

Sacem's comments on WIPO's

Draft Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence

Sacem (Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique), the French collective management organization grouping more than 165 000 authors, composers and publishers of musical works, welcomes the initiative taken by WIPO to engage in discussions on the intersections between Artificial Intelligence (AI) and intellectual property policy and wishes to thank the WIPO Secretariat for preparing a Draft Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence (hereinafter "Draft Paper") which identifies a certain number of issues to be addressed for such discussions to be informed and useful.

If, today, AI is mainly a tool to help creation, used by a natural person making creative choices that acknowledge him/her as the only author of the creation thus originated, it is designed, in the more or less long term, to "create" autonomously, *i.e.* independently from the process that it has been taught (algorithm and learning base) as well as from its user.

In this respect, it is important that any discussion on "Issue 6 – Authorship and Ownership" takes place on the basis of a common understanding of what an AI generated work is. In Sacem's view, insofar as there will always be a human intervention at one stage or another, the distinction to be made is between the situation where the human being intervenes in a creative way and the situation where he doesn't. In the first case, there is a work akin to a work created with the assistance of a computer where the human being is considered the author of the work and in the second case, there is a work autonomously generated by an AI without any creative intervention of a human being, whose regime needs to be determined.

From an objective point of view, such AI-generated work is comparable to a work created by a natural person, which is protectable, and cannot be distinguished from it in its form. It is designed for the same uses and it presents, from a strictly financial point of view, the same potential use.

In these circumstances and bearing in mind that the protection afforded by authors' rights is independent from the merit of a work, authors' rights should apply to AI generated works.

It is in society's best interest to protect such works and to designate a person in charge of its exploitation because they have value.

The Draft Paper seems to suggest that protecting AI generated works "*would favor[...] the availability for consumer of the largest number of creative works and [...] plac[e] an equal value on human and machine creativity*" and raises the question both in Issue 6 and "Issue 9: General Policy Issues".

Sacem agrees that human creativity is of paramount importance and therefore needs to be preserved and protected. Thought should be put into finding ways to achieve this at a time where machine creativity is about to develop on a wide scale. But Sacem also believes that whether or not AI generated works are protected by authors' rights will have no impact on the availability of such works which will exist and be widely exploited in any case. It is, on the contrary, in the best interest of authors and composers that works that are used in a similar way to theirs and which cannot be distinguished from theirs be subject to the same regime and the same constraints in order to create a level playing field.

Such is the position that Sacem adopted when the *Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique*, Advisory Body to the French Ministry of Culture on Intellectual Property Issues, entrusted Professors Alexandra Bensamoun and Joëlle Farchy with the mission of analysing the impact of AI on the cultural sector. In its submission which it attaches, Sacem addressed the questions raised in Issue 6 of the Draft Paper.

As regards “Issue 7: Infringement and Exceptions”, more in-depth analysis is required before Sacem can make any comments. There are however two points of great importance that Sacem can already stress.

First, Sacem considers that any time a protected work is used, the authorization of its author should be required, bearing in mind the recent caselaw of the European Court of Justice (Judgment of 29 July 2019, Pelham, Case C-476/17) where it was held that the exclusive right to reproduce and distribute a phonogram allows its author to prevent another person from taking a sound sample, even if very short, of his or her phonogram for the purposes of including that sample in another phonogram, unless that sample is included in the phonogram in a modified form unrecognizable to the ear.

Second, today’s legislation, and in particular International Treaties and EU Law, provides for the required flexibility needed to strike a balance between the rights of right holders’ rights and the needs of users. These were carefully crafted after much thinking and analysis and there doesn’t appear any need to create new exceptions or modify existing ones. In particular, collective management organizations provide appropriate solutions, notably through the authorizations they deliver.

* *
*

Sacem looks forward to participating and contributing in the coming discussions and contribute as much as possible to the next steps of the consultation process. We remain at your disposal should you need any further information or clarification.

*Contribution de la Sacem à la mission du CSPLA « Intelligence artificielle et Culture »
confiée aux Professeurs Alexandra Bensamoun et Alexandra Farchy*

Dans la perspective du développement de l'intelligence artificielle (ci-après « IA ») se pose la question de savoir si les réalisations générées dans l'ordre littéraire ou artistique par une IA (ci-après « créations intelligentes ») relèvent de la protection du droit d'auteur.

Le postulat est celui d'une création intelligente réalisée par une IA de manière autonome, tant par rapport au processus appris à l'IA (algorithme et base d'apprentissage), que par rapport à la personne qui l'utilise, ce qui suppose que cette dernière n'intervient pas de manière créative. A défaut, on ne serait plus en effet dans l'hypothèse d'une création autonome de l'IA.

L'utilisateur ne saurait donc être considéré dans ce cadre comme l'auteur de la création intelligente. Quant au créateur de l'IA, même s'il est évident qu'un lien unit la création intelligente et l'IA qui la génère¹, ce lien sera généralement trop ténu – à tout le moins trop indirect – pour considérer ledit créateur de l'IA comme auteur de toute création issue de celle-ci.

La création intelligente n'est donc pas réalisée par une personne physique mais constitue le résultat d'un processus ayant la capacité de réaliser des œuvres de manière autonome par rapport à l'être humain.

Les créations sans auteur, *res communis* ?

Faute d'être une création humaine/le fruit de la création d'un auteur, on peut a priori douter que les créations intelligentes donnent prise à un droit de propriété littéraire et artistique. En droit d'auteur, l'appropriation initiale est en principe liée à l'acte de création d'un auteur personne physique et ne saurait reposer sur un autre critère.

Dans ces conditions, les créations intelligentes ne sauraient être qualifiées d'œuvres de l'esprit au sens du Code de la propriété intellectuelle (ci-après « CPI ») et appartiendraient dès l'origine au domaine public. Elles constitueraient une chose commune, par nature insusceptible d'être l'objet d'un droit de propriété ainsi qu'en dispose l'article 714 du Code civil : « *Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* ».

Cette approche, qui peut se prévaloir d'une apparente cohérence, ne résiste pourtant pas à l'analyse.

Tout d'abord, les choses communes se caractérisent comme étant à la fois :

1. impossibles à saisir dans leur globalité ;
2. caractérisées par leur abondance ;
3. et indispensables à la vie des hommes.

¹ Deux IA dotées d'algorithmes et de bases d'apprentissage différents ne produiront probablement pas le même type de créations intelligentes et chacune aura, d'une certaine manière, sa « patte ».

Or les créations intelligentes sont des choses incorporelles parfaitement identifiées et appréhendables, caractérisées par leur singularité et donc leur rareté, et dont l'usage n'est nullement vital pour tout un chacun.

Rien ne s'oppose donc à ce que ces créations soient l'objet d'un droit de propriété. Elles représentent une valeur et doivent pouvoir être appropriées. La société a même intérêt à cette appropriation qui permettra la mise en valeur de la création intelligente et la désignation d'un responsable de son exploitation.

Appropriation par le droit d'auteur

Par ailleurs, d'un point de vue objectif, les créations générées par l'IA sont des œuvres ; elles existent comme telles avec leurs traits caractéristiques. Ainsi, dans leur forme, elles sont comparables à des œuvres de l'esprit créées par des personnes physiques.

Or, dès l'instant où il est acquis qu'une création intelligente ne se distingue pas dans sa forme d'une œuvre de l'esprit protégeable, elle a vocation à connaître les mêmes usages et présente, sur un terrain strictement patrimonial, les mêmes utilités potentielles.

Dans ces conditions, le droit d'auteur devrait trouver à s'appliquer.

Il existe néanmoins en première analyse des obstacles à la protection par le droit d'auteur tenant principalement à l'absence d'auteur personne physique qui exclut, dans l'opinion majoritaire, la notion même d'œuvre de l'esprit (l'esprit étant nécessairement humain) ainsi, dans une moindre mesure, qu'à l'application de la condition d'originalité qui, dans la conception française, voudrait que l'auteur imprime à l'œuvre la marque de sa personnalité (Partie 1).

Une analyse plus poussée montre toutefois que ces obstacles ne sont pas insurmontables (Partie 2).

Partie 1. Les obstacles à la protection dans le cadre classique du droit d'auteur

Ces obstacles tiennent, on l'a vu, à l'exigence d'originalité (A) et au lien œuvre-auteur (B).

A - L'obstacle de la conception personnaliste de l'originalité

La conception personnaliste de l'originalité « à la française », qui voudrait que l'auteur imprime à l'œuvre l'empreinte de sa personnalité, empêche de considérer qu'une œuvre, issue d'une machine et ne portant donc l'empreinte d'aucune personne humaine, puisse revêtir une quelconque originalité.

On pourrait certes tenter de nuancer le propos en observant que l'originalité, même dans la conception personnaliste, se caractérise par des choix créatifs et arbitraires. Or le robot effectue des choix qui peuvent être tout aussi arbitraires et créatifs que des choix humains, puisque le principe même de l'IA est le mimétisme, l'imitation ; de ce point de vue, rien ne distingue le processus créatif d'une IA de celui d'un auteur.

Toutefois ce n'est pas là que réside la subjectivité mise en avant par les partisans de l'approche personnaliste, mais davantage dans la « conscience de faire œuvre »² et dans la capacité

² Le critère de conscience de la création, parfois exigé en doctrine, n'est toutefois pas repris en jurisprudence.

d'apprécier le résultat, qui font intervenir la sensibilité de l'auteur, son histoire personnelle et son imprégnation culturelle, toutes dimensions dont l'IA se trouve dépourvue.

B - L'obstacle du lien œuvre-auteur

Admettre qu'une création intelligente puisse constituer une œuvre suppose de séparer le couple auteur-œuvre pour ne regarder, de manière totalement objective, que l'œuvre, en l'occurrence le résultat produit par l'IA (la création intelligente en elle-même) et non son processus de création.

D'un point de vue conceptuel, rien ne s'y oppose et plusieurs auteurs défendent une telle approche³. Mais en l'état du droit positif, cette démarche se heurte au fait que l'existence d'un auteur personne physique participe de la définition de l'œuvre protégeable et justifie cette protection.

En France, les notions se renvoient les unes aux autres : l'*auteur* est le créateur d'une œuvre de l'esprit, c'est-à-dire une création de forme originale ou qui porte l'empreinte de la personnalité de l'*auteur*. Le lien est particulièrement marqué puisque l'article 1^{er} de la loi spéciale (L. 111-1 du CPI) commence par les termes « *L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre (...)* ».

C'est ainsi que la Cour de cassation refuse de considérer qu'une personne morale puisse être qualifiée d'auteur⁴.

Au niveau international, les commentateurs de la Convention de Berne considèrent que « *comme le font apparaître certains arguments philosophiques, juridiques, sémantiques et systématiques, (...) [elle] se fonde sur la notion d'auteur en tant que personne physique ayant créé l'œuvre* »⁵.

Et la Cour suprême australienne a refusé la protection à une base de données générée automatiquement par une IA⁶, tandis que le Copyright Office américain a ajouté à ses conditions

³ V. en particulier pour l'étude la plus argumentée, J. Larrieu, « Le Robot et le droit d'auteur » préc., p. 465 et suiv.

⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 15 janv. 2015, n°13-23.566 : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030114270>.

⁵ A. Dietz, « Le concept d'auteur selon le droit de la Convention de Berne », *RIDA* n° 155, janv. 1993, p. 3 s., spéc. p. 11-13.

⁶ Australia Sup. Court, *Telstra Corporation Limited v Phone Directories Company Pty Ltd* [2010], FCAFC 149 : « *Following the High Court's reasoning in the 2009 decision of IceTV v Nine Network, the Full Federal Court recognised that to be original, a work must:*

Not be copied;

Originate from a human author; and

Be the result of independent intellectual effort.

Secondly, the Full Court found that the extraction phase effort did not originate from an individual or group of individuals, but rather from a computerised process of storing, selecting, ordering and arranging the data to produce the directories in their published form. The Court emphasised that it was the extraction phase work that constituted the relevant effort for the purposes of originality”.

d'enregistrement la nécessité pour l'œuvre d'avoir été créée par un être humain⁷, après la fameuse affaire du *selfie* du singe Naruto⁸.

Dans le même sens, en matière musicale, un rapport du Comité d'experts de l'OMPI, remontant à 1990, énonce : « *Ainsi, les systèmes et matériels informatiques ont été très tôt considérés seulement comme de simples moyens techniques intervenant dans le processus de création, et l'OMPI a admis qu'aucune 'intelligence artificielle' n'était en mesure de créer des œuvres sans aucune participation créatrice humaine (Rapp. du comité d'experts sur les dispositions types dans le domaine du droit d'auteur : Dr. Auteur 1990, p. 272, n°123 et p. 253) ».*

Partie 2. Des obstacles non dirimants

Une analyse plus poussée montre néanmoins que ces obstacles ne sont nullement insurmontables.

Le refus de la protection procède en effet d'une vision trop réductrice du droit d'auteur qui se concentre sur le cas général (droit centré sur la personne de l'auteur) pour lequel il a certes essentiellement été créé, mais en oubliant qu'il existe des cas particuliers de protection qui ne cadrent pas avec la théorie générale, mais qui n'en existent pas moins et qui ont leur propre *ratio legis*.

D'une part, la notion d'originalité a déjà su s'adapter dans le sens d'une objectivation, en particulier pour appréhender les créations utilitaires telles que notamment, les logiciels et les bases de données (A).

D'autre part, il existe des cas (œuvres collectives, œuvres posthumes) où le CPI attribue le droit d'auteur sur des œuvres à d'autres personnes que la personne physique identifiée qui en assure la création. Les droits d'auteur sont alors attribués aux propriétaires qui effectuent ou font effectuer la publication postérieurement à l'expiration du monopole (œuvres posthumes) ou au promoteur de l'œuvre collective. Certes, le régime peut parfois varier (point de départ de la protection notamment) mais il reste intégré au droit d'auteur.

De ces cas particuliers, il résulte que la création par une personne physique n'est **pas le seul mode d'appropriation prévu par le CPI**.

Il en existe un autre fondé sur l'investissement réalisé pour qu'une œuvre puisse être créée et/ou portée à la connaissance du public. Le cas de l'IA et de ses créations se situe naturellement dans la même famille, puisque l'objectif recherché est le même : encourager la création et

⁷ Compendium of U.S. Copyright Office Practices, 2017 § 306 :

“306 *The Human Authorship Requirement*

The U.S. Copyright Office will register an original work of authorship, provided that the work was created by a human being. The copyright law only protects “the fruits of intellectual labor” that “are founded in the creative powers of the mind.” Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 94 (1879). Because copyright law is limited to “original intellectual conceptions of the author,” the Office will refuse to register a claim if it determines that a human being did not create the work.”

⁸ CA du 9^e circuit de Californie, 23 avril 2018, *Naruto & People for the Ethical Treatment of Animals v. D.J. Slater* : “*The panel held that the monkey lacked statutory standing because the Copyright Act does not expressly authorize animals to file copyright infringement suits*”. (Summary)

<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2018/04/23/16-15469.pdf> - Commenté par J.-M. Bruguière in *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2018/n°68.

l'accroissement du patrimoine culturel même si la création a lieu dans un autre cadre que celui, traditionnel, de la création d'une œuvre par une personne physique.

Certes, il n'est pas possible de se prévaloir directement de la loi, dans une hypothèse non prévue par celle-ci, mais rien ne s'oppose alors au recours au droit commun pour parvenir au même but. Il est au contraire logique que, lorsque rien ne l'interdit dans le droit spécial, le droit général – droit civil dont procède la PLA – vienne en combler les lacunes.

Il existe précisément un mécanisme issu du droit civil permettant cette appropriation : l'**accession** (B).

A - L'objectivation de la condition d'originalité

1/ La conception personnaliste de la condition d'originalité est considérée par certains comme dépassée à une époque où il est classique de considérer que c'est le regard – et plus généralement – la perception du spectateur ou de l'auditeur qui fait l'œuvre, celle-ci naissant donc de la subjectivité du spectateur/auditeur et non de celle de l'auteur.

Cette conception personnaliste est également vue comme incapable d'appréhender les œuvres autres que celles relevant du domaine traditionnel des Beaux-Arts, s'agissant des œuvres d'art appliqué comme un boulon ou un panier à salade ou des logiciels et des bases de données dont la protection relève du droit d'auteur. La Cour de cassation a d'ailleurs dû définir, pour appréhender les logiciels, le critère différent et objectif de « *la marque de l'apport intellectuel* » dans son arrêt *Pachot* (Assemblée Plénière, 7 mars 1986).

De même, la recherche de « *l'empreinte de la personnalité de l'auteur* » est mal adaptée aux œuvres musicales pour lesquelles les tribunaux privilégient fréquemment le concept de nouveauté.

En outre, il a été clairement montré que cette conception ultra personnaliste n'était pas partagée par de nombreux pays appartenant pourtant à la même tradition juridique que la nôtre⁹.

2/ De fait, il n'est pas certain que la notion corresponde encore à la pratique des tribunaux.

D'une part, il est évident qu'en pratique, le juge ne cherchera jamais l'expression de la personnalité d'un auteur dans la forme de l'œuvre qui lui est soumise. Il serait bien incapable, à l'instar de quiconque, de la déceler ici ou là en fonction, d'ailleurs, de sa propre subjectivité.

C'est la raison pour laquelle il exige précisément du demandeur « *de définir et d'explicitier les contours de l'originalité qu'il allègue* » puisque « *seul l'auteur est en mesure d'identifier les éléments traduisant sa personnalité et justifiant son monopole* »¹⁰.

Ceci précisé, l'originalité de l'œuvre qu'il appartient ainsi à l'auteur de caractériser suppose, selon la formule commune à l'ensemble des jugements récemment rendus par la 3^{ème} chambre du TGI de Paris, « *qu'elle soit issue d'un travail créatif et résulte de choix arbitraires de son auteur, révélant l'empreinte de la personnalité de son auteur* »¹¹. Mais il n'est pas certain que

⁹ A. Lucas et al., *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, n°109.

¹⁰ TGI Paris, 3^{ème} ch., 4^{ème} section, 15 mars 2018, n°2017/02734. Il s'agit d'une formule type aux décisions actuelles de la 3^{ème} chambre, toutes sections confondues. V. également, pour un autre exemple : TGI Paris, 3^{ème} ch. 1^{ère} section, 24 mai 2018, n°2017/07586.

¹¹ TGI Paris, 3^{ème} chambre 3^{ème} section, 25 mai 2018, n°2017-03-06.

le juge se prononcera au regard des éléments subjectifs invoqués par l'auteur censés révéler l'empreinte de sa personnalité dans l'œuvre.

Dans certains domaines, tels que celui de la musique, le critère appliqué était de fait celui de la nouveauté.

Une telle appréciation est à l'évidence objective et ravale la référence à « *l'empreinte de la personnalité* » de l'auteur à une « *clause de style bien éloignée de l'empreinte de la personnalité censée exprimer la présence de l'auteur dans son œuvre et que l'on « découvrira » quand il le faut dans la situation la plus extrême d'effacement de l'auteur* »¹².

Dans ce contexte, il ne semble pas déraisonnable de penser que la jurisprudence accueille les créations intelligentes parmi les œuvres originales protégées.

3/ L'évolution du droit de l'Union européenne, qui s'impose aux Etats membres et doit donc être pris en compte, renforce une telle conclusion.

Si la Directive 2001/29 ne contient pas de définition de l'originalité, trois directives spéciales, relatives respectivement à la protection des programmes d'ordinateurs¹³, des photographies¹⁴ et des bases de données¹⁵, disposent que ces œuvres sont protégées si elles sont originales (sauf dans la directive base de données qui n'utilise pas ce dernier vocable), c'est-à-dire si elles constituent une « *création intellectuelle propre à son auteur* ».

Cette formule peut être interprétée, comme le fait le Professeur Lucas, comme signifiant : « *'qui a son origine dans' (qui n'est pas copié)* », notamment à la lumière de l'exposé des motifs de la proposition de directive relative aux programmes d'ordinateur (« *Le seul critère à retenir pour accorder le bénéfice de la protection est celui de l'originalité, c'est-à-dire qu'il faut que l'œuvre n'ait pas été copiée* »¹⁶), approuvé par le Comité économique et social dans son avis du 18 octobre 1989 (« *Un programme devrait être reconnu original, et donc protégé, dans la mesure où il n'a pas été copié à partir d'un autre programme* »¹⁷).

Cette interprétation peut d'ailleurs se recommander des lexiques, ancien¹⁸ comme nouveau¹⁹, de la Convention de Berne, la notion ne figurant pas dans la Convention.

¹² M. Vivant et JM Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins*, 3^{ème} édition n° 292, page 300.

¹³ Directive 91/250/CEE du 14 mai 1991, codifiée par la directive 2009/24/CE du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, article 1 (3).

¹⁴ Directive 93/98/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, codifiée par la Directive 2006/116/CE du 12 décembre 2006 relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, article 6 concernant la protection des photographies.

¹⁵ Directive 96/9/CE 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (même chose mais le mot « original » disparaît), article 3 - Objet de la protection.

¹⁶ COM (1988), 816 final.

¹⁷ JOCE n°C 329, 30 déc. 1989, p. 4, 3.3.3.3.

¹⁸ Ancien Lexique de la Convention de Berne (1980) : « Originalité : l'originalité, par rapport à une œuvre, signifie qu'il s'agit de la création propre de l'auteur, qui n'est ni entièrement ni essentiellement tirée d'une autre œuvre. »

¹⁹ Lexique de 2003 : « Original, originalité : L'originalité, par rapport à une œuvre, signifie qu'il s'agit de la création intellectuelle propre de l'auteur, qui n'est pas tirée d'une autre œuvre (l'originalité ne doit pas être confondue avec la « nouveauté », qui est un critère de brevetabilité ; la préexistence d'une œuvre similaire, inconnue de l'auteur - en particulier si ce dernier n'y a jamais eu accès - ne porte pas atteinte à l'originalité de la nouvelle création indépendante). »

Par son arrêt *Infopaq* 1 (16 juillet 2009, aff. C-5/08), la Cour de justice a érigé la notion d'œuvre originale en notion autonome du droit de l'Union²⁰ et étendu à toutes les œuvres le critère de la « création intellectuelle propre à son auteur » (point 37).

Cette définition a ensuite été systématiquement reprise par la Cour dans ses arrêts *BSA*²¹, *Premier League*²², *Football Dataco*²³, *SAS Institute*²⁴, *Nintendo*²⁵ et, en dernier lieu, *Levola*²⁶.

La formule ainsi adoptée par la Cour reflète une objectivation du critère d'originalité.

Deux arrêts, invoqués par les partisans d'une approche subjective de l'originalité, font toutefois exception à cet ensemble de sept décisions et semblent faire écho à l'approche personnaliste française, en se référant à la « création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier » (points 92 et 99 de l'arrêt du 1^{er} décembre 2011, *Eva-Maria Painer*, affaire C-145/10 et point 14 de l'arrêt du 7 août 2018, *Dirk Renckhoff*, affaire C-161/17).

Si cette dichotomie a pu semer le doute, il serait toutefois très hasardeux de voir dans ces deux arrêts une consécration de la conception personnaliste française de l'originalité.

On observera tout d'abord que les arrêts *Eva-Maria Painer* et *Renckhoff* précisent que la définition des conditions de la protection est ici spécifique aux photographies.

On comprend ainsi qu'il y a, au sein des arrêts de la Cour, une solution spécifique aux photographies qui s'explique probablement par la présence, dans la Directive durée de protection, du curieux considérant 16²⁷ qui se réfère de manière erronée à la Convention de Berne²⁸.

Quoiqu'il en soit, les arrêts *Painer* et *Renckhoff* ne paraissent pas pouvoir, de ce fait, être retenus comme caractérisant la jurisprudence de la CJUE précitée à laquelle ils font au contraire exception.

Le fait que le dernier arrêt rendu par la Cour le 13 novembre 2018, dans l'affaire de la saveur d'un fromage, ne fait aucune référence à la notion de personnalité de l'auteur le confirme.

²⁰ Il convient de préciser que si, en droit interne, on envisage traditionnellement en deux étapes la qualification d'œuvre, puis la vérification de son caractère original qui conditionne la protection, ces deux dimensions se confondent en droit de l'Union et dans de nombreux droits nationaux qui n'effectuent pas davantage la distinction.

²¹ Arrêt du 22 décembre 2010, *BSA*, Affaire C-393/09. Concerne l'interface graphique d'un programme d'ordinateur envisagée sous l'angle de la directive 2001/29). Voir points 50 et 51.

²² Arrêt du 4 octobre 2011, *Premier League*, Affaires jointes C-403/08 et C-429/08. Voir points 97 et 98.

²³ Arrêt du 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, Affaire C-604/10. Concerne une base de données et la Directive 96/9/CE du 11 mars 1996. Voir points 29, 37 et 38.

²⁴ Arrêt du 2 mai 2012, *SAS Institute*, Affaire C-406/10. Concerne la protection juridique des programmes d'ordinateur. Voir points 65 et 68.

²⁵ Arrêt du 23 janvier 2014, *Nintendo*, Affaire C-355/12. Concerne les jeux vidéo et les programmes d'ordinateur. Voir point 21.

²⁶ Arrêt du 13 novembre 2018, *Levola*, Affaire C-310/17. Concerne la saveur d'un fromage. Voir points 35 et 36.

²⁷ Considérant (16) de la version consolidée « La protection des photographies dans les États membres fait l'objet de différents régimes. Une œuvre photographique au sens de la convention de Berne doit être considérée comme originale si elle est une création intellectuelle de l'auteur qui reflète sa personnalité, sans que d'autres critères, tels que la valeur ou la destination, ne soient pris en compte. La protection des autres photographies doit pouvoir être régie par la législation nationale. ». Considérant (17) de la version de 1993 ; le texte de ce considérant (17) a été modifié dans la version de 2006, sauf en ce qui concerne le passage cité.

²⁸ Seul l'article 2.5, comme rappelé ci-dessus, utilise la notion de « création intellectuelle », exclusivement pour les recueils d'œuvres littéraires, encyclopédies et anthologies.

En outre, à supposer même que ces arrêts ne soient pas spécifiques aux photographies, la référence à « *l’empreinte de la personnalité* » de l’auteur, loin de se référer à l’approche personnaliste française traditionnelle, traduit simplement l’exigence que l’auteur ait eu à faire des choix, lesquels reflèteraient sa personnalité.

L’avocat général Szpunar ne dit d’ailleurs pas autre chose dans ses conclusions susvisées lorsqu’il déduit que l’œuvre « *reflète la personnalité* » de l’auteur (« *Tel est le cas ...* ») de ce que ce dernier « *a pu exprimer ses capacités créatives lors de la réalisation de l’œuvre en effectuant des choix libres et créatifs* ».

Au total, le mouvement d’objectivation du concept d’originalité entrepris par la Cour de justice semble bien réel, l’originalité étant désormais déduite « *d’une activité créative procédant de l’arbitraire du créateur* »²⁹, formule qui n’est pas incompatible par conséquent avec les choix effectués de manière autonome par une IA³⁰.

B - L’appropriation selon de droit commun : l’accession

Il est tout à fait possible d’attribuer le droit d’auteur à d’autres personnes qu’au créateur personne physique.

a) La liste des modes d’appropriation du CPI n’est pas fermée

On observera tout d’abord que le droit spécial ne dédaigne pas recourir à d’autres mécanismes d’acquisition primaire de la propriété.

En matière d’œuvre collective, l’article L. 113-5 du CPI investit des droits d’auteur, à titre originaire, la personne morale à l’initiative de l’œuvre, faute pour les contributeurs de pouvoir revendiquer un droit distinct sur l’ensemble. La loi fait donc naître les droits d’auteur dans le patrimoine de l’entrepreneur de l’œuvre collective à raison des investissements engagés dans la création. On ajoutera que dans la rigueur des principes, la qualification d’œuvre collective suppose l’existence d’une création sans co-auteurs déterminés. Certes, chacun des participants apporte une contribution qui sera intégrée à l’œuvre collective, mais aucun d’eux ne peut revendiquer de droits sur celle-ci dès lors qu’ils ne sont pas à l’origine de sa création, et n’en maîtrisent pas la mise en forme. C’est en effet l’entrepreneur, personne morale ou physique, à l’initiative de la création, qui exerce le contrôle et la maîtrise du processus créatif et rend *in fine* possible la naissance de l’œuvre collective. En tout état de cause, dans ce cas particulier, l’appropriation ne repose plus à proprement parler sur l’acte de création d’une personne physique mais sur l’investissement matériel et humain coordonné par une personne morale.

Par ailleurs, en matière d’œuvres posthumes divulguées après l’extinction du monopole, le CPI fait naître le droit d’exploitation sur la tête des propriétaires du support de l’œuvre. Ces derniers se trouvent investis *ab initio* des droits patrimoniaux du fait de la publication de l’œuvre, sans avoir participé au processus créatif.

²⁹ Lucas, Traité précité n° 126, p 134.

³⁰ Voir J Larrieu, étude précitée, p. 470

Même dans l'approche classique du droit d'auteur, le système n'est pas hermétique à d'autres modes d'acquisition originaire de la propriété intellectuelle.

b) En l'absence de disposition spéciale, le recours au droit commun s'impose

L'appropriation du fait de la création d'un auteur personne physique n'est donc pas le mode d'acquisition exclusif des droits d'auteur. En présence d'une hypothèse où les règles spéciales du CPI sont impuissantes à régler la question de la propriété primaire d'une œuvre sans auteur déterminé, le droit commun pourrait donc pallier ces lacunes.

Tel est précisément le cas en matière de création intelligente. L'existence d'une œuvre n'est pas contestable, mais les règles édictées par le CPI sont impropres à investir quiconque de droits d'auteur sur celle-ci. C'est la raison pour laquelle, au-delà du droit spécial, rien n'interdit de se tourner vers les mécanismes d'appropriation traditionnels instaurés par le droit commun des biens que sont l'accession, la prescription acquisitive ou l'occupation (article 712 du Code civil³¹).

On précisera à cet égard que l'approche classique du droit des biens, qui postule que les modes d'acquisition visés par le Code civil seraient réservés aux meubles corporels, est aujourd'hui largement rejetée par la doctrine majoritaire³².

De la même manière, il a été démontré que la possession par exemple s'adapte aux choses incorporelles³³. En droit d'auteur, la jurisprudence ne dit d'ailleurs rien d'autre au sujet de la présomption de titularité au bénéfice des personnes agissant en contrefaçon. Ainsi, dans un arrêt du 24 mars 1993, *Areo*, la Cour de cassation admet en effet que, en l'absence de revendication par la ou les personnes physiques ayant réalisé une œuvre, la société qui l'exploite sous son nom est présumée à l'égard des tiers, par ces « *actes de possession* », être titulaire du droit de propriété incorporelle sur la création³⁴. Et la Cour de cassation, dans son Rapport annuel de 1993, précisait, au sujet de cet arrêt, que, « *dépassant désormais le jeu des textes régissant la propriété littéraire et artistique, elle [était] remontée au principe élémentaire du droit selon lequel la possession fait présumer la propriété* »³⁵, ignorant ainsi la distinction entre bien matériel et immatériel.

Dans ce contexte, face à une situation factuelle dans laquelle l'IA, bien incorporel produit par l'homme, produit seule d'autres biens incorporels, les créations intelligentes, le mécanisme de

³¹ Article 712 du C. civ. : « *La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription* ».

³² N. Binctin, *JCl Civil Code*, Articles 565-577, n° 72 ; F. Cohet, *Accession*, *Répertoire civil Dalloz*, 2016, n° 22 et s. ; F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008, n° 149 ; S. Becquet, *Le bien industriel*, LGDJ 2005, coll. *Bibl. dr. Privée*, t. 448, n° 151 ; V. également W. Dross, *Droit des biens*, op. cit., n° 39. – En PI : C. Caron, « Du droit des biens en tant que droit commun de la propriété intellectuelle », *JCP G* 2004, I, 164.

³³ A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 ; B. Parance, *La possession des biens incorporels*, LGDJ, 2008.

³⁴ Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, *Bull. civ. I*, n° 126 ; *JCP G* 1993, II, 22085, note F. Greffe ; *RIDA* oct. 1995, p. 191, obs. A. Keverer ; *RTD com.* 1995, p. 418, obs. A. Françon. – L'arrêt de principe : Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1996, *Bull. civ. I*, n° 28 ; *D.* 1996, somm., p. 285, obs. J.-J. Burst ; *RTD com.* 1997, p. 95, obs. A. Françon ; *Ann. propr. ind.* 1996, p. 108, note A. Lakits-Josse.

³⁵ Rapport de la Cour de cassation, 1993, La Documentation française, 1994, p. 312.

l'accession, et plus précisément celui de l'accession par production, semble de nature à répondre à la question de l'appropriation des œuvres créées par l'IA³⁶.

c) La propriété des créations intelligentes par accession

Le mécanisme de l'accession

Le droit d'accession est défini à l'article 546 du Code civil, lequel dispose que « *La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession* ».

Par l'accession, le propriétaire acquiert les accessoires que produit sa chose ou qui s'unissent ou s'incorporent à elle. L'accession **augmente l'assiette de la propriété principale**. Elle contribue en ce sens à définir le périmètre de la propriété.

Accession et bien incorporels

Comme l'enseigne une partie de la doctrine³⁷, le mécanisme de l'accession par son abstraction a vocation à régir les œuvres de l'esprit comme les autres biens incorporels.

On soulignera à ce titre que la jurisprudence n'a pas hésité à faire application des règles de l'accession par production pour régler le sort des fruits – redevances – tirés de l'exploitation d'un brevet³⁸ ou de marques protégées³⁹. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé, au visa des articles 549 et 550 du Code civil, que le possesseur d'un brevet, « *même de bonne foi, doit restituer les fruits au propriétaire qui revendique la chose à compter du jour de la demande* »⁴⁰.

Types d'accession et choix

Le Code civil distingue deux types d'accession :

- l'accession par production
- l'accession par incorporation ou par union.

L'accession par incorporation ou par union suppose un conflit de propriétés. C'est ce conflit que se propose de régler l'accession. Un des propriétaires est donc évincé : l'accession a pour principe de désigner un seul propriétaire parmi les deux intervenants.

Or, telle n'est pas la situation qui nous occupe. Dans notre cas, il n'y a pas de conflit entre deux titulaires de droits d'auteur. En revanche, il y a bien une chose frugifère, l'IA, qui génère des œuvres qui sont ses fruits et qui peuvent parfaitement, dans le cadre du mécanisme d'accession par production, devenir la propriété du ou des titulaires des droits sur l'IA.

³⁶ V. en ce sens P.-Y. Gautier, « De la propriété des créations issues de l'intelligence artificielle », *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n° 2, octobre 2018, Dossier 12 (également paru au JCP G).

³⁷ P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 593 ; P.-Y. Gautier, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit, Vers une nouvelle querelle des Proculéiens et des Sabinien », *D.* 1998, chron. 152 ; C. Caron, *Droits d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 13 et 243 ; A. Bertrand, *Droit d'auteur*, *Dalloz Action*, n° 104-34 ; F. Cohet, *Accession*, *Répertoire civil Dalloz*, 2016, n° 22 et s.

³⁸ Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-21585, *Bull. Civ. IV*, n° 80.

³⁹ CA Orléans, 10 juill. 2003, n° RG 02/01964, *PIBD* 2003, n° 773.

⁴⁰ Cass. com., 28 avr. 2004, précit.

Accession par production

En cas d'accession par production, tout ce qui provient de la chose appartient au propriétaire de celle-ci, notamment s'agissant des fruits qu'elle produit (art. 547 du Code civil).

On rappellera qu'on désigne par le terme fruits tout ce que la chose produit périodiquement et sans altération de sa substance.

Or la définition très large généralement retenue du fruit est suffisamment accueillante pour y inclure les créations intelligentes.

S'agissant des catégories de fruits prévues par le Code civil (naturels, industriels ou civils), on retiendra, comme le Professeur Gautier, la qualification de fruit industriel. En effet, les créations intelligentes ne vont pas naître spontanément mais par l'exploitation de la chose frugifère. C'est en effet l'intervention de l'homme, si modeste soit-elle, qui va permettre l'apparition des œuvres fruits de l'IA. C'est bien lui qui va se saisir de l'IA pour l'utiliser, afin qu'elle produise des œuvres. La qualification de fruits industriels semble donc s'imposer.

Application

Dans ces conditions, il y a bien une chose frugifère, l'IA, qui génère d'autres choses, en l'occurrence des œuvres, qui sont aussi ses fruits et qui deviendront par accession la propriété du ou des titulaires des droits sur l'IA.

Le plus souvent, l'IA constituera une œuvre collective et les droits d'auteur sur les créations intelligentes seront dévolus, conformément à l'article L.113-5 du CPI, à « *la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée* ».

On peut en effet, sans véritablement hésiter, partir du postulat qu'une IA constituera fréquemment une œuvre collective semblable à une œuvre multimédia, dont la jurisprudence a déjà eu à connaître dans l'arrêt *Cryo* notamment⁴¹. De nombreux indices plaident en ce sens : on aura bien ici la réunion d'éléments de genre différent, comprenant une composante logicielle importante (et qui supportera l'algorithme), une organisation en base de données, une interface ergonomique, etc ; par ailleurs, la complexité et la diversité intrinsèque de ces créations font qu'elles sont, comme les jeux vidéo, réalisées dans un cadre professionnel, selon un processus créatif vertical faisant intervenir des compétences différentes (musicales, informatiques...).

Le Professeur Gautier envisage toutefois que l'IA soit une œuvre de collaboration, à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques conformément à l'hypothèse prévue par l'article L.113-2 du CPI, lesquelles se verraient alors reconnaître la « *propriété commune* » (art. L.113-3 du CPI) des droits sur les créations intelligentes à l'instar des droits sur l'IA elle-même.

⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, n° 07-20.387, *RTD com.* 2009, p. 710, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G* 2009, n° 42, 328, note E. Treppoz ; *RIDA* juill. 2009, p. 305, obs. P. Sirinelli.

Si la qualification d'œuvre de l'esprit d'une IA peut-être discutée, la question semble être d'une importance relative car, à défaut d'œuvre, il sera toujours possible d'investir les auteurs des différentes contributions individuelles composant l'IA des droits dont sont l'objet les créations intelligentes.

Situation de l'utilisateur

Il convient enfin d'évoquer la situation de l'utilisateur, dans l'hypothèse où l'exploitation de l'IA serait le fait d'un tiers.

En effet, lorsque le titulaire des droits sur l'IA exploite lui-même sa propriété pour produire des créations intelligentes, il agit en maître de la chose frugifère en sorte qu'il est seul légitime à les accaparer⁴².

Dans le cas contraire, le tiers devra obtenir contractuellement l'autorisation du titulaire des droits sur l'IA pour pouvoir utiliser licitement cette dernière. C'est alors la volonté des parties qui organisera les conditions d'utilisation de l'IA et de la jouissance de ses fruits.

A défaut d'autorisation, l'utilisateur engagerait sa responsabilité à l'égard du titulaire des droits sur l'IA qui pourra revendiquer la propriété et la restitution des créations intelligentes en tant que titulaire des droits sur ces dernières.

⁴² V. en matière de droits des biens : W. Dross, *Droit des biens, op. cit.*, n° 14.