LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit de l'immatériel

L'intelligence artificielle, entre opportunités et menaces pour la création

Par Xavier PRÈS

– **UE : entrée en vigueur du *Data Act* et adoption de l'*AI Act***
Par Lionel COSTES

– **La simple détention d'une œuvre contrefaisante n'est pas un acte de contrefaçon !**
Par Pierre NOUAL

– **Diffamation – Conformité à la Constitution de l'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'un Etat étranger**
Par Emmanuel DERIEUX

– **Absence de caractère impératif d'une liste de références pour l'éducation des jeunes à la sexualité**
Par Laurence WARIN

– **Il y a cinquante ans, l'arrêt du projet SAFARI**
Par Bruno MATHIS

– **Accord politique sur l'IA Act, l'aboutissement de nombreuses discussions sur terrain technologique instable**
Par Eric LE QUELLENE

– **DOSSIER SPÉCIAL LA SCIENCE OUVERTE (Partie 2)**
Les logiciels et codes sources de recherche
Sous la direction de Mélanie CLÉMENT-FONTAINE

211 | MENSUEL
FÉVRIER 2024

LAMY LIAISONS | KARNOV GROUP

00_Couverture_RLDI211_2024.indd 3 12/02/2024 7:38:24

http://lamyline.lamy.fr

L'intelligence artificielle, entre opportunités et menaces pour la création

Par Xavier PRÈS

Avocat, associé,
Docteur en droit
Société d'avocats VARET PRÈS KILLY

→ RLDI 4869

L'intelligence artificielle (IA) fait des progrès spectaculaires. Elle se développe dans tous les secteurs et risque de bouleverser nos pratiques. Différentes IA existent. Elles ont pour point commun de reposer sur des technologies capables de performances habituellement associées à l'être humain. Parmi celles-ci, l'IA générative capable de produire des textes, des images, des vidéos et même de la musique qui ressemblent aux contenus créés par l'homme. ChatGPT, DALL-E, Midjourney, Stable Diffusion, Bard et Gemini sont les plus connus.

L'IA générative est source de fantasmes et d'angoisses, notamment pour les créateurs qui craignent de disparaître. Bien que disruptive, cette technologie n'est toutefois qu'un outil, un procédé technique. Or l'histoire du droit d'auteur nous enseigne que d'un procédé technique peut naître une création intellectuelle. Si des menaces existent, des opportunités sont donc aussi à saisir pour les créateurs.

I.- L'EXISTENCE POSSIBLE D'UNE CRÉATION INTELLECTUELLE PAR LE JEU DES PROMPTS

De prime abord, l'IA générative est peu compatible avec le droit d'auteur. Selon la conception personnaliste (ou humaniste) du droit d'auteur français, l'auteur d'une œuvre de l'esprit ne peut être qu'une personne physique, seule capable de concevoir une création intellectuelle qui lui est propre, reflétant sa personnalité, par la manifestation de choix libres et créatifs. Un contenu, quel qu'il soit (texte, image, vidéo, musique, etc.), généré par une IA ne saurait par conséquent être protégeable au titre du droit d'auteur.

La conclusion est toutefois un peu rapide.

Car tout dépend en pratique de la façon dont l'homme interagit avec la machine. Rien ne s'oppose en effet, pas plus le droit que la technique, à ce que par une série de requêtes (ou *prompts*) exprimant des choix libres et créatifs, un auteur puisse, dans le cadre d'un dialogue itératif actif avec la machine, concevoir une œuvre singulière portant l'empreinte de sa personnalité. L'IA intervient alors comme simple exécutant matérielle des directives de l'auteur. Et si ces directives, exprimées sous la forme de prompts, sont précises et originales, l'IA n'est alors que la main de l'auteur, la création en résultant restant bien l'apanage de ce dernier, dès lors que par ses instructions créatives l'auteur parvient à exprimer sa personnalité et à réduire, ou du moins à encadrer, les résultats probabilistes proposés par l'IA.

L'intervention de la machine ne saurait par conséquent constituer, à elle seule, un obstacle à la qualification d'un contenu généré par IA d'œuvre de l'esprit. Cette solution, fondée sur l'indifférence des procédés techniques, n'est pas une solution nouvelle. Hier, le burin et le pinceau. Plus récemment, l'appareil photo, la caméra ou les logiciels notamment de création assistée. Et désormais, l'intelligence artificielle. Peu importe le procédé technique, aussi sophistiqué soit-il, utilisé ; ce qui importe, c'est l'existence de choix précis, libres et créatifs.

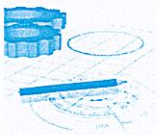
Aussi et dans le cas où serait reconnue une création de forme originale, l'auteur des *prompts* jouira, du seul fait de sa création, du « droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous », lui permettant d'exercer les prérogatives morales et patrimoniales que la loi reconnait aux auteurs d'une œuvre de l'esprit « quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »[1]. L'IA est donc à cet égard source d'opportunités en ce qu'elle offre aux créateurs de nouvelles perspectives, sans les priver pour autant juridiquement de la qualité d'auteur et des droits qui y sont attachés. Avec l'IA, l'auteur ne devrait donc pas disparaître, mais plutôt créer différemment.

Aucune décision judiciaire n'a encore été rendue en France. La Chine s'est en revanche clairement positionnée en ce sens. Par une décision récente du 27 novembre 2023, le juge chinois (Bejing internet Court) a en effet accordé la protection par le droit d'auteur à une œuvre générée par Stable diffusion au motif que *« les réglages minutieux et les choix esthétiques effectués durant la création de l'image ont reflété un processus de décision personnalisé, conférant ainsi à l'œuvre un caractère d'originalité »*[2]. La solution est aisément transposable en droit français, les critères utilisés dans cette décision pour caractériser l'existence d'une œuvre originale étant très proches des nôtres.

(1) Art. L. 111-1 et L. 112-1 du code de la propriété intellectuelle.

(2) Beijing Internet Court, 27 novembre 2023, Case No.: (2023) Jing 0491 Min Chu No. 11279, « affaire Li ». La decision n'est toutefois pas inédite : v. déjà en ce sens, tribunal du district de Nanshan à Shenzhen 24 décembre 2019, « affaire Tencent ».

ERLDI211.indb 36 9/2/24 13:09



http://lamyline.lamy.fr

II.- L'EMPRISE DU DROIT D'AUTEUR SUR LES CRÉATIONS UTILISÉES PAR LES IA ?

A.- Les termes du débat

Si l'IA peut être source de droits d'auteur à proportion du rôle actif joué par l'homme dans le processus créatif du contenu généré par la machine, l'IA est également grande consommatrice de créations intellectuelles. A cet égard, l'IA est source d'angoisses pour les créateurs qui craignent cette fois, non plus de disparaître, mais de ne pas être associés aux rémunérations générées par l'utilisation de leurs œuvres. Angoisses d'autant plus fortes que juridiquement la question se pose de savoir si l'utilisation par l'IA d'œuvres de l'esprit est soumise ou non au droit d'auteur.

Deux conceptions s'opposent. Pour les uns, l'exploitation d'œuvres de l'esprit pour alimenter une IA constituerait un acte de reproduction soumis à l'autorisation préalable de l'auteur. Pour les autres, le droit d'auteur pourrait ne pas avoir à s'appliquer dès lors que la reproduction consiste, selon l'article L. 122-3 CPI en une fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés « *qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* » et ce alors que l'article 2 de la directive 2001/29 ne pose pas cette condition de « *communication au public d'une manière indirecte* »[3]. Or si les contenus générés par l'IA reproduisent bien des données extraites de différents supports, il ne serait pas certain que s'opère également une communication au public d'une manière indirecte, spécialement lorsque le contenu généré ne permet pas de reconnaître les créations utilisées[4]. D'autant que ces dernières ne sont pas toujours restituées sous une forme non modifiée et reconnaissable.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ne devrait pas être insensible à l'argument. Par arrêt du 29 juillet 2019, portant sur les droits voisins du producteur de phonogramme mais transposable en droit d'auteur, la Cour de justice de l'Union européenne n'a-t-elle pas en ce sens posé s'agissant de l'échantillonnage d'un enregistrement sonore que « *lorsqu'un utilisateur, dans l'exercice de la liberté des arts, prélève un échantillon sonore sur un phonogramme, afin de l'utiliser, sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute, dans une nouvelle œuvre, il y a lieu de considérer qu'une telle utilisation ne constitue pas une « reproduction »*[5] ? En ce cas, la création par l'IA ne serait donc pas si différente du processus créatif lui-même, celui-ci n'évoluant pas en vase clos, mais se nourrissant, quel qu'en soit le procédé, de créations antérieures, diverses et multiples sans pour autant qu'une atteinte au droit d'auteur ne puisse être, à tous les coups, reprochée. La formule est connue : « *Rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme* ».

B.- Les solutions proposées par la proposition de loi française

En France, la question n'a pas encore été définitivement tranchée. Du moins tant que la proposition de loi du 12 septembre 2023 *visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur* n'aura pas été adoptée. Car celle-ci prend clairement parti en posant d'emblée que « *l'intégration par un logiciel d'intelligence artificielle d'œuvres de l'esprit protégées par le droit d'auteur dans son système et a fortiori leur exploitation est soumise aux dispositions générales du présent code et donc à autorisation des auteurs ou ayants droit* »[6]. L'utilisation par l'IA d'œuvres de l'esprit préexistantes pour nourrir la machine relèverait donc nécessairement du monopole de l'auteur. La solution proposée ne constitue pas *a priori* qu'un simple rappel d'un principe fondamental du droit d'auteur, celui du nécessaire consentement préalable de l'auteur avant toute utilisation d'une œuvre de l'esprit. Car en ce cas, il ne s'agirait que d'une simple pétition de principe, au mieux inutile. Sauf à considérer la proposition vide de sens, il faut estimer qu'elle vise clairement à protéger les auteurs, dont les créations sont « *avalées par un algorithme qui s'en sert ou s'en inspire aux côtés de milliers d'autres* »[7]. Et partant à trancher le débat précité en posant que ces agissements relèvent du droit d'auteur et par conséquent du consentement préalable de l'auteur.

La proposition de loi va plus loin. Elle tente de dessiner un régime juridique complet des créations réalisées à l'aide d'un système d'IA. La deuxième disposition, qui serait introduite à l'article L. 321-2 du code de la propriété intellectuelle relatif aux organismes de gestion collective pose ainsi un droit à rémunération et institue à cet effet un mécanisme de gestion collective des œuvres générées par l'IA qui serait facultatif. L'organisme compétent pourrait ainsi être habilité « *à représenter les titulaires des droits et à percevoir les rémunérations afférentes à l'exploitation de la copie des œuvres, conformément aux règles établies par les statuts de ces sociétés* »[8]. La proposition de loi prévoit également d'instaurer une « *taxation destinée à la valorisation de la création au bénéfice de l'organisme chargé de la gestion collective* » dans le cas 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* »[9]. Le texte n'oublie pas non plus le droit moral en ce qu'il prévoit 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* »[10].

Ces solutions sont imparfaites, le reproche principal qui peut leur être opposé résidant dans leur difficile mise en œuvre. Car les IA ne se nourrissent, non pas de centaines ou de milliers d'œuvres (ce qui serait déjà

(3) Art. L. 122-3 CPI : « *La reproduction consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte* ». Comp. article 2 directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : « *Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie: a) pour les auteurs, de leurs œuvres ( )* ».

(4) V. en ce sens notamment, J-M. Bruguière et J-M Deltorn, « IA générative. Y a-t-il exploitation des œuvres, au sens du droit d'auteur ? », D., 28 sept. 2023.

(5) CJUE, 29 juil. 2019, aff. C 476/17, « affaire Pelham ».

(6) V. article 1er de la proposition de loi du 12 septembre 2023 *visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur* proposant de modifier l'article L. 131-3 CPI.

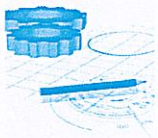
(7) Exposé des motifs de la loi du 12 septembre 2023 *visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur.*

(8) Article 2 de la proposition de loi du 12 septembre 2023 *visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur.*

(9) Article 4 de la proposition de loi du 12 septembre 2023 *visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur.*

(10) Article 3 de la proposition de loi du 12 septembre 2023 *visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur* proposant de modifier l'article L. 121-2 du Code de la propriété intellectuelle relatif au droit moral de l'auteur.

ERLDI211.indb 37 9/2/24 13:09



http://lamyline.lamy.fr

une gageure eu égard à la finalité du texte), mais de plusieurs millions et même milliards d'œuvres. Cette quantité quasi innombrable de données traitées conduit à des difficultés pratiques réelles notamment d'identification des œuvres utilisées par les systèmes d'IA. Ces difficultés pratiques ne sont toutefois pas insurmontables, y compris au regard des solutions actuelles offertes par le droit positif. La transparence est l'une des solutions envisagées spécialement pour l'avenir[11].

C.- Les solutions proposées par le règlement de l'UE

La transparence ne figure pas dans la proposition de loi française, mais dans la proposition de règlement de l'Union européenne établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle édictée le 21 avril 2021, votée (et amendée) le 14 juin 2023 par le Parlement européen, avant de faire l'objet d'un accord de principe le 8 décembre 2023 à l'issue de négociations entre les institutions européennes[12]. Le texte ne se réduit pas au droit d'auteur, ni aux systèmes d'IA génératives puisqu'il a pour ambition de doter l'UE d'un dispositif général, inédit au niveau mondial, pour permettre aux systèmes d'IA de se développer dans un cadre de confiance et dans le respect des droits fondamentaux et des valeurs de l'Union. En substance, le texte tend à favoriser l'innovation tout en protégeant la société, en procédant à une approche de régulation graduée selon les risques : les systèmes d'IA sont classés selon leur niveau de risque ; les contraintes juridiques variant à proportion du risque.

L'IA générative n'en est pas moins évoquée et avec elle, la transparence et le droit d'auteur. L'article 28 *ter* 4° précise à cet égard que « *les fournisseurs de systèmes d'IA à finalité générale utilisés dans des systèmes d'IA destinés spécifiquement à générer, avec différents niveaux d'autonomie, des contenus tels que des textes, des images, des contenus audio ou des vidéos complexes («IA générative») et les fournisseurs spécialisés dans la transformation d'un système d'IA à finalité générale en un système d'IA générative: a) respectent les obligations en matière de transparence énoncées à l'article 52, paragraphe 1, b) forment et, le cas échéant, conçoivent et développent le système d'IA à finalité générale de manière à assurer des garanties appropriées contre la production de contenus qui sont en violation du droit de l'Union, conformément à l'état de la technique généralement reconnu, et sans préjudice des droits fondamentaux, notamment de la liberté d'expression c) documentent et mettent à la disposition du public un résumé suffisamment détaillé de l'utilisation des données d'entraînement protégées par la législation sur le droit d'auteur* »[13].

En synthèse, cette obligation de transparence vise à permettre la traçabilité des données et des contenus et à assurer et à garantir l'information due au public, en particulier les utilisateurs, mais aussi ceux dont les contenus sont utilisés. Ce faisant, l'obligation de transparence devrait permettre d'identifier les œuvres et les auteurs des œuvres utilisées par les IA notamment génératives. Les enjeux économiques sont colossaux puisque de ces informations dépend la question du « partage de la valeur » entre ceux qui exploitent par leurs outils d'IA les créations massivement diffusées sur internet et ceux qui les ont créées et qui ne sont ni sollicités, ni rémunérés. Les sommes en jeux sont colossales et ne portent pas uniquement sur les redevances de droits d'auteur au titre des exploitations à venir des œuvres, mais également au titre des exploitations déjà réalisées dès lors que les œuvres sont d'ores et déjà massivement utilisées par les systèmes d'IA. Le temps presse et le compte à rebours à déjà commencé puisqu'il est désormais bien établi qu'en matière de contrefaçon de droits d'auteur, la prescription quinquennale court à compter du jour où le demandeur à l'action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer, peu important que ces faits se soient poursuivis dans le temps, ainsi que cela a été encore récemment rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 novembre 2023[14].

Le texte européen n'est toutefois pas encore adopté. Il devrait l'être en principe avant les élections du Parlement de juin 2024 pour n'entrer en vigueur que deux ans après, en 2026. Ce calendrier devrait également correspondre aux travaux menés en France. En l'état, la proposition de loi française du 12 septembre 2023 visant à encadrer l'IA par le droit d'auteur devrait avoir peu de chances d'aboutir. La Première ministre semble elle-même en convenir puisqu'elle a décidé d'instaurer le 19 septembre 2023, le premier Comité de l'intelligence artificielle générative dont l'une des missions est précisément… de « *définir une régulation adaptée pour protéger des dérives* » de l'IA. Dans la foulée, en lien avec ce comité interministériel, la ministre de la Culture a constitué un groupe spécifique sur l'impact de l'IA dans le secteur culturel. Le comité interministériel et le groupe sectoriel doivent présenter leurs recommandations au Gouvernement au printemps 2024.

La bataille ne fait donc que commencer. Et elle se joue sur plusieurs terrains : en France et à l'échelle de l'UE, en droit d'auteur et au-delà. Le droit d'auteur n'est pas seul concerné, ce qui se comprend aisément dès lors qu'il sera rappelé que les milliards de données aspirées pour nourrir les systèmes d'apprentissage ne sont pas seulement constituées d'œuvres de l'esprit, mais également de données, de *vos* données, de *nos* données. D'autres disciplines le sont également, dont notamment le droit des données personnelles, le droit de la responsabilité civile, le droit de la consommation, le droit de la santé, le droit du travail, le droit de la concurrence, etc. Mais le droit d'auteur occupe toutefois une place centrale en ce qu'il a trait à la création et que sans création, l'IA, en particulier générative, n'existerait pas.

Les prochains mois seront donc décisifs. La création humaine sera-t-elle sacrifiée sur l'autel de la machine ? Tout dépendra de la place que nous souhaitons donner à ces nouveaux outils. C'est un choix juridique, mais d'abord et avant tout de société. Nous devrions être vite fixés… ⊠

(11) V. en ce sens notamment, « To be or not to be…transparent - Pour un principe matriciel de transparence dans l'environnement numérique », A. Bensamoun, Dalloz Actualité, 3 décembre 2023.

(12) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union. – V. également les amendements du Parlement européen, adoptés le 14 juin 2023, à la proposition de règlement et l'accord de principe du 8 décembre 2023.

(13) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle), version amendée du 14 juin 2023.

(14) Cour de cassation, 1e civ., 15 novembre 2023, n° 22-23.266. La solution n'est pas nouvelle ; elle est issue de la loi PACTE n°2019-486, entrée en vigueur le 24 mai 2019. Elle a encore été récemment rappelée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 mai 2023 (Cour d'appel de Paris, Pôle 5 chambre 1, 17 mai 2023, n° 21/15795). Mais ces effets pourraient être radicaux.

ERLDI211.indb 38 9/2/24 13:09