



HAL
open science

L'illusoire influence de l'intelligence artificielle sur le droit d'auteur

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. L'illusoire influence de l'intelligence artificielle sur le droit d'auteur. Michel Cannarsa; Jean-Luc Piotraut; Alexandre Quiquerez; Iony Randrianirina. Droit des affaires et intelligence artificielle : diagnostic et prospective, mare & martin, pp.207-220, 2023, Droit privé & sciences criminelles, 978-2-84934-703-4. hal-04214382

HAL Id: hal-04214382

<https://hal.science/hal-04214382>

Submitted on 21 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

L'illusoire influence de l'intelligence artificielle sur le droit d'auteur

Iony RANDRIANIRINA

Maître de conférences en droit privé à l'Université Grenoble Alpes

Membre du Centre de Recherches Juridiques (UR 1965)

Chercheuse associée à l'UR Confluence Sciences & Humanités (UR 1598) – Pôle Sciences juridiques

Une des missions de la science juridique est de s'emparer tôt des enjeux liés aux nouvelles technologies. La vague de l'intelligence artificielle ne l'a donc pas épargnée. Les juristes spécialistes du droit des propriétés intellectuelles se sont émus de voir des tableaux, ressemblant à s'y méprendre à de véritables œuvres d'art, vendus aux enchères à des prix incommensurables et pourtant produits par des algorithmes capables d'apprentissage profond (*deep learning machines*)¹. La *Dixième Symphonie* de Beethoven a été miraculeusement achevée par le programme BeethovANN 10.1². Des robots intelligents fabriquent de nouveaux produits, répondant à presque tous les critères des œuvres de l'esprit. L'une des questions essentielles que se posent aujourd'hui la doctrine juridique, mais aussi les praticiens du droit, au premier rang desquels les magistrats et les avocats, porte sur l'influence que peut exercer l'intelligence artificielle sur le droit d'auteur. Mais la position du problème ne doit pas faire tomber dans l'écueil de vouloir repenser le droit d'auteur à la lumière des nouvelles technologies dont fait partie l'intelligence artificielle. Au fond, des droits d'auteur peuvent-ils être reconnus à un système doté d'intelligence artificielle sur les productions qu'il génère³? Depuis quelques années, juristes et développeurs informatiques s'interrogent sur le sort qu'il convient de consacrer à l'intelligence artificielle, mais aussi aux productions générées par intelligence artificielle⁴. Les développements suivants tenteront de

¹ Notamment les tableaux imitant le style de Rembrandt, générés automatiquement par des algorithmes conçus par le programme The Next Rembrandt ; le *Portrait d'Edmond de Belamy* vendu à 432 000 dollars aux enchères de Christie's.

² ANN est l'acronyme de Réseau Neuronal Artificiel.

³ Dans un souci de commodité de langage, les machines, systèmes et logiciels dotés d'intelligence artificielle seront traités indifféremment sous l'appellation « intelligence artificielle », conformément à une pratique doctrinale répandue. Lire notamment M. VIVANT, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle », *Comm. com. électr.* nov. 2018, n° 11, étude 18 ; A. BENSAMOUN, « Ceci est... une œuvre d'art ! La question des créations générées par une intelligence artificielle », *L'Observatoire* n° 55, hiver 2020, p. 104 ; A. BENSAMOUN, « Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle », *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, 2020, p. 13 ; N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, Dalloz, 2020, p. 41 ; S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, thèse, Dalloz, 2020.

⁴ Notamment A. LÉBOIS, « Quelle protection juridique pour les créations des robots journalistes ? », *Comm. com. électr.* janv. 2015, p. 1 ; J. LARRIEU, « Robot et propriété intellectuelle », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 291 ; P.-Y. GAUTIER, « De la propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », *JCP G* 2018, n° 37, 913 ; A. BENSAMOUN, « Libres propos sur l'existence d'un droit de l'œuvre applicable aux créations issues de l'intelligence artificielle », *op. cit.* ; N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.* ; I. RANDRIANIRINA, « Plaidoyer pour un nouveau droit de propriété intellectuelle sur les productions générées par intelligence artificielle », *D.* 2021, p. 91 ; C. CASTETS-RENARD, « Retour sur les notions à contenu variable en droit d'auteur à l'heure de l'intelligence artificielle », in *Entre art et technique : les dynamiques du droit, Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022, p. 33 ; S. V. LEWINSKI, « L'intelligence artificielle et le droit d'auteur », in

répondre à ces deux questions, celle de savoir si de telles créations peuvent ou non être qualifiées d'œuvres de l'esprit, et celle de savoir si une intelligence artificielle peut ou non avoir la qualité d'auteur. En somme, le problème est posé à la fois de façon objective, en partant de l'objet du droit — les productions issues de l'intelligence artificielle — et de façon subjective, en partant du sujet de droit — le système (machine ou logiciel) doté d'intelligence artificielle : une intelligence artificielle peut-elle être titulaire de droits de propriété intellectuelle ? Il faut donc d'emblée dissocier les deux questions de la protégeabilité des productions issues de l'intelligence artificielle et de la titularité des droits d'auteur octroyés à l'intelligence artificielle. Si les deux questions se posent, c'est que des obstacles s'opposent aux deux qualifications essentielles que sont les notions d'œuvre de l'esprit et d'auteur. Mais le droit étant une science juridique, ces obstacles pourraient certainement être franchis *via* la loi ou la jurisprudence, permettant sans doute de lever ces obstacles. En tout état de cause, *de lege lata*, la prétendue influence de l'intelligence artificielle sur le droit d'auteur n'est qu'illusoire. Il serait déraisonnable de vouloir reconsidérer le droit d'auteur vieux de plus de deux cents ans⁵ pour y faire accueillir en son sein, de façon artificielle, des créations d'un nouveau genre. Ainsi, en l'état du droit positif, les productions générées par intelligence artificielle ne répondent pas aux critères de l'œuvre de l'esprit (I), pas plus que l'intelligence artificielle n'obéit aux critères d'auteur (II).

I. L'impossible qualification d'œuvre de l'esprit

Tant que les magistrats retiendront l'originalité comme critère essentiel de qualification de l'œuvre de l'esprit, les productions générées par intelligence artificielle ne pourront être protégées sur ce terrain (A). En revanche, certains auteurs proposent une objectivation de ce critère, ce qui permettrait de lever l'obstacle de la qualification (B).

A. L'obstacle du critère d'originalité

Le Code de la propriété intellectuelle ne définit pas ce qu'est une œuvre de l'esprit. Mais son article L. 111-1, alinéa 1^{er}, dispose que « l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous ». Le critère du « fait de la création » s'entend du fait juridique de droit commun⁶. Ainsi l'article L. 111-2 dispose-t-il que « l'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation,

Entre art et technique : les dynamiques du droit, Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli, Dalloz, 2022, p. 141 ; R. XALABARDER, « Le droit d'auteur est-il bien préparé pour faire face à l'intelligence artificielle ? », in *Entre art et technique : les dynamiques du droit, Mélanges en l'honneur de Pierre Sirinelli*, Dalloz, 2022, p. 277.

⁵ La première loi française sur le droit d'auteur date des 13-19 janvier 1791, mais les premiers privilèges d'imprimerie, ancêtres des droits d'auteur, remontent à 1498.

⁶ M. VIVANT, « La création sous le regard du droit », *Le Temps des savoirs* (revue de l'Institut universitaire de France), 2005, n° 7, p. 153.

même inachevée, de la conception de l'auteur ». Si l'œuvre de l'esprit n'est pas définie par le législateur, la doctrine, en revanche, renvoie majoritairement à la notion de création intellectuelle au sens propre, à savoir « un fait juridique résultant d'une activité humaine consciente qui entraîne une modification de la réalité »⁷. Il peut encore s'agir de « tout effort d'innovation de l'esprit humain, conduisant à une production intellectuelle, qui peut tendre vers un but pratique, mais doit comporter un minimum d'effet esthétique ou culturel, la rattachant d'une quelconque façon à l'ordre des beaux-arts »⁸. Il convient donc de rechercher les critères de détermination d'une œuvre de l'esprit à l'aune de celle retenue pour l'octroi de la protection du droit d'auteur : le caractère original que doit revêtir la création. En effet, pour reconnaître la protection du droit d'auteur, les tribunaux sont tenus de rechercher si les œuvres en cause répondent à l'exigence d'originalité⁹. Or, l'originalité est un critère apprécié de façon subjective par les juges du fond, eu égard à l'humanité de la personne du créateur. Ce critère est ainsi caractérisé tantôt par le « reflet de la personnalité » de l'auteur¹⁰ ou la « marque de sa personnalité »¹¹, tantôt par l'« empreinte de sa personnalité »¹². De telles descriptions ont pu amener à interpréter l'originalité comme étant « l'âme de l'œuvre »¹³.

La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), quant à elle, utilise le critère de « choix libres et créatifs » pour caractériser l'originalité¹⁴. Les arrêts *Painer* et *Football Dataco* ont fait couler beaucoup d'encre en mentionnant qu'une création intellectuelle, pour recevoir protection du droit d'auteur, doit refléter la personnalité de son auteur et manifester ses choix libres et créatifs¹⁵, et que ce dernier y « imprime sa touche personnelle »¹⁶. Interprétant sa loi interne à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, la Cour de cassation s'est mise à ressortir les termes de l'empreinte personnelle de l'auteur¹⁷. Quelques arrêts des juges du fond ont même fait preuve d'imagination en mentionnant l'« empreinte de

⁷ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, p. 60, n° 45.

⁸ P.-Y. GAUTIER, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021, p. 54, n° 63.

⁹ Convention de Berne, art. 2.3 évoquant les œuvres « originales ».— Crim. 7 oct. 1998, *RIDA* 1999, n° 180, p. 327 : une œuvre n'est protégée « qu'à la condition de présenter un caractère original ».

¹⁰ Paris, 1^{er} avr. 1957, *D.* 1957, jur. p. 436.— Paris, 4 mars 1982, *D.* 1983, IR, p. 93, obs. C. COLOMBET.

¹¹ Paris, 23 nov. 1982, *D.* 1983, IR, p. 512, obs. C. COLOMBET.— Paris, 27 oct. 1993, *D.* 1994, somm., p. 89, obs. C. COLOMBET.

¹² Il semblerait que la formule soit apparue pour la première fois dans l'arrêt *Cavour* : Paris, 10 avr. 1862, *D.* 1863. 1. 53.— Paris, 21 nov. 1994, *RIDA* avr. 1995, p. 243.— Paris, 20 nov. 1996, *JCP G* 1997, II, 22937, note F. POLLAUD-DULIAN.

¹³ P.-Y. GAUTIER, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 41, n° 43 : « L'originalité constitue l'âme de l'œuvre ».

¹⁴ CJUE 29 juill. 2019, *Comm. com. électr.* 2020, comm. 1, note C. CARON.

¹⁵ CJUE 1^{er} déc. 2011, aff. C-145/10, *Eva-Maria Painer*, *GAPI*, comm. 13, obs. T. AZZI et comm. 22, obs. CARRE ; *D.* 2012, 471, obs. J. DALEAU, note N. MARTIAL-BRAZ ; *D.* 2012, étude 2837, obs. P. SIRINELLI ; *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 30, obs. A. LUCAS ; *RIDA* 2012, n° 232, p. 479, obs. P. SIRINELLI ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 26, note C. CARON ; *RTD com.* 2012. 109 et 118, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

¹⁶ CJUE 1^{er} mars 2012, aff. C-604/10, *Football Dataco*, *D.* 2012. 2838, obs. P. SIRINELLI ; *JCP E* 2012, n° 1489, § 4, obs. M. VIVANT, N. MALLET-POUJOL et J.-M. BRUGUIERE ; *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 421, obs. V.-L. BENABOU ; *RLDI* avr. 2012, n° 2710, obs. TREZEGUET ; *RIDA* 2012, n° 232, p. 487, obs. P. SIRINELLI ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 47, note C. CARON ; *Propr. ind.* 2012, comm. 75, note J. LARRIEU.

¹⁷ Civ. 1^{re}, 15 mai 2015, *D.* 2015. Act. 1094, obs. TRICOIRE ; *D.* 2015. 1672, note A. BENSAMOUN et P. SIRINELLI ; *JCP* 2015, note C. GEIGER ; *Propr. intell.* 2015, n° 56, p. 281, obs. A. LUCAS et p. 285, obs. J.-M. BRUGUIERE.

la personnalité créative »¹⁸. La conception personnaliste de l'originalité est parfois poussée à un paroxysme qui peut dérouter, s'agissant notamment de poulies marines d'accastillage : « [si] la forme ronde et la position des closoirs de joues gravés apparaissent à la fois banales et utilitaires, leur combinaison avec la forme générale de la caisse, asymétrique dans le sens vertical et galbée dite en 'grain de café', ainsi que la forme des vis à tête fraise bombée apparaissant en 'creux' au points d'assemblage, traduit une recherche esthétique et un effort créatif portant l'empreinte de la personnalité du créateur de la poulie et conférant à la combinaison revendiquée un caractère d'originalité »¹⁹.

Les développements précédents témoignent de la constance de la jurisprudence, tant française qu'euro-péenne, sur le critère subjectif que constitue l'originalité de l'œuvre. Les productions générées par intelligence artificielle ne remplissant pas cette condition, elles ne peuvent hélas faire sauter ce verrou aux fins d'accéder à la protection du droit d'auteur, à moins que le législateur ou le juge accepte la proposition, faite par certains auteurs, de l'objectivation de l'originalité.

B. La levée de l'obstacle par l'objectivation du critère d'originalité

Doit-on abandonner la définition devenue romantique de l'originalité ? Le professeur Bensamoun n'hésite pas à jeter un pavé dans la mare en écrivant : « Le courage est de mise. Il faut soit accepter de priver certaines créations de la protection du droit d'auteur, soit admettre que l'on a changé de logique et cesser de s'émouvoir du lien ombilical entre l'auteur et son œuvre »²⁰. Moins catégorique, le professeur Castets-Renard soutient que l'originalité est une notion à contenu variable, c'est-à-dire « une notion fonctionnelle d'adaptation » répondant à une volonté politique « d'ouvrir le droit »²¹. Cette théorie permet d'apprécier le critère d'originalité *in concreto*, en fonction de la nature de l'œuvre à protéger. Ainsi, selon le professeur Larrieu, « si une conception objective de l'œuvre de l'esprit et de l'originalité parvenait à s'imposer, les créations des robots autonomes pourraient se glisser aisément dans les interstices du droit d'auteur »²². La conséquence d'une telle objectivation de l'originalité conduit naturellement à brouiller la frontière entre l'originalité, critère de protection des œuvres de l'esprit, et la nouveauté, critère de protection des créations industrielles. D'ailleurs, le professeur Caron n'hésite pas à affirmer que « la définition de l'originalité comporte un élément objectif (la nouveauté) et un élément subjectif (la personnalité de l'auteur, c'est-à-dire son unicité qui fait que c'est lui qui a créé et pas un autre). Il est donc possible de proposer la définition suivante de l'originalité : est originale

¹⁸ Aix-en-Provence, 2^e ch., 11 mai 2017, JurisData n° 2017-013002.

¹⁹ Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 12 janv. 2016, JurisData n° 2016-001249.

²⁰ A. BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse mal étreint », *D.* 2010, p. 2920.

²¹ C. CASTETS-RENARD, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan, 2003, n° 93. L'expression a toutefois été utilisée pour la première fois par le haut-conseiller Jonquères dans l'affaire Babolat c/ Pachot.

²² J. LARRIEU, « Le robot et le droit d'auteur », *Mél. André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 465.

toute création, forcément nouvelle, qui exprime la personnalité de son auteur à travers des choix qui lui sont propres »²³. Le professeur Merabet s'émeut également de cette confusion lorsqu'il écrit qu'« il existe un danger manifeste à accueillir les créations de l'intelligence artificielle dans le giron du droit d'auteur. L'objectivisation rendue nécessaire par l'absence totale de conscience du système informatique aboutit à nier tout l'humanisme qui imprègne la discipline (...). Refouler à l'excès la dimension personnaliste de la discipline, sous couvert de permettre la valorisation des créations de l'intelligence artificielle, aboutirait de fait à retenir une lecture seulement économique du droit d'auteur au détriment de sa dimension personnaliste »²⁴.

Les réflexions autour du renouvellement du critère d'originalité remontent à l'industrialisation des œuvres de l'esprit, qui a soulevé la question de la protection des créations dont l'originalité n'était pas évidente à déceler²⁵. C'est ainsi que la leçon de Desbois s'est rappelée au souvenir des auteurs contemporains : « Il suffit, pour qu'une œuvre donne prise aux droits d'auteur, qu'elle soit originale, au sens subjectif du mot : point n'est besoin qu'elle soit nouvelle, au sens objectif »²⁶. Dès lors, la doctrine montre une certaine sensibilité au maintien de la subjectivité de l'originalité. Samir Merabet, notamment, n'hésite pas à formuler l'observation suivante : « Qu'il s'agisse d'envisager l'humanité, la conscience, l'émotion ou, dans une moindre mesure, la raison, aucune de ces qualités ne peut être prise en compte, faute pour l'intelligence artificielle d'être dotée de la subjectivité des êtres humains. Par conséquent, il convient d'écarter tout critère subjectif appliqué à l'auteur et tenant au processus créatif pour envisager un critère objectif portant sur la création elle-même. Alors, le critère le plus efficient consiste sans doute dans celui de la nouveauté »²⁷.

Aux fins de préserver la frontière entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle, il est possible de s'inspirer du modèle australien qui ne requiert nullement l'humanité de l'auteur pour faire entrer les œuvres de l'esprit dans le champ d'application du *copyright*. Simplement, les droits exclusifs conférés se trouvent réduits. C'est ainsi que la Partie IV du Copyright Act australien protège distinctement les enregistrements sonores, les films cinématographiques, les télédiffusions, les radiodiffusions et les éditions publiées d'œuvres. Dans la doctrine australienne, des voix s'élèvent pour faire abandonner l'exigence d'une intervention humaine comme condition de protection des œuvres²⁸.

En tout état de cause, un glissement du critère d'originalité vers celui de nouveauté dénaturerait entièrement le droit d'auteur. Le droit de propriété intellectuelle susceptible de garantir un retour sur investissement plus adapté aux productions issues de l'intelligence artificielle serait un droit voisin du

²³ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 95, n° 97.

²⁴ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 419, n° 459.

²⁵ Cf. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 60, n° 45.

²⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 3.

²⁷ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 421, n° 463.

²⁸ Not. A. FITZGERALD et T. SEIDENSPINNER, « Copyright and computer-generated materials – Is it time to reboot the discussion about authorship ? », *Victoria University Law and Justice Journal*, 2013, 3(1), p. 64.

droit d'auteur, à l'instar des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, des entreprises de communication audiovisuelle et des éditeurs²⁹, à supposer que ces productions entrent dans le champ de protection de la propriété littéraire et artistique. D'aucuns déplorent d'ailleurs, à juste titre, que « l'obsession de la rémunération de l'investissement a conduit à étendre trop loin le champ d'application du droit d'auteur, en vertu de l'adage anglais contestable selon lequel 'tout ce qui mérite d'être copié mérite d'être protégé' »³⁰. Si en revanche, la propriété industrielle était convoquée, la solution consisterait, à tout le moins, à créer un nouveau droit de propriété industrielle *sui generis*³¹. Mais un tel remède aboutirait à multiplier, par inertie de la science juridique, les droits *sui generis*, sans prendre le temps d'identifier et analyser ce qui sert de tronc commun à toutes les propriétés intellectuelles. Il conviendrait, à l'aune des nouvelles technologies, de repenser plus en profondeur le droit des propriétés intellectuelles afin de mieux saisir le cœur de ces monopoles légaux.

Ainsi qu'il vient d'être démontré, en l'état actuel de la jurisprudence, les productions générées par intelligence artificielle ne peuvent recevoir la qualification d'œuvres de l'esprit. Les propos suivants révéleront que l'intelligence artificielle elle-même ne peut être qualifiée d'auteur.

II. L'impossible qualification d'auteur

Le principal obstacle à la titularité de droits d'auteur tient essentiellement à l'exigence actuelle d'une intervention humaine dans le processus de création (A). L'intelligence artificielle ne peut donc être appréhendée que comme un outil de la création, objet et non sujet de droit, sauf à lui accorder la personnalité juridique (B).

A. L'obstacle du critère humain dans le fait de création

Le législateur exige un critère humain strict pour qualifier une personne d'auteur. Et pourtant, paradoxalement, les conditions de titularité des droits d'auteur sont des critères relatifs à l'objet du droit : l'œuvre de l'esprit. Si on a vu la jurisprudence, un temps, objectiver le critère d'originalité pour accueillir dans le giron du droit d'auteur des créations purement industrielles comme un panier à salade³² ou un

²⁹ En ce sens, N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 62 et s.

³⁰ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, p. 162, n° 142.

³¹ N. BINCTIN, notamment, propose d'appliquer le régime juridique du droit des dessins et modèles : « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 65 et s.

³² Crim. 2 mai 1961, *D.* 1962, jur. p. 163, note P. GREFFE ; *JCP G* 1961, II, 12242, note RAYMOND ; *RTD com.* 1961, p. 834, obs. P. ROUBIER et A. CHAVANNE.— V. aussi Crim. 30 oct. 1963, *D.* 1964, jur. p. 678, note A. FRANÇON.

décapsuleur³³, et surtout les créations logicielles³⁴, le droit de l'Union européenne est revenu à une appréciation subjective³⁵.

On l'aura compris, l'auteur ne peut être qu'une personne physique³⁶. L'article L. 113-1 précise bien que « la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ». Le professeur Caron ne dit rien de plus en écrivant que « le duo formé par la notion de création et de personne physique est indissociable. Il en résulte que le créateur est forcément une personne physique. Il ne peut pas être une personne morale, un animal ou un robot. Il en résulte qu'un robot, qui n'est bien évidemment pas une personne physique, ne peut donc pas créer au sens du droit d'auteur, même si l'intelligence artificielle prouve que de nombreuses créations peuvent être réalisées par des machines. C'est en effet nécessairement l'être humain qui va modifier son environnement en le façonnant de sa main, en utilisant un outil, y compris informatique »³⁷. C'est ainsi que, selon les juges du fond, les photographies prises par satellite ne peuvent recevoir protection du droit d'auteur, à moins d'être retouchées³⁸.

Une relecture de l'histoire du droit d'auteur nous rappelle que ce droit de propriété intellectuelle est pensé essentiellement pour les personnes physiques. C'est ainsi que les professeurs Vivant et Bruguière écrivent dans leur manuel : « (...) le droit d'auteur, à la différence du *copyright*, est tout entier construit sur une conception personnaliste. (...) L'œuvre, dans cette vision des choses, est la projection même de l'auteur. Dès lors, si l'œuvre est protégée, c'est parce que l'auteur y est présent³⁹ et, en ce sens,

³³ Crim. 9 oct. 1974, *RIDA* 1975, n° 85, p. 176.

³⁴ Ass. plén. 7 mars 1986, arrêt *Babolat c/Pachot*, caractérisant l'originalité par la marque de l'apport intellectuel du concepteur d'un logiciel : *JCP E* 1986, II, n° 14713, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIE et M. VIVANT, et I, 15791, n° 1, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *RIDA* juill. 1986, p. 136, note A. LUCAS ; *RTD com.* 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON ; *D.* 1986, jur. p. 405, concl. Cabannes et note B. EDELMAN.— Le critère de l'apport intellectuel a été utilisé dans d'autres décisions : Civ. 1^{re}, 2 mai 1989, *JCP G* 1990, II, 21392, note A. LUCAS ; *JCP E* 1990, II, 15751, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *RTD com.* 1989, p. 675, obs. A. FRANÇON ; *D.* 1990, somm. p. 49, obs. C. COLOMBET et p. 330, obs. J. HUET ; *Dr. informatique et télécoms* 2/1990, p. 38, note P. GAUDRAT.— Crim. 7 oct. 1998, *JCP E* 1999, p. 1480, obs. GABLIN et SARDAIN.— Civ. 1^{re}, 2 mars 1999, *RIDA* 1999, n° 181, p. 309.— Certains arrêts ont aussi pu utiliser le critère de l'apport personnel : Civ. 1^{re}, 16 avr. 1991, *JCP G* 1991, II, 21770, note H. CROZE ; *JCP E* 1991, I, 141, n° 2, obs. M. VIVANT et A. LUCAS ; *D.* 1993, somm. p. 13, obs. C. COLOMBET.— Com. 3 mai 1994, *RIDA* avr. 1995, p. 293.

³⁵ Ainsi, l'art. 1^{er}, § 3, de la directive 91/250 du 14 mai 1991 (désormais codifiée dans la directive 2009/24/CA du 23 avril 2009) relative à la protection des programmes d'ordinateur, dispose qu'« un programme d'ordinateur est protégé s'il est original, en ce sens qu'il est la création intellectuelle propre à son auteur ». V. aussi CJUE 2 mai 2012, *Comm. com. électr.* 2012, comm. 105, note C. CARON ; *JCP G* 2012, 978, n° 5, obs. C. CARON ; *RLDI* 2012, n° 83, p. 6, note C. CASTETS-RENARD ; *Propr. ind.* 2012, comm. 61, note N. BOUCHE ; *D.* 2012, p. 2836, obs. P. SIRINELLI ; *Propr. intell.* 2012, n° 45, p. 421, note V.-L. BENABOU.— CJUE 16 juill. 2009, *Comm. com. électr.* 2009, comm. 97, note C. CARON ; *JCP G* 2009, n° 39, 272, note L. MARINO ; *Propr. intell.* 2009, n° 33, p. 379, note V.-L. BENABOU ; *RTD eur.* 2010, p. 944, obs. E. TREPPOZ.

³⁶ En ce sens, S. v. LEWINSKI, « L'intelligence artificielle et le droit d'auteur », in *Entre art et technique : les dynamiques du droit*, op. cit., p. 149 et s.

³⁷ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 60-61, n° 47.

³⁸ Riom, ch. com., 14 mai 2003, *Comm. com. électr.* déc. 2003, comm. 117, obs. C. CARON ; *D.* 2003, somm. p. 2754, obs. P. SIRINELLI ; *RTD com.* 2004, p. 308, obs. P. GAUDRAT.

³⁹ Ce qui n'a pas, comme le font remarquer certains auteurs, empêché Flaubert d'affirmer faut et fort à propos de *Madame Bovary* : « je n'y ai rien mis ni de mes sentiments, ni de mon existence » (Lettre à Mlle Leroyer de Chantepie, in *Correspondance*, par B. Masson et J. Bruneau, Gallimard, 1998, p. 324).

l'originalité ne peut qu'être subjective. L'œuvre, c'est l'auteur. Et l'originalité, pour reprendre la formule la plus couramment utilisée, c'est l'empreinte même de la personnalité de l'auteur »⁴⁰. Le professeur Merabet le rapporte également dans sa thèse : « le droit de la propriété littéraire et artistique est profondément humaniste. Il s'est entièrement construit autour de la figure de l'auteur. L'ensemble du régime juridique institué en atteste (...). Toutes les conditions requises par le droit positif supposent l'humanité du créateur de l'œuvre »⁴¹.

A en croire la jurisprudence et la doctrine majoritaire, l'œuvre de l'esprit ne peut exister et ne saurait être protégée que si elle a été créée de façon consciente, ce qui implique un discernement nécessaire dans le fait de création : le créateur doit avoir la volonté de créer, de modifier la réalité et d'apporter quelque chose qui n'existe pas préalablement à son intervention⁴². Le critère de la conscience permet d'exclure de la protection les découvertes⁴³, les créations dues au hasard⁴⁴, celles réalisées par des animaux⁴⁵ et enfin celles réalisées par l'infans et par l'incapable dénué de discernement⁴⁶.

L'examen de la jurisprudence comparée nous révèle que les tribunaux étrangers adoptent les mêmes critères relatifs à la conscience et au discernement. La Cour fédérale d'Australie, notamment, estime qu'une base de données générée automatiquement par une machine intelligente n'est pas protégeable par le *copyright* dans la mesure où l'effort d'extraction de données n'était pas le fait d'une personne ni d'un groupe de personnes⁴⁷.

L'exigence d'une conscience ou d'un discernement explique aussi le refus de reconnaissance de la qualité d'auteur aux personnes morales⁴⁸. La Cour de cassation a ainsi pu décider qu'« une personne morale ne peut être investie à titre originaire des droits de l'auteur que dans le cas où une œuvre collective, créée à son initiative, est divulguée sous son nom »⁴⁹, une position approuvée par Françon,

⁴⁰ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2019, p. 300, n° 266.

⁴¹ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 412, n° 450.

⁴² Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Comm. com. électr. déc.* 2009, comm. 2, note C. CARON ; *RDI* 2009, n° 47, p. 6, note A. ROBIN ; *RTD com.* 2009, p. 128, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *JCP G* 2009, I, 30, n° 3, obs. C. CARON ; *RIDA* 2009, n° 220, p. 261, note P. SIRINELLI ; *Propr. intell.* 2009, n° 31, p. 160, note A. LUCAS.

⁴³ Nîmes, 1^{re} ch., 30 oct. 2001, *Comm. com. électr. déc.* 2002, comm. 138, obs. C. CARON (à propos d'une découverte d'une grotte préhistorique ornée de dessins rupestres.— Paris, 1^{re} ch., 28 juin 2001, *Comm. com. électr. déc.* 2002, comm. 138, note C. CARON (au sujet d'une découverte d'un tableau de Poussin).

⁴⁴ Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, *Comm. com. électr. déc.* 2013, comm. 75, note C. CARON ; *JCP G* 2013, 731, note X. DAVERAT (à propos de dialogues échangés lors d'émissions de télé-réalité.— CJUE 4 oct. 2011, *Comm. com. électr. déc.* 2011, comm. 110, note C. CARON ; *JCP G* 2012, 978, n° 3, obs. C. CARON ; *Propr. intell.* 2012, n° 42, p. 51, note V.-L. BENABOU.

⁴⁵ Northern District of California, *Naruto et al. v. Slater et al.*, case No. 15-cv-04324-WHO, 28 janv. 2016 ; confirmé par US Court of Appeals for the Ninth Circuit 23 avr. 2018.

⁴⁶ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 64, n° 53.

⁴⁷ Aff. *Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd* [2010] FCAFC 149.

⁴⁸ A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 276.

⁴⁹ Civ. 1^{re}, 17 mars 1982, *JCP G* 1983, II, 20054, note R. PLAISANT ; *RTD com.* 1982, p. 428, obs. A. FRANÇON ; *D.* 1983, IR, p. 89, obs. C. COLOMBET. Solution devenue constante : Com. 5 nov. 1985, *RIDA* 4/1986, p. 140.— Civ. 1^{re}, 19 févr. 1991, Bull. civ. 1991, I, n° 67.— Civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, *Comm. com. électr.* 2015, comm. 19, note C. CARON ; *Légipresse* 2015, n° 236, p. 223, note N. BINCTIN ; *RIDA* 2016, n° 247, p. 297.

qui écrit qu'une personne morale « n'étant qu'une entité créée par le droit et non un être de chair, ne saurait, à proprement parler, créer une œuvre de l'esprit »⁵⁰.

S'agissant de l'intelligence artificielle, les auteurs leur refusent majoritairement la qualité d'auteur. Ainsi, selon le professeur Binctin, « la machine ne crée pas ; elle met en œuvre des instructions appliquées au regard de données qui lui ont été fournies pour apprendre. La machine ne comprend pas ce qu'elle fait, n'a aucune conscience créative »⁵¹. Le professeur Caron va dans le même sens lorsqu'il affirme qu'« une machine est une chose. Elle est donc insusceptible de créer en elle-même. C'est pourquoi, dans le cadre de l'intelligence artificielle, un robot ne peut pas créer au sens du droit d'auteur (...) »⁵². Pour résumer, un auteur fait remarquer à juste titre qu'« un logiciel d'apprentissage du go joue très bien au go, mais il ne sait rien faire d'autre »⁵³.

Cela étant dit, les règles juridiques ne sont pas immuables. Souvenons-nous qu'au début du XXe siècle, les créations réalisées à l'aide d'appareils-photos et de caméras, aujourd'hui reconnues sous l'appellation d'œuvres photographiques et audiovisuelles, avaient subi les mêmes réticences que les productions générées par intelligence artificielle⁵⁴.

Pour attribuer à l'intelligence artificielle la qualité d'auteur, encore faudrait-il lui reconnaître la personnalité juridique, ce qui semble difficile, du moins pour l'heure. Son appréhension en tant qu'outil de création paraît plus pragmatique.

B. La levée de l'obstacle par un choix de qualification de l'intelligence artificielle

Chacun se souvient de la Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 invitant la Commission européenne à soumettre une directive envisageant « la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques dotées de droits et de devoirs bien précis »⁵⁵ et définissant « des critères de création intellectuelle propres applicables aux œuvres protégeables par droit d'auteur créées par des ordinateurs ou des robots ». La consécration de la personnalité juridique de l'intelligence artificielle, si

⁵⁰ A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, p. 188.

⁵¹ N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 51.

⁵² C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 62, n° 51.

⁵³ G. BERRY, *L'hyperpuissance de l'informatique*, Odile Jacob, 2017, p. 420.

⁵⁴ Pau, 18 nov. 1904, *Ann. propr. ind.* 1906, p. 101 : « Le mouvement dont sont douées les projections cinématographiques n'est pas dû soit à l'auteur, soit à des exécutants, mais bien à la machine spéciale au moyen de laquelle ce mouvement est obtenu ». — Pour les photographies, certains auteurs ont pu estimer que « c'est son appareil et c'est le soleil » qui exécutent les créations du photographe : E. COOPER, *L'art et la loi*, Paris, 1903, n° 20.

⁵⁵ Résolution du Parlement européen du 16 févr. 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant les règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103 (INL), pt 59.

elle permet en théorie de faire reconnaître la paternité authentique d'une création, alors qualifiée à juste titre d'œuvre de l'esprit ou d'invention ⁵⁶, s'avère pourtant être une fausse bonne idée. Une telle solution atteindrait en effet très vite ses limites d'ordre concret. Qualifiée de « monstruosité juridique » par le professeur Loiseau ⁵⁷, la « personnalité électronique » pêche par imperfection car elle ne permettrait pas de résoudre un certain nombre de problèmes pratiques, au premier rang desquels ceux liés aux atteintes à l'intégrité de la création ou à sa divulgation ou à sa reproduction ou encore à son exploitation. L'intelligence artificielle, qualifiée alors de « personne électronique », ne serait qu'une fiction de la loi, au même titre que la personne morale, nécessitant ainsi une représentation par une personne physique. Dès lors, qui, du propriétaire, du concepteur ou de l'utilisateur de l'intelligence artificielle, serait légitime à exercer les droits de propriété intellectuelle ou des droits exclusifs d'exploitation similaires, dévolus à la « personne électronique » ? La même question se pose de la responsabilité de l'intelligence artificielle en cas d'atteinte à une création préexistante : qui, du propriétaire, du concepteur ou de l'utilisateur, représenterait l'intelligence artificielle si cette dernière venait à créer une production portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle ?

L'octroi de la personnalité juridique aux robots dotés d'intelligence artificielle est donc loin de faire l'unanimité. En témoigne le Compendium du Copyright Office américain de 2014, qui refuse, en son § 306, l'enregistrement des créations générées automatiquement sans aucune intervention humaine : « *The US Copyright Office will register an original work of authorship provided that the work was created by a human being. Similarly, the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author* » ⁵⁸. C'est pourquoi il a été proposé d'envisager l'intelligence artificielle, non pas comme sujet de droit, mais comme objet de droit.

A la suite du professeur Binctin, il serait cohérent de reconnaître que « l'intelligence artificielle est le pinceau, le stylo du créateur mais n'est pas le créateur » ⁵⁹. Bien entendu, cela reviendrait à poser de nouveau la question de savoir qui, du propriétaire, du concepteur ou de l'utilisateur, doit être considéré comme ayant la garde ou la maîtrise juridique de l'intelligence artificielle. A en croire certains auteurs, l'utilisateur serait « le plus proche du résultat », de par sa « maîtrise physique de l'instrument », comme de par « l'élection du résultat en tant qu'œuvre » ⁶⁰. En effet, selon le professeur Binctin, « l'auteur est la personne qui prend l'initiative d'utiliser cette technologie, la paramètre, notamment sélectionne les éléments de la base de données d'apprentissage, et fixe les objectifs à atteindre. Pour *Next Rembrandt*,

⁵⁶ La désignation de l'intelligence artificielle comme inventeur dans la demande de brevet éviterait au demandeur d'avoir à se désigner lui-même comme inventeur, de manière mensongère, ainsi que le plaide le Dr. Stephen Thaler, le concepteur de Dabus.

⁵⁷ G. LOISEAU, « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP* 2018. 597.

⁵⁸ *Compendium of US Copyright Office practices*, 3^e ed. 2014, § 306.

⁵⁹ N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*

⁶⁰ A. BENSAMOUN et G. LOISEAU (sous la dir. de), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 258, n° 435.

c'est le collectif qui a conduit le projet, pour *Obvious, idem*, et pour Schubert, c'est le compositeur Lucas Cantor »⁶¹.

Le concepteur, quant à lui, fait difficilement consensus. D'aucuns se demandent légitimement « comment le concepteur de l'intelligence artificielle pourrait-il faire assurer le respect de ses droits alors que l'instrument est entre les mains d'un tiers ? Comment concilier la volonté légitime de l'utilisateur de « diffuser » les réalisations qu'il a participé à générer avec le monopole du concepteur ? »⁶². Au Royaume-Uni, le Copyright, Designs and Patents Act (CDPA) du 15 novembre 1988 ne semble pourtant pas s'en émouvoir. Sa section 9 dispose ainsi en son alinéa 3, que « *in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken* ». Dans le cas d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique créée au moyen d'un ordinateur, la personne ayant pris les dispositions nécessaires pour créer ladite œuvre sera réputée en être l'auteur. L'attribution de la paternité au développeur/programmeur de la machine ou du logiciel doté d'intelligence artificielle est une solution qui est également privilégiée dans certains pays comme l'Afrique du Sud⁶³, Hong Kong⁶⁴, l'Inde⁶⁵, l'Irlande⁶⁶ et la Nouvelle Zélande⁶⁷.

Conclusion

En conclusion, il apparaît sage de reconnaître, à la suite des professeurs Vivant et Bruguière, que « (...) le juriste doit appréhender les choses telles qu'elles sont et non point telles qu'il les rêve »⁶⁸. Cela étant dit, une chose est de reconnaître une certaine créativité dans les productions générées par intelligence artificielle, une autre est de reconnaître au système doté d'intelligence artificielle la qualité d'auteur. Comme le dit très justement un auteur américain, « *if you can't tell the difference between a painting by AARON and a painting by a human, then we can say that AARON's painting exhibits creativity. We might not say that AARON is creative, but we can say that AARON's painting exhibits creativity* »⁶⁹. En définitive, tout dépend de l'objectif poursuivi : s'agit-il de reconnaître à l'intelligence artificielle la qualité d'auteur, tâche qui s'avère ardue, ou s'agit-il de protéger par la propriété intellectuelle des productions générées par l'intelligence artificielle ? Au demeurant, existe-t-il un réel besoin

⁶¹ N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 56.

⁶² A. BENSAMOUN et G. LOISEAU (sous la dir. de), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 260, n° 436.

⁶³ South Africa Copyright Act, No. 98 of 1978, s. 1.

⁶⁴ Copyright Ordinance (Hong Kong), cap 528, 27 June 1997, s. 11(3).

⁶⁵ Copyright Act (India), 4 June 1957, s. 2(d)(vi).

⁶⁶ Copyright and Related Rights Act (Ireland), 2000, s. 21(f).

⁶⁷ Copyright Act (N.Z.), 15 December 1994, 1994/143, s. 5(2)(a).

⁶⁸ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 303, n° 268.

⁶⁹ A. BRIDY, « The evolution of authorship : work made by code », *The Columbia Journal Of Law 1 The Arts*, 2016, Vol. 39 (3), p. 395.

convoquer la propriété intellectuelle ? Le droit des biens fournit probablement un terreau favorable à l'accueil de ces productions nouvelles, à en croire la théorie de l'accession proposée par le professeur Pierre-Yves Gautier⁷⁰. En effet, soit l'auteur est celui qui utilise l'intelligence artificielle, soit celle-ci est autonome, auquel cas ses productions s'analysent comme des fruits civils⁷¹. Peut-être qu'au fond, en attendant d'élaborer des règles spéciales en droit des propriétés intellectuelles, devrions-nous pour l'instant nous en tenir au droit commun fourni par le Code civil, plutôt que de légiférer dans la précipitation, comme il est hélas devenu courant ces dernières années dans d'autres domaines. Enfin, et par défaut, l'action en concurrence déloyale satisfait bien les victimes d'usurpations en tous genres. Il ne devrait y avoir aucune raison pour qu'il en aille différemment des détournements des productions générées par intelligence artificielle, du moins dans l'attente d'une bonne occasion d'appliquer la règle *specialia generalibus derogant*. De l'art de rendre à César ce qui est à César...

⁷⁰ P.-Y. GAUTIER, « De la propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », *op. cit.*

⁷¹ Dans le même sens, N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 60 : « Soit l'auteur est celui qui utilise l'intelligence artificielle ; soit celle-ci est « autonome », et sa production, fruits d'aléas, n'entre pas dans le champ du droit d'auteur ».