que l'article 106 (2) du TFUE permet « *aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs* » (CJCE, 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. P. I-2553, point 14). En conséquence, « *il s'agit d'examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables* » (*Idem*, point 16).
65. L'examen de la nécessité de la restriction de concurrence prend notamment en compte le fait que « *l'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie, dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables. En effet, autoriser des entrepreneurs particuliers à faire concurrence au titulaire des droits exclusifs dans les secteurs de leur choix*

correspondant à ces droits les mettrait en mesure de se concentrer sur les activités économiquement rentables et d'y offrir des tarifs plus avantageux que ceux pratiqués par les titulaires des droits exclusifs, étant donné que, à la différence de ces derniers, ils ne sont pas économiquement tenus d'opérer une compensation entre les pertes réalisées dans les secteurs non rentables et les bénéfices réalisés dans les secteurs plus rentables » (Ibid., points 17 et 18).

66. Les restrictions de concurrence qu'implique le fonctionnement d'un service d'intérêt économique général sont cependant strictement encadrées par le droit communautaire : *« il résulte en effet de la combinaison des paragraphes 1 et 2 de l'article 90 du traité [article 106 TFUE] que le paragraphe 2 peut être invoqué pour justifier l'octroi, par un État membre, à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, de droits exclusifs contraires notamment à l'article 86 du traité [article 102 TFUE], dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté »* (CJCE, 23 mai 2000, Sydhavnens Sten & Grus, C-209/98, Rec. p. I-3743, point 74).
67. En droit national, le Conseil d'État adopte une démarche similaire reposant sur le principe de proportionnalité et vérifie qu'il n'est pas porté d'atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie, aux règles de concurrence et au principe d'égalité (CE, 30 juin 2004, Département de la Vendée). L'analyse du projet repose sur la mise en balance des restrictions de concurrence induites par celui-ci au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis. Les distorsions de concurrence ne peuvent être admises que dans la mesure où il n'existe aucune autre solution moins attentatoire à la concurrence permettant d'atteindre l'objectif d'intérêt général identifié.

b) Application au cas d'espèce

68. Si les pouvoirs publics octroient à un opérateur des droits exclusifs, il leur revient d'en démontrer la nécessité pour l'exercice de la mission prise en charge par cet opérateur. En l'espèce, les pouvoirs publics n'ont pas reconnu de tels droits exclusifs au profit du nouvel établissement. Si le projet de décret oblige les musées nationaux à remettre une copie de leurs fonds photographiques au nouvel établissement afin de constituer la photothèque universelle, il n'empêche pas les musées de diffuser les mêmes images à d'autres opérateurs, ni d'autoriser des campagnes photographiques assurées par d'autres acteurs du marché. Aux côtés de la photothèque universelle peuvent donc coexister à la fois des photothèques propres aux musées et des fonds photographiques privés composés d'images des œuvres des collections nationales qui pourront continuer à se développer.
69. Néanmoins, en obligeant les musées nationaux à remettre une copie de leurs fonds photographiques au nouvel établissement, le projet de décret interdit de fait aux autres opérateurs, agences photographiques ou éditeurs, de bénéficier, le cas échéant, d'une exclusivité complète dans la diffusion des fonds photographiques des musées – le nouvel établissement bénéficiant nécessairement d'un droit de diffusion. Des accords exclusifs conclus avec des tiers, comme celui conclu actuellement entre le musée du Quai Branly et l'agence Scala, sont donc de facto rendus impossibles, sauf à prévoir une exception au profit de la photothèque universelle.
70. À l'inverse, rien n'interdit en théorie au nouvel établissement de négocier une telle exclusivité avec les musées. En outre, les musées nationaux étant obligés, par le projet de

décret, de mettre à disposition du nouvel établissement leurs fonds photographiques, les conditions de négociation des conventions prévues à l'article 3.5 peuvent être favorables à ce dernier.

71. Par ailleurs, l'impact sur la concurrence d'une exclusivité de fourniture au profit de la RMN serait croissant avec le temps, les mutations des techniques de numérisation, de stockage et de diffusion pouvant priver les agences photographiques concurrentes de la possibilité d'exploiter leurs fonds existants.
72. En ce sens, le projet de décret est donc de nature à attribuer « *des avantages légaux ou réglementaires [à l'établissement] qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* », c'est-à-dire des droits spéciaux.
73. Une telle mise à disposition paraît cependant nécessaire à l'exercice de la mission de constitution d'une photothèque universelle afin de garantir que le nouvel établissement ait effectivement accès aux reproductions photographiques de l'ensemble des œuvres présentes dans les musées nationaux. L'obligation de mise à disposition peut également être envisagée comme la contrepartie de celle d'exhaustivité de la couverture photographique qui pèsera sur le nouvel établissement, lequel aura pour mission d'effectuer des prises de vue de l'ensemble des œuvres, quelle que soit leur rentabilité économique attendue.
74. Par ailleurs, la portée de ce droit spécial est limitée du fait de la possibilité qu'ont les photographes professionnels d'accéder aux collections, en application des règles de la domanialité publique, afin de réaliser des campagnes de couverture photographique, moyennant le versement d'une redevance représentative des coûts que ces prises de vues peuvent engendrer pour les musées. Ces prises de vues, particulièrement indispensables aux éditeurs de livres d'art, peuvent permettre d'éviter le recours aux fonds des musées ou de la future photothèque universelle. Pour que cette possibilité soit effective, il convient qu'en aucun cas les conventions conclues par les musées nationaux avec la future photothèque ne comportent des clauses de nature à limiter, voire interdire, l'accès des photographes professionnels aux œuvres de ces musées.
75. Au final, le droit spécial ainsi reconnu semble donc à la fois nécessaire et proportionné à l'accomplissement de la mission confiée à l'établissement.
76. Néanmoins, dans la mesure où les musées peuvent être amenés à conclure des conventions d'exclusivité avec le nouvel établissement public, l'Autorité de la concurrence souhaite rappeler que les obligations d'exclusivité sont évaluées, au cas par cas, au regard des pouvoirs de marché des parties à l'exclusivité, de son champ d'application, de sa durée, des justifications techniques et de la contrepartie économique obtenue par le client¹¹. Cet examen relève, notamment, de l'analyse du risque d'abus de position dominante.

2. LE RISQUE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE DU NOUVEL ÉTABLISSEMENT PUBLIC

77. Dans son arrêt du 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori, la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé que « *le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 86,*

¹¹ Cf., notamment, l'étude thématique du Conseil de la concurrence sur les accords d'exclusivité, publiée dans son rapport annuel 2007.

paragraphe 1, CE [article 106, paragraphe 1 TFUE] n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 82 CE [article 102 TFUE]. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits spéciaux ou exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus (arrêt du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 39) ».

78. Les modalités de constitution de la photothèque universelle, en ce qu'elles reconnaissent des droits spéciaux au nouvel établissement, ne seraient donc contraires au droit de la concurrence que dans la mesure où elles conduiraient nécessairement l'établissement public à abuser (c) d'une position dominante (b) sur un marché pertinent (a).

a) Les marchés pertinents

79. Le marché pertinent se définit comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. Une substituabilité parfaite se rencontrant rarement, sont considérés comme substituables et, par conséquent comme se situant sur un même marché, les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande. S'agissant de sa définition au cas d'espèce, deux secteurs paraissent susceptibles d'être affectés par la création du nouvel établissement et l'octroi à celui-ci de droits spéciaux d'accès aux fonds photographiques de musées nationaux : celui de la collecte et de la diffusion d'images photographiques d'une part, celui de l'édition d'ouvrages d'art d'autre part.
80. A ce jour, l'Autorité de la concurrence n'a pas été conduite à définir de marché pertinent dans le secteur de la collecte et de la diffusion d'images photographiques et sa délimitation demeure donc très ouverte. Pourrait a priori être retenu un marché de la collecte et de la diffusion d'images d'art et d'images patrimoniales. Une segmentation plus fine, selon la nature des demandeurs (éditeurs d'ouvrages, agences de communication, agences de presse), ne peut néanmoins être exclue du fait des besoins distincts de ces différentes clientèles. De même, il ne peut non plus être exclu qu'une segmentation fondée sur le type d'œuvres photographiées et/ou sur leur musée d'origine soit pertinente. Enfin, ces différents marchés de la diffusion et de la collecte d'images d'art et patrimoniales seraient a priori de dimension mondiale : les images enregistrées sous format numérique circulent aisément entre les pays et chaque agence réalise une part significative de son chiffre d'affaires à l'étranger.
81. Concernant le marché de l'édition, plusieurs décisions et avis ayant trait à ce secteur¹² laissent à penser qu'une segmentation des marchés pertinents selon la langue et la catégorie d'ouvrages devrait être retenue. La faible proportion d'ouvrages d'art traduits, les difficultés liées au transport d'ouvrages dont la demande est naturellement réduite, tout comme les spécificités nationales du lectorat, laissent à penser que ce marché serait de dimension nationale.

¹² Cf., notamment, les lettres du ministre de l'économie C 2007-27 et C 2007-127, la décision de la Commission européenne n° COM/M2978 du 7 janvier 2004, Lagardère/ Natixis/VUP et l'arrêt du Tribunal de première instance de l'Union européenne du 13 septembre 2010 (Affaire T-279/04), et la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-DCC-72 du 14 décembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société EBRA par la Banque Fédérative du Crédit Mutuel.

b) La position dominante

82. Selon une jurisprudence constante, la position dominante se révèle par le pouvoir de s'abstraire de toute concurrence, en ayant un comportement indépendant des concurrents, des fournisseurs et des clients. Un tel pouvoir de marché peut se présumer lorsque les parts de marché de l'entreprise en cause ou des entreprises en position dominante collective sont très élevées.
83. En l'espèce, l'absence de données pertinentes et exhaustives relatives aux opérateurs de diffusion des images d'art ne permet pas de déterminer avec exactitude leur position sur l'ensemble des différents marchés pertinents envisagés.
84. L'agence photographique de la RMN réalise un chiffre d'affaires de 3,2 millions d'euros sur un marché mondial de la diffusion des images d'art et patrimoniales qui représente, selon elle, 80 millions d'euros. Elle réalise par ailleurs environ 2 millions d'euros de recettes en France, à comparer aux chiffres d'affaires sur le territoire national de ses principales concurrentes, qui se situent entre 1 et 3 millions d'euros. La Réunion des musées nationaux n'est pas non plus susceptible de détenir une position dominante lorsque sont considérés les volumes des fonds photographiques des différentes agences spécialisées dans les images d'art. L'agence photographique de la RMN diffuse en effet un fonds de plus de 500 000 images numérisées, de taille comparable ou inférieure à ceux des autres agences spécialisées, qui comprennent de 300 000 à 1 million d'images en moyenne.
85. Compte tenu de ces données, le nouvel établissement ne sera pas a priori en mesure de détenir une position dominante sur le marché de la diffusion d'images artistiques et patrimoniales, que la délimitation géographique de ce dernier soit mondiale ou nationale.
86. Il pourrait certes disposer d'un certain pouvoir de marché, voire d'une position dominante, si le marché était segmenté de façon plus fine, selon le type de demandeurs (éditeurs d'art, éditeurs scolaires, etc.) ou d'œuvres des collections nationales photographiées (œuvres du musée du Louvre, du musée d'Orsay, etc.), mais les données présentes au dossier ne permettent pas d'analyser de manière suffisamment fine la part de marché de la RMN sur ces différents segments.
87. En ce qui concerne le marché de l'édition, les statistiques établies par le Syndicat national de l'édition reposent sur une nomenclature (« beaux livres et beaux arts ») qui ne permet pas de distinguer avec précision la diffusion des livres d'art au sens strict, et qui n'intègre les données de la RMN que depuis le mois de septembre 2010. Néanmoins, selon ses concurrents, la RMN serait susceptible de disposer d'une position plus forte, voire dominante, sur le marché de l'édition d'ouvrages d'art, en raison de son importante activité éditoriale d'une part (notamment sur le segment des catalogues d'expositions) et de son intégration verticale, via les boutiques et librairies qu'elle détient dans les espaces commerciaux des musées.

c) L'abus

88. Dans l'hypothèse – évoquée plus haut – où le nouvel établissement serait en situation de position dominante sur le marché de l'édition d'ouvrages d'art ou sur un autre marché, les droits spéciaux qui lui sont octroyés ne doivent pas le placer dans une situation où il pourrait exploiter abusivement cette position dominante.

89. Au cas d'espèce, dans l'hypothèse où le nouvel établissement public détiendrait une position dominante sur l'un des marchés pertinents susceptibles d'être identifiés, le seul exercice du droit spécial conféré au nouvel établissement ne paraît pas de nature à constituer un abus de position dominante, dès lors qu'il ne prive pas les opérateurs concurrents, agences photographiques ou d'éditeurs d'ouvrages d'art, d'accéder aux fonds photographiques ou aux collections des musées pour en assurer la couverture photographique. En revanche, si les musées souhaitaient, pour des raisons tant organisationnelles qu'économiques, confier la gestion des reproductions photographiques des œuvres qu'ils hébergent à un seul opérateur, ils n'auraient d'autres choix que de recourir aux services exclusifs du nouvel établissement. De tels accords de fourniture exclusive seraient alors susceptibles de constituer un abus de position dominante si, d'une part, une telle position était confirmée et si, d'autre part, les fonds couverts par l'exclusivité procuraient au nouvel établissement un avantage concurrentiel significatif. A titre d'illustration, il n'est pas exclu que des accords d'exclusivité conclus avec des musées particulièrement notoires, par le prestige et la richesse des œuvres qui y sont présentées, puissent constituer un abus de la position dominante du nouvel établissement détenue soit sur certains marchés de la diffusion de reproductions photographiques, si ceux-ci venaient à être définis de façon suffisamment étroite, soit sur le marché de l'édition d'ouvrages d'art.
90. Pour prévenir de tels risques concurrentiels, des garanties d'un accès non-discriminatoire des opérateurs concurrents, qu'il s'agisse d'agences photographiques ou de maisons d'éditions, au fonds constitué par le nouvel établissement devraient être mises à la charge de ce dernier, de façon à éviter qu'il ne puisse profiter du droit spécial qui lui est conféré pour accroître ou protéger, par le biais des exclusivités obtenues en partie grâce à ce droit spécial, ses parts de marché sur le marché de la diffusion de ces mêmes images ou sur celui de l'édition d'ouvrage d'art.
91. En outre, dans sa rédaction actuelle, le projet de décret indique que les conventions signées entre l'établissement public et les musées nationaux pour la mise à disposition des fonds photographiques précisent « *les conditions et modalités de constitution, mise à disposition, représentation, reproduction, et valorisation des fonds photographiques...et le partage des recettes tirées de leur exploitation* ». Lors de la séance, il est apparu que cette formulation laisserait entendre que les dites conventions régiraient non seulement les relations entre le nouvel établissement et les musées signataires, mais également entre ces derniers et des agences photographiques ou des éditeurs tiers. Naturellement, la conclusion de ce deuxième type de conventions pourrait, si leurs modalités étaient abusives, conduire à l'éviction d'opérateurs tiers par le biais d'une dégradation de leurs conditions d'accès aux musées. Pour dissiper l'ambiguïté, il convient dans le décret de préciser que les conventions explicitent « *les conditions et modalités de constitution, mise à disposition, représentation, reproduction, et valorisation des fonds photographiques par l'Etablissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées. Cette convention détermine également le partage des recettes tirées de leur exploitation entre le musée intéressé et l'Etablissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées* ».

C. Les conditions d'une poursuite de la diversification des activités du nouvel établissement public dans le domaine commercial

92. Le nouvel établissement public se voit reconnaître plusieurs missions commerciales, parmi lesquelles la diffusion des images des fonds photographiques qu'il aura constitués ou auxquels il aura accès, l'édition et la diffusion, par tous moyens et sur tous supports, des

ouvrages et produits dérivés liés, notamment, aux collections nationales, l'exploitation d'espaces commerciaux dans les musées, l'exploitation des espaces du « Grand Palais ». Le projet prévoit que *« l'établissement assure, selon toute modalité appropriée, les opérations commerciales utiles à l'exécution de ses missions »* (article 3 -9°). L'article 4 prévoit les modalités de mise en œuvre de ces missions et précise que l'établissement *« réalise les opérations commerciales et accomplit tous les actes juridiques utiles à ses missions »* (article 4-4°).

93. Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence se sont prononcés à maintes reprises sur la question de la diversification des activités des opérateurs chargés d'une mission de service public dans le champ concurrentiel¹³. Sans méconnaître l'intérêt d'une telle diversification, susceptible, dans certaines circonstances, de stimuler la concurrence sur les marchés, ils ont néanmoins et de manière constante recommandé d'assurer une séparation étanche entre les activités subventionnées au titre des missions de service public et celles relatives à la diversification, dans le but de prévenir tout risque de *« subvention croisée »* entre ces deux activités. *« Plus spécifiquement, cette séparation doit être à la fois juridique, matérielle, comptable, financière et commerciale »* (avis n° [10-A-20](#) du 29 septembre 2010).
94. En l'espèce, les activités commerciales (exploitation commerciale des fonds photographiques, éditions, produits dérivés, boutiques, etc.) sont directement assurées par l'établissement public et le projet de décret n'en modifie pas les modalités. La mise en place d'un système de comptabilité analytique (en 2005) permet de distinguer les missions de service public des missions commerciales et d'identifier de manière transparente les charges et les recettes de chacune d'entre elles et de vérifier l'absence de subvention croisée. Le projet de décret (article 4 – 4° g) permet aussi à l'établissement de créer des filiales, qui pourront alors garantir de manière stricte la séparation des activités, spécialement dans le contexte d'un renforcement la présence du nouvel établissement dans le secteur concurrentiel.

IV. Conclusion

95. Il n'entre pas dans les compétences de l'Autorité de la concurrence de se prononcer sur l'opportunité de l'instauration d'un service d'intérêt économique général et sur la légalité des procédures de sélection de l'opérateur qui en assurera la prise en charge. L'Autorité recommande toutefois aux pouvoirs publics de définir plus précisément les caractéristiques de ce service dans le sens des préconisations formulées au paragraphe 50.
96. L'Autorité attire également l'attention du Gouvernement sur le fait que le droit spécial octroyé au nouvel établissement public, s'il apparaît limité et proportionné à l'accomplissement de la mission qui lui est confiée, ne doit pas conduire celui-ci à exploiter de manière abusive la position dominante qu'il serait susceptible de détenir sur certains des marchés concernés. Elle recommande donc que le projet de décret offre des garanties d'accès transparent et non-discriminatoire au fonds photographique que le nouvel établissement est chargé de constituer.

¹³ Cf., notamment, l'avis n° [10-A-20](#) du 29 septembre 2010 relatif aux effets sur les règles de concurrence de certaines dispositions concernant le projet de réalisation du réseau de transport public du Grand Paris.

97. Enfin, l'Autorité considère que les missions d'intérêt général et les missions commerciales peuvent être menées par le nouvel établissement public, sans craindre de distorsions majeures de concurrence, à la condition que soit maintenue la séparation au moins comptable de ces activités dans le cadre d'un système de comptabilité analytique – une séparation fonctionnelle étant préférable.

Délibéré sur le rapport oral de M. Eric Maurus et l'intervention de M. Etienne Pfister, rapporteur général adjoint, par Mme Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidente, présidente de séance, Mme Pierrette Pinot, MM. Noël Diricq et Jean-Bertrand Drummen, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Mme Elisabeth Flüry-Hérard

© Autorité de la concurrence