

Opinion juridique.

Le soussigné Pierre-Yves Gautier, agrégé des facultés de droit, professeur à l'Université Panthéon-Assas, consulté par la société civile des producteurs de phonogrammes (SCPP) sur la qualification d'enrichissements dont profitent actuellement des moteurs de recherche à partir de l'accès aux contenus culturels protégés, émet la présente opinion.

1. L'Internet grand public existe depuis une quinzaine d'années, son succès est foudroyant et a entraîné, dans son sillage technologique, des bouleversements économiques et sociaux de tous ordres ; les professionnels qui s'y déploient, telles les plate-forme de convivialité et les principaux moteurs de recherche, sont devenus des géants économiques, avec une surface capitalistique considérable, parce que les usagers en sont étroitement dépendants, par l'accès aux données qu'ils leur permettent. Ces professionnels utilisent gratuitement les données culturelles comme élément d'attraction de leur entreprise, notamment en facilitant leur accès par divers moyens.

2. A cet égard, les principaux exploitants de moteurs de recherche proposent de façon systématique et automatique aux Internautes ayant préalablement tapé les mots-clés correspondant à l'objet de leur quête, une présentation textuelle et visuelle des résultats, qui peut être dénommée « référencement », afin d'éviter toute confusion avec une simple indexation brute, conduisant à la page d'accueil d'un site (telles les Pages jaunes).

Le référencement consiste d'une part à profiter des contenus relatifs aux œuvres, pour en donner par divers procédés de texte et/ou d'images, un *aperçu* à celui qui effectue la recherche ; d'autre part et surtout, à fournir un *accès direct* aux œuvres et interprétations, telles qu'elles sont disponibles en ligne, sans avoir à passer par les pages d'accueil et intermédiaires de ceux qui les proposent au public.

Alors qu'une recherche ordinaire devrait seulement conduire à orienter l'Internaute vers le site qui propose l'œuvre, celui-ci le guidant ensuite de « clic » en « clic », selon des étapes internes, le référencement l'y mène directement.

Cette commodité pour l'Internaute, économisant ainsi le temps de sa recherche pour aller droit à ce qui l'intéresse, engendre des flux de connexion à une échelle immense. Sachant que les données sont actualisées pratiquement en temps réel.

3. Le moteur de recherche, du fait du caractère quasi-instantané des résultats fournis par lui, livrant de façon exhaustive et documentée tous les liens permettant d'accéder directement aux contenus culturels, crée ainsi sa propre valeur économique ajoutée, dont il profite de plusieurs façons : publicité qui figure sur ses écrans, « adwords » ou autres, valeur capitalistique sur le marché de l'entreprise qui l'exploite.

La constatation vaut pour toutes les œuvres : musicales, les plus sollicitées, mais également de presse, d'édition, du cinéma et de la télévision.

4. La question qui a été posée au soussigné est de déterminer si un tel transfert de valeur a une cause légitime, de sorte que dans le cas contraire, il y aurait lieu à fixation d'une indemnité par la loi - plutôt que par le juge, pour plus de sécurité juridique - restant à en déterminer le régime. Ce sont donc ces deux points qui seront successivement étudiés.

On formulera au préalable une précision : il sera raisonné sur le référencement de sites licites et non contrefaisants, d'accès non payant individuellement. En effet, d'une part, la suggestion de sites illicites constitue en soi un acte blâmable, quelle qu'en soit la qualification civile ou pénale et ne saurait donner lieu à une action fondée sur un mécanisme licite ; d'autre part, l'absence d'indemnisation directe des titulaires de droits par le véritable débiteur est l'une des sources de l'enrichissement injuste, comme on le verra plus bas.

I : Indemnité légale pour enrichissement injuste du moteur de recherche.

La situation examinée correspond au mécanisme du quasi-contrat, créé par la Cour de cassation (A) ; ici, il s'agirait de le formaliser dans une norme, comme il en existe déjà en droit français (B) ; il restera à vérifier la compatibilité avec le droit de l'Union européenne (C).

A/ Le principe d'indemnisation de l'enrichissement sans cause.

5. L'action d'enrichissement sans cause (dite « *de in rem verso* », de restitution du bien) peut être définie comme celle en vertu de laquelle une personne, qui s'est injustement appauvrie au profit d'une autre, corrélativement enrichie, sans qu'il existe un motif contractuel ou légal à ce transfert de valeur économique d'un patrimoine à un autre, jouit du droit de recevoir une indemnité objective de la part de cette dernière, afin de compenser sa perte.

C'est un « quasi-contrat », c'est-à-dire pour l'essentiel une situation légale entraînant l'enrichissement de quelqu'un au détriment d'un autre, qui lui a procuré un avantage et devant être réglée « comme s'il » y avait un contrat entre eux ¹.

Elle est entièrement étrangère à la responsabilité civile et à une idée de faute de la part de l'appauvri : c'est un mécanisme fondé à la fois sur l'analyse économique du droit et le principe d'équité ².

Elle fut bâtie au XIX^e siècle par deux professeurs fameux de l'Université de Strasbourg, Aubry et Rau : « *l'action de in rem verso... doit être admise d'une manière générale, comme sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne..., celle-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action, soit contre le bénéficiaire de l'enrichissement, soit contre un tiers, naissant d'un contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* » ³.

Leur théorie fut adoptée par la Cour de cassation en 1892, dans son célèbre arrêt « Boudier », au sujet du propriétaire d'une terre, qui avait indirectement profité de produits vendus par un marchand à son fermier, celui-ci n'ayant pas réglé sa dette, le vendeur, même dépourvu de titre contractuel à l'égard du premier, sans que celui-ci ait commis de faute, pouvant être

¹ V. par ex. J. Carbonnier, Droit civil, T. 2, Quadrige, PUF 2004, § 1213 : « *fait juridique profitable* ».

² V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 5^e éd., Defrénois 2011, n° 1056 : « *des profondeurs de l'histoire et de la conscience humaine, vient un principe qui domine l'ensemble de la vie sociale : nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui* », il s'agit d'une « *action en restitution de l'accroissement d'un patrimoine* ».

³ Aubry et Rau, Cours de droit civil, T. IX, 5^e éd. par E. Bartin, § 578, p. 355.

indemnisé par lui : « *dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; il suffit pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit* »⁴.

6. La situation en soi n'est pas illicite ni blâmable, du côté de l'enrichi, mais n'est *pas pour autant normale*, alors qu'autrui s'est appauvri à son bénéfice et qu'il ne lui devait rien. L'équité se fonde sur les mouvements objectifs entre patrimoines, « *la nécessité d'établir un équilibre* » entre eux⁵. Ainsi que le remarquent des auteurs, « *ni les conditions ni les effets de la responsabilité fondée sur la faute ne sont ceux de l'action de in rem verso. La faute ? Il arrive souvent que l'enrichi l'ait été sans n'avoir rien fait ni voulu* »⁶.

Les conditions, réunies dans le mécanisme du *transfert de valeur*, sont un appauvrissement, un enrichissement corrélatif, l'absence de cause, l'absence de choix. Reprenons ces trois points, en les appliquant à notre hypothèse.

7. Appauvrissement. Il peut prendre plusieurs formes : perte éprouvée, mais aussi *manque à gagner*, ainsi, la non-rémunération d'un bien ou d'un service, qui aurait normalement dû l'être⁷. Il doit être mis en perspective avec les investissements consentis par l'appauvri, ce que lui a coûté son labeur.

Planiol et Ripert citaient dans leur Traité classique de droit civil « *le fait qu'un autre a, sans votre assentiment, usé d'une chose créée ou entretenue par vous* »⁸. Usage direct ou indirect. L'appauvrissement doit être évidemment prouvé, conformément au droit commun.

Dans notre hypothèse, l'appauvrissement repose dans le manque à gagner résultant du défaut d'association aux revenus variés et substantiels dont profitent les moteurs de recherche, créant des flux considérables à partir de la facilité d'accès aux contenus culturels. Les moteurs s'en servent en effet comme des *éléments attractifs, mettant en valeur leurs services, à partir des contenus* auxquels ils conduisent par un simple « clic ». C'est parce que l'utilisateur sait qu'il jouira d'un accès direct aux œuvres et interprétations et à tout ce qui s'y rapporte, qu'il se sert en permanence du moteur, lui accordant corrélativement autant de surface économique.

La publicité est notamment liée à la présence, la durée et au comportement de l'Internaute sur le site, tout le temps de sa recherche.

Les moteurs de recherche, constituant l'élément essentiel du fonds de commerce de ceux qui les exploitent, attirent la clientèle des Internautes, qui en deviennent à leur tour une composante, sans que ceux qui sont à l'origine de cette fréquentation participent aux

⁴ Req. 15 juin 1892, S. 1893. 1. 281, note Labbé, Grands arrêts de la jurisprudence civile par Capitant, F. Terré et Y. Lequette, T. 2, 12^e éd. 2008 Dalloz, n° 239.

⁵ J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, vol. 2, 14^e éd., Sirey 2011, n° 36.

⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 1061.

⁷ A. Bénabent, Les obligations, 13^e éd., Domat-Montchrestien 2012, n° 487 ; J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 40.

⁸ M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil, 2^e éd., T. VII par P. Esmein, n° 754, texte et note de jurisprudence (passage non autorisé sur le fonds d'autrui, dans un but commercial).

fruits de l'exploitation.

Même lorsqu'il existe des rémunérations indirectes (par ex. fraction des recettes publicitaires versée aux ayants droit par des plate-forme), les exploitants des moteurs n'ont *aucune part* dans le paiement des sommes, quand elles existent.

De sorte que même si on tenait les moteurs pour des « apporteurs d'affaires », il n'en reste pas moins que la valeur économique ajoutée *propre de leur fonds de commerce*, ne fait l'objet d'aucun partage des fruits de son exploitation.

A noter enfin qu'il importe peu que la valeur ajoutée émanant de l'appauvri s'intègre dans l'activité économique propre de l'enrichi : ce qui compte est qu'elle puisse être identifiée par rapport à ses propres investissements et diligences ⁹.

8.Enrichissement corrélatif. De la même façon, l'enrichissement peut consister dans une plus-value, mais aussi une *dépense évitée* : l'enrichi profite indirectement d'un service qu'il aurait dû payer, alors qu'il n'a rien déboursé ¹⁰. Les deux mouvements de patrimoine sont liés. Le lien de causalité entre eux est ainsi réalisé dans notre hypothèse : *c'est parce qu'ils peuvent s'adosser sur des contenus culturels à succès que les moteurs produisent de la richesse économique*, qu'ils ne partagent pas avec ceux sans lesquels ils n'auraient rien d'attractif à proposer, dans le cadre d'une recherche sur un artiste, une musique, un livre, un film.

Il importe peu de ce point de vue qu'il n'existe aucun lien de droit entre les parties et que des tiers se soient intercalés entre elles ¹¹. Le mécanisme est entièrement indépendant d'un rapport entre les parties. Il résultera parfois d'un « *concours de circonstances (qui) peut aboutir à un tel transfert de valeur, sans trouver une justification réelle dans une opération juridique... (L'action) a pour objet de compenser ce transfert de valeur injustifié au moyen d'une indemnité que doit verser l'enrichi à l'appauvri* » ¹².

Ici, un nouveau service est assuré à partir des contenus et procure de la richesse à celui qui en livre un accès direct au public.

Le référencement (et non la simple indexation) enrichit son *fonds de commerce*, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit, en réalité ¹³.

On peut ici citer les propos de spécialistes de droit des affaires, au sujet des sites de e commerce, parfaitement transposables aux moteurs de recherche intéressés par le profit, qui y conduisent : « *les entreprises concernées ont manifestement pour raison d'être et pour*

⁹ Rappr. par ex. Civ. 1^è, 15 oct. 1996, Bull. civ. I n° 357 (participation de la compagne de l'exploitant d'un fonds de commerce de café-bar, elle s'est appauvrie et a enrichi de ce fait la valeur du bien de son compagnon, même s'il est aux commandes et que le fonds a été créé par lui).

¹⁰ V. Bénabent, *op. cit.*, n°s 488-489 ; J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n°s 39 et 41.

¹¹ V. par ex. Bénabent, *ibidem*.

¹² Bénabent, *op. cit.*, n° 482.

¹³ Le fonds de commerce est un bien incorporel, composé de toutes sortes d'éléments, affectés à l'exercice d'une activité commerciale (V. par ex. P. et Ph. Didier, Droit commercial, T. I, Economica 2005, n°s 342-343). Tel est le cas des principaux moteurs de recherche. L'Internet n'est plus philanthropique depuis longtemps. C'est un endroit où l'on fait des bénéfices, où des entreprises se rachètent à coup de milliards de dollars ou d'euros. Il y a très peu de réflexions juridiques sur ce point au demeurant : les Internautes qui consultent en permanence et depuis des années les mêmes moteurs de recherche, constituent à n'en pas douter sa *clientèle*.

objectif de créer et développer une clientèle, qu'elles disputent d'ailleurs aux tenants de l'ancienne économie »¹⁴. La clientèle des Internautes est l'élément-clé.

En d'autres termes, dans le domaine immatériel de l'Internet, le fonds de commerce, bien lui-même incorporel, a aussi sa place. « *Bien que les tribunaux n'aient pas encore été appelés à se prononcer sur le sujet, il est probable qu'ils se rallieront le moment venu à l'opinion dominante de la doctrine, selon laquelle l'exploitation d'un site marchand entraîne la création d'un fonds de commerce électronique, dont la composition est empreinte d'un certain particularisme... mais dont la nature juridique demeure proche de celle des fonds de commerce classiques. Il n'y a pas loin du virtuel à l'incorporel* »¹⁵. Une fois de plus, ce propos s'applique de la même manière au moteur de recherche qui achalande sa clientèle et tire des profits directs et indirects de la fréquentation par celle-ci des services qu'il lui propose.

Les contenus auxquels le moteur livre un accès constituent pour le moteur le motif principal de recherche et de « fidélisation » des clients.

9. Absence de cause. C'est le cœur du mécanisme : il ne doit se trouver aucune cause, légale ou contractuelle, en vertu de laquelle l'enrichi pourrait rétorquer à l'appauvri que la plus-value économique existe certes, mais qu'elle est légitime. Par exemple, c'est la loi qui fonde l'enrichissement, ou bien une convention conclue entre les parties¹⁶.

Dans notre cas, par le référencement portant accès direct à un contenu, le moteur s'approprie une valeur économique préexistante, il profite du contenu auquel il livre facilement l'accès et crée ainsi une valeur qu'il capte pour lui et dont il ne partage pas les fruits.

Ce référencement dépasse largement le simple fait de fournir un lien à l'Internaute, comme le font d'autres professionnels (ex. préc. des « Pages jaunes »).

Le moteur utilise en s'y adossant, sans paiement ni accord, le travail et le succès économique de producteurs qui n'ont *aucune raison* de travailler pour enrichir son fonds de commerce.

Cette raison ne saurait non plus reposer dans l'absence d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et le caractère licite du référencement, qui sont hors de propos en matière d'enrichissement sans cause (V. n°s 10, ci-dessous et 13).

10. Absence de choix. La Cour de cassation a précisé que l'action de in rem verso constitue un remède ultime pour l'appauvri : c'est parce qu'il ne jouit d'aucune action contractuelle ou légale, que son débiteur direct ne peut utilement être condamné, qu'elle lui est ouverte¹⁷. L'action est subsidiaire.

¹⁴ M. Pédamon et H. Kenfack, Droit commercial, 3^e éd., Dalloz 2011, n° 288.

¹⁵ M. Pédamon et H. Kenfack, *op. cit.*, n° 296.

¹⁶ V. not. Bénabent, *op. cit.*, n° 491.

¹⁷ C'est ce qu'elle a souligné dans un arrêt de sa Chambre civile du 2 mars 1915 : l'action « *ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit* » (Grands arrêts préc. de la jurisprudence civile de Capitant, F. Terré, Y. Lequette, n° 240). V. égal. Flour, Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 53 : l'exercice de l'action « *en est subordonné à l'absence de toute autre voie de droit ouverte au demandeur contre le même défendeur* ».

L'idée, pas éloignée de la fraude ou de l'abus de droit, consiste à refuser l'action à celui qui sait qu'il risque de se heurter à des obstacles juridiques et cherche à les contourner¹⁸.

Ici, ceux qui sont à l'origine des données culturelles auxquelles les moteurs livrent un accès direct, n'ont pas d'autre moyen de faire valoir leur créance : le référencement n'est pas un acte de communication publique d'une œuvre ou d'une interprétation, il ne porte pas accaparement des contenus et ne relève donc pas du droit exclusif de propriété intellectuelle¹⁹. Certes, il y a des débats sur ce point et la Cour de Justice de Luxembourg devrait prochainement se prononcer, mais ce sont des conceptions extensives, il faudrait une norme légale pour le poser et encore, ce serait pratiquement une fiction.

Il ne s'agit pas plus d'esquiver l'absence de droit exclusif dans le domaine de la propriété intellectuelle, car la question de l'enrichissement du fonds de commerce par le référencement de contenus attractifs ne relève pas de ce domaine. *On ne contourne que ce qui relève du même champ d'application normatif.*

Il ne s'agit pas plus de tourner par fraude la réglementation européenne et la jurisprudence sur la responsabilité limitée des moteurs de recherche : ainsi qu'on l'a répété à plusieurs reprises, ce n'est point en effet une question de responsabilité. Celle-ci suppose en outre la présence en amont de contenus illicites. Alors que la réflexion ici conduite ne concerne que des contenus licites.

En toute hypothèse, il est clair que les « producteurs de contenus » n'ont à ce jour pas d'autre moyen de se faire indemniser par les moteurs de recherche, ni en propriété intellectuelle (pas de droit de communication au public au titre de l'indexation), ni sur un autre fondement, tel celui de la responsabilité civile. Ce qui correspond à la condition de subsidiarité²⁰.

B/ La fixation dans une loi.

11. Ici, il s'agirait d'asseoir, par prévisibilité et sécurité juridique, le mécanisme dans une norme et ne point s'en remettre au juge.

Les avant-projets de réforme du droit des obligations proposent de codifier la jurisprudence de la Cour de cassation (ainsi, dans l'avant-projet Catala, art. 1336 à 1339)²¹.

Mais il en existe déjà des applications ponctuelles dans la loi, dont il n'est pas difficile de s'inspirer.

Ainsi, en matière d'accession immobilière, art. 555 c. civ. (profit pour le propriétaire de l'immeuble de travaux effectués par des tiers, il devra les indemniser)²² ; ou bien les récompenses entre époux, dans les régimes matrimoniaux (art. 1433 et 1437 du même

¹⁸ Bénabent, *op. cit.* n° 495 : pas de « voie de rattrapage (pour) celui qui disposait d'une autre action qu'il a négligé d'exercer ou dont il n'a pas respecté les contraintes ».

¹⁹ Rappr. Civ. 1^{ère}, 12 juill. 2012, Bac films, PI 2012. 416, note A. Lucas.

²⁰ Flour, Aubert et Savaux, *op. cit.*, n°s 53-54 : pas « d'autre moyen d'obtenir satisfaction ».

²¹ Par ex. l'art. 1337 : « L'enrichissement est sans cause lorsque la perte subie par l'appauvri ne procède ni de son intention libérale en faveur de l'enrichi, ni de l'accomplissement des obligations dont il est tenu envers lui, en vertu de la loi, du jugement ou du contrat, ni de la poursuite d'un intérêt purement personnel ».

²² V. par ex. G. Cornu, *Droit civil, Les biens*, 13^{ème} éd., Domat-Montchrestien 2007, n° 85.

code)²³ ; ou bien en droit rural, à la suite d'une contestation fameuse à la Cour de cassation, sur le point de savoir si le fermier qui a enrichi la terre du propriétaire par ses travaux peut, après son départ, obtenir une indemnité. Se fondant sur la cause dans l'existence d'un contrat, la Cour de cassation l'avait refusé²⁴ ; c'était logique, mais injuste et la loi est intervenue, pour briser la jurisprudence. C'est l'art. L. 411-69 du code rural et de la pêche maritime : « *le preneur, qui a par son travail ou par ses investissements, apporté des améliorations au fonds loué a droit à l'expiration du bail à une indemnité due par le bailleur* ».

De sorte qu'une norme relative à l'indemnité due par les moteurs de recherches aux producteurs de contenus, viendrait simplement ajouter une ouverture particulière à la liste.

Etant souligné qu'il ne s'agit pas de mettre en cause la liberté du moteur d'effectuer un référencement, mais de compenser le manque à gagner résultant de l'enrichissement injuste dont les principaux moteurs ont profité depuis l'origine et jusqu'à ce jour, sans bourse délier, en faisant des profits considérables pour son fonds de commerce, que ce soit sur la publicité ou les opérations de cessions d'entreprise, ou de mise sur le marché financier.

C/ Compatibilité avec le droit de l'Union européenne.

12. Il faut tout d'abord noter que la Cour de justice de l'Union européenne elle-même a légitimé « *le principe de droit civil de l'enrichissement sans cause* », tel qu'il existe dans plusieurs pays de l'Union²⁵.

Du point de vue du droit de l'Union européenne, la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique est hors d'application (tout comme la loi de transposition LCEN du 21 juin 2004), car elle porte sur la limitation légale *de responsabilité* des professionnels de l'Internet, ce qui n'est pas le sujet ici : en effet, n'est pas en jeu une question de responsabilité civile (ou de parasitisme, qui en constitue une variante), car comme Aubry et Rau l'avaient souligné, il s'agit sur ce fondement de compenser le déséquilibre entre deux patrimoines, à partir de l'équité et *sans s'intéresser aux comportements subjectifs*²⁶.

Rien dans la Directive ne laisse supposer qu'elle pourrait s'étendre à des questions sans aucun rapport avec la responsabilité civile ; de sorte que la jurisprudence – par ailleurs subtile et compliquée - déployée par la Cour de justice de l'Union européenne au sujet de la non-responsabilité de principe des moteurs pour des faits illicites est sans rapport ici ; elle ne saurait non plus constituer un titre valable à l'enrichissement, car tel n'est pas son sujet.

De sorte qu'il n'y a pas matière à s'interroger par exemple sur le point de savoir s'il ne devrait pas y avoir lieu à notification (art. 6-1-5 de la loi LCEN), à injonction (art. L 336-2, CPI), etc.

²³ V. Ph. Malaurie, Les régimes matrimoniaux, 3^e éd., Defrénois 2010, n° 317 ; J. Flour, J.L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 34.

²⁴ Civ. 28 mars 1939, DC 1942. 119, note F. G., S. 1939. 1. 265, note L. Audiat ; V. les autres réf. dans la chron. P.-Y. Gautier, RTD civ. 1994. 377.

²⁵ CJUE 3 sept. 2009, motifs, D. 2009. 2161, obs. V. Avena Robardet.

²⁶ V. le § 578 préc., p. 356, avec la note 9 de Bartin, réfutant les tentatives de rattachement à la responsabilité civile.

13. L'observation est la même au sujet de la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information : ce texte a trait aux droits exclusifs d'usage des œuvres et interprétations, ainsi qu'à leurs limitations, c'est-à-dire à des questions de *propriété incorporelle*.

Alors qu'ici, il s'agit de régler une indemnisation se fondant sur un transfert de valeur entre deux patrimoines, relevant du droit des biens et des quasi-contrats. Il n'est pas question de la reproduction ou de la représentation des œuvres et interprétations, mais de leur *référencement*, à titre d'*élément d'attraction du fonds de commerce* des moteurs de recherche.

Dans ces conditions, le point – qui fait l'objet d'un examen de la part de la CJUE à l'occasion d'une question préjudicielle – de savoir si le référencement serait une forme de reproduction et de communication au public des œuvres, ou si le droit exclusif devrait s'étendre par voie jurisprudentielle ou normative, d'une autre manière à cet acte, est à nouveau hors du sujet. On est ici dans une discussion sur l'enrichissement d'un fonds de commerce par l'attraction exercée auprès des Internautes par le référencement des données culturelles.

14. En toute hypothèse, il n'est pas inutile de rappeler le principe de subsidiarité, qui s'opposerait très probablement à ce que dans la matière civile de l'enrichissement sans cause, l'Union européenne prétende passer devant le droit national français : se trouvant exprimé à l'art. 5, TUE, il rappelle la compétence de principe des Etats-membres, pour tout ce qui n'est pas réglé par le droit de l'UE, lorsque celui-ci réaliserait mieux l'objectif recherché que ceux-là²⁷. (A supposer que l'Union exerce une compétence concurrente, ce qui, pour une question de droit civil des obligations et des biens comme ici, n'est déjà pas acquis).

II : Régime de l'indemnité légale.

15. Il doit s'agir d'une indemnité, telle qu'elle existe dans les mécanismes d'enrichissement sans cause, c'est-à-dire déterminée selon des critères objectifs permettant de compenser le transfert de valeur entre les patrimoines et non d'une redevance, encore moins d'une « taxe affectée » de nature étatique.

Un pourcentage serait accordé sur les recettes *brutes* du moteur dédiés à la France, au titre du trafic intéressant les Internautes s'y trouvant, de sorte que même s'il appartient à un groupe international, les risques de flux financiers à destination de l'étranger se trouveraient neutralisés²⁸.

Le montant, le calcul, la périodicité et les modalités de recouvrement, la répartition par type d'œuvres, peuvent être fixés par décret ou par une commission administrative (paritaire) et une gestion collective, mise en place. En se gardant d'oublier que ce n'est pas du droit d'auteur, autrement, les confusions risquent d'être nombreuses et brouiller la nature du paiement.

16. Les appauvris sont les titulaires de droits sur les contenus auxquels un accès direct est offert aux Internautes, à titre d'élément attractif ; les enrichis, les moteurs de recherche qui le proposent à leur clientèle. Les règles de perception et de répartition devront en tenir compte. Le calcul de l'indemnité devra être effectué en fonction du taux de fréquentation des moteurs

²⁷ V. par ex. G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey 2012, p. 91-92.

²⁸ Question non ignorée par exemple par le droit fiscal et toujours difficile à résoudre.

de recherche.

* * *

17. Au total, le soussigné conclut, sous réserve de l'appréciation des commissions ad hoc et assemblées parlementaires saisies :

En premier lieu, qu'un service de référencement assuré par des exploitants de moteurs de recherche à partir de contenus culturels protégés, procure de la richesse à celui qui en livre un accès direct au public, le moteur utilisant en s'y adossant, sans paiement ni accord, le travail et le succès économique de producteurs qui n'ont pas de raison de travailler pour lui, ni d'augmenter son fonds de commerce, par la fréquentation et la « fidélisation » de sa clientèle.

De sorte que les conditions de l'enrichissement sans cause sont réunies et peuvent être fixées dans une norme légale.

Etant souligné que le fondement de l'enrichissement sans cause se trouvant entièrement détaché tant du droit de la responsabilité que du droit d'auteur et des droits voisins, l'édiction d'une loi prévoyant une indemnisation, n'entrerait pas en contradiction avec le droit de l'Union européenne.

Enfin, il n'est pas d'autre choix pour assurer une indemnisation, conforme à la nature de cet enrichissement, que de poser une norme nouvelle, les droits d'auteur, voisins et de la responsabilité civile, n'ouvrant pas à un droit d'action des « producteurs de contenus ».

En deuxième lieu, que la fixation des conditions de l'indemnisation peut être renvoyée à un décret d'application et la mise en place d'accords collectifs ou d'une commission administrative, permettant de prendre en compte au plus près les mouvements d'appauvrissement et d'enrichissement, pour chaque type d'œuvre ou d'enregistrement concerné.

En foi de quoi la présente opinion a été délivrée à Paris, le 18 déc. 2012.

Pierre-Yves Gautier.