



HAL
open science

La propriété intellectuelle à l'aune du transhumanisme : vers un renouvellement des concepts ?

Iony Randrianirina

► **To cite this version:**

Iony Randrianirina. La propriété intellectuelle à l'aune du transhumanisme : vers un renouvellement des concepts ?. Amandine Cayol; Emilie Gaillard. Les grandes notions du Droit à l'aune des transhumanismes, mare & martin, pp.180, 2023, 978-2-84934-735-5. hal-03691669

HAL Id: hal-03691669

<https://hal.science/hal-03691669>

Submitted on 29 Nov 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

Chapitre 3 – La propriété

Section 2 – La propriété intellectuelle

Rédigé par 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

Il est de l'essence de la science juridique de s'emparer tôt des enjeux liés aux nouvelles technologies. La vague de l'intelligence artificielle ne l'a évidemment 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 achevée par le programme BeethovANN 10.1² ; des robots intelligents fabriquent de nouveaux produits, répondant à presque tous les critères des inventions³. La propriété intellectuelle peut-elle alors être reconnue à un système doté d'intelligence artificielle⁴ ? Depuis quelques années, juristes et développeurs informatiques s'interrogent sur le sort qu'il convient de consacrer aux productions générées par intelligence artificielle⁵. Mais tel ne sera pas le sujet traité dans les développements suivants, lesquels ont pour objet de répondre à la question de savoir si une intelligence

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 Tels les médicaments créés par les robots Adam et Eve, développés à l'Université de Cambridge ; les créations industrielles produites par le robot Dabus.

⁴ 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 ; A. MENDOZA-CAMINADE, « Un droit des brevets sans inventeur ? Plaidoyer pour une autre protection juridique des inventions réalisées par l'intelligence artificielle », *JCP G* 2021, n° 49, p. 2260.

⁵ Notamment A. LEBOIS, « 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 ; J.-M. DELTORN, « Inventions sans inventeurs ? Les conditions de brevetabilité face à l'automatisation des procédés de création technique », *Propr. ind.* 2018, n° 3, p. 21 ; 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.

artificielle peut ou non avoir la qualité d'auteur ou d'inventeur. 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 de propriété intellectuelle octroyée à l'intelligence artificielle. Ce qui est discuté ici, ce n'est pas le sort des productions générées par intelligence artificielle, mais la titularité des droits de propriété intellectuelle au bénéfice de l'intelligence artificielle. En somme, le problème est posé, non pas de façon objective, en partant de l'objet du droit — les productions issues de l'intelligence artificielle — mais 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 ? Si la question se pose, c'est que des obstacles s'opposent à une telle titularité (I). Mais le droit étant une science juridique, ces obstacles pourraient aisément être franchis *via* la loi ou la jurisprudence, permettant ainsi de lever ces obstacles (II).

I. Les obstacles à la titularité de droits de propriété intellectuelle

Les obstacles à la titularité de droits de propriété intellectuelle tiennent essentiellement à l'exigence actuelle d'une intervention humaine dans le processus de création (A). Nous en expliquerons les fondements (B).

A. L'exigence d'une intervention humaine dans le fait de création

La propriété intellectuelle distingue deux types de création : les œuvres de l'esprit protégées par la propriété littéraire et artistique (1) et les inventions protégées par la propriété industrielle (2).

1. L'exigence d'une intervention humaine dans la création littéraire et artistique

La propriété littéraire et artistique connaît elle-même deux catégories de propriété intellectuelle : les droits d'auteur revenant aux créateurs d'œuvres de l'esprit et les droits dits voisins revenant aux auxiliaires de la création que sont les artistes-interprètes, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, les entreprises de communication audiovisuelle, les éditeurs et agences de presse, ainsi que certains fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. A la lecture des dispositions de la première partie législative du code de la propriété intellectuelle dédiée à la propriété littéraire et artistique, la titularité des droits semble avoir été conçue au bénéfice d'une personne sujet de droit. Or, l'intelligence artificielle est une chose objet de droit. Ainsi, « l'artiste-interprète ou exécutant est la personne qui représente, chante, récite, déclame, joue ou exécute de toute autre manière une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variétés, de cirque ou de marionnettes »⁶. De même, on peut lire à

⁶ CPI, art. L. 212-1.

l'article L. 212-2 : « L'artiste-interprète a le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation. Ce droit inaliénable et imprescriptible est attaché à sa personne. Il est transmissible à ses héritiers pour la protection de l'interprétation et de la mémoire du défunt ». Enfin, le producteur est défini comme étant « la personne » physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité des investissements ⁷.

C'est chez la personne de l'auteur que l'exigence du critère humain est la plus stricte. 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. Selon l'article L. 111-1, alinéa 1^{er}, « 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 commun ⁸. 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, même inachevée, de la conception de l'auteur ». L'œuvre de l'esprit n'est pas définie par le législateur, mais la doctrine 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 » ⁹. 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 » ¹⁰. 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'originalité ¹¹. 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'auteur ¹² ou la « marque de sa personnalité » ¹³, tantôt par l'« empreinte de sa personnalité » ¹⁴. De telles descriptions ont pu amener à interpréter l'originalité comme étant « l'âme de l'œuvre » ¹⁵.

⁷ CPI, art. L. 213-1 et L. 215-1.

⁸ 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.

⁹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e éd., 2020, p. 60, n° 45.

¹⁰ P.-Y. GAUTIER, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, LGDJ, 2021, p. 54, n° 63.

¹¹ 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 ».

¹² Paris, 1^{er} avr. 1957, *D.* 1957, jur. p. 436. — Paris, 4 mars 1982, *D.* 1983, IR, p. 93, obs. C. COLOMBET.

¹³ Paris, 23 nov. 1982, *D.* 1983, IR, p. 512, obs. C. COLOMBET. — Paris, 27 oct. 1993, *D.* 1994, somm., p. 89, obs. C. COLOMBET.

¹⁴ 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.

¹⁵ P.-Y. GAUTIER, *Droit de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, p. 41, n° 43 : « L'originalité constitue l'âme de l'œuvre ».

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 salade¹⁶ ou un décapsuleur¹⁷, et surtout les créations logicielles¹⁸, le droit de l'Union européenne est revenu à une appréciation subjective¹⁹. Désormais, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) utilise le critère de « choix libres et créatifs » pour caractériser l'originalité²⁰. 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 créatifs²¹, et que ce dernier y « imprime sa touche personnelle »²². 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'auteur²³. Quelques arrêts des juges du fond ont même fait preuve d'imagination en mentionnant l'« empreinte de la personnalité créative »²⁴. 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

¹⁶ 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.

¹⁷ Crim. 9 oct. 1974, *RIDA* 1975, n° 85, p. 176.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ CJUE 29 juill. 2019, *Comm. com. électr.* 2020, comm. 1, note C. CARON.

²¹ 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.

²² 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.

²³ 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.

²⁴ Aix-en-Provence, 2^e ch., 11 mai 2017, *JurisData* n° 2017-013002.

‘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 »²⁵.

Mais on l’aura compris, l’auteur ne peut être qu’une personne physique. 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 »²⁶. 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 retouchées²⁷.

Une intervention humaine est donc exigée non seulement pour reconnaître une œuvre de l’esprit dans la création littéraire et artistique, mais également pour consacrer une invention dans la création industrielle.

2. L’exigence d’une intervention humaine dans la création industrielle

Cette exigence est moins prégnante concernant les inventions, les droits de propriété industrielle n’étant pas des droits personnalistes à l’inverse des droits d’auteur qui comportent quatre droits moraux distincts : le droit à la paternité de l’œuvre, le droit de divulgation, le droit à l’intégrité de l’œuvre, ainsi que le droit de repentir et de retrait. Ce qui se comprend aisément, car le titre délivré par l’office d’enregistrement est accordé au déposant et non au créateur. Comme les droits d’auteur, les droits de propriété industrielle se focalisent également sur l’objet du droit : l’invention, la marque, le dessin, le modèle. La personne du créateur importe donc peu. Tout au plus lit-on à l’article 4 ter de la Convention d’Union de Paris, que l’inventeur a « le droit d’être mentionné comme tel dans le brevet ». La Convention sur le brevet européen (CBE), en son article 81, précise néanmoins que toute demande de brevet déposée auprès d’un office doit désigner au moins un inventeur. Cependant, il est à remarquer qu’aucune vérification de la qualité d’inventeur n’est réalisée²⁸. La doctrine majoritaire ne s’en offusque pas outre mesure, considérant qu’il importe peu que l’invention soit le résultat des qualités inventives du déposant ou de l’utilisation d’un algorithme intelligent. Certains auteurs en concluent ainsi que

²⁵ Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 12 janv. 2016, JurisData n° 2016-001249.

²⁶ C. CARON, *Droit d’auteur et droits voisins*, op. cit., p. 60-61, n° 47.

²⁷ 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.

²⁸ CBE, règle 19 (2).

« même si une intelligence artificielle est utilisée dans le processus de réalisation d'une invention et que l'humain se limite à évaluer les résultats finaux fournis par l'intelligence artificielle, celui-ci reste l'inventeur »²⁹.

Pourtant, en 2018, un scientifique américain du nom de Stephen Thaler, chercheur à l'Université du Missouri, a créé la polémique en déposant au niveau international plusieurs demandes de brevet sur des inventions créées par un robot de sa propre conception qu'il a baptisé Dabus³⁰, résultat de plus de vingt années d'expérimentations. Ses deux demandes portaient respectivement sur un « récipient pour boisson basé sur la géométrie fractale » et un « dispositif de lumière vacillante pour attirer l'attention durant des opérations de recherche et de sauvetage ». Le docteur Stephen Thaler se désignait lui-même comme le déposant et son robot Dabus comme inventeur. L'office sud-africain des brevets lui a délivré un brevet le 28 juillet 2021, mentionnant, sans aucune explication, le robot Dabus comme inventeur. Parallèlement, une décision en sens contraire a été rendue par l'office australien, dont le refus a été infirmé par la Cour fédérale d'Australie aux motifs que si « seul un être humain ou une autre personne morale peut être propriétaire, utilisateur ou titulaire d'un brevet [...], c'est une erreur d'en déduire qu'un inventeur ne peut être qu'un être humain ». Dès lors, « un inventeur peut être un système d'intelligence artificielle, mais dans une telle circonstance, il ne pourrait pas être le propriétaire, l'utilisateur ou le titulaire du brevet »³¹.

L'Office européen des brevets (OEB) ne fut pas de cet avis. Les deux demandes d'enregistrement ont été refusées au motif qu'elles ne satisfaisaient pas aux conditions de l'article 81 de la CBE ni celles de la Règle 19(1) de son règlement d'exécution, selon lesquelles la demande doit contenir la désignation de l'inventeur et comporter le nom, les prénoms et l'adresse complète de ce dernier. A cet égard, l'OEB rappelle, en outre, que la compréhension du terme « inventeur » comme faisant référence à une personne physique serait une norme applicable au niveau international. Par ailleurs, l'OEB précise qu'une machine ne peut être qualifiée d'inventeur dans la mesure où elle ne dispose pas de la personnalité juridique et ne peut donc bénéficier des droits attachés à cette qualité³². Les motivations de l'OEB, disponibles dans un document, publié, de neuf pages, sont résumées comme suit :

- L'indication du nom d'une machine ne remplit ni les conditions de désignation de l'inventeur contenues à l'article 81 de la CBE, ni celles la règle 19(1) du règlement d'exécution ;
- Les noms donnés à des choses ne sont pas équivalents à ceux donnés à des personnes physiques, les noms ne servant pas uniquement à leur identification mais leur permettant d'exercer leurs droits et faisant partie de leur personnalité³³ ;

²⁹ A. BENSAMOUN et G. LOISEAU (sous la dir. de), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, 2019, p. 266, n° 451.

³⁰ Acronyme de *Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*.

³¹ Cour Fédérale d'Australie, 30 juill. 2021, *Thaler v Commissioner of Patents* [2021] FCA 879.

³² In Re EP18 275 163, EPO PK23498.

³³ In Re EP18 275 163, EPO PK23498, Grounds for decision, n° 22.

- Le cadre juridique de la CBE n'octroie pas de droits aux « non-personnes ». L'inventeur doit s'entendre d'une personne physique ;

- L'histoire juridique montre que les législateurs de la CBE, dans leurs travaux préparatoires³⁴, se réfèrent de manière constante à l'inventeur comme à une personne physique. La possibilité de pouvoir désigner une personne morale en tant qu'inventeur a été évoquée³⁵ sans pour autant être retenue dans le texte final, confirmant la compréhension de l'inventeur comme d'une personne physique uniquement ;

- L'inventeur dispose de droits, protégés par la CBE, qui ne pourraient être mis en œuvre par une machine, notamment le droit d'être mentionné comme inventeur³⁶, d'en être notifié, de faire valoir ses droits, même contre la volonté du titulaire. Sans personnalité juridique, une machine ne peut donc être reconnue comme inventeur³⁷ ;

- Enfin, le déposant arguait que le refus de la qualité d'inventeur à une intelligence artificielle empêchait le public de connaître l'identité réelle de l'inventeur. La chambre de recours de l'OEB rejette cet argument, affirmant que l'OEB ne vérifie formellement pas l'identité de la personne à l'origine de l'invention, et que c'est au public de contester éventuellement une désignation infondée. Une telle contestation relève alors des tribunaux nationaux, et non de l'OEB.

Il faut noter que l'OEB avait déjà rendu une décision similaire le 17 mai 2000 : « ...*the right to be designated as the inventor in accordance with Article 81 EPC is an important moral right of the inventor as the natural person who has performed the creative act of invention (as opposed to the company or legal person which is usually the applicant)* »³⁸.

Au Royaume-Uni, l'UKIPO³⁹ a également rejeté les deux demandes de brevet formulées par le docteur Stephen Thaler⁴⁰, avançant que contrairement à un inventeur, une intelligence artificielle ne peut être mue par une volonté d'innover, car elle a reçu des instructions et a été programmée pour innover »⁴¹. Et l'on peut désormais lire, à la section 3.05 du *Formalities Manual* de l'UKIPO, que « [...] an 'AI Inventor' is not acceptable as this does not identify 'a person' which is required by law. The

³⁴ V. notamment document BR/169 E/72 ett/AV/prk, ainsi que la première version du texte, faisant référence à l'inventeur en tant que « personne salariée ».

³⁵ Document IV/486061-F, p. 18.

³⁶ CBE, art. 62.

³⁷ EPO PK23498, Grounds for decision, n° 27.

³⁸ OEB, déc. 17 mai 2000, J 7/99.

³⁹ United Kingdom Intellectual Property Office.

⁴⁰ Demandes d'enregistrement GB 1816909.4 et GB1818161.0.

⁴¹ UKIPO, BL O/741/19, 4 déc. 2019, n° 28.

consequence of failing to supply this is that the application is taken to be withdrawn under s.13(2) ».
L'USPTO ⁴² américain a rendu une décision similaire le 20 avril 2020 ⁴³.

Une intervention humaine est donc exigée non seulement dans la création des œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur, mais aussi dans la création des inventions brevetées. Un exposé des fondements d'une telle exigence mérite d'être rapporté.

B. Les fondements de l'exigence d'une intervention humaine dans le fait de création

Le fait de la création étant différent selon qu'il s'agisse d'une œuvre de l'esprit ou d'une invention, il sera fait une distinction entre les fondements de l'exigence d'une intervention humaine en matière de propriété littéraire et artistique (1) et ceux en matière de propriété industrielle (2).

1. En matière de propriété littéraire et artistique

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 présent ⁴⁴ et, en ce sens, 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 » ⁴⁵. 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 » ⁴⁶.

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

⁴² United States Patent and Trademark Office.

⁴³ USPTO, rejet des demandes par décision du 17 déc. 2019. Le USPTO cite notamment l'affaire *Univ. Of Utah v. Max-Planck-Gesellschaft zur Forderung der Wissenschaften* e.V. 734 F.3d 1315, 2013. La CAFc rejette ici la possibilité pour une personne morale d'être désignée comme inventeur et réaffirme l'obligation que l'inventeur ou co-inventeur soit une personne physique, selon un précédent établi dans l'affaire *Beech Aircraft Corp v. EDO Corp.* 734 F.3d, 1323.

⁴⁴ 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).

⁴⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2019, p. 300, n° 266.

⁴⁶ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 412, n° 450.

quelque chose qui n'existe pas préalablement à son intervention⁴⁷. Le critère de la conscience permet d'exclure de la protection les découvertes⁴⁸, les créations dues au hasard⁴⁹, celles réalisées par des animaux⁵⁰ et enfin celles réalisées par l'infans et par l'incapable dénué de discernement⁵¹.

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 personnes⁵².

L'exigence d'une conscience ou d'un discernement explique aussi le refus de reconnaissance de la qualité d'auteur aux personnes morales⁵³. 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 »⁵⁴, une position approuvée par Françon, 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 »⁵⁵.

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 »⁵⁶. 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

⁴⁷ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Comm. com. électr. déc.* 2009, comm. 2, note C. CARON ; *RLDI* 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.

⁴⁸ 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).

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

⁵¹ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, p. 64, n° 53.

⁵² Aff. *Telstra Corporation Limited v. Phone Directories Company Pty Ltd* [2010] FCAFC 149.

⁵³ A. BENSAMOUN, « La personne morale en droit d'auteur : auteur contre-nature ou titulaire naturel ? », *D.* 2013, p. 276.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ A. FRANÇON, *Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle*, Litec, 1999, p. 188.

⁵⁶ N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 51.

(...) »⁵⁷. 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 »⁵⁸.

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 artificielle⁵⁹.

Il convient maintenant d'examiner les fondements de l'exigence d'une intervention humaine dans le fait de création en matière de propriété industrielle.

2. En matière de propriété industrielle

Si d'aucuns plaident pour la reconnaissance d'un droit moral de l'inventeur⁶⁰, force est d'admettre qu'une telle prérogative ne repose sur aucun fondement légal, ainsi que le fait constater le professeur Mendoza-Caminade : « Au nom de la distinction juridique entre les personnes et les choses, seules les personnes physiques peuvent créer des biens pouvant être protégés par le droit de la propriété intellectuelle. Mais ce qui paraît jusqu'à présent relever de l'évidence ne trouve pas de fondement textuel précis »⁶¹. Au risque d'une redondance, c'est tout juste si la CBE précise en sa règle 19 que la désignation de l'inventeur doit comporter les noms, prénoms de l'inventeur ainsi que le pays et le lieu de son domicile. Mais ces diverses conditions de forme renvoyant aux attributs d'une personne physique suggèrent tout de même que l'inventeur doit être une personne physique.

En somme, pour se voir reconnaître la qualité d'auteur ou d'inventeur, il faut être une personne physique. C'est en tout cas la solution dégagée par la jurisprudence et approuvée par la doctrine majoritaire. Par conséquent, une intelligence artificielle ne saurait être désignée comme auteur ou inventeur, pas plus qu'un animal, un enfant en bas âge ou une personne morale. Pour autant, les productions issues de l'intelligence artificielle ressemblent tellement aux œuvres de l'esprit et aux inventions qu'elles appellent une protection juridique – qui n'est pas nécessairement une propriété intellectuelle – au moins des investissements réalisés. Or, l'exigence d'une intervention humaine dans le fait de création constitue

⁵⁷ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 62, n° 51.

⁵⁸ G. BERRY, *L'hyperpuissance de l'informatique*, Odile Jacob, 2017, p. 420.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ N. BRONZO, « Le droit moral de l'inventeur », *Propr. ind.* 2013, n° 6, étude 5.

⁶¹ A. MENDOZA-CAMINADE, « Un droit des brevets sans inventeur ? Plaidoyer pour une autre protection juridique des inventions réalisées par l'intelligence artificielle », *JCP G* 2021, n° 49, p. 2263, n° 14.

un obstacle à la réception de ces productions innovantes au sein de la propriété intellectuelle. Une levée de cet obstacle s'impose donc.

II. La levée des obstacles à la titularité de droits de propriété intellectuelle

Il est incontestable que le droit de la propriété intellectuelle soit conçu et utilisé dans un but d'encouragement et d'accompagnement du progrès⁶². Les professeurs Vivant et Bruguière le rappellent aujourd'hui encore dans leur ouvrage : « (...) notre droit d'auteur ne doit pas être un obstacle au développement de technologies utiles au savoir »⁶³. C'est ainsi que les auteurs proposent plusieurs solutions pour lever les obstacles à la titularité de droits de propriété intellectuelle, dont principalement l'octroi de la personnalité juridique aux robots dotés d'intelligence artificielle (A), la qualification de l'intelligence artificielle comme outil de création (B) et l'objectivation du critère d'originalité (C).

A. L'octroi de la personnalité juridique aux robots dotés d'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 »⁶⁴ 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 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'invention⁶⁵, 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 Loiseau⁶⁶, 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.

⁶² Lire notre article « Quand le droit des brevets ralentit le progrès dans la recherche sur le vivant », *Revue des Droits de l'Homme*, 2015, n° 8, Actes du colloque sur le progrès et le droit : <https://journals.openedition.org/revdh/1463?file=1>.

⁶³ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 162, note 6 in fine.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ G. LOISEAU, « La personnalité juridique des robots : une monstruosité juridique », *JCP* 2018. 597.

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* »⁶⁷. C'est pourquoi il a été proposé d'envisager l'intelligence artificielle, non pas comme sujet de droit, mais comme objet de droit.

B. La qualification de l'intelligence artificielle comme outil de création

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 »⁶⁸. 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 »⁶⁹. 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*, c'est le collectif qui a conduit le projet, pour *Obvious, idem*, et pour Schubert, c'est le compositeur Lucas Cantor »⁷⁰.

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

⁶⁷ *Compendium of US Copyright Office practices*, 3^e ed. 2014, § 306.

⁶⁸ N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*

⁶⁹ A. BENSAMOUN et G. LOISEAU (sous la dir. de), *Droit de l'intelligence artificielle*, *op. cit.*, p. 258, n° 435.

⁷⁰ N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 56.

concepteur ? »⁷¹. 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 Sud⁷², Hong Kong⁷³, l'Inde⁷⁴, l'Irlande⁷⁵ et la Nouvelle Zélande⁷⁶.

Une autre solution serait d'objectiver le critère d'originalité, voire de généraliser le critère de nouveauté afin de l'étendre aux œuvres de l'esprit, de façon à accueillir ces productions d'un genre nouveau dans le giron de la propriété littéraire et artistique.

C. 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 »⁷⁷. 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 »⁷⁸. 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 »⁷⁹. 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)

⁷¹ A. BENSAMOUN et G. LOISEAU (sous la dir. de), *Droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 260, n° 436.

⁷² South Africa Copyright Act, No. 98 of 1978, s. 1.

⁷³ Copyright Ordinance (Hong Kong), cap 528, 27 June 1997, s. 11(3).

⁷⁴ Copyright Act (India), 4 June 1957, s. 2(d)(vi).

⁷⁵ Copyright and Related Rights Act (Ireland), 2000, s. 21(f).

⁷⁶ Copyright Act (N.Z.), 15 December 1994, 1994/143, s. 5(2)(a).

⁷⁷ A. BENSAMOUN, « La protection de l'œuvre de l'esprit par le droit d'auteur : qui trop embrasse mal étreint », *D.* 2010, p. 2920.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ J. LARRIEU, « Le robot et le droit d'auteur », *Mél. André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 465.

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 toute création, forcément nouvelle, qui exprime la personnalité de son auteur à travers des choix qui lui sont propres »⁸⁰. 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 »⁸¹.

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 déceler⁸². 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 »⁸³. 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 »⁸⁴.

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 œuvres⁸⁵.

⁸⁰ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 95, n° 97.

⁸¹ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 419, n° 459.

⁸² Cf. C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 60, n° 45.

⁸³ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 3.

⁸⁴ S. MERABET, *Vers un droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 421, n° 463.

⁸⁵ 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.

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 droit d'auteur, à l'instar des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, des entreprises de communication audiovisuelle et des éditeurs⁸⁶, 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' »⁸⁷. 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*⁸⁸. 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.

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 »⁸⁹. 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 ou d'inventeur. 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* »⁹⁰. En définitive, tout dépend de l'objectif poursuivi : s'agit-il de reconnaître à l'intelligence artificielle la qualité d'auteur et d'inventeur, 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 de 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

⁸⁶ En ce sens, N. BINCTIN, « L'influence de l'intelligence artificielle sur les mécanismes de la propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 62 et s.

⁸⁷ A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER et C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 2017, p. 162, n° 142.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIERE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, p. 303, n° 268.

⁹⁰ A. BRIDY, « The evolution of authorship : work made by code », *The Columbia Journal Of Law 1 The Arts*, 2016, Vol. 39 (3), p. 395.

proposée par le professeur Pierre-Yves Gautier⁹¹. En effet, soit l'auteur ou l'inventeur est celui qui utilise l'intelligence artificielle, soit celle-ci est autonome, auquel cas ses productions s'analysent comme des fruits civils⁹². 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...

⁹¹ P.-Y. GAUTIER, « De la propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », *op. cit.*

⁹² 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 ».