



HAL
open science

Quel droit pour l'IA générative ?

Lemy D. Godefroy

► **To cite this version:**

Lemy D. Godefroy. Quel droit pour l'IA générative ?. Revue Lexsociété, 2025, Revue LexSociété. <hal-05013796>

HAL Id: hal-05013796

<https://hal.science/hal-05013796v1>

Submitted on 31 Mar 2025

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

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



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License



Quel droit pour l'IA générative ?

(Article tiré de l'ouvrage « Droit de l'intelligence artificielle » à paraître)

LEMY GODEFROY

Maître de conférences HDR Droit privé

GREDEG

L'IA générative¹ repose sur des modèles d'IA à usage général².

Ces modèles se singularisent par leur capacité à exécuter une grande diversité de tâches, ce qui rend difficile leur classement par niveau de risques. Les fournisseurs des systèmes incorporant ces modèles devront transmettre à leurs partenaires une documentation technique à des fins de transparence et se doter de protocoles d'apprentissage respectant le droit d'auteur avec la mise à disposition d'un résumé détaillé des données protégées qui ont participé à entraîner l'IA³.

Des contraintes plus rigoureuses s'appliquent aux modèles d'IA à usage général comportant des risques systémiques⁴. L'article 3, 65) du RIA⁵ définit le risque systémique comme « un risque spécifique aux capacités à fort impact des modèles d'IA à usage général, ayant une incidence significative sur le marché de l'Union en raison de leur portée ou d'effets négatifs réels ou raisonnablement prévisibles sur la santé publique, la sûreté, la sécurité publique, les droits fondamentaux ou la société dans son ensemble, pouvant être propagé à grande échelle tout au long de la chaîne de valeur ». C'est le cas du risque de

¹ J. SENECHAL, *L'IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? L'exemple de ChatGPT* : *Dalloz actualité*, 1^{er} févr. 2023.

² Le modèle d'IA à usage général est un modèle dont son fournisseur prévoit, « indépendamment de la manière dont il est mis sur le marché ou mis en service, y compris sous la forme d'un logiciel libre, qu'il exécute des fonctions de portée générale telles que la reconnaissance d'images ou de la parole, la génération de contenus audio ou vidéo, la détection de modèles, le traitement de requêtes, la traduction, *etc.* ; un système d'IA à usage général peut être utilisé dans une pluralité de contextes et peut être intégré dans une pluralité d'autres systèmes d'IA ».

³ Cette disposition doit être mise en parallèle avec la directive (UE) 2019/790 qui prévoit que le *data mining* sur les données protégées par un droit d'auteur n'est licite que si l'auteur n'a pas exercé son droit d'*opt-out*.

⁴ *Nouvelles technologies – Intelligence artificielle. – AI Act : vers le règlement européen* : *Comm. com. électr.* 1^{er} févr. 2024, n° 2, veille par M. Saarinen et J.-L. Juhan.

⁵ Règlement (UE) 2024/1689 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

propagation de biais relatifs à l'appartenance ethnique ou au genre avec des effets discriminatoires à l'encontre de certaines personnes⁶.

Les fournisseurs de ces modèles devront procéder à une évaluation des risques, à des essais, programmer des protocoles d'atténuation des risques, garantir la cybersécurité, signaler les incidents graves, se conformer à une obligation particulière de transparence... L'IA à usage général *ChatGPT*⁷, agent conversationnel de « nouvelle génération », intègre ce type de modèle empreint de risques systémiques. Cet outil se distingue des moteurs de recherche plus classiques par la manière de présenter les résultats découlant de la requête. L'agent conversationnel formule sa réponse dans un style « humanisé » à l'inverse du moteur de recherche dont les résultats affichent non pas une, mais des milliers, voire des millions de réponses classées les unes par rapport aux autres selon un ensemble de paramètres⁸.

Cette présentation « humanisée » des résultats issus des systèmes d'IA générative qui sont des logiciels dépourvus de conscience nécessite alors des précautions supplémentaires en termes de transparence et de vigilance à la charge des développeurs et utilisateurs.

De plus, les *Large Language Model* (LLM) ou les modèles à large usage tels que *ChatGPT* bouleversent des pans entiers du droit d'auteur.

Ces IA générative sont entraînées sur de grands ensembles de données dont beaucoup sont protégés par le droit d'auteur, notamment des contenus culturels. De nombreuses poursuites ont été engagées par des auteurs pour violation de leurs droits, leurs œuvres ayant été utilisées sans leur autorisation.

⁶ V. en particulier cons. 110.

⁷ ChatGPT est un agent conversationnel (ou *chatbot*) dit intelligent, développé en 2018 par la société américaine OpenAI. Il s'agit d'un modèle d'intelligence artificielle dite générative utilisant la technologie du *deep learning*. Après une phase initiale d'apprentissage (IA) assistée par des personnels « annotateurs », le modèle a été formé en mode auto-apprentissage (les données utilisées pour sa formation ne nécessitent pas d'étiquetage par des humains) avec l'utilisation d'immenses volumes de données publiques provenant notamment d'Internet et spécialement de Wikipédia). – S. Migayron, *Faut-il avoir peur de ChatGPT? : Comm. com. électr.* avr. 2023, n° 4, 8.

⁸ Règl. (UE) n° 2022/2065, art. 26 et 27 sur les services numériques ; Règl. (UE) n° 2019/1150, art. 5 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne ; Dir. (UE) 2011/83, art. 6 bis, relative aux droits des consommateurs, amendée par la dir. (UE) 2019/2161 ; C. consom., art. L. 111-7 et s.

Par exemple, des dizaines d'auteurs comme George R.R. Martin, l'écrivain de *Game of Thrones*, les associations comme *Authors Guild* mais aussi des médias comme le *New York Times* intentent des procès contre *OpenAI*. D'autres entreprises comme *Getty Images* ont agi contre *Stability AI* pour violations de droit d'auteur¹⁰.

Créée par *OpenAI*, *ChatGPT* est une IA complexe qui s'appuie sur 175 milliards de paramètres. Un paramètre est une variable interne dont le modèle détermine la valeur à partir des données traitées lors de son apprentissage¹¹. Plus le nombre de paramètres est élevé, plus le réseau de neurones artificiels du modèle est fin dans son traitement des problèmes et plus ses réponses apparaissent pertinentes. Le modèle est par ailleurs capable de répondre à des questions sophistiquées et de toutes natures, dans un langage naturel fluide, de créer des contenus tels que des fictions, voire de développer des logiciels informatiques. La base de *ChatGPT* couvre tous les domaines de connaissances : scientifique, juridique, historique, littéraire, etc.¹²

⁹ https://regmedia.co.uk/2023/09/21/authors_guild_openai_complaint.pdf

¹⁰ Getty Images (US) Inc et autres c. Stability AI Ltd ([2025] EWHC 38 (Ch)).

¹¹ La quantité de paramètres dans une IA fait référence au nombre de variables ajustables ou de poids utilisés dans le modèle d'apprentissage automatique. Ces paramètres permettent à l'IA de prendre des décisions. Pour faire une analogie avec le cerveau humain, on peut considérer les paramètres comme les connexions entre les neurones. Dans le cerveau, les neurones sont interconnectés et communiquent entre eux pour traiter l'information. Chaque connexion représente une interaction spécifique entre deux neurones, et c'est cette structure complexe qui permet au cerveau d'accomplir des tâches variées. De manière similaire, dans une IA, les paramètres déterminent comment les différentes parties du modèle interagissent et se transmettent l'information. Ces paramètres sont ajustés lors de la phase d'apprentissage pour permettre à l'IA d'effectuer des prédictions et des tâches spécifiques.

¹² Veille par Cabinet Racine : *Comm. com. élect. juill.-août 2024*, n° 7-8, alerte 218. Publication de lignes directrices sur l'IA générative par le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD), communiqué CEPD, 3 juin 2024 (www.edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2024/edps-guidelines-generative-ai-embracing-opportunities-protecting-people_en). Le 3 juin 2024, le CEPD a publié des lignes directrices concernant l'IA générative et la protection des données à caractère personnel. Elles visent à offrir des conseils et des instructions pratiques aux institutions, organes et organismes de l'Union européenne sur le traitement des données à caractère personnel lors de l'utilisation de systèmes d'IA générative. L'objectif est de faciliter le respect des obligations en matière de protection des données, conformément au règlement (UE) n° 2018/1725.

Pour parvenir à un système d'IA aussi élaboré, des données ont été collectées massivement sur Internet pour entraîner le système. Ces collectes sont effectuées au moyen de procédés automatisés appelés moissonnage ou *scraping*, qui extraient de grandes quantités de données à partir de sites web. Pour bloquer l'aspiration de contenus qui pourraient être protégés, certains éditeurs interdisent l'usage des robots de recherche sur leur site. Par ailleurs, parmi les systèmes d'IA interdits par le RIA¹³ figurent ceux qui réalisent du *scraping* d'images faciales. Cela permet de circonscrire à la source une technique qui favorise la désinformation et qui limite la protection des auteurs sources¹⁴.

Les atteintes au droit d'auteur demeurent cependant l'une des déviances majeures des IA génératives. D'autres droits sont malmenés comme le droit à l'image, le droit à une information loyale, la transparence. La génération d'images « plus vraies que nature – là un pape en doudoune, ici un Président en flagrant délit de manifestation – met aux prises la liberté d'expression, voire de création, avec la liberté d'information et le risque de manipulation¹⁵. Faire exister et parler à nouveau Marilyn grâce au son recréé par une IA générative ou s'en remettre à un tel système afin d'écrire un scénario “à la mode de”, suscitent là encore des questions que la démocratisation de ces IA impose d'aborder urgemment tant la propagation des produits de l'IA est rapide et généralisée... et les secteurs concernés par ces dangers ne s'y trompent pas à en juger par la grève menée par les scénaristes d'Hollywood qui craignent de se faire ubériser par des IA bien entraînées aux mains de plateformes peu soucieuses de la création humaine (*La grève est déclarée : Le Monde*, 2 mai 2023) »¹⁶.

¹³ V. RIA, Chapitre II.

¹⁴ N. MARTIAL-BRAZ, *Intelligence artificielle – IA générative ou l'émergence de risques insoupçonnés pour la création ! : Resp. civ. et assur.* 1^{er} avr. 2024, n° 4.

¹⁵ Veille par Cabinet Racine, *Publication d'un rapport par l'EDPB sur ChatGPT : Comm. com. électr.* juill.-août 2024, n° 7-8, alerte 217. V. EDPB, 23 mai 2024 (www.edpb.europa.eu/system/files/2024-05/edpb_20240523_report_chatgpt_taskforce_en.pdf).

Le groupe de travail de l'EDPB dédié à l'évaluation de la conformité du *chatbot* ChatGPT au règlement général sur la protection des données (RGPD) a présenté ses premières interprétations du RGPD pour l'IA générative, en particulier sur les questions liées à la légalité, l'équité, la transparence et les obligations d'information, la précision des données et les droits de la personne concernée.

¹⁶ N. MARTIAL-BRAZ, *ibid.*

Pourtant, cette confrontation des usages de l'IA au droit de la propriété intellectuelle n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été l'objet de travaux, dès 2019, au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et avait été étudiée lors des réflexions européennes sur le RIA qui avaient abouti en 2020 à une résolution parlementaire relative aux droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies d'intelligence artificielle. Cette résolution observe que « les technologies de l'IA peuvent rendre difficiles la traçabilité des DPI et leur application aux produits de l'IA, ce qui empêche une rémunération équitable des créateurs humains dont le travail original est utilisé pour alimenter ces technologies »¹⁷. Néanmoins, les auteurs de la résolution insistent sur l'« importance capitale d'une protection équilibrée des DPI en lien avec les technologies de l'IA, ainsi que [sur] la nature multidimensionnelle de cette protection, et souligne[nt], dans le même temps, qu'il importe d'assurer un niveau élevé de protection des DPI, d'instaurer une sécurité juridique et de renforcer la confiance nécessaire pour encourager les investissements dans ces technologies et faire en sorte qu'elles soient pérennes et utilisées par les consommateurs sur le long terme ; [ils] estiment que l'Union a les moyens de devenir chef de file dans la création de technologies de l'IA si elle se dote d'un cadre réglementaire opérationnel régulièrement évalué à la lumière des évolutions technologiques ainsi que de politiques publiques volontaristes »¹⁸.

L'adaptation de la propriété intellectuelle au développement des technologies liées à l'IA progresse. Le Parlement, dans sa résolution¹⁹, mentionne qu'il est essentiel de ne pas bloquer l'accès aux données au sein de l'Union européenne ainsi que leur circulation « afin de ne pas entraver la croissance ou l'innovation ». De son côté, en septembre 2023, la France s'est dotée d'un Comité de l'intelligence artificielle générative²⁰.

Cependant, le droit de la propriété intellectuelle n'a pas été encore réformé en profondeur pour tenir compte des incidences de l'IA générative sur la propriété littéraire et artistique. Plus particulièrement, « les machines IA sont, en amont,

¹⁷ PE, rés. sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle, 20 oct. 2020 (2020/2015[INI]), cons. D.

¹⁸ Art. 6, *ibid.*

¹⁹ PE, rés. sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle, 20 oct. 2020 (2020/2015[INI]).

²⁰ www.gouvernement.fr/communiqu/comite-de-lintelligence-artificielle.

nourries d'œuvres préexistantes issues d'auteurs véritables pour, en aval, mettre sur le marché – rapidement et à bas prix des productions générées par l'IA qui, peu à peu, se substitueront aux créations humaines et écartèreront les créateurs. Il s'agit ici de veiller à ce que la France dans sa projection n'oublie pas qu'elle a été et veut demeurer une terre des Arts. Car, là, gît une part d'Humanité »²¹.

Si la protection des contenus produits par l'IA se pose, la question des droits des auteurs dont les œuvres ont été aspirées massivement par des systèmes d'IA avides d'apprendre est au cœur des préoccupations des législateurs. Il existe en effet deux problématiques distinctes concernant le droit d'auteur : la licéité de l'*input* (l'entrée) de l'IA générative, à savoir est-il légitime d'utiliser les œuvres protégées par le droit d'auteur au cours de la phase d'entraînement de l'IA générative ; la protection juridique de l'*output* (la sortie), autrement dit les produits qui sont générés par cette technologie sont-ils sous la protection du droit d'auteur ?

Dans ce contexte, il est déterminant de penser la protection des œuvres existantes²² (I) et d'organiser celle des œuvres générées (II).

I. La protection des œuvres existantes

Dès les années 1970, des ordinateurs créent des œuvres d'art. Cette tendance, à l'époque rudimentaire, n'a cessé de s'intensifier et de se perfectionner. La plupart de ces œuvres dépendaient largement d'un apport créatif du programmeur : la machine servait surtout d'instrument ou d'outil, à l'image d'un pinceau ou d'une toile.

Puis les innovations technologiques ont modifié les interactions entre l'IA et le processus de création. Le développement de modes d'apprentissage automatique – sous-ensemble de l'intelligence artificielle – est à l'origine de systèmes autonomes capables d'enregistrer des connaissances et de les valoriser. Appliqué à l'art, à la musique ou aux œuvres littéraires, le système d'IA aspire et s'inspire des données préexistantes – les œuvres – pour engendrer de manière autonome une œuvre nouvelle et inédite. Dans ce contexte, les IA génératives

²¹ P. SIRINELLI ET S. PREVOST-BOYARD, *Terre des arts ou des IA ? : Dalloz IP/IT* 2023, 489.

²² V. P. KAMINA : *Comm. com. électr.* 2023, comm. 29.

(ChatGPT, Midjourney, Dall-E, Stable Diffusion, *etc.*) suscitent des inquiétudes dans le secteur de l'art.

Sur la base d'une simple phrase décrivant le résultat attendu, appelée *prompt*, les utilisateurs de ces outils peuvent quasi instantanément obtenir un texte, une peinture, un film, capable, par sa finesse de réalisation, de tromper l'expertise humaine sur sa nature et son origine.

Afin d'encadrer l'utilisation des œuvres protégées par ces intelligences artificielles, il paraît ainsi nécessaire d'intervenir à trois niveaux : le consentement des auteurs de ces œuvres (A), leur rémunération (B) et la transparence des systèmes d'IA (C).

A- Le consentement des auteurs

Le consentement des auteurs à l'exploitation de leurs œuvres est un principe cardinal du droit d'auteur. Les limitations qui y seraient apportées doivent être nécessaires, justifiées et proportionnées. En ce sens, et pour aider au développement de l'IA, le législateur européen en 2019 a consacré une dérogation à ce principe d'autorisation préalable en matière de fouille de données. L'exception de *Text and Data Mining* (TDM) a ainsi été reconnue par la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, transposée à l'article L. 122-5-3, II et III du Code de la propriété intellectuelle²³. Cette exception de TDM, énoncée à l'article 4 de la directive, est invocable quelle que soit la finalité de la fouille. Elle recourt à la technique de l'*opt-out*, c'est-à-dire le droit de se servir des œuvres tant que l'auteur ne s'y oppose pas.

Avec ce mécanisme d'*opt-out*, supposé offrir un équilibre entre les intérêts des concepteurs d'IA et ceux des titulaires de droits, le législateur européen entendait autoriser la fouille seulement pour l'analyse « des textes et des

²³ Sans la limitation à la recherche qu'avait prévu en son temps le législateur français dans sa loi pour une République numérique. S'agissant de l'exception au bénéfice des organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel prévue à l'article 3, le principe du consentement a été écarté en considération du champ limité de l'exception, à savoir la recherche scientifique conduite à titre non lucratif par des organismes agissant dans le cadre d'une mission d'intérêt public.

données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations » (art. 2). Il n'avait pas pris la mesure des répercussions des IA génératives sur les arts.

Il apparaît, en effet, que, pour assurer une protection effective des œuvres protégées, le phénomène des IA génératives devrait conduire à instaurer un système d'*opt-in* dans lequel seules les œuvres des auteurs ayant expressément consenti à la fouille de données pourraient participer à l'entraînement de ces IA. Toutefois, un mécanisme individuel d'*opt-in* s'avère concrètement impraticable. C'est donc vers des mécanismes d'*opt-in* collectif, par exemple un accord portant sur tout un répertoire, qu'il conviendrait de se tourner. D'ailleurs, anticipant ce mouvement, la SACEM a indiqué dans un communiqué que, désormais, « les activités de fouilles de données sur les œuvres du répertoire de la Sacem par les entités développant des outils d'intelligence artificielle devront faire l'objet de son autorisation préalable afin d'assurer une juste rémunération des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique qu'elle représente »²⁴.

En attendant la mise en place d'un *opt-in*, la Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP) préconise la conclusion de conventions entre les sociétés d'auteurs et les opérateurs d'IA.

En ce sens, le 20 décembre 2023, la Société des droits voisins de la presse (DVP) a déclaré qu'elle mettait en œuvre son droit d'opposition au bénéfice de ses membres conformément à l'article 4 de la directive sur le droit d'auteur. En conséquence, les responsables des bases d'entraînement des intelligences artificielles devront obtenir l'autorisation préalable de DVP pour exploiter les contenus de presse de son répertoire²⁵.

²⁴ SACEM, Communiqué, 12 oct. 2023, *Pour une intelligence artificielle vertueuse, transparente et équitable, la Sacem exerce son droit d'opt-out*. <https://societe.sacem.fr/actualites/notre-societe/pour-une-intelligence-artificielle-vertueuse-transparente-et-equitable-la-sacem-exerce-son-droit>.

²⁵ Veille par Cabinet Racine, *Intelligence artificielle : exercice de son droit d'opt-out par la Société des Droits Voisins de la Presse (DVP), communiqué du 20 décembre 2023 : Comm. com. électr.* févr. 2024, n° 2, alerte 56 (<https://www.dvpresse.fr/intelligence-artificielle-la-societe-des-droits-voisins-de-la-presse-dvp-exerce-son-droit-dopt-out/>).

B- La rémunération

Le 12 septembre 2023, une proposition de loi n° 1630 visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur a été déposée par huit députés, défendue notamment par Guillaume Vuilletet. Elle envisage de compléter le Code de la propriété intellectuelle pour permettre aux artistes une meilleure prise en compte de leurs droits face au développement des IA génératives. De nombreux artistes et syndicats notent que le développement des systèmes d'IA générative a bouleversé leur modèle économique : « Les IA génératives n'ont pas d'esprit créateur : elles imitent, plagient, mixent. Il faut, pour qu'elles puissent générer des contenus, les nourrir de "données" constituées de milliards d'œuvres aspirées automatiquement sur Internet et complétées de métadonnées les décrivant (auteur de l'œuvre, titre, sujets représentés...). C'est ce qui permet aujourd'hui de demander aux IA de générer par exemple une œuvre picturale ou photographique dans le style de tel artiste. Les IA viennent donc directement capter la valeur qui est attachée aux œuvres existantes »²⁶.

Créer une œuvre à la manière d'un auteur, qu'un artiste s'inspire de l'œuvre d'un autre artiste, n'est en soi pas interdit par la législation sur le droit d'auteur dès lors qu'aucun élément formel d'une œuvre préexistante n'est repris, y compris partiellement. L'IA change toutefois la donne par son ampleur, par le volume des créations engendrées et la vitesse de génération. Les IA artistes possiblement taxées de parasitisme détourneraient à leur profit des parts de créativité.

Se pose alors la question du partage de la valeur produite. En ce sens, la proposition de loi du 12 septembre 2023 espère une meilleure rémunération des auteurs d'œuvres protégées, notamment lorsque les œuvres générées l'ont été grâce à leur travail²⁷. Les parlementaires sont ici motivés par l'idée que ce sont

²⁶ S. LE CAM ET F. MAUPOME, *Un argumentaire pour une meilleure régulation des IA : Quels Impacts pour les métiers de la création ?*, in Ligue des auteurs professionnels, <https://ligue.auteurs.pro/wp-content/uploads/2023/04/argumentaire-de-la-ligue.pdf>, p. 15.

²⁷ V. C. ALLEAUME, *Propriété littéraire et artistique : Légipresse* 2023, 699 : « L'article 2 de la proposition de loi invite à l'ajout de neuf alinéas à l'article L. 321-2 du Code de la propriété intellectuelle dont le premier énonce que : "Lorsque l'œuvre est créée par une intelligence artificielle sans intervention humaine directe, les seuls titulaires des droits sont les auteurs ou ayants droit des œuvres qui ont permis de concevoir ladite œuvre artificielle". Tel qu'il est rédigé

les véritables artistes qui doivent être récompensés et non une machine qui, par des méthodes probabilistes et mathématiques, construit un succédané d'œuvre créatrice qui n'est en quelque sorte qu'un précipité artificiel de créations humaines préexistantes. Dans le sillage de la rémunération pour copie privée, la proposition de loi vise à mettre en place une gestion collective des droits sur les œuvres générées par l'intelligence artificielle par des sociétés d'auteurs ou d'autres organismes de gestion²⁸. Les métadonnées associées aux données

cet alinéa vise, *a priori*, deux hypothèses : la première est celle de la création d'une œuvre par une intervention humaine indirecte ; la seconde est celle de la création d'une œuvre sans aucune intervention humaine. Une modification du code est-elle utile sur ce point ? (...) Lorsqu'une œuvre est créée avec une intervention humaine indirecte, que ce soit avec un système d'intelligence artificielle ou non, les titulaires de droits sur cette œuvre sont, selon les cas, soit les personnes qui sont intervenues (même indirectement) dans le processus de création, soit la personne qui en a eu l'initiative, en a contrôlé le processus de création et l'a publiée sous son nom (cas de l'œuvre collective) et ce, aux conditions habituelles du droit d'auteur. Ce qui signifie que, pour être l'objet d'un droit de propriété littéraire et artistique, l'œuvre dite "artificielle" doit nécessairement être originale, c'est-à-dire porter l'empreinte de la personnalité de son ou de ses créateurs, à tout le moins traduire les efforts intellectuels propres des personnes physiques qui sont intervenues. Ce à quoi il faut ajouter que si les œuvres de l'esprit utilisées pour la création de l'œuvre artificielle sont "reconnaissables" dans l'œuvre dite artificielle, celle-ci devra en outre être qualifiée d'œuvre composite. En d'autres termes, les textes existants permettent déjà d'aboutir à l'effet recherché par l'article rapporté.

Quant à la seconde hypothèse, celle d'un objet produit par un système d'IA sans intervention humaine, il nous semble qu'un consensus se dégage pour dire qu'un tel objet n'a pas vocation à être l'objet d'un droit d'auteur, celui-ci ne visant que les œuvres de l'esprit, ce qui implique une création par une ou plusieurs personnes physiques. C'est pourquoi le début de l'article proposé, selon lequel "l'œuvre est créée par une intelligence artificielle", apporte de la confusion au débat : l'IA ne crée pas au sens du droit d'auteur. S'agissant de l'attribution automatique de la titularité des droits aux auteurs des œuvres utilisées pour la création de l'œuvre artificielle, elle est sans doute excessive lorsque des centaines ou des milliers d'œuvres préexistantes ont été utilisées par un système d'IA pour obtenir une production nouvelle. Il nous semble que, s'il faut associer les auteurs des œuvres préexistantes utilisées pour la création d'une œuvre artificielle (droit au nom, partage des recettes d'exploitation), seuls les auteurs dont les œuvres sont identifiables dans le résultat de l'IA pourraient avoir vocation à une telle association ».

²⁸ C. Alleaume, *ibid.* : « (...) l'article 4 (...) propose de compléter l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle avec cet alinéa : "Par ailleurs, dans l'éventualité où une œuvre de l'esprit est engendrée par un dispositif d'intelligence artificielle à partir d'œuvres dont l'origine ne peut être déterminée, une taxation destinée à la valorisation de la création est instaurée au bénéfice de l'organisme chargé de la gestion collective désigné par l'article L. 131-3 modifié du présent code. Cette taxation est imposée à la société qui exploite le système d'intelligence artificielle ayant permis de générer ladite œuvre artificielle". (...) la solution proposée, consistant à faire contribuer l'exploitant d'un système d'IA, ouvre une perspective intéressante. Il nous paraît

fouillées par les IA se trouveraient donc au cœur de ce système de répartition des droits²⁹.

Cette proposition est conforme aux conventions internationales (Convention de Berne, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, ADPIC) qui expriment que des limitations ou des exceptions au droit d'auteur ne peuvent être admises que « dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »³⁰.

Toutefois, elle contrevient au principe selon lequel le geste artistique doit traduire un minimum d'intention. C'est pourquoi, dans le cas des œuvres « composites », donc réutilisant des œuvres préexistantes, le droit d'auteur est octroyé à l'artiste réalisateur, celui qui a l'intention de l'œuvre nouvelle. Ce qui n'est pas le cas ici des auteurs des œuvres préexistantes.

C- La transparence

Le 18 octobre 2023, à l'occasion de la Foire du livre de Francfort, le Conseil des écrivains européens (EWC), la Fédération des éditeurs européens (FEP) et la

justifié, quand un acteur économique tire profit d'une situation dont il n'est pas seul à l'origine, qu'il sache associer à ses résultats ceux qui lui ont permis de les obtenir ».

²⁹ V. Y. BASIRE ET S. LE CAM, *Panorama rapide de l'actualité « Propriété intellectuelle » des semaines du 20 mai au 3 juin 2024 : Dalloz actualité*, 13 juin 2024 : « Deux missions sont lancées. Une première doit « expertiser la portée de l'obligation de transparence prévue à l'article 53 du projet de règlement européen sur l'IA », et établir « la liste des informations qui devraient nécessairement être rendues publiques par les fournisseurs d'IA, selon les secteurs culturels concernés, pour permettre aux auteurs et aux titulaires de droits voisins d'exercer leurs droits ». Elle est confiée à Alexandra Bensamoun et Frédéric Pascal. Les résultats sont attendus en fin d'année. Une seconde mission se penchera sur les mécanismes permettant que « les ayants droit aient la garantie de l'effectivité de leurs droits lors de l'utilisation de leurs œuvres par les fournisseurs d'IA ». Elle analysera aussi « les enjeux économiques sous-jacents à l'accès aux données culturelles et patrimoniales lorsque celles-ci sont utilisées par les IA ». Elle sera menée par Alexandra Bensamoun et Joëlle Farchy pour des conclusions rendues en 2025 ».

³⁰ Conv. de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (mod. le 28 sept. 1979) (www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/textdetails/12214). – OMPI, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, 20 déc. 1996 (www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/fr/cnr_dc/cnr_dc_94.pdf). – OMC, Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce (ADPIC), 15 avr. 1994 (www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agmo_f.htm).

Fédération européenne et internationale des libraires (EIBF) ont appelé les co-législateurs européens à saisir l'opportunité du RIA pour adopter des mesures destinées à garantir la transparence de l'IA générative³¹. L'opacité des systèmes d'IA ne favorise pas la traçabilité des œuvres protégées. Déjà, la résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 sur les droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle remarquait dans son considérant D « que les technologies de l'IA peuvent rendre difficiles la traçabilité des DPI et leur application aux produits de l'IA, ce qui empêche une rémunération équitable des créateurs humains dont le travail original est utilisé pour alimenter ces technologies ».

Pour accroître la transparence, des principes similaires à ceux prévus par le RGPD devraient être institués. Les artistes détiendraient ainsi un droit d'accès, de rectification, d'opposition et d'effacement concernant l'usage que les IA font de leurs œuvres.

Par ailleurs, l'article 3 de la proposition du 12 septembre 2023 prévoit d'ajouter à l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle que :

« Dans le cas où une œuvre a été générée par un système d'intelligence artificielle, il est impératif d'apposer la mention : “œuvre générée par IA”, ainsi que d'insérer le nom des auteurs des œuvres ayant permis d'aboutir à une telle œuvre ».

Cette transparence aiderait aussi à vérifier que les droits revendiqués au titre de la gestion collective sont justifiés.

De son côté, Google a annoncé en août 2023 avoir créé un système de *watermarking* pour identifier la provenance d'une œuvre et donc mieux la protéger. Mathilde Carle³² suggère aussi « d'utiliser des outils comme Bria AI qui permet de remonter aux multiples sources d'une image de synthèse et d'identifier les centaines d'œuvres originales dont elle s'est inspirée »³³.

³¹ European writer's council, Communiqué, *Foire de Francfort : appel pour une transparence de l'intelligence artificielle générative*, 18 oct. 2023.

³² Mathilde Carle, avocate aux barreaux de Paris et de New York chez Kramer Levin Naftalis & FRANKEL LLP, répond aux questions de Thibault Caudron, *L'intelligence artificielle met à mal le droit d'auteur pour les images* (www.maddyness.com/2023/11/27/lintelligence-artificielle-met-a-mal-le-droit-dauteur-pour-les-images), 27 nov. 2023.

³³ Cité par T. CAUDRON, *L'intelligence artificielle met à mal le droit d'auteur pour les images*, 27 nov. 2023 (www.maddyness.com/2023/11/27/lintelligence-artificielle-met-a-mal-le-droit-dauteur-pour-les-images).

La transparence est également due au public, consommateur d'arts générés qui, non averti, doit être informé de l'origine – auteur humain ou IA – des créations mises à disposition. Cette obligation de transparence incomberait aux acteurs de la chaîne de production et de diffusion des œuvres artificiellement générées.

Plus spécifiquement, l'article 53 du RIA crée une obligation de transparence qui impose aux fournisseurs d'IA à usage général, y compris lorsque les modèles sont publiés dans le cadre d'une licence libre et ouverte, de mettre en place une politique visant à se conformer à la législation de l'Union européenne en matière de droit d'auteur et de droits voisins et de mettre à la disposition du public "un résumé suffisamment détaillé du contenu utilisé pour entraîner le modèle d'IA à usage général". Ce résumé doit être conforme à un modèle ("template") fourni par le Bureau de l'intelligence artificielle créé par le RIA³⁴.

En outre, les IA génératives amènent à repenser l'acte créatif. Ces techniques mises en œuvre en vue de simuler l'intelligence humaine deviennent-elles des sources nouvelles de créations protégeables par le droit d'auteur ?

II– La protection des œuvres générées

La question de la qualification de l'*out-put*, la création générée par une IA, conduit à se pencher sur les IA génératives comme auteurs d'œuvres de l'esprit (A), puis comme contrefacteurs (B).

A- Les intelligences artificielles comme auteurs d'œuvres de l'esprit

Les œuvres créées exclusivement par l'IA, en dehors de toute intervention humaine, sont-elles des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur ?

³⁴ A. BENSAMOUN, L. Ferreira, *Rapport de mission relative à la mise en œuvre du règlement européen établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle ("template")*, 9 décembre 2024 : Le rapport de la mission relative à la mise en œuvre du règlement européen sur l'intelligence artificielle précise la portée des dispositions de l'article 53, 1, d (modèle de résumé) et propose un modèle de "résumé détaillé" destiné à "nourrir" les positions de la France au niveau européen.

La propriété intellectuelle concerne des biens intellectuels dont la création est traditionnellement l'apanage des êtres humains, si bien qu'on a pu écrire : « L'origine des biens intellectuels est toujours identique : l'Homme »³⁵. Partant, le principe unanimement admis en doctrine est qu'une œuvre ne peut résulter que d'une intervention humaine. Pour Christophe Caron, « le duo formé par la notion de création et de personne physique est indissociable. Il en résulte que le créateur est forcément une personne physique »³⁶.

Néanmoins, les progrès de l'intelligence artificielle rendent des programmes capables de produire de manière autonome des objets « créatifs »³⁷. Toutefois, quelles que soient leurs performances artistiques, ces IA sont privées de sensibilité et de conscience. L'émotion artistique leur est étrangère. Or les œuvres de création ne peuvent se prévaloir d'une protection au titre du droit d'auteur que si elles présentent un caractère original. Le droit d'auteur français définit classiquement l'originalité d'une œuvre de manière subjective comme celle qui porte l'empreinte de la personnalité de l'auteur, c'est-à-dire la sensibilité et l'intelligence de celui qui l'a conçue et réalisée³⁸. Il s'ensuit que ce critère d'originalité n'est en général satisfait que si l'auteur est une personne. Les législations nationales de la plupart des pays s'inscrivent en ce sens. Seule la loi anglaise sur le droit d'auteur se démarque. L'article 9.3) de ce texte avance que « dans le cas d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique créée au moyen d'un ordinateur, la personne ayant pris les dispositions nécessaires pour créer ladite œuvre sera réputée en être l'auteur »³⁹. L'article 178 de cette loi précise que l'on entend par « œuvre créée par ordinateur » toute « œuvre créée dans des conditions excluant toute intervention humaine ». La loi anglaise déroge donc à l'exigence de paternité humaine d'une œuvre en reconnaissant

³⁵ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 3^e éd., 2014, p. 9.

³⁶ C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 3^e éd., 2013, p. 46.

³⁷ J. LARRIEU, *Robot et propriété intellectuelle : Dalloz IP/IT* 2016, p. 291.

³⁸ V. SERFATY, *Les productions de l'intelligence artificielle générative et le droit d'auteur : état des questions et perspectives : Comm. com. électr.* sept. 2023, n° 9, étude 17.

³⁹ La loi britannique du 15 novembre 1988 répute auteur d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique créée par ordinateur « la personne qui prend les dispositions nécessaires à la création de l'œuvre » (trad. OMPI) « *the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken* » (art. 9.3). V. JCl. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1164, *Objet du droit d'auteur. – Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2)*.

l'investissement accordé à la conception d'un programme apte à engendrer une œuvre.

La question de savoir qui sera considéré comme la personne ayant pris les dispositions nécessaires pour créer l'œuvre demeure ouverte. Doit-il s'agir du concepteur, du programmeur, de l'utilisateur ou de l'investisseur ?

Par comparaison avec les outils de traitement de textes, la société qui a conçu le logiciel n'est pas pour autant détentrice des droits d'auteur sur les documents créés. Le droit d'auteur revient à l'utilisateur du logiciel, c'est-à-dire à la personne qui s'est servie du logiciel pour donner naissance à une œuvre.

Il en va différemment avec les systèmes d'IA qui génèrent une œuvre en toute autonomie. La participation de l'utilisateur au processus créatif est souvent négligeable. Par exemple, au Royaume-Uni, dans l'affaire *Nova Productions c/ Mazooma Games* [2007] EWCA Civ 219, la cour d'appel a décidé que, dans le cadre d'un jeu informatique, la contribution des usagers ne présentait aucune dimension artistique et que ceux-ci n'avaient exercé aucun talent ou travail à caractère artistique.

Toutefois, au-delà du rôle exclusif de l'IA dans la réalisation des œuvres, le travail préparatoire effectué en amont, notamment le rassemblement et le choix des données qui seront la matière sur laquelle les algorithmes opéreront, le choix et la préparation de ces algorithmes eux-mêmes, constitue le critère d'identification de la personne ayant pris les dispositions nécessaires pour créer ladite œuvre⁴⁰.

Hormis cette exception anglaise, un large consensus se dessine aujourd'hui pour exclure de la protection du droit d'auteur les productions de l'intelligence artificielle générative⁴¹.

⁴⁰ *JCl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1164, *Objet du droit d'auteur. – Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2)*.

⁴¹ Dans de nombreux pays, le législateur n'est pas disposé à protéger par le droit d'auteur des œuvres qui n'auraient pas été créées par un être humain. Aux États-Unis d'Amérique par exemple, le Bureau national du droit d'auteur a déclaré que seules des œuvres originales créées par un être humain pourraient prétendre à une protection par le droit d'auteur. Cette position découle de la jurisprudence (aff. *Feist Publications c/ Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340 [1991]) aux termes de laquelle le droit d'auteur protège uniquement le fruit d'un travail intellectuel fondé sur le pouvoir créateur de l'esprit. De manière analogue, dans une récente affaire se déroulant en Australie (*Acohs Pty Ltd c/ Ucorp Pty Ltd*), un tribunal a déclaré

En Europe, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) affirme de longue date que le droit d'auteur ne s'applique qu'à des œuvres originales, l'originalité étant indissociable d'une « création intellectuelle propre à son auteur ». L'originalité d'une œuvre reflète la personnalité de son auteur, ce qui implique une action humaine pour qu'une œuvre soit couverte par le droit d'auteur.

La question s'est aussi posée outre-Atlantique où une œuvre créée par une IA spécialisée dans la génération d'images a été récompensée à la *Colorado State Fair* en 2022. Pour autant, l'Office américain du droit d'auteur (*United States Copyright Office* [USCO]) avait indiqué dans une décision du 14 février 2022 qu'une œuvre créée par une intelligence artificielle ne saurait être consacrée par le droit d'auteur. Pour l'Office, une telle reconnaissance requiert une intervention humaine dans le processus de création.

Cette position a été confirmée par la décision *US District court for the District of Columbia* du 18 août 2023⁴². Cette décision prend sa source dans le refus de l'USCO d'enregistrer une œuvre, *A Recent Entrance to Paradise*, réalisée par une IA, *Creativity Machine*, mentionnée comme auteur.

Le juge fédéral rappelle que la création artistique est humaine et qu'il faut, en l'état du droit, considérer que les productions intégralement générées par une IA sont exclues du régime du droit d'auteur.

Les seules créations pouvant prétendre à une reconnaissance par le droit d'auteur sont donc celles qui ont été portées à la fois par un humain et par un système d'IA. La part de l'humain – utilisateur de l'IA – dans une création plus ou moins émaillée d'aléatoire⁴³ est un critère essentiel dans l'attribution du droit d'auteur⁴⁴.

Par exemple, des systèmes comme *Midjourney* permettent quasi instantanément de générer des créations graphiques après avoir fourni au système quelques instructions en langage naturel. Des compétences artistiques voire seulement informatiques ne sont plus nécessaires pour créer.

Pour autant, ces œuvres sont-elles protégeables par le droit d'auteur ?

qu'une œuvre créée au moyen d'un ordinateur ne pouvait faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur car elle n'avait pas été réalisée par un humain.

⁴² N° 22-1564 (BAH), *Stephen Thaler c/ Shira Perlmutter*.

⁴³ V. SERFATY, *ibid.*

⁴⁴ G. HAAS, C. LUCAS, E. SOBCZYK ET J. HENRY, *Décoder les usages pour les services d'OpenAI : Dalloz IP/IT* 2024, p. 273.

L'USPTO⁴⁵ s'est récemment prononcée sur le sujet. La déposante sollicitait un droit d'auteur pour un comics. Dans sa demande, elle se présentait comme auteure de la création. Toutefois, elle n'avait pas mentionné avoir eu recours au logiciel *Midjourney* pour l'assister. L'autorité l'a découvert ultérieurement à la suite de déclarations de la déposante elle-même. L'USPTO devait ainsi se positionner sur la délivrance du droit d'auteur pour une œuvre en partie créée à l'aide d'un système d'IA.

Le droit américain admet la protection d'un « *original work of authorship fixed in any tangible medium of expression* »⁴⁶. Selon la Cour suprême, l'originalité dépend de deux critères cumulatifs : « *independent creation and sufficient creativity* »⁴⁷. En l'espèce, ce n'était pas tant la condition d'originalité qui était en cause que la condition de « *work of authorship* »⁴⁸. L'autorité rappelle que, d'après une jurisprudence ancienne et constante, le droit d'auteur n'est reconnu qu'aux seuls auteurs humains⁴⁹. C'est pourquoi les créations générées entièrement au moyen d'une machine, sans intervention humaine, ne relèvent pas du champ du droit d'auteur. Néanmoins, lorsqu'une œuvre est le fruit d'une machine et d'un humain, l'analyse s'attache à discerner l'activité de l'humain.

L'enjeu consiste à examiner le rôle exercé par l'utilisateur du système d'IA pour apprécier s'il suffit à dépasser le seuil nécessaire à la qualification d'auteur. Eu égard au fonctionnement du logiciel *Midjourney*, l'autorité estime que les images générées ne sont pas des créations d'un auteur. Elles ne sont pas susceptibles de relever du droit d'auteur. En effet, le rôle exercé par l'utilisateur du système est limité. À tout le moins, il est nécessaire d'indiquer des instructions textuelles décrivant l'image souhaitée. L'utilisateur peut encore affiner sa requête en indiquant l'URL d'images dont il souhaite que le logiciel

⁴⁵ *United States Patent and Trademark Office* (USPTO), 21 févr. 2023, *Zarya of the Dawn*. Par ailleurs, v. *JCPG* 2022, doct 760, n°24.

⁴⁶ Traduit par nous : « œuvre originale d'un auteur fixée sur un support d'expression tangible ». V. 17 U.S.C. § 102(a).

⁴⁷ Traduit par nous : « création indépendante et créativité suffisante ». V. *Feist Publ'ns, Inc. vs Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 345 (1991).

⁴⁸ Traduit par nous : « travail de l'auteur ».

⁴⁹ *Burrow-Giles Lithographic Co. vs Sarony*, 111 U.S. 53, 57-59 (1884).

s’inspire ou encore manipuler quelques paramètres pour atteindre le résultat escompté. À l’issue du processus, quatre images similaires sont soumises à l’utilisateur.

Finalement, si l’utilisateur n’est pas totalement passif, s’il exerce une influence sur les résultats générés par *Midjourney*, ces actions ne suffisent pas à caractériser la qualité d’auteur⁵⁰. La circonstance qui aiderait à gravir les dernières marches vers cette qualité réside dans le travail d’édition réalisée sur les images générées par *Midjourney*, par exemple au moyen d’un logiciel de retouche d’images. L’autorité admet que des modifications substantielles ainsi apportées équivalent à une action suffisante pour ouvrir la qualification d’auteur⁵¹. Peu de temps après cette décision, l’USPTO a publié de nouvelles lignes directrices énonçant sa doctrine et entérinant les enseignements de cette décision⁵².

Quant à la *Beijing Internet Court*, elle a considéré de manière plus souple que la protection par le droit d’auteur d’une image générée par une IA (*Stable Diffusion*) dépend de l’investissement intellectuel de l’utilisateur. Ce dernier

⁵⁰ On peut craindre que l’exclusion des créations générées par l’IA emporte une réévaluation des standards actuels et conduise à écarter la protection d’autres créations emportant avec elle une réduction du domaine du droit d’auteur. L’USPTO semble consciente de ce risque. Toutefois, elle considère que le procédé en l’espèce diffère des autres (« *The process by which a Midjourney user obtains an ultimate satisfactory image through the tool is not the same as that of a human artist, writer, or photographer* »). *Midjourney* n’interprète pas les instructions qui lui sont données par l’utilisateur. Le logiciel se contente de les convertir en items qu’il rapproche ensuite des données utilisées pour l’entraîner pour générer une image. Par conséquent, il existe une distance entre l’action de l’utilisateur en entrée et le résultat généré par le logiciel en sortie qui ne saurait être prédit (« *The process is not controlled by the user because it is not possible to predict Midjourney will create ahead of time* »). Si en apparence l’utilisateur agit activement pour permettre la réalisation du résultat généré, sa contribution n’est qu’indirecte. Au contraire, le photographe qui manipule l’outil peut n’exercer qu’un rôle limité, mais direct sur le résultat final. L’USPTO insiste ainsi largement sur cette différence entre les systèmes d’IA et les autres outils utilisés jusqu’à présent par les artistes et en particulier par les photographes. L’autorité démontre bien que c’est une différence de nature et non de degré qui distingue les processus créatifs en cause.

⁵¹ S. MERABET, *Intelligence artificielle – Droit et Intelligence artificielle : Resp. civ. et assur.* 1^{er} avr. 2024, n° 4.

⁵² Copyright Registration Guidance, *Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 16 mars 2023.

ayant fourni des instructions précises au système d'IA afin de générer l'image s'est vu reconnaître la qualité d'auteur⁵³.

En droit européen, les lignes directrices issues de l'arrêt *Infopaq* de 2009 énoncent que :

« C'est à travers le choix, l'arrangement et la combinaison des *outputs* d'intelligence artificielle que l'utilisateur pourrait exprimer son esprit créatif d'une manière originale.

Une tentative de systématisation a été menée par la Commission européenne sous la forme d'un test en quatre étapes. Tout d'abord, la production doit intervenir dans les domaines littéraire, scientifique ou artistique (étape 1). Ensuite, doit être remplie la condition de l'effort intellectuel humain, laquelle permet de déterminer dans quelle mesure l'implication d'une personne physique dans la production assistée par l'IA est suffisante pour que celle-ci soit considérée comme une création (étape 2). Figure également une condition d'originalité/créativité (étape 3). La Commission précise à cet égard qu'une combinaison créative d'idées à différentes étapes du processus créatif (la conception, l'exécution et la rédaction) peut suffire à qualifier le résultat d'œuvre protégée par le droit d'auteur de l'UE. Enfin, l'étape 4 est celle de l'expression. La créativité de l'humain doit s'exprimer dans la production finale. Ce dernier critère suscite des interrogations dès lors que la forme finale de la production de l'IA ne peut pas être anticipée par l'humain qui utilise le système. Toutefois, le paramétrage des IA génératives à l'aide de *seeds* améliore la prévisibilité du résultat »⁵⁴.

Toutefois, la Commission tempère sa position en indiquant que l'incertitude qui entoure la production de l'IA ne devrait pas constituer un obstacle à la protection du droit d'auteur si cette production correspond à l'intention générale de l'auteur⁵⁵.

⁵³ Veille par Cabinet Racine, *Protection par le droit d'auteur accordée à une image générée par intelligence artificielle*, *Beijing Internet Court*, 27 nov. 2023 : *Comm. com. élect.* janv. 2024, n° 1, alerte 10.

⁵⁴ V. SERFATY, *ibid.*

⁵⁵ Le rapport ajoute que même un résultat totalement imprévu, inexplicable et quasi aléatoire assisté par l'IA peut encore être converti en une œuvre protégée lors de la phase de rédaction, c'est-à-dire la post-production.

B- Les intelligences artificielles comme contrefacteurs

Les intelligences artificielles – et notamment les IA génératives – sont avides de toujours plus de données au service de leur apprentissage en vue de renouveler leurs sources d’inspirations et fabriquer de nouveaux contenus.

C’est notamment le cas de Lensa, une application de retouche photo lancée en 2018 et récemment dotée de la nouvelle fonctionnalité « Magic Avatars » grâce à laquelle elle est en capacité de créer des portraits stylisés à partir des *selfies* des utilisateurs.

Au-delà des photographies soumises par les utilisateurs, cette IA se nourrit d’images générées par un algorithme *open source*, « Stable Diffusion », qui, lui-même, est entraîné à partir de créations numériques d’artistes qui n’ont pas autorisé l’exploitation de leur travail sur l’application Lensa.

Se pose ainsi la question de la commission d’actes de contrefaçon par une IA. Par définition, la contrefaçon réalise une violation du droit de propriété intellectuelle. Elle se présente comme la « reproduction, l’imitation ou l’utilisation totale ou partielle d’un droit de propriété intellectuelle » tel que le droit d’auteur, sans l’assentiment de son propriétaire.

Néanmoins, rien n’est dit sur la notion de « contrefacteur ». Est-il alors possible de considérer qu’une IA puisse s’incarner en contrefacteur⁵⁶ ?

Au regard de la logique du « droit d’auteur à la française » et de la protection dont bénéficient les auteurs, il semble qu’un système d’IA puisse être taxé de contrefaçon bien que la qualité de contrefacteur soit imputée au programmeur de cette IA⁵⁷.

⁵⁶ G. VERNIER, cofondateur du collectif Obvious, *Les NFT vus par Obvious : Dalloz IP/IT* 2023, p. 75 : « Nous essayons systématiquement d’avoir des accords avec les ayant droit des œuvres avec lesquelles nous nourrissons l’intelligence artificielle comme ça a été le cas par exemple avec notre série sur les œuvres pariétales pour lesquelles nous avons contacté la grotte de Lascaux ».

⁵⁷ Le 27 décembre 2023, le *New York Times* a intenté une action en justice devant le Tribunal fédéral du district de Manhattan contre Microsoft et OpenAI, en alléguant que ChatGPT avait illégalement utilisé ses articles pour générer des contenus. V. M. M. Grynbaum et R. Mac, *The New York Times sued OpenAI and Microsoft for copyright infringement: The New York Times* 27 déc. 2023 (www.nytimes.com/2023/12/27/business/media/new-york-times-open-ai-microsoft-lawsuit.html).

Si les dispositions actuelles du Code de la propriété intellectuelle ne semblent pas s'opposer à cette éventualité, l'absence de décision des juridictions françaises et/ou européennes laisse cette problématique en suspens.