

Mort ou résurrection de l'auteur ? A propos de l'intelligence artificielle et de la propriété intellectuelle

Mesdames, Messieurs,
En vos titres et qualités,

« (...) la mémoire est un formidable faussaire (...) », écrit Antonio Tabucchi, compagnon de mes dernières veilles. Dans son roman *Nocturne indien*, il souligne ainsi à propos d'une halte forcée de son protagoniste à l'hôtel Zuari que « (...) dans le souvenir, comme cela arrive toujours avec les souvenirs, décantée des sensations physiques immédiates, des odeurs, de la couleur, de la vision d'une certaine bestiole sous le lavabo, la circonstance prend une dimension un peu vague qui améliore l'image. La réalité passée est toujours moins pire que ce qu'elle fut effectivement : la mémoire est un formidable faussaire (...) »¹.

L'éloge fait à l'heureuse finitude de l'esprit humain contenu dans ces quelques mots, inspire les modestes réflexions dont je veux vous entretenir aujourd'hui. A travers une formidable histoire, aux confins du réel et du fictionnel, où l'on voyage à travers les saisons, où il est question (1) d'auteurs et de lecteurs, (2) d'hommes et de machines, (3) d'éléphants de toutes sortes et même de (4) Rembrandt et autres planches à repasser. Pour finalement revenir à cette (5) inspiration.

1. Auteurs et lecteurs

Revenons sur l'origine de ces quelques mots. Qui parle ? Qui se souvient de cet hôtel Zuari ? Qui disserte sur les vertus de l'oubli ? A qui en fin de compte appartiennent ces mots ?

Pour répondre, le juriste qui a le goût des belles lettres, se tourne évidemment vers ce chef d'œuvre de la littérature qu'il affectionne tout particulièrement : le Code.

Ainsi l'article XI.165 du Code de droit économique, dans une prose exquise dont je ne retiendrai ici que le suc, renseigne en son paragraphe 1^{er}, alinéas 1^{er} et 4^e, que « L'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique a seul le droit de la reproduire ou d'en autoriser la reproduction (...) » ainsi que « (...) le droit de la communiquer au public par un procédé quelconque (...) ». Et en son paragraphe 2, alinéa 5, il précise encore que « L'auteur a le droit de revendiquer (...) la paternité de l'œuvre ».

Pas de doute donc, ces quelques mots sont propriété de l'auteur. Mais de qui s'agit-il ? Est-ce le héros du roman qui s'efforce d'adoucir son périple indien² ? Est-ce l'individu Tabucchi qui, pourvu de son expérience personnelle, relate son propre séjour³ ? Est-ce l'auteur Tabucchi, professant des idées « littéraires » sur l'inconscient⁴ ? Est-ce la sagesse universelle ? La psychanalyse ?

¹ A. TABUCCHI, *Nocturne indien*, Gallimard, coll. Folio, 2015, p. 93.

² En ce sens, on relève que les personnages de Tabucchi transcendent ses romans et voyagent dans l'intertexte de son œuvre. Ainsi, le Xavier recherché mais jamais trouvé de *Nocturne indien* fait son apparition dans *Pour Isabel – Un mandala* (Gallimard, coll. Folio, 2014, pp. 142-146), qui place au cœur du roman le personnage d'Isabel, central et pourtant tellement absent de *Requiem* (Gallimard, coll. Folio, 2006).

³ En ce sens, on relève que dans une note introductive à *Nocturne indien*, Tabucchi indique qu'il a lui aussi « parcouru les mêmes lieux que le protagoniste de cette histoire » (p. 11) et renseigne dans un index reprenant les lieux visités, le Zuari Hotel (p. 13).

⁴ En ce sens, on relève que dans « La phrase qui suit est fausse. La phrase qui précède est vraie », Tabucchi poursuit, en son nom, une relation épistolaire avec l'un des personnages de *Nocturne indien*, rencontré à la Theosophical Society de Madras (pp. 63-72), in *Les volatiles de Fra Angelico*, Gallimard, coll. NRF, 2018, pp. 47-59.

Toutes ces interrogations font directement écho à celles du Roland Barthes dans « La mort de l'auteur »⁵. Dans ce texte fondateur publié il y a tout juste cinquante ans, Barthes souligne que « (...) l'écriture est destruction de toute voix, de toute origine (...) »⁶, qu'un texte est « (...) un espace à dimensions multiples, où se marient et se contestent des écritures variées, dont aucune n'est originelle : le texte est un tissu de citations, issues des mille foyers de la culture »⁷, et qu'« (...) il y a un lieu où cette multiplicité se rassemble, et ce lieu, ce n'est pas l'auteur, comme on l'a dit jusqu'à présent, c'est le lecteur (...) »⁸. Et de conclure en ces termes : « (...) pour rendre à l'écriture son avenir, il faut en renverser le mythe : la naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur »⁹.

Pour fin lettré qu'il soit, le juriste tout engoncé de son droit d'auteur, a curieusement délaissé largement ce texte¹⁰ et les réflexions fécondes qu'il contient. Pourtant, au glas que sonnait Barthes il y a un demi-siècle résonne aujourd'hui, presque à l'unisson, le tocsin déclenché par un formidable danger : l'intelligence artificielle.

2. Hommes et machines

Car à travers le *machine learning*¹¹ sur lequel repose l'intelligence artificielle, les données « issues des mille foyers de la culture » viennent se mêler dans ce « tissu de citations » que produit la machine, réalisant ainsi le degré ultime de l'écrit sans Auteur. Mais plus encore. Au-delà de ce que Barthes aurait pu jamais entrevoir, voilà qu'aux écrits sans Auteur, l'intelligence artificielle substitue les textes sans homme. Et si l'on en croit les oracles qui voient poindre à l'horizon la singularité technologique, ce moment où l'intelligence artificielle surpassera celle humaine¹², adviendrait alors un art sans homme¹³.

⁵ R. BARTHES, « La mort de l'auteur », initialement publié in *Manteia*, 1968, n° 5, p. 12, reproduit in *Essais critiques IV – Le bruissement de la langue*, Paris, Seuil, 1984, p. 61.

⁶ *Ibid.*, p. 61.

⁷ *Ibid.*, p. 65.

⁸ *Ibid.*, p. 66.

⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹⁰ On relèvera toutefois qu'il existe aux Etats-Unis une littérature abondante revisitant la notion d'auteur, en convoquant notamment les réflexions de Roland Barthes, voy. spéc. P. JASZI, « Toward A Theory of Copyright: The Metamorphose of "Authorship" », 1991 *Duke Law Journal* 455 (1991) ; M. WOODMANSEE, P. JASZI (eds.), *The Construction of Authorship – Textual Appropriation in Law and Literature*, Durham, Duke University Press, 1994, 462 p. Dans ce courant, on épinglera spécialement la contribution de la Professeure belge Séverine DUSOLLIER à propos des modèles Open Source et Copyleft, voy. S. DUSOLLIER, « Open Source and Copyleft: Authorship reconsidered? », 26 *Columbia Journal of Law & the Arts* 281 (2003).

Voy. par ailleurs nos quelques réflexions in J. CABAY, « Ready-made, maïeutique et droit d'auteur », *L'Art même*, 2014, n° 61, p. 3 et s.

¹¹ L'apprentissage automatique (ou « machine learning ») permet à un agent intelligent d'améliorer ses performances dans l'exercice de tâches futures. Dans le domaine de l'intelligence artificielle, chaque composant d'un agent peut être amélioré en apprenant au départ de données. Les améliorations et techniques employées pour les réaliser, dépendent de quatre facteurs : le *composant* qui doit être amélioré ; les *connaissances préalables* dont dispose l'agent ; la *représentation* utilisée pour les données et le composant ; le *retour d'information (feedback)* disponible pour l'apprentissage. Sur le « machine learning », voy. spéc. S. J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed., Pearson Education, 2010, p. 706 et s.

¹² Voy. spéc. R. KURZWEIL, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, NewYork, Penguin Books, 2005, p. 8 : « (...) within several decades information-based technologies will encompass all human knowledge and proficiency, ultimately including the pattern-recognition powers, problem solving skills, and emotional and moral intelligence of the human brain itself (...) ».

¹³ A moins qu'il ne s'agisse d'un art hybride, voy. R. KURZWEIL, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, NewYork, Penguin Books, 2005, p. 9 : « (...) The Singularity will represent the culmination of the merger of our biological thinking and existence with our technology, resulting in a world that is still human but that transcends our biological roots. There will be no distinction, post-Singularity, between human and machine or between physical and virtual reality. If you wonder what will remain unequivocally human in such a world, it's

Cet effacement de l'homme ne devrait-il pas suffire à reléguer la production de l'intelligence artificielle hors du giron du droit d'auteur ? Disciples de Vitruve, ses architectes ont en effet construit l'édifice à sa mesure : la « personnalité » est au cœur de l' « originalité », clé de voûte de cette architecture du droit d'auteur et qui en conditionne la protection¹⁴. La personnalité de l'auteur, à travers l'originalité, infuse ainsi tout le droit d'auteur : l'étendue de la protection conférée par les droits patrimoniaux en épouse parfaitement les contours¹⁵ et les droits moraux y trouvent leur unique raison d'être¹⁶. Et lorsque cette personnalité s'éteint, alors la protection décline pour finalement disparaître au terme d'un long crépuscule de septante ans¹⁷.

Si cet effacement de l'homme devrait emporter avec lui celui de l'auteur, c'est sans compter le point de vue du Lecteur, nouveau « lieu où la multiplicité des écritures se rassemble ». Car

simply this quality: ours is the species that inherently seeks to extend its physical and mental reach beyond current limitations (...) ».

¹⁴ En UE, voy. spéc. C.J.U.E., 1^{er} décembre 2011, *Painer c. Standard Verlags e.a.*, C-145/10, §§ 92 (« (...) A travers ces différents choix, l'auteur d'une photographie de portrait est ainsi en mesure d'imprimer sa "touche personnelle" à l'œuvre créée (...) ») et 94 (« (...) une photographie de portrait est susceptible (...) d'être protégée par le droit d'auteur à condition (...) qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie (...) ») ; C.J.U.E., 1^{er} mars 2012, *Football Dataco e.a. c. Yahoo! UK e.a.*, C-604/10, § 38 (« (...) S'agissant de la constitution d'une base de données, ce critère de l'originalité est rempli lorsque, à travers le choix ou la disposition des données qu'elle contient, son auteur exprime sa capacité créative de manière originale en effectuant des choix libres et créatifs et imprime ainsi sa "touche personnelle" (...) »).

En Belgique, voy. spéc. Cass., 31 octobre 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2114, n° 569, *J.L.M.B.*, 2014, p. 445, *R.W.*, 2013-2014, p. 1464, note H. VANHEES (« (...) le droit d'auteur n'est susceptible de s'appliquer que par rapport à une objet qui est original en ce sens qu'il est une création intellectuelle propre à son auteur. Une création intellectuelle est propre à son auteur lorsqu'elle reflète la personnalité de celui-ci (...) ») ; En supposant que la condition d'une création intellectuelle propre à son auteur ne requiert pas que l'œuvre porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur, le moyen, en cette branche, manque en droit (...). Dans cet arrêt de 2013, la Cour revient sur un arrêt précédent dans lequel elle a énoncé qu'il n'était pas requis, pour qu'une œuvre soit originale, qu'elle porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur (ce qui lui a valu une condamnation unanime de la doctrine), voy. Cass., 26 janvier 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 202, n° 69, *A&M*, 2012, p. 336, note F. BRISON, *Ann. prat. Marché*, 2012, p. 939, note A. HALLEMANS, *I.R.D.I.*, 2012, note F. GOTZEN, *J.L.M.B.*, 2012, p. 977, note A. JOACHIMOVICZ, *R.W.*, 2012-2013, p.578, note H. VANHEES, *R.D.C.*, 2012, p. 610, note B. MICHAUX.

De manière approfondie sur la condition d'originalité en droit de l'Union européenne et en droit belge, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, ULB, 2016, 691 p.

¹⁵ En UE, voy. spéc. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, §§ 38-39 (« (...) les parties d'une œuvre (...) sont protégées par le droit d'auteur dès lors qu'elles participent, comme telles, à l'originalité de l'œuvre entière (...). (...) [elles] bénéficient ainsi d'une protection au titre de l'article 2, sous a), de la directive 2001/29 à condition qu'elles contiennent certains des éléments qui sont l'expression de la création intellectuelle propre à l'auteur de cette œuvre ») et 48 (« (...) la reprise d'un extrait d'une protégée (...) est susceptible de constituer une reproduction partielle, au sens de la directive 2001/29, si (...) un tel extrait contient un élément de l'œuvre qui, en tant que tel, exprime la création intellectuelle propre de l'auteur (...) »).

En Belgique, voy. spéc. Cass., 25 septembre 2003, *Pas.*, I, 2003, p. 1471, n° 455, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1733, n° 454, concl. av. gén. G. BRESSELEERS, *A&M*, 2004, p. 29, *I.R.D.I.*, 2003, p. 214, *R.A.B.G.*, 2004, p. 205, note F. BRISON, *R.D.C.*, 2004, p. 55, concl., *R.W.*, 2003-2004, p. 1179, concl. (« (...) la reproduction d'éléments constitutifs de l'originalité [d'un] texte dans un texte de résumé bénéficie de la protection du droit d'auteur (...) ; (...) toute reproduction, même partielle, peut suffire à la constatation de l'infraction lorsqu'elle contient des éléments originaux (...) »).

Sur le principe de la concordance entre l'étendue de l'originalité et de la protection, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, ULB, 2016, spéc. p. 302, n° 65, pp. 538-539, n° 129.

¹⁶ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966, p. 421, n° 380.

¹⁷ Dans l'Union européenne, la durée du droit d'auteur comprend la vie de l'auteur et les septante ans qui suivent sa mort, voy. l'article 1er de la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (version codifiée).

confronté à des objets indiscernables produits respectivement par l'homme et la machine¹⁸, comment et pourquoi ce Lecteur, tout confus de cette indiscernabilité, pourrait-il réserver au seul produit de l'homme le qualificatif d'œuvre originale et avec lui, le privilège du droit d'auteur ? Pourquoi finalement le Lecteur devrait-il distinguer entre *La ronde de nuit* de Rembrandt, *Lucy in the sky with Diamonds* des Beatles et *On the road* de Kerouac, d'une part, *The Next Rembrandt*¹⁹, *Daddy's car*²⁰ et *I the Road*²¹, tous produits de l'intelligence artificielle, d'autre part ?

Ce mouvement d'assimilation du produit de l'homme et de la machine est d'autant plus irrésistible que le Lecteur, en tant qu'homme, exerce une véritable admiration pour le progrès qu'offre la machine. Au début du siècle précédent, Marinetti et les futuristes trouvaient une beauté nouvelle dans la vitesse et déclaraient qu'« (...) une automobile rugissante, qui a l'air de courir sur de la mitraille, est plus belle que la *Victoire de Samothrace* »²². Commença ainsi la « saison définitive de l'esthétique industrielle », comme le souligne Umberto Eco²³. Comment alors, un siècle plus tard, ne pas être fasciné par les développements de cette Intelligence artificielle qui, après avoir résisté à deux hivers, fleurit d'un nouveau printemps²⁴ ?

Ainsi, subrepticement, par l'entremise du Lecteur, point l'idée d'une œuvre sans homme, protégeable par le droit d'auteur. On la retrouve même dans un rapport du Parlement européen du 27 janvier 2017 « contenant des recommandations à la Commission concernant les règles de droit civil sur la robotique »²⁵, lequel rapport exigeait « (...) la définition de critères de "création intellectuelle propre" applicables aux œuvres protégeables par le droit d'auteur créées par des ordinateurs ou des robots (...) ». La résolution finalement adoptée le 16 février 2017 ne devait plus retenir cette exigence mais dans un autre domaine, celui de la responsabilité civile, le Parlement a jugé bon de demander à la Commission d'envisager « (...) la création, à terme, d'une personnalité juridique spécifique aux robots (...) »²⁶. La voie, peut-être, vers l'idée d'une personnalité sans homme, dernier rempart à l'accession du droit d'auteur pour les produits de la machine.

3. Eléphants de toutes sortes

¹⁸ Comp. R. C. DENICOLA, « Ex Machina: Copyright Protection for Computer Generated Works », *69 Rutgers University Law Review* 251 (2016), p. 269 : « (...) As humans beings recede from direct participation in the creation of many works, continued insistence on human authorship as a prerequisite to copyright threatens the protection – and, ultimately, the production – of works that are indistinguishable in merit and value from protected works created by human beings (...) ».

¹⁹ <https://www.nextrembrandt.com> (dernière consultation : 09/01/2019).

²⁰ https://www.youtube.com/watch?v=LSHZ_b05W7o (dernière consultation : 09/01/2019).

²¹ <https://www.jean-boite.fr/product/1-the-road-by-an-artificial-neural> (dernière consultation : 09/01/2019).

²² F. T. MARINETTI, « Manifeste du futurisme », *Le Figaro*, 20 février 1909.

²³ U. ECO (sous la dir. de), *Histoire de la beauté*, Flammarion, 2004, p. 394.

²⁴ Les « hivers » correspondent à des périodes de restrictions des investissements et de l'intérêt pour la recherche dans les domaines de l'Intelligence artificielle. On vise par-là, premièrement, la période qui a suivi, en Angleterre dans les années 1970, le « Lighthill Report » qui dénonçait notamment les limites de l'intelligence artificielle au regard du problème de l'« explosion combinatoire » (J. LIGHTHILL, « Artificial Intelligence: A General Survey », in J. LIGHTHILL, N. S. SUTHERLAND, R. M. NEEDHAM, H. C. LONGUET-HIGGINS, D. MICHIE (eds.), *Artificial Intelligence: A Paper Symposium*, Science Research Council of Great Britain, 1973), deuxièmement, la période initiée fin des années 1980 et qui fait suite à l'échec des entreprises commercialisant des « systèmes experts » à rencontrer les attentes de leurs utilisateurs. Aujourd'hui, les avancées dans le domaine de l'intelligence artificielle sont telles que l'on parle depuis plusieurs années de « printemps » de l'intelligence artificielle. Voy. de manière générale S. J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence – A Modern Approach*, 3rd ed., Pearson Education, 2010, spéc. p. 22, 24 et 28.

²⁵ 2015/2103/INL, p. 30 (exposé des motifs).

²⁶ Point 59, f) de la résolution.

A dire vrai, loin de faire du droit d'auteur une forteresse imprenable, la personnalité s'est depuis longtemps révélée une maigre palissade, insuffisante à contenir les assauts de la technique puis des nouvelles technologies. Car aussi attaché que l'on y soit, il faut bien reconnaître qu'en droit d'auteur, la personnalité tient plus du dogme que de la réalité des prétoires. Deux doctrines en particulier ont contribué à écorner son statut.

La théorie de l'unité de l'art, tout d'abord, selon laquelle le droit d'auteur accorde sa protection indifféremment aux œuvres des Beaux-Arts comme aux œuvres des arts appliqués²⁷. Elle a fait le lit de l'esthétique industrielle qui s'est aujourd'hui confortablement lovée au sein du droit d'auteur. A l'éléphant rose du Professeur Van Isacker en tant que métaphore de l'originalité (« (...) il est difficile d'en donner une définition, mais vous l'aurez immédiatement reconnue lorsque vous l'aurez rencontrée (...) »²⁸) s'est substitué l'éléphant de Célèbes du Surréaliste Max Ernst²⁹. Désormais les juridictions parviennent à déceler l'évidente personnalité qui imprègne toutes sortes de pincés pour trier la ferraille³⁰, lavabos³¹, modes d'emploi³², conditions générales³³, biberons³⁴, pièces de carrosserie de voiture³⁵, emballages de produits pharmaceutiques³⁶, gants de cuisine³⁷, et autres photographies de pièces de monnaie³⁸, d'appareils de redressage de carrosserie³⁹, de croquettes de fromage⁴⁰, de semi-remorque⁴¹, etc. Le voilà, le véritable bestiaire du droit d'auteur, très éloigné de l'idée que l'on s'en fait souvent comme d'un droit de l'art.

La neutralité technologique, ensuite, a entamé plus encore la préséance de la personnalité, spécialement lorsqu'elle a permis au programme d'ordinateur d'accéder à la protection du droit d'auteur, en assimilant ses codes sources et objets à l'expression d'une œuvre littéraire⁴². Ce faisant, le droit d'auteur quittait le domaine de l'esthétique⁴³. Il cessait de s'adresser exclusivement à l'homme pour se tourner également vers la machine. Pour ce faire, il a fallu

²⁷ A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. Lucas-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 105, n° 90.

²⁸ F. VAN ISACKER, *Kritische synthese van het Belgische auteursrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 3, n° 31 : « (...) Alhoewel met deze originaliteit de gehele bescherming van het auteurswerk staat of valt, is het niettemin niet zo eenvoudig om theoretisch en abstract te verklaren wat nu precies wel en wat niet origineel is. In de praktijk is dat gelukkig heel wat eenvoudiger. Het is hier een beetje zoals met de roze olifant, waarvan die Britse publicist niet zonder humor verklaarde, dat het vrij moeilijk is om er een definitie van te geven, maar dat je hem wel dadelijk zal herkennen als je er een toegekent (...) ».

²⁹ Max Ernst, *L'Éléphant de Célèbes* (1921), Londres, Tate Gallery : <https://www.tate.org.uk/art/artworks/ernst-celebes-t01988> (dernière consultation : 09/01/2019).

³⁰ Civ. Courtrai (cess.), 17 janvier 2007, *I.R.D.I.*, 2007, p. 153.

³¹ Anvers, 19 janvier 2004, *I.R.D.I.*, 2004, p. 246.

³² Bruxelles, 10 octobre 1997, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 1997, p. 737, note A. STROWEL, *DA/OR*, 1998/46, p. 64 ; Bruxelles, 28 janvier 1997, *A&M*, 1907, p. 262, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 1997, p. 655, *Pas.*, 1996, II, p. 7 ; Civ. Bruxelles, 19 décembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2009, p. 68.

³³ Bruxelles, 16 janvier 2013, *Ann. Prat. Marché*, 2013, p. 531, note J. LAFFINEUR ; Anvers, 5 février 2007, *A&M*, 2007, p. 352, *Ann. Prat. Comm. & Conc.*, 2007, p. 406, note V. PEDE.

³⁴ Liège, 8 septembre 2008, *Ing.-Cons.*, 2008, p. 778, *I.R.D.I.*, 2008, p. 403.

³⁵ Mons, 7 mars 2011, *A&M*, 2011, p. 517, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 226.

³⁶ Comm. Bruxelles (cess.), 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 291 ; Comm. Bruxelles (cess.), 12 octobre 2011, *Ing.-Cons.*, 2011, p. 311.

³⁷ Gand, 17 décembre 2012, *Ann. Prat. Marché*, 2012, p. 951, *DA/OR*, 2014, p. 154.

³⁸ Bruxelles, 22 décembre 2011, *Ing.-Cons.*, 2012, p. 887, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1001.

³⁹ Bruxelles, 29 mars 1991, *R.W.*, 1991-92, p. 814, note D. VOORHOOF.

⁴⁰ Civ. Bruxelles, 21 novembre 2003, *A&M*, 2004, p. 156.

⁴¹ Bruxelles, 5 avril 2011, *Ann. Prat. Comm.*, 2011, p. 877, *DA/OR*, 2012, p. 119, note M.-C. JANSSENS.

⁴² Le principe d'une protection des programmes d'ordinateur « en tant qu'œuvres littéraires au sens de la Convention de Berne » a été consacré en droit de l'Union européenne ainsi qu'en droit international au début des années 1990, voy. l'article 1^{er}, § 1^{er} de la directive 91/250/CEE (aujourd'hui 2009/24/CE) concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur ; l'article 10, § 1^{er} de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (1994) ; l'article 4 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996).

⁴³ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, p. 273, n° 174.

brader la « personnalité », tant elle paraissait incongrue une fois appliquée à la machine. Ne pouvant s’y résigner, l’assemblée plénière de la Cour de cassation française avait ainsi préféré retenir un critère spécifique de l’ « apport intellectuel », applicable aux seuls programmes d’ordinateur⁴⁴. Qu’à cela ne tienne, le vers était désormais dans le fruit.

Soudain, les paroles de Tabucchi résonnent à nouveau : « (...) La réalité passée est toujours moins pire que ce qu’elle fut effectivement : la mémoire est un formidable faussaire (...) ». On en viendrait en effet à oublier que l’adoption des théories de l’unité de l’art et principe de neutralité technologique ne s’est pas faite sans mal et que, si l’une et l’autre sont aujourd’hui bien ancrés, leurs conséquences n’en demeurent pas moins contestées⁴⁵.

Ainsi, alors qu’on pensait avec le logiciel avoir atteint le « bout du bout du droit d’auteur »⁴⁶, tout porte à croire que l’on repoussera encore ses frontières⁴⁷. Car une approche dogmatique du droit d’auteur comme l’apanage de la personne humaine pliera, sous le poids lourd de l’industrie, inexorablement. L’histoire est là pour nous l’enseigner. Tout le reste, c’est de la science-fiction.

A moins que...

4. Rembrandt et autres planches à repasser

...A moins que l’on ne démontre que, pour la production de l’Intelligence artificielle, le domaine public a ses vertus que le droit exclusif ne connaît pas.

Cette démonstration est possible, mais par trop longue et technique pour être proposée ici dans ses développements raffinés⁴⁸. On se contentera de fournir les conclusions à savoir qu’en

⁴⁴ Cass. fr. (Ass. plén.), 7 mars 1986, *D.*, 1986, p. 411, note B. EDELMAN, *JCP G*, 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIE, M. VIVANT, *R.I.D.A.*, 1986/129, p. 130, note A. LUCAS, *Rev. Prop. Indus.*, 1986/3, p. 203 et s., rapport J. JONQUERES.

⁴⁵ A titre d’illustration, on retiendra les difficultés que suscitent actuellement l’interprétation des dispositions juridiques relatives au cumul des protections du droit d’auteur et des dessins et modèles en droit de l’Union européenne, spéc. les critiques adressées à la Cour de justice suite à son arrêt *Flos* (C.J.U.E., 27 janvier 2011, *Flos c. Semeraro Casa e Famiglia*, C-168/09) in L. BENTLY, « The return of industrial copyright », *E.I.P.R.*, 2012, pp. 654-672. A ce sujet, on attend avec impatience les précisions qu’apportera la Cour dans l’affaire actuellement pendante *Cofemel, Sociedade de Vestuário c. G-Star Raw*, C-683/17.

⁴⁶ A. PUTTEMANS, « Au bout du bout du droit d’auteur : la nouvelle protection juridique des programmes d’ordinateur », in *Nouveautés en droits intellectuels – Marques et programmes d’ordinateur*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 145.

⁴⁷ On relèvera en particulier que la doctrine américaine ne manque pas de trouver dans la production de l’intelligence artificielle la créativité nécessaire pour qu’il y ait originalité au sens de jurisprudence de la Cour suprême (*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.*, 499 U.S. 340, 345 (1991) : « (...) Original (...) means (...) that the work (...) possesses at least some minimal degree of creativity (...) »). Ainsi, elle se prononce largement en faveur d’une protection, en soulignant toutefois qu’il serait nécessaire pour cela d’adapter le régime juridique en vigueur. Le plus souvent, elle propose de revisiter la doctrine des « Works made for hire », voy. spéc. S. YANISKY-RAVID, “Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era – The Human-like Authors Are Already Here – A New Model”, *2017 Michigan State Law Review* 659 (2017) ; A. BRIDY, “Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author”, *2012 Stanford Technology Law Review* 5 (2012).

⁴⁸ J’ai tenté de fournir cette démonstration lors d’une conférence intitulée « Contre la protection du droit d’auteur pour les productions de l’intelligence artificielle dans l’Union européenne » (*Entretiens Jacques Cartier* sur le thème *Art et culture à travers le prisme des nouvelles technologies et de l’innovation : entre déploiements et mutations*, Musée des Beaux-Arts de Lyon, 14 novembre 2018). Les slides de cette conférence, qui reprennent de manière schématique les éléments de cette démonstration, sont disponibles sur les dépôts institutionnels de l’Université de Liège (<https://orbi.uliege.be/handle/2268/232795>) et de l’Université Libre de Bruxelles (<http://difusion.ulb.ac.be/vufind/Record/ULB-DIPOT:oai:dipot.ulb.ac.be:2013/278426/Holdings>).

présence d'une Intelligence artificielle, capable au départ d'une série de données, de générer de nouvelles productions de manière débridée avec de faibles coûts marginaux en explorant toute forme de combinaison et de variations⁴⁹, les *ratio legis* du critère du « choix libre » constitutif de l'originalité⁵⁰, d'une part, du système de droit exclusif de longue durée, d'autre part, ne sont pas rencontrées. La protection du droit d'auteur entraverait par ailleurs le *machine learning* et donc le développement de l'intelligence artificielle elle-même, le droit de reproduction étant en jeu dans son fonctionnement⁵¹ sans qu'aucune exception puisse valablement y faire échec⁵². La protection viendrait encore renforcer la position dominante de certains acteurs, obligeant à penser l'abus éventuel au regard de l'exercice particulier d'un droit de propriété intellectuelle, lequel octroie par essence un monopole⁵³. Aussi, à l'heure où la Cour de justice de l'Union européenne mesure la compatibilité du droit d'auteur avec les autres droits et libertés

Je me permets d'y renvoyer le lecteur pour plus de détails. La démonstration qu'ils contiennent fera par ailleurs l'objet d'une publication ultérieure.

⁴⁹ Comp. G. SARTOR, F. LAGIOIA, G. CONTISSA, « The use of copyrighted works by AI Systems: Art works in the data mill », 2018, disponible sur SSRN (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3264742), p. 12 : « (...) AI-generation of new creation based on a training set can be unleashed with little marginal costs, and can explore any kind of combinations and variations (...) ».

⁵⁰ Une bonne compréhension de cette *ratio legis* suppose d'opérer le rapprochement entre le critère du « choix libre » tel qu'il est envisagé dans l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *BSA* (C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, § 49 : « (...) lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de l'originalité n'est pas rempli, car les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent (...) ») et la *merger doctrine* du copyright américain dont il est inspiré (voy. spéc. *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian*, 446 F.2d 738, 742 (9th Cir. 1971) : « (...) [w]hen the 'idea' and its 'expression' are (...) inseparable, copying the 'expression' will not be barred, since protecting the 'expression' in such circumstances would confer a monopoly of the 'idea' upon the copyright owner free of the conditions and limitations imposed by the patent law (...) » ; *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 678-679 (1st Cir. 1967) : « (...) [w]hen the uncopyrightable subject matter is very narrow, so that 'the topic necessarily requires', if not only one form of expression, at best only a limited number, to permit copyrighting would mean that a party or parties, by copyrighting a mere handful of forms, could exhaust all possibilities of future use of the substance. In such circumstances it does not seem accurate to say that any particular form of expression comes from the subject matter. However, it is necessary to say that the subject matter would be appropriated by permitting the copyrighting of its expression. We cannot recognize copyright as a game of chess in which the public can be checkmated (...) »).

Sur ce rapprochement, ainsi que le rapprochement avec la jurisprudence de la CJUE relative au critère de la multiplicité des formes en droit des marques (voy. spéc. C.J.C.E., 18 juin 2002, *Koninklijke Philips Electronics c. Remington Consumer Products*, C-299/99 ; C.J.U.E., 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P) et en droit des dessins et modèles (*adde* : C.J.U.E., 8 mars 2018, *DOCERAM c. CeramTec*, C-395/16), voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, ULB, 2016, pp. 284-253, n° 49, pp. 255-266, n° 51.

⁵¹ Comp. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, § 51 : « (...) (...) un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur (...) ».

⁵² En particulier, on relèvera que les conditions cumulatives de l'exception de reproduction provisoire visée à l'article 5(1) de la directive 2001/29/CE, telles qu'interprétées par la CJUE, ne sont vraisemblablement pas rencontrées, spécialement la condition de l'absence de signification économique indépendante (voy. spéc. C.J.U.E., 17 janvier 2012, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening* (Infopaq II), C-302/10, §§ 47-54). Quant à l'exception pour la « fouille de texte et de données » que l'on retrouve à l'article 3 de la proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique (COM(2016) 593 final), actuellement en discussion, sa portée est extrêmement limitée.

⁵³ Comp., à propos du caractère éventuellement abusif du refus d'une entreprise en position dominante d'octroyer une licence d'utilisation sur la structure d'une base de données protégée par un droit d'auteur, C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health c. NDC Health*, C-418/01.

fondamentales à l'aune du « juste équilibre »⁵⁴, tout semble indiquer que le domaine public est le terrain d'élection de la production de l'Intelligence artificielle⁵⁵.

Volontiers iconoclaste, le propos pourra se revendiquer de Marcel Duchamp, qui proposait le « Ready-made réciproque : se servir d'un Rembrandt comme planche à repasser »⁵⁶. Je suggère de faire de même avec le produit de l'Intelligence artificielle : que l'on se serve du Next Rembrandt comme planche à repasser.

5. Une inspiration

Reste que, même reléguée en dehors du champ du droit d'auteur, le développement de l'intelligence artificielle ne manquera pas d'influencer celui-ci en retour. En se déployant, elle inondera le monde d'un nombre infini de productions avec lequel l'auteur humain devra composer. Par le jeu de l'antériorité et de la présomption de copie qu'elle engage⁵⁷, voilà l'auteur humain en bien mauvaise posture pour défendre l'originalité de sa création lorsque celle-ci présentera des similitudes avec le produit antérieur de l'intelligence artificielle. Car si l'esprit fini de l'homme ne lui permet pas en pratique de prendre connaissance de tout ce que créent ses semblables avant lui, comment pourrait-il seulement en aller autrement de la production automatisée ? Et s'il ne parvient pas à prouver cette absence de connaissance et à renverser ainsi la présomption de copie pour justement bénéficier de la protection du droit d'auteur sur sa création indépendante, que restera-t-il alors de ce qui en fin de compte est la fonction initiale du droit d'auteur : protéger ce qui trouve dans l'homme son origine⁵⁸ ?

Pour redonner à l'originalité son sens original et ainsi assurer la coexistence harmonieuse des productions de l'homme et de la machine, il s'impose de réviser son seuil à la hausse et de limiter ainsi la protection du droit d'auteur à ce qui est le propre de l'homme. Je l'ai plaidé par ailleurs⁵⁹.

⁵⁴ Voy. spéc. l'arrêt fondateur, C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, §§ 61-70.

Sur la notion de « juste équilibre » au sens de cette jurisprudence dans le domaine de la propriété intellectuelle, voy. J. CABAY, « La sanction du risque de confusion en droit de l'Union européenne : vers une théorie de l' « effet réflexe » du droit de la propriété intellectuelle fondée sur le “juste équilibre” », in A. PUTTEMANS, Y. GENDREAU, J. DE WERRA (eds.), *Propriété intellectuelle & concurrence déloyale – Les liaisons dangereuses ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, spéc. pp. 57-68.

⁵⁵ Voy. pour une proposition récente en ce sens également (en droit canadien), G. Azzaria, « Intelligence artificielle et droit d'auteur : l'hypothèse d'un domaine public par défaut », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 2018, spéc. pp. 942-946.

⁵⁶ Voy. M. DUCHAMP « A propos des “Ready-mades” », *Duchamp du signe*, Ecrits réunis et présentés par Michel Sanouillet, Paris, Flammarion, 1994, ppp. 191-192 : « (...) Une autre fois, voulant souligner l'antinomie fondamentale qui existe entre l'art et les *ready-mades*, j'imaginai un “*ready-made réciproque*” (Reciprocal ready-made) : se servir d'un Rembrandt comme table à repasser ! (...) ».

On remarquera à propos de ce passage que dans l'acte d'écriture, je me suis appuyé sur le souvenir d'une lecture plutôt que sur la consultation actuelle de la source, ce qui m'a amené à trahir légèrement la citation en substituant la « planche » à la « table ». La mémoire est un formidable faussaire...

⁵⁷ Voy. à ce sujet J. CABAY, A. STROWEL, « La nouveauté : un indice d'originalité à l'épreuve d'Internet », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL, M. LAMBRECHT (éds.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, p. 17 et s.

⁵⁸ L'emploi du terme « originalité » dans la doctrine du droit d'auteur est ambigu dans la mesure où il vise à la fois le fait que l'œuvre doit trouver son origine dans l'homme (critère de l' « absence de copie ») et le fait que cette œuvre doit avoir un caractère original, au sens de créatif (critère du « choix libre et créatif »). La distinction qu'offre le néerlandais pour viser ces deux composantes de l'originalité, respectivement « *oorspronkelijkheid* » et « *originaliteit* », est éclairante à ce sujet. Ceci étant, une certaine confusion semble régner autour de l'emploi de ces deux termes dans la jurisprudence.

⁵⁹ J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de doctorat, ULB, 2016, spéc. pp. 619-621, n° 150.

Mais alors me direz-vous, qu'est-ce donc que ce propre de l'homme ?

Je ne sais pas.

Peut-être se trouve-t-il dans cette contingence qui veut qu'un jour de printemps dans ma librairie de quartier, je découvre l'univers littéraire d'Antonio Tabucchi sous le patronage duquel je me suis placé ce soir ? Peut-être est-ce dans la mystérieuse inspiration que cette découverte devait susciter à l'automne, dans l'heureuse finitude de mon esprit humain, que se situe le propre de l'homme ? Peut-être réside-t-il simplement dans cette splendide faiblesse qui veut qu'à la différence de celle de la machine, ma mémoire soit un « formidable faussaire » ?

Vraisemblablement, la réponse à cette question ne se manifesterà à nous que plus tard, lors de l'inévitable confrontation de nos intelligences humaines et artificielles. Reste qu'aujourd'hui s'impose à moi comme une évidence le fait que, dans cette inévitable confrontation, le juriste en droit d'auteur a sa partie à jouer, et que n'en déplaît à Roland Barthes, pour rendre à l'écriture et à tous les arts leur avenir, il faut à nouveau en renverser le mythe : la naissance du lecteur doit se payer de la résurrection de l'auteur.

Je vous remercie pour votre attention.

Julien Cabay
Chargé de recherches du Fonds National de la Recherche Scientifique (F.R.S.-FNRS)
Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB)
Chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège)