

TITRE 5

Singularité technologique, singularité humaine et droit d'auteur

Benoît MICHAUX*

CHAPITRE 1. Un juriste qui fixe la technologie en point de mire

Il y a des hommes qui portent naturellement leur regard vers la ligne d'horizon. Celui auquel le présent ouvrage rend hommage en fait incontestablement partie. Ces personnes ont le don de se projeter bien au-delà de leur biotope de départ, avec une aisance à ce point déconcertante qu'elle en devient presque vexante pour certains. Elles ont, en outre, cette faculté peu commune d'y projeter avec elles tous ceux qui les entourent, parfois à leur corps défendant.

Au départ de ce parcours-ci – celui du dédicataire –, le biotope était juridique. Quant à la ligne d'horizon, c'était la technologie. Aujourd'hui, le mariage de la technologie et du droit s'impose avec l'évidence d'une réalité triviale, mais, hier, il ne se donnait qu'à ceux qui réussissaient à croire en son destin inéluctable.

Donc, pour le jubilaire, la technologie est apparue très tôt en point de mire, avec tous les enjeux juridiques qui y sont liés. Bien entendu, dans cette perspective, les questions liées à la protection des données à caractère personnel occupent une place de choix, ce qui lui convenait bien sûr, car c'est son pôle d'excellence naturel. Mais celles qui concernent la propriété intellectuelle ne sont pas en reste. Sur ce terrain, on aurait pu penser qu'Yves Pouillet serait moins sensibilisé. C'eût été une erreur. Car ceux qui ont bénéficié de la proximité des personnalités de ce type peuvent vous l'assurer : chez celles-ci, une pratique moins quotidienne d'un domaine est largement compensée par une intuition quasi instantanée de son fonctionnement.

* Chargé de cours à la Faculté de droit de l'UNamur, chercheur au CRIDS.

Disons-le sans détour : vis-à-vis de la propriété intellectuelle, le dédicataire de cet ouvrage n'a pas hésité à manifester ses réticences, tant il est préoccupé par toutes les formes de menaces qui peuvent verrouiller les bénéfices de la technologie. Profondément attaché à celle-ci, il a régulièrement tenu à prendre position en faveur de l'accès au savoir dans la société de l'information. Ainsi, lors d'un colloque en 2006, s'exprimant « au nom d'un intérêt général toujours à redéfinir » par rapport à la poussée des droits de propriété intellectuelle, il faisait part de son sentiment que, « sans doute, les temps sont mûrs pour une réévaluation de la pesée d'intérêts »¹. Peu après, la Cour de justice allait amorcer une évolution très nette destinée à mettre systématiquement en balance, d'une part, la propriété intellectuelle, le droit d'auteur en particulier, et, d'autre part, les droits fondamentaux, dont la protection des données à caractère personnel² et la liberté d'expression.

Il est encore une autre raison qui peut expliquer la retenue du dédicataire vis-à-vis de la propriété intellectuelle en général, et du droit d'auteur en particulier. En tant qu'académique, chargé de hautes fonctions, il a été confronté à la complexité du phénomène du plagiat en recherche. Or peu de problématiques sont aussi difficiles à gérer que celle-là pour ceux qui accordent la plus haute estime tant à l'honnêteté intellectuelle qu'au libre parcours des idées.

CHAPITRE 2. La technologie, l'humain, la création et la propriété intellectuelle

Pour les contemporains, l'évolution technologique donne régulièrement les apparences de la machine folle qui s'emballe. Mais, avec la robotique, ce sentiment s'est, en outre, accompagné d'un malaise profond face à la menace sourde d'une suprématie de la machine. Le réseau grouillant des agents dotés d'intelligence artificielle qui améliorent sans cesse leurs propres performances sans plus avoir besoin de l'humain se profile de plus en plus nettement. Le syndrome de Frankenstein guette, qui transmet au créateur l'angoisse que sa créature lui échappe. Ce genre de terreau est manifestement idéal pour faire germer l'idée que l'intelligence artificielle

¹ Y. POULLET, « Intérêt général, droits de propriété intellectuelle et société de l'information », in M. BUYDENS et S. DUSOLLIER (éd.), *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 68, n° 15.

² Voy. C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae/Telefonica*, aff. C-275/06.

globale est appelée à dépasser l'intelligence humaine, idée popularisée sous l'appellation de « singularité technologique »³. Cette idée, bien que qualifiée de mythe par certains⁴, n'en est pas moins portée par une effervescence collective palpable dans la réalité.

Le paradoxe veut qu'au moment même où règne une crainte diffuse autour de la domination par la machine, le monde juridique humain envisage de protéger les productions de la machine, vraisemblablement dans l'espoir qu'une appropriation de ces résultats pourra bénéficier au créateur de la machine.

Ainsi, début 2017, le Parlement européen a adopté une résolution demandant à la Commission « de soutenir une approche transversale et technologiquement neutre de la propriété intellectuelle, qui s'applique aux différents secteurs concernés par l'application de la robotique »⁵.

C'est donc de la création par l'intelligence artificielle qu'il sera question dans la présente contribution, et de son éventuelle protection par des droits de propriété intellectuelle.

Dans les commentaires consacrés à la résolution précitée, le Parlement privilégie la voie de la protection des créations robotiques par le droit d'auteur. Pareille option ne manque pas de sel lorsque l'on sait que l'accès à la protection par le droit d'auteur repose sur des critères étroitement liés à l'humain⁶. Comment, dès lors, pouvoir raisonnablement envisager une protection par le droit d'auteur si la production qui en bénéficierait est le fruit d'une intelligence non humaine ? Conscient de ce hiatus, le Parlement invite donc la Commission à adapter, s'il y a lieu, les critères d'éligibilité pour ce mode de protection dans le cas où la création serait générée par une machine : « la définition de critères de "création intellectuelle propre" applicables aux œuvres protégeables par droit d'auteur créées par des ordinateurs ou des robots est exigée »⁷.

³ Voy. les réflexions et dialogues de R. KURZWEIL, not. exposées dans *The Ray Kurzweil Reader, a Collection of Essays by Ray Kurzweil Published on kurzweilAI.net 2001-2003*, <http://www.kurzweilai.net/pdf/RayKurzweilReader.pdf> ; voy. en particulier la référence à la pensée de J. VON NEUMANN, *ibid.*, p. 135 ; voy. aussi la référence (p. 153) à V. VINCE, « The coming technological singularity: how to survive in the post-human era », in *Interdisciplinary Science and Engineering in the Era of Cyberspace*, 1993, disponible à l'adresse <https://ntrs.nasa.gov/archive/nasa/casi.ntrs.nasa.gov/19940022855.pdf>.

⁴ P. GANASCIA, *Le mythe de la singularité*, coll. Science ouverte, Paris, Seuil, 2017.

⁵ Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique, 2015/2103(INL), p. 10, n° 18.

⁶ Cf. *infra*.

⁷ Parlement européen, 27 janvier 2017, *Rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique*, 2015/2103(INL), p. 32.

Cet élan protectionniste du Parlement européen n'est pas sans susciter un certain nombre de questions. Parmi elles, il y a d'abord la question fondamentale de l'opportunité d'une protection par le droit d'auteur. À vrai dire, il est pour le moins surprenant, du moins *a priori*, que le droit intellectuel le plus anthropomorphe s'applique à des productions qui le seraient le moins. L'intelligence artificielle serait de ce fait mise sur le même pied que l'intelligence humaine. Ou, pour le dire autrement, la touche personnelle qui constitue l'originalité de l'œuvre finirait par être reconnue à la production robotique. En somme, on mettrait entre parenthèses la singularité technologique pour accorder à la machine une singularité (quasi) humaine dans son processus de production.

La démarche qui précède est troublante, pour ne pas dire qu'elle présente les allures de l'incohérence. Du moins au premier abord. Car, à l'examen, il n'est pas si certain que la production par le robot soit vouée à échouer au test qui conditionne l'accès au droit d'auteur, c'est-à-dire le test de l'originalité.

Une première vague de discussions à ce propos a eu lieu au cours de la dernière décennie du XX^e siècle, à un moment où l'ordinateur n'était encore qu'un assistant à la création⁸. Toutefois, ce n'est que récemment, depuis l'essor impressionnant des robots (quasi) autonomes, à l'origine de créations en tout genre⁹, qu'il a pris une dimension véritablement critique.

La question centrale qui doit occuper les esprits dans ce contexte est celle qui porte sur la quintessence de l'originalité en tant que pilier du droit d'auteur. Elle invite à vérifier l'hypothèse d'une malléabilité de cette notion dans le cas de machines dotées d'une intelligence artificielle.

CHAPITRE 3. La place de la singularité en droit d'auteur

L'originalité constitue un filtre essentiel pour accéder au bénéfice du droit d'auteur. Il est connu que, dans sa directive phare consacrée au droit

⁸ Voy. les contributions rédigées au début des années 1990, not. T. DREIER, « Creation and investment: artistic and legal implications of computer generated works », *International Computer Law Adviser*, 1990-1991, pp. 11-23 ; M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *Computerr.*, 1993, pp. 10-16.

⁹ Articles de journaux, scénarii de films, musiques, photographies.

d'auteur¹⁰, le législateur de l'Union n'a cependant pas mentionné ni *a fortiori* défini la notion d'originalité, alors qu'il est unanimement admis que cette notion est décisive pour déclencher la protection par ce droit.

Au risque de se muer en quasi-législateur, c'est la Cour de justice qui a pris la responsabilité de mettre l'originalité en évidence et d'en clarifier la signification ainsi que la portée.

L'arrêt *Infopaq* a posé les bases de ce mouvement. Selon la formule consacrée par la Cour¹¹, l'œuvre est originale si elle constitue « une création intellectuelle propre à son auteur »¹². Par la suite, l'arrêt *Painer* précisera les contours de l'originalité ainsi définie. La Cour y relève que l'œuvre pourra être considérée comme originale si elle est caractérisée par « des choix libres et créatifs »¹³. De surcroît, cet arrêt est celui qui confère les accents les plus humanistes à l'originalité. Pour que l'œuvre soit originale, il faut, y souligne la Cour, que l'œuvre « reflète la personnalité » de l'auteur¹⁴ et qu'« à travers [ses] différents choix », l'auteur imprime « sa touche personnelle » à l'œuvre¹⁵. La jurisprudence ultérieure de la Cour a encore affiné la notion. Ainsi, l'arrêt *Football Dataco* a distingué sans aucune ambiguïté, d'une part, la notion d'originalité, et, d'autre part, la notion d'efforts, de travail et de savoir-faire¹⁶. Ce faisant, la Cour a encore davantage privilégié la dimension subjective de l'originalité au détriment d'une approche objective.

Certes, la tradition du droit d'auteur ne se réfère qu'à la notion d'originalité. Le concept de singularité n'y apparaît nulle part. En soi, ce dernier terme n'a pas de valeur officielle sur le terrain du droit d'auteur. Il n'en est toutefois pas moins présent, ne fût-ce que de manière indirecte. Car, après tout, la touche personnelle¹⁷ exigée pour ouvrir la voie à la protection ne désigne rien d'autre qu'une singularité. Lorsque le législateur communautaire et, à sa suite, la Cour de justice se réfèrent à une création

¹⁰ La directive phare correspond à la directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

¹¹ Il est vrai que la formule avait été utilisée par le législateur lui-même à propos de certaines œuvres particulières, à savoir les programmes d'ordinateur, les bases de données et les photographies. Le mérite de la Cour est d'avoir étendu cette formule à toutes les œuvres et, surtout, d'en avoir précisé la portée.

¹² C'est l'arrêt *Infopaq* qui, pour la première fois, établit la concordance entre la notion d'originalité et la formule ainsi utilisée ; C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08.

¹³ C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer*, aff. C-145/10, pt 89.

¹⁴ C.J.U.E., *Painer*, aff. C-145/10, préc., pt 188.

¹⁵ C.J.U.E., *Painer*, aff. C-145/10, préc., pt 192.

¹⁶ C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco*, aff. C-604/10.

¹⁷ Cf. l'arrêt *Painer*, préc.

intellectuelle « propre à son auteur »¹⁸, ils ne pointent vers rien d'autre que la singularité de l'auteur telle qu'elle s'exprime dans l'œuvre candidate à la protection.

Dans les réflexions qui suivent, la singularité est comprise comme un concept générique en parfaite concordance avec la notion d'originalité. Et si, dans le cadre de la présente contribution, ce terme y est régulièrement utilisé en lieu et place de l'originalité, c'est parce qu'il va utilement servir notre propos. Le concept de singularité est, en effet, ambivalent, dès lors qu'il peut avoir cours tant dans le domaine du droit d'auteur que dans celui de la technologie. Mais il possède des significations radicalement différentes dans ces domaines respectifs. Le but de cette contribution est d'éprouver ce concept dans des contextes que tout paraît opposer : le contexte de la machine dans lequel intervient la singularité technologique, dans le sens mentionné ci-avant, et le contexte de la création dans lequel intervient la singularité tout court, dans un sens qui équivaut à celui de l'originalité¹⁹.

CHAPITRE 4. La machine face aux défis de la singularité

La machine bénéficie d'atouts inégalés par rapport à l'individu humain sur le plan de la création. Elle dispose tout d'abord d'une puissance phénoménale pour mémoriser et traiter l'ensemble de la production antérieure, dans le but de développer une nouvelle²⁰ production. Ensuite, elle a des moyens sans équivalent pour assurer à sa production une publicité auprès du public le plus large qui soit, au point de rendre quasi inaudible l'individu humain qui veut diffuser sa création personnelle.

Pour autant, la machine semble en position de faiblesse s'agissant des conditions d'octroi du droit d'auteur. *A priori*, la machine représente en effet la négation même de la singularité-originalité visée par le droit d'auteur. Elle souffre, à cet égard, de lourdes tares.

À ce sujet, on peut reprocher à la machine d'être programmée pour produire à la chaîne des résultats efficaces, et, dans ce but, de reproduire bien plus que de créer, en s'appuyant sur des schémas stéréotypés.

¹⁸ Cf. l'arrêt *Infopaq*, préc.

¹⁹ Ci-après, « la singularité-originalité ».

²⁰ Cette nouveauté est toutefois relative, cf. aussi *infra*.

Cela étant, ce même type de déficiences avait déjà été objecté par le passé à de nombreux producteurs humains sans que pour autant ceux-ci se voient priver du bénéfice du droit d'auteur. On se souviendra à ce propos des considérations implacablement pourfendeuses d'Adorno et Hockenheimer à l'endroit de la *Kulturindustrie*. Pour ceux-ci, l'industrie culturelle de masse abuse des clichés dont « la seule raison d'être est de correspondre à la fonction qui leur a été assignée dans le schéma »²¹ ; les produits culturels qui en résultent sont « objectivement constitués »²² ; ceux-ci se fondent sur « quelque chose qui serait à la fois archiconnu tout en n'ayant jamais existé »²³ ; « ce qui s'imprime dans l'esprit de l'homme », c'est « la succession automatique d'opérations standardisées »²⁴ ; l'imitation l'emporte sur l'individuation²⁵.

Il est cependant vrai que les accusations formulées à l'égard des producteurs de masse hier, et de l'intelligence artificielle aujourd'hui, risquent fort d'être cataloguées de jugements de valeur. À l'inverse, elles ne seront pas reconnues par les juristes techniciens comme des motifs valables pour évincer le droit d'auteur.

Bien plus, sur le terrain technique du droit d'auteur, il apparaît que ces reproches surestiment et défigurent le concept de singularité-originalité. Or c'est d'abord sur ce terrain qu'il convient de mener l'enquête.

CHAPITRE 5. Le mythe de la singularité absolue

En matière de création, le mythe de l'originalité absolue hante souvent les esprits. Il reste tenace, même chez certains juristes. Mais avant tout, il correspond à un certain fantasme chez l'auteur lui-même. Dans cette vision purement idéaliste qui est celle de l'originalité absolue, la création devrait être le fruit du génie, et ne rien devoir à personne.

En général, l'auteur est réaliste, en ce sens qu'il perçoit l'impossibilité de concevoir une œuvre totalement autonome – celle qui ne devrait rien à personne. Mais cela ne l'empêche pas de tendre vers ce but. Pour arriver à conférer une singularité à son œuvre, l'auteur cherche alors à se soustraire aux influences. Quant au juriste, du moins celui qui est appelé à veiller à

²¹ T. ADORNO et M. HOCKENHEIMER, *Kulturindustrie, Raison et mystification des masses*, Paris, Allia, 2015, p. 17.

²² *Ibid.*, p. 20.

²³ *Ibid.*, p. 37.

²⁴ *Ibid.*, p. 42.

²⁵ *Ibid.*, pp. 81-82.

la protection du droit d'auteur, il est bien évidemment encore plus radical à cet égard. Il n'a pas de clémence envers celui qui emprunte à l'œuvre d'autrui²⁶, fût-ce de manière minime et accidentelle. Bien entendu, il y a la tolérance de la loi vis-à-vis de la citation, du pastiche et de quelques autres cas de figure officiellement admis. Mais, hormis ces situations qualifiées d'exceptions, pour ce type de juriste, il n'y a guère de place pour l'absolution. Telle est en tout cas la vision la plus rigoriste de la propriété littéraire et artistique, celle qui entend se prémunir à l'égard de toute considération extérieure à sa propre pureté.

L'évolution de ces dernières années est cependant en train de modifier profondément le regard du juriste sur l'originalité de l'œuvre. Et peut-être même, à ce sujet, la distance est-elle sur le point de se réduire entre l'œil du technicien du droit et celui de l'intellectuel créateur quand il s'agit d'apprécier la singularité de l'œuvre.

Car, dans le milieu des intellectuels, l'ouverture aux influences n'est pas condamnée à être vécue dans la honte. Des écrits récents ont efficacement remis à l'honneur l'attitude du créateur qui assume la dette qu'il a envers ses prédécesseurs²⁷. Le but n'est plus d'éviter la dette, car celle-ci est inévitable. La création ne s'effectue pas au départ d'un vide total. Bien au contraire, elle est pétrie de ce qui fait la richesse de l'art antérieur. Les esprits admettent de plus en plus volontiers qu'imiter n'est pas le contraire d'inventer. Encore faut-il, c'est certain, que l'inventeur digne de ce nom fasse œuvre personnelle à partir de l'œuvre d'autrui. D'aucuns ajouteront « et qu'il respecte sa dette »²⁸. En somme, l'originalité de l'œuvre nouvelle n'est qu'une originalité relative. L'abandon du mythe de la singularité absolue n'est nullement un appauvrissement, au contraire. Il est d'abord une prise de conscience d'un état des choses, à savoir que la création se greffe nécessairement sur le préexistant. Il est ensuite une prise en main de cet état, en ce sens que le créateur emprunte pour concevoir une œuvre nouvelle et personnelle.

Dans un registre fort différent, et à des degrés divers, les juristes ont, eux aussi, opportunément mis le doigt sur le caractère relatif de l'originalité, et même parfois extrêmement relatif.

²⁶ Pour autant que la durée de protection soit encore en cours.

²⁷ Voy. M. DECOUT, *Qui a peur de l'imitation ?*, Paris, Éditions de minuit, 2017. Pour une prise de position antérieure par un maître de la littérature, voy. A. GIDE, *De l'influence en littérature*, Paris, Allia, 2010.

²⁸ Parmi ceux-là, de très nombreux juristes. Il va de soi que, si l'emprunt porte sur une œuvre qui est encore protégée par le droit d'auteur, l'emprunteur devra respecter ce droit d'auteur.

Ainsi, à propos des œuvres littéraires, la Cour de justice observe que l'auteur ne crée pas tout dans l'œuvre qu'il conçoit. En particulier, les mots qu'il utilise ne sont pas en tant que tels, pris isolément, une création intellectuelle qui lui serait propre. Pour autant, l'auteur est susceptible d'exprimer son esprit créateur et dans cette mesure de faire preuve d'originalité. Cette originalité est relative, car elle ne se situe pas dans les mots considérés isolément, mais bien dans le choix, la combinaison et la disposition des mots²⁹. Cette décision est plutôt bénéfique pour les articles de presse créés par robots. Il y a, en effet, une forte probabilité pour que ce type d'articles comporte des phrases caractérisées par des choix de certains mots, ainsi que des combinaisons et des dispositions particulières de ces mots, sans que ces choix soient dictés par des contraintes objectives. Il n'y a donc pas de raison de dénier une originalité à un tel article, dès lors qu'il rencontre précisément les critères indiqués par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Infopaq*.

Dans le domaine des œuvres photographiques, l'arrêt *Painer* de la Cour révèle encore davantage le caractère relatif de l'originalité. La décision est d'autant plus pertinente vis-à-vis des créations robotiques qu'elle concerne une situation où l'œuvre est conçue à l'aide d'une machine. Dans le cas des photos, l'originalité de l'auteur peut se limiter à effectuer des choix par rapport aux éléments suivants : la mise en scène, la pose de la personne à photographier ou l'éclairage ; le cadrage, l'angle de prise de vue ou encore l'atmosphère créée³⁰.

Encore faut-il, pour que des choix révèlent une véritable originalité, que ceux-ci soient « libres et créatifs »³¹. Cela signifie qu'ils ne peuvent être imposés par des considérations techniques ni se révéler totalement triviaux.

La consécration du principe de l'originalité relative est de nature à lever certaines objections qui auraient pu peser sur les œuvres robotiques. Il aurait, en effet, pu être reproché à ces œuvres, dans de nombreux cas, d'avoir été élaborées à partir d'éléments préexistants. Ainsi, une œuvre musicale conçue par intelligence artificielle aurait pu se voir accuser de se résumer à un assemblage de sons et de séquences sonores déjà (fort) connus. Le principe de l'originalité relative lui permet précisément de démonter cette accusation³².

²⁹ C.J.U.E., 16 juillet 2009, *Infopaq*, aff. C-5/08, pts 39-45.

³⁰ C.J.U.E., *Painer*, aff. C-145/10, préc., pt 91.

³¹ C.J.U.E., *Painer*, aff. C-145/10, préc., pt 89.

³² Au risque de se répéter (voy. *supra*), si l'assemblage porte sur des séquences sonores qui sont comme telles encore protégées par le droit d'auteur, l'assembleur devra respecter celui-ci.

Toutes les critiques ne sont pas levées pour autant. Car il reste nécessaire que les choix qui caractérisent l'œuvre robotique puissent être qualifiés de « créatifs ». Or la discussion peut se heurter à une controverse délicate. Tel est particulièrement le cas lorsque l'intelligence artificielle a été programmée pour répondre aux goûts du public, en combinant de manière logique des enchaînements de sons déjà présents dans un ensemble d'œuvres antérieures, dont le succès aurait été prouvé. Et quand bien même la réponse serait positive, il reste à voir si la singularité ne pourrait pas néanmoins être déniée, au motif qu'elle ne dénote pas de touche personnelle – au sens le plus humain du terme³³.

CHAPITRE 6. Le mythe de la singularité consciente

Si la Cour de justice requiert que l'œuvre soit le résultat de choix libres et créatifs, elle n'en exige pas pour autant qu'ils soient le fruit de choix conscients. La circonstance que le robot est dépourvu de conscience ne le disqualifie donc pas. Pas davantage le fait que le programmeur de l'intelligence artificielle serait incapable de se figurer de manière précise – c'est-à-dire en pleine et entière conscience – les contours de l'œuvre qui sera générée par l'intelligence en question.

Malgré des opinions en sens contraires³⁴, il semble majoritairement admis qu'une œuvre est protégeable, même lorsque son élaboration en tant qu'œuvre n'a pas fait l'objet d'une prise de conscience³⁵.

Cela étant, la discussion reste possible. La Cour de justice de l'Union européenne fait en effet référence à l'esprit créateur de l'auteur, ce qui désigne une activité mentale. Or il n'est pas acquis que la production robotique soit assimilable à un tel type d'activité. Sauf à dire que le caractère artificiel de l'intelligence et de l'activité soit indifférent, de manière telle que la production robotique équivaut à une activité mentale humaine³⁶.

³³ Cf. *infra*, à propos de la relativisation de l'humanité.

³⁴ Voy. A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2012, p. 72.

³⁵ En jurisprudence, voy. la décision de la Cour suprême néerlandaise, Hoge Raad, 30 mai 2008, *Zonen Endstra v. Nieuw Amsterdam*, not. citée par J. LARRIEU, « Chapitre 9. La propriété intellectuelle et les robots », *Journal international de bioéthique*, 2013/4, vol. 24, p. 130.

³⁶ Cf. *infra*, à propos de la relativisation de l'humanité.

CHAPITRE 7. Le mythe de la singularité irrationnelle

Dans l'imagerie collective, la notion d'originalité est souvent perçue comme un synonyme de fantaisie. Et même, parfois, l'originalité y paraît désigner une forme d'arbitraire totale, c'est-à-dire une chose dépourvue de toute raison, voire même de contraire à la raison ou à la logique, et d'étrangère à toute forme de prévisibilité.

Il est clair que cette sorte de radicalité est excessive et hors sujet par rapport à la notion d'originalité telle qu'elle est pratiquée en matière de droit d'auteur, notamment par la Cour de justice. Ainsi, dans le domaine des articles de presse, le choix des mots, leur disposition ou leur combinaison peuvent parfaitement révéler une originalité quand bien même ils ne seraient pas dépourvus de toute logique. De même, dans le domaine des œuvres photographiques, le choix d'un angle de vue et d'un éclairage peut fort bien refléter une singularité, en dépit du fait qu'il ne serait pas complètement insensé.

Cette conclusion s'impose, s'il faut admettre que les œuvres fonctionnelles et les œuvres techniques sont éligibles à la protection, ainsi que l'a décidé la Cour de justice à propos d'œuvres informatives, telle que des articles de presse³⁷, et d'œuvres techniques, telles que des photographies³⁸. Vis-à-vis de telles œuvres, les considérations objectives sont, en effet, inévitables.

Certes, le choix est incapable de générer une originalité s'il résulte nécessairement d'une contrainte objective. En revanche, il peut quand même traduire une originalité dans l'hypothèse où plusieurs choix différents permettraient de tenir compte de la même contrainte objective.

À nouveau, l'enseignement qui précède est bénéfique aux créations robotiques. En effet, quand bien même celles-ci reposeraient en partie sur des considérations objectives, cette circonstance ne les écarterait pas pour autant de la protection par le droit d'auteur.

³⁷ C.J.U.E., *Infopaq*, préc.

³⁸ C.J.U.E., *Painer*, préc.

CHAPITRE 8. Vers une relativisation de l'humanité dans l'originalité ?

Il est clair que le droit d'auteur à l'aune des États membres de l'Union européenne est résolument anthropocentrique. Une longue tradition qui y est en cours veut que le droit d'auteur suppose une certaine activité créative d'origine humaine³⁹.

D'ailleurs, plusieurs indicateurs forts sont de nature à manifester concrètement cette tradition. Ainsi, en droit belge, l'auteur est titulaire de plusieurs droits moraux, dont le poids et l'effectivité dans la pratique judiciaire ne sont plus à démontrer. Or les droits moraux sont intimement liés à la personne de l'auteur. Surtout, la législation belge dispose expressément que le titulaire originaire du droit d'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre⁴⁰.

Certes, le droit communautaire n'a précisément pas (encore ?) intégré ces deux types d'indicateurs, favorables à l'approche humaniste. Il n'a pas consacré les droits moraux de l'auteur – même si d'aucuns plaident pour qu'il y procède dans un avenir proche⁴¹. De surcroît, il ne s'est guère aventuré sur le terrain de la titularité originaire du droit d'auteur et il n'a donc pas tranché d'une manière nette et générale en faveur de la seule personne physique⁴².

Cela étant, l'approche humaniste a quand même été suivie au niveau de l'Union, sur le plan de l'originalité. Dans ce contexte, les termes de « touche personnelle » adoptés par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Painer*⁴³ sont susceptibles de peser lourd. Ils ponctuent, en y insistant, la formule selon laquelle la création, pour être originale, doit « refléter la personnalité de l'auteur »⁴⁴. Ces formulations accentuent la tendance personnaliste déjà légèrement esquissée dans

³⁹ T. DREIER, « Creation and investment », *op. cit.*, spéc. p. 16 et références ; M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁰ Art. XI.170 CDE.

⁴¹ Voy. M.-C. JANSSENS, « Les droits moraux », in J. CABAY et al. (éd.), *20 ans de nouveau droit d'auteur*, Limal, Anthemis, 2015, spéc. pp. 151-161.

⁴² Voy., toutefois, l'arrêt *Luksan* de la Cour de justice de l'Union européenne, qui souligne que la titularité directe et originaire du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique revient de plein droit au réalisateur principal (et non au producteur) qu'il convient de protéger en tant que créateur : C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan*, aff. C-277/10.

⁴³ C.J.U.E., *Painer*, préc., pt 92.

⁴⁴ C.J.U.E., *Painer*, préc., pt 88.

l'arrêt *Infopaq*, car la référence à l'esprit créateur dans ce premier arrêt⁴⁵ paraissait bel et bien pointer vers l'esprit humain. À cela s'ajoute, dans l'affaire *Football Dataco*, la disqualification du travail, des efforts et du savoir-faire⁴⁶ comme déclencheurs de l'originalité – soit des critères qui auraient été tous favorables à l'inclusion des productions de l'intelligence artificielle dans les œuvres éligibles à la protection.

Est-ce-à-dire que, vu l'approche clairement personnaliste de la Cour de justice de l'Union européenne, les créations robotiques sont irrémédiablement écartées du bénéfice du droit d'auteur ?

Les choses ne sont pas si simples. Ainsi, il pourrait être soutenu que la solution personnaliste de la Cour de justice de l'Union européenne est particulière au domaine de la photographie. Dans cette interprétation, les termes « personnalité » et « touche personnelle » serviraient surtout à distinguer, d'une part, ce que fait l'appareil, et, d'autre part, ce que fait l'utilisateur de l'appareil, sans pour autant exiger que l'utilisateur soit une personne. Mais une telle relativisation est peu conforme à la manière dont la Cour de justice de l'Union européenne s'exprime, tant dans cette affaire-ci que dans les autres affaires⁴⁷, et surtout à la volonté de la Cour de traiter toutes les œuvres sur un pied d'égalité⁴⁸.

De surcroît, la vision personnaliste de la Cour de justice de l'Union européenne ne fait que confirmer une longue tradition en cours dans les États membres qui veut que le droit d'auteur suppose une certaine activité créative d'origine humaine⁴⁹.

Une autre piste consisterait à défendre l'idée que l'humain n'est pas totalement absent du processus de création robotique. Plus précisément, il pourrait être soutenu que les choix effectués par le robot sont le fruit d'une activité intellectuelle humaine, à savoir celle du concepteur du logiciel qui guide la production robotique. En somme, l'humain reste le créateur, même s'il s'agit d'un créateur indirect.

À cet égard, il n'est pas totalement déraisonnable d'argumenter que le concepteur du logiciel a déterminé les paramètres généraux qui ont permis au robot d'effectuer « ses » choix. S'il est avéré que, par ses choix, le concepteur du logiciel a pesé sur l'expression du résultat, le bénéfice du droit d'auteur devrait être admis⁵⁰.

⁴⁵ C.J.U.E., *Infopaq*, pt 45.

⁴⁶ C.J.U.E., *Football Dataco*, aff. C-604/10, préc.

⁴⁷ Voy. *supra*, à propos de l'arrêt *Infopaq* et de l'arrêt *Football Dataco*.

⁴⁸ Voy., à cet égard, C.J.U.E., *Infopaq*, aff. C-5/08, préc. et *Painer*, aff. C-145/10, préc.

⁴⁹ Cf. *supra* ; voy. T. DREIER, « Creation and investment », *op. cit.*, spéc. p. 16 et références.

⁵⁰ En ce sens, T. DREIER, « Creation and investment », *op. cit.*, p. 16.

Certes, au moment où le concepteur détermine ces paramètres, il n'a pas encore une vue préétablie sur l'œuvre dans sa forme finale⁵¹, telle qu'elle sera générée par le robot. Mais cela n'empêche qu'il concourt à déterminer cette forme finale et que, dès lors, il ne peut être privé d'une récompense à cet égard. Au surplus, il est généralement admis que l'auteur – fût-il un auteur indirect, comme en l'espèce – ne doit pas être conscient de la création qu'il génère par son intervention⁵².

Toutes les questions ne sont pas réglées pour autant. Il subsiste un espace de discussion non négligeable par rapport au fait que les paramètres destinés à guider le processus de création par le robot pourraient être considérés comme des paramètres purement fonctionnels. Dans cette approche, les paramètres servent à amener le robot à reproduire et combiner des schémas caractérisant un ensemble d'œuvres préexistantes dont il est établi qu'elles rencontrent un succès populaire – ou qu'elles sont susceptibles de le faire. En quelque sorte, le robot finit par fonctionner comme un outil technologique pur qui met en concordance un produit d'assemblage conçu à partir d'œuvres préexistantes avec les attentes du public – identifiées grâce au succès antérieur des œuvres utilisées ou à des techniques d'échantillonnage du type enquêtes publiques. Si le problème est posé en ces termes, il devient beaucoup plus délicat de répondre positivement à la question de savoir si les choix sont véritablement créatifs au sens où ils expriment un « esprit créateur »⁵³.

CHAPITRE 9. Bilan théorique et pratique concernant l'éligibilité des créations robotiques

Au regard de ce qui précède, dans l'hypothèse où il serait décidé d'envisager le bénéfice du droit d'auteur pour les créations robotiques, les indicateurs ne sont pas univoques.

Il existe tout d'abord, on ne peut le contester, certains éléments qui favorisent l'éligibilité des productions de l'intelligence artificielle. À ce titre, on peut surtout mentionner la circonstance que la singularité ne

⁵¹ Il n'est pas requis que l'auteur ait dès le départ une vision préétablie de son œuvre ; en ce sens, A. LUCAS, H.-J. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 73.

⁵² Cf. *supra*, à propos du mythe de la singularité consciente.

⁵³ C.J.U.E., *Infopaq*, préc., pt 45.

doit pas être absolue et que le processus de création ne doit pas nécessairement être conscient.

En sens contraire, il y a des éléments qui plaident incontestablement en défaveur de l'éligibilité des créations robotiques. À cet égard, il est clair que l'approche essentiellement anthropocentrique de l'originalité est particulièrement préjudiciable aux productions générées par la machine.

Par ailleurs, indépendamment de la discussion relative à l'éligibilité – ou non – des créations robotiques, il ne faut pas perdre de vue les questions qui restent à traiter à propos de la titularité des droits, dans l'hypothèse où l'éligibilité de ces œuvres serait admise.

Les différentes thématiques amorcées ou évoquées dans cette contribution mériteraient assurément d'être davantage approfondies sur le plan théorique, car elles amènent à interroger le droit d'auteur dans ses fondements les plus essentiels.

Toutefois, il paraît nécessaire de signaler d'emblée que, sur le plan pratique, elles pourraient bien susciter des inconforts de taille. À cet égard, de deux choses l'une. Soit les créations robotiques sont inéligibles à la protection par le droit d'auteur, soit elles sont éligibles. Mais, dans les deux hypothèses, les conséquences concrètes seraient loin d'être anodines.

Dans la première hypothèse, où les œuvres robotiques seraient déclarées inéligibles, la situation serait épineuse. Il faudrait distinguer les œuvres selon qu'elles sont le fruit d'une activité humaine (dans ce cas, elles seraient susceptibles de protection) ou le résultat d'une production par l'intelligence artificielle (dans ce cas, elles seraient insusceptibles de protection). Or, dans la réalité, une telle distinction peut se révéler extrêmement hasardeuse, en ce sens qu'il est périlleux de déterminer avec assurance si une œuvre a ou non été conçue par un agent artificiel⁵⁴.

Au demeurant, comme nous l'avons déjà indiqué par ailleurs⁵⁵, de manière générale, le système du droit d'auteur s'accommode mal d'un cadre qui exigerait d'identifier les conditions dans lesquelles une œuvre a été réalisée. Dans la pratique, l'accès à la protection par le droit d'auteur est apprécié en fonction de l'œuvre comme telle (de son originalité), et non des circonstances dans lesquelles celle-ci a été élaborée⁵⁶. D'autant que les circonstances de la création de l'œuvre ne sont pas toujours connues, et que quand elles le sont, elles ne doivent pas nécessairement être révélées par le candidat à la protection. Ainsi, l'éditeur d'une œuvre

⁵⁴ Voy., à ce sujet, à propos du test de NOLL, T. DREIER, « Creation and investment », *op. cit.*, p. 14.

⁵⁵ « Droit d'auteur et œuvres générées par machine », *op. cit.*, n° 21.

⁵⁶ Voy., en ce sens, M. DE COCK BUNING, « Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht », *op. cit.*, p. 12.

anonyme n'est pas tenu de justifier le processus de réalisation de l'œuvre pour pouvoir invoquer le bénéfice de la protection par le droit d'auteur.

À dire vrai, le candidat à la protection par le droit d'auteur d'une œuvre générée par la machine aura intérêt à ne pas dévoiler les conditions de la création, pour éviter précisément les discussions délicates liées à l'approche personnaliste de l'originalité. Moins il en dit sur la machine, plus facile sera l'admission de l'œuvre dans le champ de protection.

En somme, les discussions théoriques qui précèdent pourraient céder en pratique devant des réalités opaques dès lors que celles-ci sont indéniablement favorables à l'application du droit d'auteur.

Dans la deuxième hypothèse, où les créations robotiques seraient déclarées éligibles à la protection, nous serions confrontés à un double phénomène qui serait préoccupant. Tout d'abord, nous serions exposés à une augmentation hallucinante et incessante du nombre d'œuvres protégées dans des proportions inédites. Ensuite, nous pourrions assister à la constitution de gigantesques portefeuilles de droits d'auteur au profit d'une poignée d'entreprises technologiques, à l'origine des intelligences artificielles qui auraient généré les œuvres en cause.

Un tel scénario est évidemment de nature à susciter diverses inquiétudes, dont, notamment, sur le plan juridique, une instrumentalisation outrancière du label d'œuvre, et une monétisation abusive de l'accès aux œuvres.

Mais, au-delà de ces inquiétudes, sur le plan intellectuel, il y a surtout la crainte que le processus de production ne débouche sur une véritable standardisation des esprits et n'entraîne une éviction larvée de la création humaine. La singularité technologique finirait ainsi par étouffer la singularité humaine. Ce scénario-là n'est pas une fatalité, mais il n'en est pas moins un défi de fort sérieuse ampleur.