

Le droit d'auteur face à l'émergence des nouveaux outils d'intelligence artificielle généralive

MÉMOIRE

présenté

par

Colin Monachon

sous la direction du

Prof. Philippe Gilliéron

Lausanne, le 26 mai 2024

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE.....	II
TABLE DES ABREVIATIONS	V
1. INTRODUCTION	1
2. DEFINITIONS ET PRINCIPES FONDAMENTAUX	1
2.1. L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE GENERATIVE	1
2.1.1. <i>Fonctionnement</i>	2
2.1.2. <i>Étapes</i>	2
2.2. LE DROIT D'AUTEUR.....	3
2.2.1. <i>But</i>	3
2.2.2. <i>Œuvre et auteur</i>	3
2.2.3. <i>Monopole et restrictions</i>	4
2.2.4. <i>Sociétés de gestion collective</i>	4
3. IMPORTANCE DE LA CREATION ARTISTIQUE HUMAINE POUR LA SOCIETE	5
4. PROBLEMATIQUES DE L'IA DANS LE CADRE DU DROIT D'AUTEUR.....	7
4.1. RESTRICTIONS DU DROIT D'AUTEUR AU MOMENT DE L'INPUT	7
4.1.1. <i>Droit de reproduction</i>	7
4.1.2. <i>Restrictions au droit d'auteur dans la LDA</i>	7
4.1.3. <i>Droit de l'Union européenne et d'autres états</i>	9
4.2. PROTECTION DES RESULTATS GENEREES PAR L'IA (OUTPUT)	11
4.2.1. <i>Protection par le droit d'auteur ?</i>	11
4.2.2. <i>Besoin de distinction (watermark)</i>	14
4.2.3. <i>Protection par les normes de LCD ?</i>	15
5. REMPLACEMENT DES ŒUVRES HUMAINES PAR LES CONTENUS D'IA.....	15
6. NOUVELLE REMUNERATION POUR LES AUTEURS HUMAINS	18
6.1. REMUNERATION BASEE SUR L'INPUT, LE CAS DE L'AI ACT DE L'UE	19
6.1.1. <i>Inconvénients de cette approche</i>	20
6.2. REMUNERATION BASEE SUR L'OUTPUT	23
6.2.1. <i>Bases juridiques pertinentes dans le droit d'auteur</i>	25
6.2.1.1. <i>Domaine public payant</i>	25
6.2.1.2. <i>Copie privée et « test des trois étapes »</i>	27
6.2.2. <i>Avantages d'une rémunération basée sur l'output</i>	29
6.3. LICENCES COLLECTIVES ETENDUES	30
6.3.1. <i>Autres modèles de gestion des droits</i>	31
6.3.2. <i>Conditions pour une licence collective étendue</i>	32
7. CONCLUSION.....	34

Bibliographie

Articles et doctrine :

BARRELET Denis *et al.*, *Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Berne 2021 (cité : Commentaire-LDA-AUTEUR, art. [...] N [...]).

BARRELET Denis/EGLOFF Willi, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 4^e éd., Berne 2020 (cité : URG-Kommentar-AUTEUR, art. [...] N [...]).

BENHAMOU Yaniv/ANDRIJEVIC Ana, *Intelligence artificielle générative d'images et droit d'auteur*, in Richa Alexandre/Canapa Damiano (édits), *Aspects juridiques de l'intelligence artificielle*, Berne 2024, pp. 41-85.

CHERPILLOD Ivan, *Intelligence artificielle et droit d'auteur*, in Amstutz Marc *et al.* (édits), *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (sic!)*, n° 9 2023, pp. 445-452.

DIETZ Adolf, *A Modern concept for the right of the community of authors (domaine public payant)*, in *Copyright bulletin*, Volume XXIV, n° 4, Paris 1990, pp. 13-24.

DILLENZ Walter, *Überlegung zum Domaine Public Payant*, in *Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) International*, Volume 32, n° 12, 1983, pp. 920-926.

FROSIO Giancarlo, *The artificial creatives: the rise of combinatorial creativity from Dall-E to GPT-3*, in Garcia-Murillo Martha/MacInnes Ian/Renda Andrea (édits), *Handbook of Artificial Intelligence at Work: Interconnections and Policy Implications*, Cheltenham 2024, pp. 225-249, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=4350802> (consulté le 14 avril 2024).

GERVAIS Daniel J., *The Machine As Author*, in *Iowa Law Review*, Volume 105, 25 mars 2019, pp. 2053-2106, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=3359524> (consulté le 22 mai 2024).

GILLIÉRON Philippe, *Intelligence artificielle: la titularité des données*, in Chenaux Jean-Luc *et al.* (édits), *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (RSDA)*, 2021, pp. 435-449.

HILTY Reto M., *Urheberrecht*, 2^e éd., Berne 2020.

LEMLEY Mark A./CASEY Bryan, *Fair Learning*, 30 janvier 2020, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=3528447> (consulté le 2 mai 2024).

MARMY-BRÄNDLI Sandra/ OEHRI Isabelle, *Das Training künstlicher Intelligenz*, in Amstutz Marc et al. (édits), *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (sic!)*, n° 12 2023, pp. 655-666.

SALVADÉ Vincent, *Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes pour entraîner l'intelligence artificielle?*, in Amstutz Marc et al. (édits), *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (sic!)*, n° 2 2024, pp. 87-93.

SAMUELSON Pamela, *Fair Use Defenses in Disruptive Technology Cases*, in *UCLA Law Review*, à venir, 8 novembre 2023, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=4631726> (consulté le 21 mai 2024).

SENFTLEBEN Martin, *A Tax on Machines for the Purpose of Giving a Bounty to the Dethroned Human Author – Towards an AI Levy for the Substitution of Human Literary and Artistic Works*, 28 janvier 2022, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=4123309> (consulté le 15 avril 2024) (cité : SENFTLEBEN, A Tax on Machines, p. ...).

SENFTLEBEN Martin, *AI Act and Author Remuneration - A Model for Other Regions?*, 24 février 2024, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=4740268> (consulté le 6 avril 2024) (cité : SENFTLEBEN, AI Act, p. ...).

SENFTLEBEN Martin, *Generative AI and Author Remuneration*, in *International Review of Intellectual Property And Competition Law*, n° 54, Berlin 2023, pp. 1535-1560, disponible sous : <https://ssrn.com/abstract=4478370> (consulté le 6 avril 2024) (cité : SENFTLEBEN, Generative AI, p. ...).

SENFTLEBEN Martin/MARGONI Thomas et al., *Ensuring the Visibility and Accessibility of European Creative Content on the World Market - The Need for Copyright Data Improvement in the Light of New Technologies and the Opportunity Arising from Article 17 of the CDSM Directive 13*, in Dreier Thomas et al. (édits), *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, Volume 13, n° 1, 2022, pp. 67-86.

THOUVENIN Florent/PICHT Peter Georg, *AI & IP: Empfehlungen für Rechtsetzung, Rechtsanwendung und Forschung zu den Herausforderungen an den Schnittstellen von Artificial Intelligence (AI) und Intellectual Property (IP)*, in Amstutz Marc et al. (édits), *Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (sic!)*, n° 10 2023, pp. 507-524.

TISSOT Nathalie/ KRAUS Daniel/SALVADÉ Vincent, *Propriété intellectuelle*, Berne 2019.

UENO Tatsuhiro, *The Flexible Copyright Exception for 'Non-Enjoyment' Purposes – Recent Amendment in Japan and Its Implication*, in Drexel Josef/Hilty Reto (édits), *Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) International*, Volume 70, n° 2, février 2021, pp. 145-152.

Textes officiels :

Korea Copyright Commission, *A Guide on Generative AI and Copyright*, 27 décembre 2023, disponible sous : <https://www.copyright.or.kr/eng/publications/etc.do> (consulté le 17 juin 2024) (cité : Korean Guide on GenAI and Copyright, p. ...).

Message relatif à la modification de la loi sur le droit d’auteur, à l’approbation de deux traités de l’Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle et à leur mise en œuvre, du 22 novembre 2017, FF 2018 559.

United State Copyright Office, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, in *Federal Register*, Volume 88, n° 51, Washington DC, 16 mars 2023, p. 16190-16194 (cité : USCO Copyright Registration Guidance, p. ...).

World Intellectual Property Organization (WIPO), *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to July 14, 1967*, Volume II, Genève 1971, pp. 785-1589 (cité : WIPO, p. ...).

Table des abréviations

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1.C à l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce (RS 0.632.20)
AI	artificial intelligence
<i>AI Act</i>	Artificial Intelligence Act/ Législation sur l'intelligence artificielle, Résolution législative du Parlement européen du 13 mars 2024 sur la 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 (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2024)0138
al.	alinéa
art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
c.	considérant
CB	Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886), révisée à Paris le 24 juillet 1971 (RS 0.231.15)
cf.	confer
chap.	chapitre
chiff.	chiffre
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), du 30 mars 1911 (RS 220)
Directive DAMUN	Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JO L 130/92 du 17 mai 2019
DSI	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, JO L L167/10 du 22 mai 2001
éd.	édition

édit./édits	éditeur/éditeurs
et al.	et (les) autres
FF	Feuille fédérale
FTD	fouille de textes et de données
IA	intelligence artificielle/intelligences artificielles
ibid.	ibidem
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 19 décembre 1986 (RS 241)
LDA	Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins, du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
lit.	littera
N	numéro
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
p./pp.	page/pages
par.	paragraphe
RS	Recueil systématique suisse
s./ss	et suivante/et suivantes
SSA	Société Suisse des Auteurs
UE	Union européenne
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, vom 9. Oktober 1992 (RS 231.1)
US	États-Unis d'Amérique
WCT	Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WIPO Copyright Treaty), du 20 décembre 1996 (RS 0.231.151)
WPPT	Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WIPO Performances and Phonograms Treaty), du 20 décembre 1996 (RS 0.231.171.1)

1. Introduction

L'intelligence artificielle (ci-après : IA) est une nouvelle révolution numérique. Les outils d'IA générative auxquels le grand public a accès depuis 2022 ont fait et font toujours beaucoup parler d'eux. La capacité qu'ont ses outils informatiques à apprendre par eux-mêmes et réaliser des tâches autrefois réservées aux humains, se détachant ainsi de leur rôle défini d'instruments contrôlés par ces derniers, posent beaucoup de questions dans de nombreux domaines¹. Le domaine du droit et plus particulièrement du droit d'auteur n'en est pas épargné. Le domaine de la création a également été investi par l'IA générative. Cette dernière est capable de réaliser des contenus artistiques qui ressemblent à s'y méprendre à des créations humaines. Les questions sont nombreuses, par exemple concernant la protection du droit d'auteur pour ces « œuvres ». Mais ce n'est pas la seule question qui se pose. En effet, le droit d'auteur est aussi concerné par l'entraînement de ces IA qui se fait à l'aide d'œuvres protégées, puis plus généralement, par le soutien du droit d'auteur à la créativité humaine, confrontée à un risque de remplacement par des créations artificielles.

Dans ce travail, il s'agira, dans un premier temps, d'introduire de manière théorique ces notions d'IA, de droit d'auteur et de créativité humaine (chap. 2 et 3), puis dans un deuxième temps, d'examiner les différentes réponses que le droit d'auteur actuel donne à ces problématiques liées à ces outils d'IA générative (chap. 4). Enfin, dans un troisième et dernier temps, des solutions théoriques ou plus concrètes pour un nouveau soutien à la créativité humaine dans le cadre du droit d'auteur seront examinées (chap. 5 et 6).

2. Définitions et principes fondamentaux

2.1. L'intelligence artificielle générative

Sous la dénomination d'IA peuvent être comprises beaucoup d'applications différentes et il s'agit ici d'introduire de manière simple et synthétique le fonctionnement de base de ces systèmes et les différentes étapes qui seront examinées de manière juridique par la suite. Même s'il n'y a pas encore de compréhension uniforme pour l'IA², une définition juridique peut être tirée de la nouvelle législation sur l'intelligence artificielle (ci-après *AI Act*)³ de l'Union européenne (ci-après : UE) dans son article 3 paragraphe 1, un système d'IA est :

« un système automatisé conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie, qui peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des données d'entrée qu'il reçoit, la manière de générer des résultats tels que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels ».

Le fait principal des systèmes d'IA est d'avoir la capacité d'imiter des comportements cognitifs typiquement humains et de résoudre alors des problèmes, de reconnaître des objets ou encore de générer des contenus créatifs, élément qui sera central dans ce travail. Les applications de

¹ FRANCE CULTURE, *Comment l'artificiel évolue-t-il ?*, disponible sous : <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-pourquoi-du-comment-philos/comment-evolue-l-artificiel-2873339> (consulté le 25 mai 2024).

² MARMY-BRANDLI/OEHRI, p. 656.

³ Législation sur l'intelligence artificielle, Résolution législative du Parlement européen du 13 mars 2024 sur la 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 (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2024)0138.

cette technologie sont déjà bien présentes dans notre quotidien, que ce soit dans la traduction automatique, les systèmes de recommandations des plateformes de vidéos tels *Netflix* ou *YouTube*, les moteurs de recherche ou encore la reconnaissance faciale, pour ne citer que celles-ci. Les modèles d'IA générative seront toutefois examinés ici de plus près, étant donné leur capacité à générer des résultats (appelés également *outputs*) créatifs comme des images, des textes ou encore de la musique⁴. Dans cette catégorie, on retrouve notamment l'agent conversationnel maintenant mondialement connu *ChatGPT*⁵ et les modèles dits *text-to-image* ou texte-image en français⁶ tels que DALL-E 2⁷ ou *Midjourney*⁸.

2.1.1. Fonctionnement

Pour arriver ces performances assez impressionnantes, ces modèles d'IA générative sont développés à l'aide du *machine learning* (apprentissage par la machine), qui consiste à les confronter à un nombre très important de cas, de données pour que des points communs ou opposés entre celles-ci (*patterns*) soient trouvés et puissent être classifiés⁹. Il est alors dit métaphoriquement que l'IA s'entraîne, apprend comme s'il s'agissait d'un être humain¹⁰, alors que cette phase consiste en réalité surtout à l'identification de probabilités statistiques, à la reproduction et au traitement de ces données d'entraînement¹¹. Toutefois c'est bien le *deep learning*, une sous-catégorie du *machine learning*, qui confère aux IA génératives, leurs grandes performances. Cet apprentissage se caractérise par des couches supplémentaires (profondes) entre la couche d'entrée (*input layer*) et celle de sortie (*output layer*) des données. Plus le problème est difficile à résoudre, plus le nombre de couches dites profondes sera important. Le résultat est un fonctionnement neuronal et a pour particularité que l'utilisateur n'a connaissance que de l'*input* et de l'*output*, sans pouvoir savoir ce qu'il s'est passé entre les deux (phénomène de la boîte noire)¹². Ainsi, si le *machine learning* de base permet à une IA d'identifier et de classer des *patterns*, le *deep learning* lui donne en quelque sorte un cerveau propre et la capacité de prendre des décisions de son propre chef¹³.

2.1.2. Étapes

Deux étapes principales sont ici à différencier et seront évoquées tout au long de ce travail pour les différentes analyses juridiques, qui y seront développées. En premier lieu, l'*input* englobe l'entraînement des IA, qui vient d'être évoqué, mais également la récolte de millions voire de milliard de données, sans lesquelles cet entraînement ne pourrait avoir lieu. Pour constituer un set de données d'entraînement, ces dernières sont téléchargées de manière automatique par des outils d'extractions de données tels que des *web crawlers*, qui explorent la toile à la recherche de contenus (*web scraping*)¹⁴. Il est important de préciser ici que ces données sont enregistrées

⁴ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 656.

⁵ CHATGPT, disponible sous : <https://chat.openai.com/> (consulté le 22 mai 2024).

⁶ BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 42.

⁷ DALL-E 2, disponible sous : <https://openai.com/index/dall-e-2/> (consulté le 22 mai 2024).

⁸ MIDJOURNEY, disponible sous : <https://www.midjourney.com/home> (consulté le 22 mai 2024).

⁹ GILLIERON, p. 435.

¹⁰ CHERPILLOD, p. 445.

¹¹ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 657.

¹² GILLIÉRON, p. 437.

¹³ GERVAIS, p. 2057 s.

¹⁴ CHERPILLOD, p. 445 ; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 657.

en entier dans le set d'entraînement. Quant à l'entraînement à proprement dit de l'IA avec ce set de données, ces dernières peuvent être reproduites seulement en partie¹⁵.

Une fois la récolte de données réalisée et l'entraînement du modèle terminé, le modèle d'IA générative peut être utilisé et c'est alors la seconde étape principale dite de l'*output* qui a lieu, consistant à la génération de contenus, de résultats¹⁶.

À ce moment-là, les IA génératives de type texte-image comme *Stable Diffusion*¹⁷, à titre d'exemple, génèrent d'après une requête textuelle de l'utilisateur, appelée *prompt*, un contenu visuel sous forme d'image. Pour réaliser cela, elles utilisent deux modèles d'IA distincts, d'un côté un modèle transformateur de langage, qui permet de comprendre la phrase et les mots provenant du *prompt*, de l'autre côté, un autre modèle dit de diffusion capable de générer une image en haute définition. Ce dernier a été entraîné en encodant des images existantes (ajout de bruit numérique) et en les réduisant sous forme de magma pixélisé, puis en faisant le chemin inverse pour obtenir une image semblable, tout cela de manière répétée¹⁸.

2.2. Le droit d'auteur

2.2.1. But

Le droit d'auteur a pour but la protection des auteurs de créations artistiques ou littéraires et il est réglementé en Suisse par la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, du 9 octobre 1992 (ci-après : LDA). Si cette protection existe, c'est pour différentes raisons. Premièrement, si aucune protection n'existait, cela signifierait la possibilité de copier sans restriction les œuvres produites par les artistes et créateurs, ce qui aurait pour conséquence notamment de décourager ces derniers à s'investir dans la création artistique¹⁹. Deuxièmement, le droit d'auteur vient également protéger les investissements qui sont faits par les ayants droit, en leur permettant, grâce à la protection, de les recouvrer, ce qui serait difficile en cas de libre concurrence²⁰. Finalement cette restriction de la libre concurrence, qui permet aux auteurs et aux ayants droit de tirer des profits d'œuvres artistiques et littéraires, vient les stimuler à créer ou à rendre possible par des investissements la création de nouveaux biens culturels, qui profitent dans leur finalité à la collectivité²¹.

2.2.2. Œuvre et auteur

Pour en revenir à la LDA et aux éléments de celle-ci qui seront ici examinés au long de ce travail, il faut tout d'abord commencer par la notion d'œuvre. Selon l'art. 2 al. 1 LDA, une œuvre est une création de l'esprit, qui dispose d'un caractère individuel. Le critère de création de l'esprit requiert qu'une œuvre soit « l'expression de la pensée humaine »²², les produits de la nature ne pouvant ainsi être des œuvres²³. Le second critère pour une œuvre est le caractère individuel et pour cela, il faut que cette création ne soit pas banale et apparaisse comme

¹⁵ MARMY-BRANDLI/OEHRI, p. 657.

¹⁶ BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 43.

¹⁷ STABLE DIFFUSION 3, disponible sous : <https://stability.ai/stable-image> (consulté le 25 mai 2024).

¹⁸ CHERPILLOD, p. 445 ; BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 46 s.

¹⁹ HILTY, N 91.

²⁰ *Ibid.*, N 92.

²¹ *Ibid.*, N 93 ss.

²² Commentaire-LDA-EGLOFF, Art. 2 N 8 ; ATF 130 III 168, c. 4.5.

²³ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 16.

unique²⁴. L'auteur est l'autre notion centrale après l'œuvre et ne peut être selon l'art. 6 LDA qu'une personne physique et d'après ce principe dit de l'auteur (« *Schöpferprinzip* »), ce dernier jouit de ses droits, dès la création de l'œuvre²⁵.

2.2.3. *Monopole et restrictions*

Le principe du droit d'auteur est de conférer aux auteurs d'œuvres artistiques ou littéraires un monopole sous forme de droits exclusifs²⁶. À titre d'exemple, seul l'auteur peut ainsi selon l'art. 10 LDA décider, quelle utilisation peut être entreprise avec ses œuvres. Parmi les différents droits moraux et patrimoniaux existants dans la LDA, ce dernier article fait partie de la seconde catégorie, puisque les auteurs peuvent autoriser une utilisation de leurs œuvres et, cela, la plupart du temps contre une rémunération pécuniaire²⁷.

Face à ce monopole de l'auteur sur ses œuvres, des restrictions permettent à certaines utilisations d'être autorisées sans avoir besoin de l'accord de l'auteur ou des ayants droit²⁸, ce qui n'exclut pas forcément une rémunération (art. 20 LDA). Parmi les restrictions qui seront plus tard traitées dans ce travail, il y a l'usage privé d'après l'art. 19 LDA ainsi que d'autres exceptions au droit de l'auteur plus spécifiques telles que celle pour les reproductions provisoires (art. 24a LDA) et celle pour l'utilisation d'œuvres à des fins de recherche scientifique (art. 24d LDA)²⁹. Si une utilisation tombe sous les droits exclusifs de l'auteur, alors seule une restriction ou une autorisation de ce dernier, par exemple avec la conclusion d'une licence, peut permettre une utilisation³⁰. Cette protection est limitée dans le temps et s'éteint 70 ans après la mort de l'auteur d'après l'art. 29 al. 2 lit. c LDA et l'œuvre tombe ainsi dans le domaine public³¹.

2.2.4. *Sociétés de gestion collective*

Les sociétés de gestion sont un instrument utile pour la gestion des droits, qui souvent peut s'avérer trop compliquée pour chaque auteur au niveau individuel³². Ces derniers peuvent en effet conclure des contrats de gestion pour céder les droits à gérer aux sociétés de gestion, qui peuvent alors, à leur nom, faire valoir ces droits, autoriser l'utilisation des œuvres protégées et ainsi récolter les différentes rémunérations qui leur sont dues³³. En Suisse, ces sociétés de gestion collective sont au nombre de cinq, chacune responsable d'un domaine artistique correspondant : SWISSPERFORM pour les droits voisins, SUISA pour la musique, Suissimage pour l'audiovisuel, ProLitteris pour la littérature et la Société Suisse des Auteurs (ci-après : SSA) « pour les œuvres présentant un aspect scénique et pour certaines œuvres audiovisuelles ou multimédia »³⁴.

²⁴ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 20 et 23.

²⁵ HILTY, N 255 et 258.

²⁶ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 59 ; HILTY, N 287.

²⁷ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 67.

²⁸ Commentaire-LDA-EGLOFF, Remarques préliminaires aux art. 19-28, N 1.

²⁹ Cf. *infra* chap. 4.1.2.

³⁰ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 59 et 117 ; Commentaire-LDA-BARRELET/EGLOFF, Art. 10, N 7.

³¹ HILTY, N 416 ss.

³² *Ibid.*, N 758 s.

³³ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 54, 56 et 267 ; HILTY, N 759.

³⁴ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 55.

3. Importance de la création artistique humaine pour la société

Après ces explications plutôt théoriques concernant d'une part les IA et leur fonctionnement, et d'autre part le droit d'auteur et certains de ses éléments qui nous intéressent ici, il s'agit maintenant d'aborder un autre point central de ce travail, à savoir l'importance de la création artistique humaine pour la société et il est important de revenir sur cette question certes plus générale mais non moins essentielle pour la suite.

Pour tenter de répondre à cette vaste question, différents auteurs des études culturelles ont émis par le passé différentes théories à ce sujet, notamment Friedrich Schiller dans ses « Lettres sur l'éducation esthétique de l'homme » de 1795³⁵ et Theodor Adorno en 1970 dans sa « Théorie esthétique »³⁶. Le premier voyait, après l'issue de la Révolution française dans la violence et le chaos, la nécessité d'un changement d'une monarchie absolue à un état éthique basé sur la raison humaine. Mais pour que ce changement puisse avoir lieu, il fallait en premier que les désirs de l'Homme soient en harmonie avec les règles de la raison. En effet, pour éviter qu'une révolution finisse dans la violence et le chaos, les êtres humains devaient, en plus de se sentir obligés de suivre ces règles, désirer le faire. L'art est considéré par Schiller comme le catalyseur qui permet aux humains de poursuivre cet idéal d'état moral, car, en répondant à leur désir de jeu et de plaisir, il leur montre la part éthique de ces comportements et change ainsi la société³⁷. En plus de cela, le jeu esthétique permet aux humains de pleinement ressentir leur humanité et la pleine liberté, en étant, à ce moment-là, ni restreint par les contraintes de la raison (morale) ni par celles des besoins physiques (désirs), l'expérience artistique permettant un équilibre parfait entre les deux. C'est avec cet expérience esthétique que l'Homme peut choisir des actions morales et ainsi fonder un état éthique, qui, grâce à cette expérience, sera un compromis entre ses désirs et les règles de la raison³⁸.

Adorno aborde de son côté dans sa « Théorie esthétique », cela près de deux siècles après Schiller, la tension entre l'art et la société. En effet, dans la société moderne d'après-guerre, qui promeut un monde rationnel et centré sur l'efficacité et qui aliène ainsi une grande partie des personnes qui y vivent, Adorno « met en garde contre la nature affirmative de l'art »³⁹. Ce dernier, étant capable d'apporter de l'enchantement et de servir de réconfort face à une réalité inhumaine et difficile à supporter, en offrant par exemple des visions d'un monde meilleur, risque en réalité de soutenir l'idéologie dominante. D'un autre côté, ce problème ne doit pas mener à une condamnation totale de l'art, les vraies œuvres d'art authentique ont la capacité, en proposant les perspectives d'une vie meilleure, de remettre en question la réalité du monde et de réellement changer la société. Mais, pour cela, l'art authentique dit autonome doit constamment exposer le caractère inhumain de la réalité, sans offrir une possibilité de réconciliation avec la perspective d'un monde meilleur et alors, il peut être porteur d'un réel idéal utopique. En agissant ainsi l'art authentique se positionne socialement comme « l'antithèse de la société »⁴⁰. Mais pour réaliser cette tâche difficile, l'art doit se battre contre la volonté de la société, qui tente de supprimer son élan critique, notamment en commercialisant des œuvres à l'origine résistantes et rebelles pour les offrir aux consommateurs comme de simples produits, leur permettant d'échapper à la réalité désenchantée du monde.

³⁵ BERGHahn Klaus L. (édit.), *Friedrich Schiller: Über die ästhetische Erziehung des Menschen in einer Reihe von Briefen*, Stuttgart 2000.

³⁶ SENFTLEBEN, A Tax on Machines, p. 3. ; ADORNO Theodor W., *Théorie esthétique*, Paris 1974.

³⁷ SENFTLEBEN, A Tax on Machines, p. 4.

³⁸ *Ibid.*, p. 4 s.

³⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁰ *Ibid.*

Ce phénomène mène alors à ce qu'appelle Adorno la « désartification ». Une fois consommé et servant seulement de réconfort, l'art perd toute sa critique du monde réel, qui, elle seule, peut mener à des changements sociétaux. La seule manière pour l'art d'éviter cette « désartification » est de rester singulier et autonome et de ne pas répondre aux attentes de la société. En perturbant l'ordre établi, en créant des œuvres dissonantes avec la réalité et en ne rentrant pas dans les catégories esthétiques établies, l'art authentique se détache du monde marchand aliénant et devient un contre-univers, dernier refuge pour l'humanité. L'art authentique, véritable est ainsi, par essence, perturbant et vient souligner les conflits et tensions dans la société par ses interprétations contradictoires⁴¹.

Si ces deux théories esthétiques s'accordent sur l'importance de l'art dans les changements sociaux et politiques, la question se pose toutefois, si ces deux théories esthétiques, l'une datant de la fin du 18^{ème} siècle et l'autre de la deuxième moitié du 20^{ème} siècle, sont toujours pertinentes à l'heure actuelle pour décrire le rôle de la création artistique dans la société⁴².

Deux auteurs contemporains sont ici intéressants pour y répondre : Barton Beebe et Peter Osborne. Le premier, dans son commentaire de l'arrêt de la cour suprême des États-Unis *Bleistein v. Donaldson Lithographic Co.* de 1903⁴³, se base sur le concept d'esthétique pragmatique, qui, au lieu de se focaliser sur l'objet esthétique en tant que tel, vise plutôt à encourager la pratique esthétique. Cela va à l'encontre du paradigme de progrès du *Copyright* américain jusqu'à présent en vigueur, qui vise à produire le plus d'œuvres pour arriver à plus de progrès. Face à cette accumulation d'œuvres, Beebe favorise plutôt la qualité de l'expérience esthétique dans le moment présent, sans que celle-ci n'aboutisse d'ailleurs forcément à une œuvre. Cette approche différente de celle des Lumières, concentrée comme déjà évoqué sur l'objet esthétique et dont fait part Schiller dans ses « Lettres », ne nie pas non plus l'importance de l'art dans l'évolution positive de la société voire souligne les nombreux avantages du jeu et de la pratique esthétique pour les humains (notamment l'épanouissement personnel), ce qui fait le lien avec la théorie esthétique de Schiller⁴⁴.

Peter Osborne, philosophe de l'art contemporain⁴⁵, en plus de confirmer la force de la théorie d'Adorno sur l'art, développe et souligne avec le concept d'« horizon d'attente » l'importance de la pratique de l'art contemporain pour créer de nouvelles visions alternatives de la société. L'histoire récente a en effet été marquée par la dominance presque sans conteste du capitalisme, comme idéologie permettant un progrès social, surtout après l'effondrement du bloc de l'est, qui a eu pour réelle conséquence la suppression de deux horizons d'attente importants, celui de la révolution et celui du communisme. L'émergence d'événements inattendus ne sont certes pas exclus dans ce contexte, mais ils ne seront inattendus que dans le cadre défini du capitalisme. Pour attendre de réels événements inattendus dans l'inattendu et créer ainsi de nouvelles visions de la société véritablement alternatives, il faut, selon Osborne, pratiquer des expériences de négation. L'art contemporain, comme pratique de négation, est dans cette optique justement capable de venir chambouler les horizons d'attente actuels et d'en créer de nouveaux. Cette vision vient donc comme Schiller, Adorno et Beebe confirmer l'importance centrale de l'art et par extension de la création artistique humaine pour l'évolution de la société, dans sa dimension sociale et politique⁴⁶.

⁴¹ SENFTLEBEN, A Tax on Machines, p. 5 s.

⁴² *Ibid.*, p. 6.

⁴³ BEEBE Barton, *the Problem of Aesthetic Progress, and the Making of American Copyright Law*, in *Columbia Law Review*, Vol 117:319, 2017, pp. 319-398.

⁴⁴ SENFTLEBEN, A Tax on Machines, p. 6 s.

⁴⁵ OSBORNE Peter, *Anywhere or Not at All – Philosophy of Contemporary Art*, London/New York 2013.

⁴⁶ SENFTLEBEN, A Tax on Machines, p. 7 ss.

4. Problématiques de l'IA dans le cadre du droit d'auteur

4.1. Restrictions du droit d'auteur au moment de l'*input*

Avant de commencer à examiner les différentes problématiques que posent les IA au droit d'auteur actuel, il est important de préciser que seront d'abord traitées celles concernant l'entraînement de ces dernières, donc le cas de l'*input*, puis celles autour des résultats générés par les IA, donc le cas de l'*output*.

4.1.1. *Droit de reproduction*

Après avoir souligné cette importance sociétale de l'art et de la création artistique humaine, il est question maintenant des problèmes juridiques qui se posent au niveau du droit d'auteur actuel quant à l'émergence de ces nouveaux outils d'IA générative. Tout d'abord, la première question qui se pose ici, est de savoir si le processus d'entraînement des IA, s'il se fait avec des œuvres protégées par le droit d'auteur, concerne le droit de reproduction selon l'art. 10 LDA. En effet, l'auteur a le droit exclusif de décider comment son œuvre va être utilisée et l'art. 10 al. 2 LDA contient une liste non exhaustive de ces différentes utilisations⁴⁷. Selon TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, « une utilisation au sens de l'art. 10 al. 1 LDA est tout acte d'exploitation de l'œuvre » sans différenciation entre utilisation et consommation et seules les exceptions prévues par la loi permettent d'échapper au monopole de l'auteur (comme l'usage privé selon l'art. 19 LDA)⁴⁸. À noter que le droit de reproduction en Suisse selon l'art. 10 al. 2 lit. a LDA est très vaste et que toute incorporation d'une œuvre dans un matériel durable (parmi lesquels les supports de données) et quelle qu'en soit la manière compte comme reproduction et il suffit d'un exemplaire unique d'une œuvre, même temporaire (par exemple chargé sur un serveur ou téléchargé), pour tomber sous ce droit⁴⁹. L'entraînement des IA sur des œuvres protégées tombe de prime abord sous le droit de reproduction. Avant l'introduction d'une nouvelle exception par l'art. 24a LDA, dont il sera question plus en détail ci-dessous, pouvait encore se poser la question, si une reproduction temporaire sans signification économique indépendante, elle, pouvait échapper au droit exclusif de l'auteur. Mais maintenant que l'art. 24a existe, ce sont les conditions de celui-ci qui doivent être remplies⁵⁰. Les nombreuses copies faites durant l'entraînement d'une IA tombent alors bien sous le droit de reproduction selon l'art. 10 al. 2 lit. a LDA et pour que l'utilisation d'œuvres soit autorisée, il faut maintenant trouver des restrictions au droit d'auteur⁵¹.

4.1.2. *Restrictions au droit d'auteur dans la LDA*

Trois restrictions au droit d'auteur sont à considérer ici dans le cadre de l'entraînement des IA, à savoir l'usage privé selon l'art. 19 LDA, les reproductions provisoires selon l'art. 24a LDA et finalement l'utilisation d'œuvres à des fins de recherches scientifiques d'après l'art. 24d LDA.

⁴⁷ HILTY, N 291.

⁴⁸ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 67 ; *contra* : Commentaire-LDA-BARRELET/EGLOFF, Art. 10 N 8 : Selon ces auteurs, « n'importe quel contact avec une œuvre n'est pas une utilisation » au sens de l'art. 10 LDA, une œuvre est seulement utilisée, dès qu'il y a un cas de reproduction, de diffusion ou encore de distribution. Ainsi la simple consommation d'une œuvre (telle que l'écoute d'un morceau de musique, le visionnage d'un film ou encore la lecture d'un livre) ne tombe pas sous le droit de reproduction. ; *contra* : MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 658.

⁴⁹ SALVADÉ, p. 88 ; Cf. Commentaire-LDA-BARRELET/EGLOFF, Art. 10 N 16.

⁵⁰ CHERPILLOD, p. 446.

⁵¹ SALVADÉ, p. 88.

La première restriction, celle de l'utilisation de l'œuvre à des fins privées selon l'art. 19 LDA, est plus particulièrement à examiner ici sous l'angle de l'art. 19 al. 1 lit. c LDA, qui permet « la reproduction d'exemplaires d'une œuvre au sein des entreprises [...], à des fins d'information interne ou de documentation » et pourrait ainsi concerner le processus d'entraînement des IA. Une exception pour cette activité est toutefois peu probable, étant donné que le but de l'art. 19 al. 1 lit. c LDA est l'information interne ou la documentation et que l'entraînement d'une IA va, dans la plupart des cas, au-delà de ce but (notamment en ayant des visées externes et commerciales). À cela, il faut ajouter que l'art. 19 al. 3 lit. a LDA interdit, en dehors de l'usage privé *stricto sensu* de l'art. 19 al. 1 lit. a LDA, « la reproduction de la totalité ou de l'essentiel d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché », élément réalisé par la première étape de l'entraînement des IA, consistant à la reproduction complète d'œuvres pour en constituer un set de données⁵². La restriction de l'usage privé peut ainsi être écartée.

L'exception suivante à examiner est celle de l'art. 24a LDA. Ici la reproduction provisoire d'une œuvre est autorisée, si quatre conditions sont réunies : il s'agit d'une reproduction « transitoire ou accessoire » (1.), « elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique » (2.), « son unique finalité est de permettre une transmission dans un réseau entre tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre » (3.) et « elle n'a pas de signification économique indépendante » (4.). Avant de procéder à l'examen de ces quatre conditions, il est important de préciser que, même s'ils partagent la même conclusion quant au résultat de ce dernier, plusieurs auteurs dans la doctrine ont des avis divergents sur les résultats de chacune de ces conditions.

Ainsi la première condition du caractère transitoire de la reproduction, qui implique un effacement de la copie à la fin du procédé⁵³, est écartée selon GILLIÉRON en raison des différentes phases qui incombent à l'entraînement des IA et dont les reproductions ne sont alors plus transitoires⁵⁴. MARMY-BRÄNDLI/OEHRI de leur côté estiment que, si le caractère transitoire est certes absent de la première étape de l'entraînement (création d'un set de données), durant la deuxième étape (l'entraînement véritable des IA), il pourrait être donné. La deuxième condition est validée par celles-ci, car ces copies sont évidemment nécessaires à ce procédé technique⁵⁵. La troisième condition, la question de l'unique finalité de la reproduction, consistant à permettre une transmission dans un réseau ou une utilisation licite de l'œuvre, n'est toutefois pas remplie, car l'entraînement d'une IA n'a pas pour but la transmission dans un réseau et l'utilisation licite de l'œuvre ne pourrait être donnée qu'en cas d'usage privé⁵⁶, qui, comme cela a déjà été clarifié plus haut, n'est pas pertinent ici. CHERPILLOD exclut ainsi, en suivant cette même argumentation, l'application de cette exception pour des reproductions provisoires au stade de l'*input* et souligne, que, dans tous les cas, ces reproductions ont ici une signification économique indépendante, puisqu'elles servent « à la réalisation d'un outil capable de générer des images, du texte ou d'autres résultats, qui est le plus souvent destiné à une exploitation commerciale »⁵⁷.

SALVADÉ, de son côté, considère les deux premières conditions comme remplies et, quant à la troisième, il soutient au contraire qu'une utilisation licite est donnée dans les cas, où les *outputs* de l'IA ne reprennent pas le caractère individuel selon l'art. 2 al. 1 LDA des œuvres préexistantes sur lesquelles elle s'est entraînée. Concernant la dernière condition, il est

⁵² MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 660.

⁵³ Commentaire-LDA-EGLOFF, Art. 24a N 4.

⁵⁴ GILLIÉRON, p. 440.

⁵⁵ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 660 s.

⁵⁶ GILLIÉRON, p. 440 ; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 661.

⁵⁷ CHERPILLOD, p. 447. ; Point de vue également partagé par MARMY-BRÄNDLI/OEHRI.

cependant du même avis que CHERPILLOD et MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, en ajoutant qu'en plus de l'utilisation commerciale qui est visée à l'issue de l'entraînement d'IA, la capacité qu'ont ces dernières à produire des contenus, qui vont concurrencer les auteurs humains, implique clairement que ce processus a une signification économique indépendante⁵⁸. Malgré ces différentes et petites divergences, tous sont finalement d'avis que l'exception de l'art. 24a LDA n'est pas applicable pour l'entraînement d'IA.

La troisième et dernière exception qui rentre en ligne de compte, est celle de l'art. 24d LDA pour l'utilisation d'œuvres à des fins de recherches scientifiques. Le *text and data mining* ou la fouille de textes et de données (ci-après : FTD) est ici concernée. Cette méthode consiste à analyser une grande quantité de donnée pour y trouver des motifs et pouvoir vérifier un résultat. Comme elle « implique généralement la confection de copies des œuvres utilisées » et ces dernières ne sont pas provisoires puisqu'enregistrées (excluant ainsi l'application de l'art. 24a LDA), elle tombe sous le droit de reproduction⁵⁹. Toutefois le législateur suisse a choisi une formulation large et plus ouverte que celle de la FTD⁶⁰ avec « l'application d'un procédé technique » (24d al. 1 LDA). L'entraînement des IA sur des œuvres protégées y est alors tout naturellement inclus⁶¹. Toutefois cette exception ne pose pas de problème pour l'entraînement des IA au niveau de son champ d'application mais plutôt au niveau de son but. En effet, cette utilisation autorisée d'œuvres protégées est clairement introduite « à des fins de recherche scientifique ». L'entraînement d'une IA peut ainsi clairement bénéficier de cette exception mais seulement à ces fins-là. Dans la grande majorité des cas actuels de développement d'IA, ce sont bien plus des fins commerciales qui sont visées avec des contenus esthétiques, divertissants ou simplement informatifs, ce qui ne correspond pas à de la recherche scientifique. L'application de l'art. 24d LDA ne sera alors que rare⁶².

Dans le droit d'auteur suisse, la situation au niveau des restrictions de la LDA n'est donc pas satisfaisante : l'entraînement des IA tombe bel et bien sous le droit exclusif de l'auteur quant à la reproduction de son œuvre mais cette activité ne bénéficie d'aucune exception inscrite dans la loi et du côté des auteurs, ces derniers, n'étant point compensés pour ces reproductions, se voient lésés, d'autant plus que les IA génératives sont en mesure de venir les concurrencer⁶³. Il règne alors une insécurité juridique au niveau de la loi et celle-ci ne peut être écartée que par une jurisprudence à développer de l'art. 24d LDA qui serait pertinente ou par une révision législative⁶⁴.

4.1.3. *Droit de l'Union européenne et d'autres états*

Dans le droit de l'UE, La Directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (ci-après : Directive DAMUN) prévoit dans son art. 3 une exception pour la « fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique » et dans son art. 4 une exception plus large. L'art. 2 par. 2 Directive DAMUN contient par ailleurs une définition précise de la FTD, qui permet une application harmonisée dans les pays membres de

⁵⁸ SALVADÉ, p. 89. À noter ici que SALVADÉ applique pour ce dernier critère, le « test des trois étapes », dont il sera question plus en détail plus bas, cf. *infra* chap. 6.2.1.2.

⁵⁹ FF 2018 594.

⁶⁰ Cf. *infra* chap. 4.1.3. concernant la FTD dans l'Union européenne.

⁶¹ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 663 ; FF 2018 595 : C'est la volonté du législateur d'introduire une exception qui restera « applicable à des technologies futures comparables ».

⁶² GILLIÉRON, p. 440 ; CHERPILLOD, p. 447 ; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 662 et note 74 ; SALVADÉ, p. 88.

⁶³ CHERPILLOD, p. 447.

⁶⁴ MARMY-BRÄNDLI/OEHRI, p. 665.

l'Union⁶⁵ : « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des 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 ».

La première exception pour la FTD concerne comme évoqué la recherche scientifique, qui en vertu de l'art. 7 par. 1 Directive DAMUN ne peut être restreinte par des dispositions contractuelles. À l'inverse, la seconde exception plus large de l'art. 4 Directive DAMUN ne se limite pas au domaine de la recherche scientifique, comme c'est le cas dans l'art. 24d LDA, avec cette fois une réserve possible pour les ayants droit selon l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN. Le développement des IA utilisant la FTD à des fins commerciales est donc rendue possible par cette disposition, mais « à condition que l'utilisation des œuvres et autres objets protégés [...] n'ait pas été expressément réservée par leurs titulaires de droits de manière appropriée [...] ». Cette nouvelle Directive à l'époque de son introduction avait donné lieu à un débat sur le droit de reproduction⁶⁶.

Le cas particulier de la FTD pose la question suivante : est-ce que des œuvres protégées utilisées comme simples données sont toujours considérées comme des œuvres et est-ce que leur utilisation dans cette fouille requiert ainsi une exception du droit d'auteur ? Les copies d'œuvres dans ce cadre échappent en effet à la conception classique de la reproduction, qui concerne des copies ayant pour but d'être appréciées comme les œuvres originales⁶⁷. Ici ces dernières étant transformées en tant que données pures, leurs copies ne contiennent et ne transmettent donc plus l'expression de l'œuvre d'origine et ne sont plus destinées à un public qui va les apprécier, puisque les algorithmes n'utilisent ces données extraites que pour y trouver des similitudes ou des *patterns*⁶⁸.

Cette conception est ce qui explique notamment l'exception beaucoup plus large pour la FTD instaurée au Japon en 2019⁶⁹. Dans sa révision de 2018, le *Japanese Copyright Act* contient de fait dans son art. 30-4 une exception pour l'exploitation d'une œuvre, qui n'a pas pour but la jouissance de cette dernière ou d'exprimer des idées ou des émotions⁷⁰. Il est même souligné que l'ayant droit n'est ici pas lésé dans ses intérêts protégés par le droit d'auteur par une exploitation de la sorte et n'a alors pas le droit à une compensation pour cela⁷¹. Le cas d'espèce de la FTD est précisément concerné par cette exception et il est donc parfaitement autorisé par la législation japonaise, y compris à des fins commerciales⁷². La Directive DAMUN européenne a donc sur ce débat clairement pris la position inverse, en incluant cette méthode dans le cadre du droit de reproduction dans son art. 4 par. 1 et en permettant aux ayants droit d'empêcher cette exploitation avec la possibilité d'*opt-out* formulée dans son art. 4 par. 3⁷³.

Du côté des États-Unis (ci-après : US), c'est la doctrine du « *fair use* », qui est employée dans la jurisprudence pour ce genre de cas de reproduction, pour déterminer si l'utilisation d'œuvres protégées est autorisée ou non. Cette doctrine s'applique au cas par cas⁷⁴. Est-ce que de telles reproductions dans le processus de l'entraînement des IA bénéficieront de l'exception du

⁶⁵ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 8.

⁶⁶ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1542 s. ; SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 7 ss.

⁶⁷ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1542.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1543.

⁶⁹ UENO, p. 145.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 148.

⁷¹ *Ibid.*, p. 151.

⁷² *Ibid.*, p. 152.

⁷³ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1543 et 1545 ; plus en détail cf. *infra* chap. 6.1.

⁷⁴ WOLFSON Stephen, *Fair use: training generative AI*, disponible sous : <https://creativecommons.org/2023/02/17/fair-use-training-generative-ai/> (consulté le 21 mai 2024).

« *fair use* » ? Seules les décisions prochaines des tribunaux aux US⁷⁵ donneront une réponse claire à cela⁷⁶. Certains auteurs considèrent toutefois que cet entraînement doit bénéficier de cette exception, au nom de l'usage « *non-expressive* » (donc comme simples données) qu'ont les IA des œuvres sur lesquelles elles s'entraînent⁷⁷.

4.2. Protection des résultats générées par l'IA (*output*)

Maintenant que les problématiques liées à l'*input* de l'IA ont été traitées, c'est maintenant celles liées à l'*output*, donc aux résultats générés par l'IA, qui vont être ici examinées.

4.2.1. Protection par le droit d'auteur ?

La première question qui vient à l'esprit concernant les *outputs* de l'IA est de savoir, s'ils pourraient être protégées par les dispositions du droit d'auteur en vigueur. Pour cela, il faut revenir à deux principes centraux du droit d'auteur selon l'art. 2 al. 1 LDA, à savoir que l'œuvre est définie comme une création de l'esprit ayant un caractère individuel. Un résultat généré par une IA dispose-t-il de ces deux critères pour être alors considéré comme une œuvre protégée ? Tout d'abord concernant le critère du caractère individuel, les *outputs* des IA, s'il s'agit d'être assez originaux, de se démarquer d'autres objets artistiques existants en étant uniques, ces derniers en sont tout à fait capables⁷⁸. D'après la nouvelle LDA de 1992, comme la personnalité de l'auteur ne doit plus se refléter dans son œuvre⁷⁹, les *outputs* d'IA peuvent objectivement avoir un caractère individuel⁸⁰, mais c'est au niveau de la création de l'esprit, que ces derniers posent un problème. La notion de « création de l'esprit » de l'art. 2 al. 1 LDA requiert en effet une création provenant d'un esprit humain, les animaux ne peuvent ainsi être auteurs et il en va de même ici pour les IA, même si ces dernières sont capables de produire des créations qui peuvent rivaliser avec des œuvres humaines⁸¹. Même dans le cas de l'art. 2 al. 3^{bis} LDA, qui permet une protection pour des photographies sans caractère individuel, une création de l'esprit est toujours requise⁸².

Pour que la qualité d'auteur puisse être donnée, il ne suffit pas d'un simple choix, tel que choisir un bel objet dans la nature ou, dans le cas présent des outils d'IA, la sélection d'un résultat parmi tous ceux générés automatiquement à partir d'un *prompt*⁸³. Des bons exemples pour cela sont deux décisions du *Copyright Office* des US à ce sujet en 2023 : la décision la bande dessinée « *Zarya of the Dawn* »⁸⁴ et de l'image « *Théâtre D'opéra Spatial* »⁸⁵.

⁷⁵ Cf. GILLIERON Philippe, *Intelligence artificielle (IA) et droits d'auteur : tour d'horizon des affaires récentes*, disponible sous : <https://www.wg-avocats.ch/actualites/intelligence-artificielle-ia-et-droits-dauteur-tour-dhorizon-des-affaires-recentes/> (consulté le 21 mai 2024).

⁷⁶ SAMUELSON, p. 84.

⁷⁷ LEMLEY/CASEY, p. 784 s. ; SAMUELSON, p. 72.

⁷⁸ CHERPILLOD, p. 449.

⁷⁹ ATF 143 III 377, c. 2.1.

⁸⁰ CHERPILLOD, p. 449.

⁸¹ HILTY, N 184 et 255.

⁸² FF 2018 587 : « Cette définition exclut donc de la protection les clichés obtenus par des procédés de photographie automatique comme les photos de radars, de caméras de surveillance ou de pièges de caméra. ».

⁸³ CHERPILLOD, p. 449.

⁸⁴ United States Copyright Office, *Zarya of the Dawn* (Registration # VAu001480196), Washington, DC, 21 février 2023, disponible sous : <https://publicrecords.copyright.gov/detailed-record/34309499> (consulté le 22 mai 2024).

⁸⁵ United States Copyright Office, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register *Théâtre D'opéra Spatial* (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R), Washington, DC, 5 septembre 2023,

L'enregistrement des images de cette bande dessinée a en effet été refusé par le *Copyright Office*, car elles avaient été générées à l'aide de *Midjourney* (un modèle d'IA générateur d'images) et qu'il a conclu pour cette raison, qu'elles n'étaient une création de l'esprit⁸⁶. À l'inverse le scénario et l'arrangement des images, réalisés, eux, sans outils d'IA, pouvaient bien être protégés⁸⁷. Les arguments menant à ce refus sont surtout que le contrôle de l'être humain sur le générateur d'image est limité, ne permettant pas de prédire réellement ce que sera le résultat obtenu à partir d'une requête textuelle et que celle-ci agit plus comme une sorte de suggestion, telle un client engageant « un artiste pour créer une image avec des indications générales quant à son contenu »⁸⁸.

Dans ce sens et à la suite de cette première décision, le *Copyright Office* a publié en mars 2023 certaines précisions concernant l'enregistrement d'œuvres générées par IA et de celles contenant des parties générées par IA avec des interventions humaines dans le processus créatif. Ici ce dernier souligne aussi que seules les créations de l'esprit peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur et qu'alors toutes les créations d'autres entités telles que les animaux ou les machines en sont exclues⁸⁹. Toutefois, il convient de déterminer au cas par cas si les créations en question sont principalement le fait d'une génération automatique à partir d'un simple *prompt* de l'utilisateur et alors imputable à la machine ou si, bien qu'une base de contenu généré par IA soit bien présente dans l'œuvre finale, des arrangements créatifs ou des modifications d'origine humaine sont assez importants pour être protégés en tant que tels par le droit d'auteur. Dans ce dernier cas, le *Copyright Office* précise que la protection ne s'applique qu'à ces arrangements ou modifications qui sont le fruit de la créativité humaine et que le statut du contenu généré par IA n'en est pas modifié⁹⁰. Les auteurs doivent ainsi expliquer pour l'enregistrement d'œuvres qui contiennent des éléments générés par IA, quelles parties sont concernées par des contributions humaines et à l'inverse préciser quelles parties ont été générées par IA, ces dernières devant donc être exclues de la demande d'enregistrement⁹¹.

Ici bien qu'étant également des outils informatiques, les logiciels de retouche photographique se différencient en cela des outils d'IA générative que l'utilisateur a ici beaucoup plus de contrôle sur le résultat final et qu'ainsi ces retouches ou autres modifications d'une image générée par IA peuvent, elles, être protégées par le droit d'auteur, puisqu'elles sont le produit d'une création de l'esprit humain⁹².

Ainsi dans le cas de l'image « *Théâtre D'opéra Spatial* », le refus d'un enregistrement par le *Copyright Office* s'explique ici par le fait que la demande de l'artiste Jason Allen portait sur l'ensemble de son image, alors que la base avait été générée par *Midjourney* et ne pouvait alors lui être attribuée en tant qu'auteur. Les modifications apportées à l'aide d'un logiciel de retouche sur cette base auraient pu être protégées, mais dans le cas où la demande de l'artiste n'aurait porté que sur celles-ci⁹³. Par conséquent l'utilisateur humain, qui utilise ici une IA générative ne peut être ici l'auteur d'une œuvre générée par IA, à moins que, selon CHERPILLOD, « un texte ou une image soit retravaillé au point que les modifications constituent un apport

disponible sous : <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf> (consulté le 22 mai 2024).

⁸⁶ BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 62.

⁸⁷ CHERPILLOD, p. 450.

⁸⁸ BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 63.

⁸⁹ USCO Copyright Registration Guidance, p. 16191 s.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 16192 s.

⁹¹ *Ibid.*, p. 16193.

⁹² BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 64.

⁹³ *Ibid.*, p. 64 s.

individuel en elles-mêmes et [qu'] on soit par hypothèse en présence d'une création protégée »⁹⁴.

La question suivante est alors : est-ce qu'à l'inverse la machine, c'est-à-dire l'IA, pourrait être considérée comme auteure de ces créations ? Dans le même sens de ce qui vient d'être expliqué, la réponse est de nouveau négative : le droit d'auteur a pour but clair de protéger les auteurs humains et non les machines, comme l'art. 6 LDA le précise explicitement : « [p]ar auteur, on entend la personne physique qui a créé l'œuvre ». Cette notion fondamentale du droit d'auteur est d'ailleurs partagée par tous les ordres juridiques⁹⁵. C'est pour cette raison que le *Copyright Office* a refusé en 2022 l'enregistrement d'une œuvre « *A Recent Entrance to Paradise* »⁹⁶ au nom d'une IA appelée « *Creativity Machine* ». Le propriétaire de celle-ci, le Dr. Thaler, s'est opposé à ce refus, qui a été confirmé par le tribunal de district de Washington D.C., en rappelant que le droit d'auteur n'avait pas pour but d'encourager d'autres entités que les humains à bénéficier de ses droits exclusifs⁹⁷. Dans ce même sens, THOUVENIN/PICHT ne voient aucune raison valable et légitime de changer cette base fondamentale, comme les outils d'IA générative ont tendance à produire des contenus créatifs à moindre frais et il n'y a alors pas besoin d'inciter par le droit d'auteur à l'utilisation de ces outils⁹⁸.

Les contenus générés automatiquement par une IA, où le résultat créatif est seulement à imputer au fonctionnement du modèle, devraient ainsi tomber dans le domaine public⁹⁹. C'est le cas du fonctionnement de la plupart des IA génératives, puisqu'elles s'entraînent sur des milliards de données (d'où leurs grandes performances). Leurs résultats ne pourraient donc non plus être imputés aux concepteurs de celles-là¹⁰⁰. Dans quelques rares cas, par exemple dans le cadre de l'entraînement d'un modèle en vue de résultats plus ou moins prédéfinis et donc prédictibles, les concepteurs pourraient avoir un apport individuel et spécifique au résultat obtenu et donc être considérés comme co-auteurs¹⁰¹.

Face à cette conception et aux refus du *Copyright Office*, des récentes décisions de tribunaux asiatiques viennent cependant mettre en avant ici une approche moins stricte quant à la possible protection par le droit d'auteur de contenus générés par IA. En novembre 2023, le *Beijing Internet Court* en Chine a en effet décidé qu'une image générée à partir de *Stable Diffusion* était protégée par le droit d'auteur et que son créateur pouvait à juste titre s'opposer à l'utilisation de celle-ci sans son accord. Ici le tribunal a considéré que le choix intentionnel et l'arrangement de nombreux *prompts* pour obtenir le résultat souhaité avaient mené à la création de l'image en question et que celle-ci était alors imputable à la contribution intellectuelle directe de son auteur¹⁰². À peine quelques mois plus tard en Corée du Sud, c'est cette fois un film

⁹⁴ CHERPILLOD, p. 449.

⁹⁵ HILTY, N 255 ; GILLIÉRON, note 62.

⁹⁶ Copyright Review Board, United States Copyright Office, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register *A Recent Entrance to Paradise* (Correspondence ID 1-3ZPC6C3; SR # 1-7100387071), Washington, DC, 22 février 2022, disponible sous : <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf> (consulté le 22 mai 2024).

⁹⁷ BENHAMOU/ANDRIJEVIC, p. 60 s.

⁹⁸ THOUVENIN/PICHT, p. 510 ss.

⁹⁹ GERVAIS, p. 2100 s. ; GILLIÉRON, p. 446.

¹⁰⁰ CHERPILLOD, p. 450.

¹⁰¹ GILLIÉRON, p. 446 s.

¹⁰² WANG Yuqian, ZHANG Jessie, *Beijing Internet Court Grants Copyright to AI-Generated Image for the First Time*, disponible sous : <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/02/02/beijing-internet-court-grants-copyright-to-ai-generated-image-for-the-first-time/> (consulté le 16 juin 2024) ; WININGER Aaron, *Beijing Internet Court Recognizes Copyright in AI-Generated Images*, disponible sous :

produit avec plusieurs IA différentes qui s'est vu reconnaître la protection du droit d'auteur en tant qu'œuvre compilée par la commission coréenne du droit d'auteur. Ici ces différentes IA ont été utilisées pour la plupart des étapes de développement du film que ce soit pour le scénario, les images, les séquences vidéo et même pour la musique. À chacune de ces étapes, il y a cependant eu un important travail humain d'édition, d'arrangement et d'ajustement pour obtenir le résultat escompté et c'est ce point-là qui a permis à ce film de se voir accorder la protection comme œuvre compilée. Les responsables du projet ont en effet mis l'accent sur ces contributions et le fait qu'ici les IA ont été utilisées plus comme outils¹⁰³. Dans l'article de l'*AI Times* relatant cette décision, il est fait mention du *Guide on Generative AI and Copyright* coréen publié le 27 décembre 2023¹⁰⁴, qui, sans être une base légale, donne des informations utiles dans ce contexte du droit d'auteur et des *outputs* d'IA. À la lecture de ce guide (principalement pp. 40-45), il apparaît toutefois que l'approche coréenne ne se différencie pas grandement de celle du *Copyright Office* des US (« *A Recent Entrance to Paradise* » et « *Zarya of the Dawn* » étant notamment cités comme exemples)¹⁰⁵. La protection ne s'applique ici également qu'aux contributions humaines sur les *outputs* d'IA. À l'inverse les *outputs* générés par IA sans intervention créative humaine supplémentaire ne peuvent être protégés par le droit d'auteur¹⁰⁶.

4.2.2. *Besoin de distinction (watermark)*

Face à la grande ressemblance en termes de qualité entre œuvres d'origine humaine et *outputs* générés par IA, se pose ici la question de la distinction entre ces deux types de contenus. Comme il est actuellement déjà très difficile de différencier des créations d'auteurs humains avec celles obtenues par des IA génératives (phénomène qui n'ira pas en s'améliorant avec le développement des performances de ces dernières), n'importe quel humain pourrait facilement se prétendre l'auteur d'une œuvre en réalité générée par IA et ainsi dans le fond non éligible au droit d'auteur. Une solution face à ce problème pourrait résider dans le fait d'imposer aux modèles d'IA d'apposer sur tous leurs résultats une marque sous forme d'un filigrane numérique, autrement appelé *watermark*. Cette technique de tatouage numérique permet, y compris de manière invisible, d'inscrire dans des images des informations concernant leur provenance¹⁰⁷. Pour que cela soit efficace dans la pratique, un filigrane « résistant » est requis, sans quoi la distinction serait de nouveau impossible après une simple modification qui permettrait de le retirer. Cela obligerait dans ce cas les auteurs de modifications importantes sur la base d'une création d'IA à les prouver pour obtenir la protection du droit d'auteur¹⁰⁸. Cette solution de transparence par un *watermark* est préconisée dans l'UE (art. 50 par. 2 *AI Act*)

<https://www.chinaiplawupdate.com/2023/11/beijing-internet-court-recognizes-copyright-in-ai-generated-images/> (consulté le 16 juin 2024).

¹⁰³ LEE Edward, *South Korea grants copyright to AI generated work, 'AI Suro's Wife' film as work edited by humans*, disponible sous : <https://chatgptiseatingtheworld.com/2024/01/08/south-korea-grants-copyright-to-ai-generated-work-ai-suros-wife-film-as-work-edited-by-humans/> (consulté le 16 juin 2024) ; SE-MIN Jang, *Domestically created AI movie 'copyright recognized for the first time'... 2nd case in the world* (traduit du coréen en anglais), disponible sous : <https://www.aitimes.com/news/articleView.html?idxno=156286> (consulté le 16 juin 2024).

¹⁰⁴ Korean Guide on GenAI and Copyright.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 42 s.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 41 s.

¹⁰⁷ CHERPILLOD, p. 450 ; WIKIPEDIA, *Tatouage numérique*, disponible sous : https://fr.wikipedia.org/wiki/Tatouage_num%C3%A9rique (consulté le 23 mai 2024).

¹⁰⁸ CHERPILLOD, p. 450.

et différentes initiatives au niveau de l'industrie du numérique¹⁰⁹ ont vu le jour ces dernières années pour rendre possible le traçage de contenus digitaux et connaître leur parcours de leur provenance en passant par leur(s) modification(s).

4.2.3. Protection par les normes de LCD ?

Comme dernière possibilité pour une protection des contenus générés par IA, il y a les normes de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (ci-après : LCD) et notamment l'art. 5 lit. c LCD sur l'exploitation d'une prestation d'autrui qui entre en ligne de compte¹¹⁰. Ainsi, « celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel » agit de manière déloyale.

Ici le point déterminant est la comparaison entre les frais engagés pour l'obtention du résultat de base et ceux engagés pour sa reprise. En cas de résultat asymétrique (sans sacrifice correspondant) à cette comparaison, un avantage déloyal est donné¹¹¹. Toutefois il est important de noter que cet avantage déloyal n'est plus donné, si, au moment de la reprise, les investissements engagés pour le premier résultat ont été amortis¹¹². Cette comparaison à faire est double, d'un côté, il faut comparer les deux dépenses effectives et, de l'autre, entre la dépense effective engagée pour la reprise et celle hypothétique qu'il aurait fallu engager pour obtenir le même résultat par des moyens propres. Cette exigence est ici le principal souci pour l'application de cette norme, cette double comparaison demandant en effet le recours à une expertise qui a son coût, la potentielle personne lésée risquera alors d'être découragée à engager une procédure pour cette raison.

Dans le cas présent des *outputs* générés par IA et de leur protection, le champ d'application de cette disposition de la LCD risque également d'être limité à des acteurs qui investissent de manière substantielle dans le développement de modèles d'IA. Le simple utilisateur d'un modèle d'IA, pour lequel l'investissement correspond seulement au paiement d'un abonnement à un service lui permettant de l'utiliser (voire dont l'utilisation est gratuite), ne pourra invoquer l'art. 5 lit. c LCD¹¹³. Si les moyens de la LCD s'avéraient, dans le futur, insuffisants pour cette protection, il serait envisageable de créer des droits voisins dédiés aux contenus générés par IA, mais, selon THOUVENIN/PICHT, ce n'est actuellement pas nécessaire¹¹⁴.

5. Remplacement des œuvres humaines par les contenus d'IA

Malgré ces réponses intéressantes et pertinentes dans droit d'auteur actuellement en vigueur, il est important de revenir à l'ampleur du phénomène des IA génératives. L'arrivée de ces dernières telles que Dall-E 2, *Midjourney* et notamment *ChatGPT*, qui depuis fin 2022 a envahi la sphère médiatique par son accessibilité au grand public (cet outil est utilisé en fin novembre

¹⁰⁹ Cf. COALITION FOR CONTENT PROVENANCE AND AUTHENTICITY (C2PA), disponible sous : <https://c2pa.org/> (consulté le 23 mai 2024) et CONTENT AUTHENTICITY INITIATIVE (CAI), disponible sous : <https://contentauthenticity.org/> (consulté le 23 mai 2024).

¹¹⁰ CHERPILLOD, p. 451 ; THOUVENIN/PICHT, p. 512.

¹¹¹ CHERPILLOD, p. 451.

¹¹² ATF 139 IV 17, c. 1.6.

¹¹³ CHERPILLOD, p. 451.

¹¹⁴ THOUVENIN/PICHT, p. 512.

2023 par 100 millions d'utilisateurs hebdomadaires¹¹⁵) pose une vraie question fondamentale dans le cadre du droit d'auteur : Ces outils pourraient représenter un véritable risque de remplacement de la création artistique humaine par celle des IA, ces derniers étant de plus en plus efficaces dans le domaine de la créativité. Que ce soit dans le domaine de la peinture, des jeux vidéo, des articles de journaux ou encore de la musique ou de la photographie, les outils d'IA générative vont bouleverser ces industries respectives qui, jusqu'à présent, étaient le fait de la créativité humaine¹¹⁶.

Encore dernièrement, une nouvelle IA générative appelée Suno, dans sa troisième version sortie le 21 mars 2024, est capable de composer des chansons dont certaines marquent par leur qualité qui se rapproche de l'écoutable¹¹⁷. En février 2024, cette fois dans le domaine de la vidéo, c'est l'annonce de Sora, nouvelle IA générative de modèle *text-to-video* développée par OpenAI, qui fait parler d'elle. Cette nouvelle IA est en effet capable de générer des vidéos en définition *Full HD* (jusqu'à présent de seulement une minute) à partir de *prompts*, dans la continuité de Dall-E 2 pour les images¹¹⁸. À côté de ces capacités techniques, l'art produit par les IA génératives a aussi su s'imposer parmi des œuvres humaines, le tableau « *Portrait d'Edmond de Belamy* » du collectif *Obvious* généré par IA a été vendu, après une estimation de départ entre 7 000 et 10 000 dollars US, pour la somme surprenante de 432 500 dollars US chez Christie's en octobre 2018¹¹⁹ et l'image « *Théâtre D'opéra Spatial* » a, quant à elle, gagné un concours d'art en septembre 2022, tout en ayant été créée à l'aide de l'outil d'IA générative *Midjourney*¹²⁰. Nous avons déjà eu l'occasion de revenir plus en détail sur ce cas particulier¹²¹.

Ces exemples nous montrent bien à quel point l'IA générative vient sérieusement concurrencer la création artistique humaine et avec ce détail non-négligeable que celles-ci, comme vu plus haut au niveau de leur fonctionnement¹²², génèrent des créations à partir de celles humaines qu'elles ont pu analyser et dont elles peuvent ensuite en sortir des imitations. Elles ne sont donc pas de véritables créatrices¹²³. Comme les auteurs humains servent de ressources avec leurs œuvres pour les IA génératives et se voient maintenant concurrencés voire, dans une future proche, potentiellement remplacés par elles¹²⁴, il est légitime de se poser la question juridique d'un nouveau système de rémunération, qui permettrait aux auteurs de chair et d'os d'être compensés pour l'utilisation de leurs œuvres, qui pourrait être en train de mener à leur

¹¹⁵ SEYDTAGHIA Anouch, *Comment ChatGPT a bouleversé le monde en douze mois : sept points pour comprendre*, Le Temps, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/comment-chatgpt-a-bouleverse-le-monde-en-douze-mois-sept-points-pour-comprendre> (consulté le 23 mai 2024).

¹¹⁶ FROSIO, p. 2. ; CHAGNON Luc, *Les intelligences artificielles vont-elles remplacer les artistes*, disponible sous : https://www.bfmtv.com/tech/les-intelligences-artificielles-vont-elles-remplacer-les-artistes_GN-202301120101.html (consulté le 24 mai 2024).

¹¹⁷ SIX Nicolas, *Suno, l'IA qui génère des chansons à peu près crédibles*, Le Monde, disponible sous : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/03/29/suno-l-ia-qui-genere-des-chansons-a-peu-pres-credibles_6224911_4408996.html (consulté le 23 mai 2024).

¹¹⁸ SORA, disponible sous : <https://openai.com/sora> (consulté le 23 mai 2024).

¹¹⁹ FROSIO, p. 2 ; *Edmond De Belamy*, disponible sous : <https://obvious-art.com/portfolio/edmond-de-belamy/> (consulté le 14 avril 2024) ; WIKIPEDIA, *Portrait d'Edmond de Belamy*, disponible sous : https://fr.wikipedia.org/wiki/Portrait_d%27Edmond_de_Belamy (consulté le 23 mai 2024).

¹²⁰ ROOSE Kevin, *An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy.*, The New York Times, disponible sous : <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html> (consulté le 23 mai 2024).

¹²¹ Cf. *supra* chap. 4.2.1.

¹²² Cf. *supra* chap. 2.1.1.

¹²³ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1538.

¹²⁴ FROSIO, p. 1.

remplacement¹²⁵. C'est en effet la question que se pose et à laquelle essaie de répondre SENFTLEBEN dans ses différents travaux.

Pour justifier la création d'un tel système, il faut d'abord revenir sur des arguments supplémentaires qui parlent en faveur de cette nouvelle rémunération pour les auteurs humains. En plus de la compensation de ces derniers pour l'utilisation de leurs œuvres dans l'entraînement des IA génératives, qui semble assez sensée, il est important de souligner à nouveau l'importance de l'art et de la créativité humaine pour la société, comme déjà évoqué plus haut¹²⁶. La capacité des IA génératives d'imiter les arts humains, sur lesquels elles se sont entraînées, ne les rend en effet pas capables de créer des œuvres, qui auront la même portée sociétale et politique que celles des humains. Cette capacité particulière des œuvres artistiques humaines à souligner les problèmes et défauts de la société actuelle est bien évidemment reliée au fait que les artistes, qui en sont à l'origine, vivent dans cette société et en subissent les conditions de vie. C'est pour cette raison que les œuvres d'art ouvrent de nouvelles perspectives et permettent des changements sociétaux. Les IA génératives, n'étant pas des entités vivant dans la société, seront bien inaptes dans leurs créations à refléter des nouvelles visions alternatives, qui pourraient correspondre aux désirs réels des êtres humains et mener à l'amélioration de la réalité du monde actuel¹²⁷.

Ensuite, dans la continuité de ce dernier argument, un système de rémunération des créateurs humains viendrait justement soutenir ce type de mouvements artistiques tels que les mouvements d'avant-garde et permettrait ainsi à la société de toujours bénéficier de cette création de nouvelles perspectives, qui aident à son renouvellement. Ce point précis constitue en effet le talon d'Achille de l'IA : comme ces dernières, en raison de leur fonctionnement-même, sont fortement liées aux œuvres préexistantes qui sont leurs données d'entraînement, il leur est très compliqué voire impossible de s'en affranchir et de créer des objets artistiques qui sortent des *patterns* des celles-ci et ne peuvent alors produire de nouvelles œuvres autonomes et hors des catégories esthétiques dominantes¹²⁸. Cette incapacité intrinsèque de semer le chaos dans l'ordre établi aurait de forte chance de conduire à la « désartification » conceptualisée par Adorno¹²⁹. L'horizon d'attente des *outputs* artistiques des IA étant forcément compris dans celui de leurs données d'entraînement, elles seront également bien démunies pour le dépasser et proposer de nouveaux horizons véritablement inattendus selon la théorie d'Osborne¹³⁰.

Il est évident que ce ne sera sûrement pas le domaine de l'art contemporain voire autonome, le domaine le plus touché par l'émergence des IA génératives, tant, comme démontré, le lien entre l'œuvre et l'artiste humain est important ici. Ce sera plutôt celui de la création d'objets artistiques plus communs, qui sont très présents dans l'industrie culturelle actuelle. On peut notamment penser aux jeux vidéo, au cinéma ou encore à la musique. Ici un nouveau système de rémunération dans le cadre du droit d'auteur présente de nombreux avantages pour soutenir les créateurs humains face à leur futur manque à gagner financier et économique. Ce soutien financier permettra d'un côté à ces futurs créateurs remplacés de se former à de nouvelles pratiques d'utilisation de l'IA et de se reconvertir professionnellement. D'un autre côté, cet important remplacement par les IA génératives sera mieux pallié par une réforme du droit d'auteur, qui connaît déjà une infrastructure fonctionnelle et efficace de rémunération de ces

¹²⁵ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1538.

¹²⁶ Cf. *supra* chap. 3.

¹²⁷ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1538 s.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 1539.

¹²⁹ SENFTLEBEN, *A Tax on Machines*, p. 11.

¹³⁰ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1539.

derniers et offrira ainsi une solution plus stable qu'une réforme fiscale ponctuelle, qui pourrait par la suite être abandonnée¹³¹.

Le soutien à la pratique de l'art et au jeu esthétique en eux-mêmes constitue également un argument de taille pour l'introduction d'une telle rémunération. En effet, comme souligné plus haut dans l'esthétique pragmatique défendue par Beebe¹³², l'activité de création artistique a, en elle-même, une valeur pour les humains et contribue à leur épanouissement personnel. Tout le souci ici avec les créations générées automatiquement par les IA est de priver en soi les êtres humains de cet acte de création, du processus créatif qui accompagne une œuvre d'art et qui ne peuvent être remplacés par de simples instructions données à une IA. Une fois les créateurs humains remplacés par les machines, les autres êtres humains ne bénéficieront plus de modèles, d'exemples pour se lancer dans la création artistique et accéder à cette forme d'expression. Introduire une rémunération pour les auteurs humains serait alors un signal fort en soutien aux pratiques artistiques humains et à leur perpétuation¹³³.

Finalement, le succès et le développement des IA génératives dépendent aussi de la subsistance de la créativité humaine. Effectivement, comme celles-là se nourrissent en quelque sorte des œuvres humains sur lesquelles elles s'entraînent, une disparition importante voire totale de la production artistique humaine aurait aussi des conséquences néfastes pour les IA : sans nouvelles œuvres humaines pour enrichir leur répertoire d'entraînement, elles risqueraient de tourner en rond, recombinaison inlassablement les expressions artistiques passées et éventuellement les nouvelles créations provenant des IA (ces dernières se basant aussi sur des œuvres passées). Dans ce cas de figure, aucune nouvelle forme d'expression ni aucun nouveau style ne pourraient être générés par les IA. Une nouvelle rémunération en soutien à la créativité humaine serait donc en outre un investissement pour l'amélioration et le futur développement des IA génératives¹³⁴.

Ces différents arguments étayés jusqu'à là justifient grandement l'introduction d'une nouvelle rémunération des auteurs humains face à l'émergence des IA génératives, tant en soulignant l'ampleur du changement voire de la révolution qui fait face à la société moderne et plus particulièrement à la création artistique, tant en rappelant l'importance sans équivoque de cette dernière pour la société et les êtres humains qui y vivent. Il est alors pertinent de réfléchir à un nouveau système qui, dans la continuité du droit d'auteur, permettra de soutenir la création artistique et les auteurs humains. Vient maintenant la question plus concrète et surtout plus juridique de savoir comment un tel système peut se mettre en place et quelle est l'approche la plus appropriée pour cela.

6. Nouvelle rémunération pour les auteurs humains

Trois possibilités sont concevables pour une nouvelle rémunération pour les auteurs humains. Les deux premières prennent chacune un point de référence différent pour l'obligation de rémunération : la première (chap. 6.1.) se base sur le moment où les œuvres protégées par le droit d'auteur sont utilisées comme données d'entraînement (*input*) et la deuxième (chap. 6.2.) sur le moment où les créations générées par l'IA sont mises sur le marché (*output*)¹³⁵. Quant à

¹³¹ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1539 s.

¹³² Cf. *supra* chap. 3.

¹³³ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1540 s.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 1540.

¹³⁵ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 2.

la troisième (chap. 6.3.), il s'agit d'instrument déjà existant dans la LDA, la licence collective étendue.

6.1. Rémunération basée sur l'*input*, le cas de l'*AI Act* de l'UE

La première possibilité à investiguer, celle d'un prélèvement sur l'*input*, est l'approche qui pourrait être favorisée dans l'UE avec l'*AI Act*, qui a été adoptée le 13 mars 2024 par le Parlement européen et par le Conseil de l'Union le 21 mai 2024¹³⁶.

Le texte final de cette nouvelle législation est tout d'abord digne d'intérêt car il résulte des différents débats au sein du Parlement européen et durant la phase de trilogue entre ce dernier, la Commission européenne et le Conseil de l'UE, ont été pris en compte les défis posés par les modèles d'IA générative à la créativité humaine et qui, d'ailleurs, avaient précédemment été soulignés par différentes organisations au niveau européen¹³⁷. Que ce soit « l'initiative pour le droit des auteurs » dans sa déclaration d'avril 2023¹³⁸, « la guilde européenne pour la régulation de l'intelligence artificielle » dans son manifeste¹³⁹ ou encore les organisations représentant les auteurs et performeurs au niveau européen et international dans leur déclaration commune de février 2023¹⁴⁰, tous ont mis l'accent sur l'utilisation sans accord et même sans notification d'œuvres protégées dans l'entraînement des IA et sur le danger financier imminent pour les auteurs encore non rémunérés pour cette utilisation. Dans sa version finale, la nouvelle législation européenne reconnaît ces défis et confirme que « [l]e développement et l'entraînement de ces modèles requièrent un accès à de grandes quantités de texte, d'images, de vidéos et d'autres données » et que « [l]es techniques de fouille de textes et de données peuvent être largement utilisées dans ce contexte pour extraire et analyser ces contenus, qui peuvent être protégés par le droit d'auteur et les droits voisins »¹⁴¹. Elle affirme également le principe suivant, qui est le point central pour l'approche du prélèvement, de l'obligation de rémunération au moment de l'*input* : « [t]oute utilisation d'un contenu protégé par le droit d'auteur nécessite l'autorisation du titulaire de droits concerné, à moins que des exceptions et limitations pertinentes en matière de droit d'auteur ne s'appliquent »¹⁴². Ainsi dans le cas d'œuvres protégées par le droit d'auteur, les entreprises développant des IA et voulant les entraîner sur celles-là ont l'obligation d'obtenir une autorisation des ayants droit, sauf si une exception pour un cas de figure précis existe¹⁴³.

Dans l'UE, une Directive règlementait déjà les exceptions au droit d'auteur dans le cadre de FTD, il s'agit de la Directive DAMUN, qui a déjà été évoquée en détail plus haut¹⁴⁴ et à laquelle

¹³⁶ LEGISLATIVE OBSERVATORY EUROPEAN PARLIAMENT, 2021/0106(COD) *Artificial Intelligence Act*, disponible sous : [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0106\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2021/0106(COD)) (consulté le 24 mai 2024).

¹³⁷ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 7.

¹³⁸ INITIATIVE URHEBERRECHT, *Joint statement on generative AI, Call for Safeguards Around Generative AI*, du 19 avril 2023, disponible sous : <https://urheber.info/diskurs/call-for-safeguards-around-generative-ai> (consulté le 28 avril 2024).

¹³⁹ EUROPEAN GUILD FOR ARTIFICIAL INTELLIGENCE REGULATION (EGAIR), *Manifesto for AI companies regulation in Europe*, disponible sous : <https://www.egair.eu/#manifesto> (consulté le 28 avril 2024).

¹⁴⁰ EUROPEAN COMPOSER AND SONGWRITER ALLIANCE *et al.*, *Joint statement from authors' and performers' organisations on Artificial Intelligence and the AI Act*, 9 février 2023, disponible sous : <https://composeralliance.org/news/2023/2/joint-statement-from-authors-and-performers-organisations-on-artificial-intelligence-and-the-ai-act/> (consulté le 28 avril 2024).

¹⁴¹ Considérant 105 *AI Act*.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 7.

¹⁴⁴ Cf. *supra* chap. 4.1.3.

l'*AI Act* fait justement référence¹⁴⁵. Le fait que des exceptions aient été définies dans ce cadre confirmait déjà que cette méthode utilisée pour l'entraînement des IA concernait bien le droit d'auteur et ses œuvres protégées¹⁴⁶. Le débat auquel cette disposition avait donné lieu sur le droit de reproduction¹⁴⁷ est ici clairement écarté par l'*AI Act*, qui confirme que toutes les formes de FTD, impliquant des œuvres protégées, tombent sous les dispositions de la Directive DAMUN et requièrent ainsi une exception pour être autorisées¹⁴⁸.

Comme évoqué plus haut également, la Directive DAMUN offre une possibilité d'*opt-out* pour les auteurs dans son art. 4 par. 3. Ce contrôle donné aux auteurs, pour décider du sort de leurs œuvres dans le cadre de l'entraînement des IA, pourrait servir ici de base à une rémunération pour cette utilisation. Pour se faire, l'idée est que les ayants droit exercent ce droit de réserve « de manière appropriée, notamment par des procédés lisibles par machine pour les contenus mis à la disposition du public en ligne » selon l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN. Les développeurs d'IA doivent ainsi prendre en considération, dans la phase d'entraînement, toutes les informations disponibles, soit dans les métadonnées, soit dans les conditions générales d'un site internet par exemple, qui permettent de clarifier, si le droit de reproduction d'une œuvre pour de la FTD n'a pas été expressément réservé. L'une des manières de faire cela est d'utiliser des fichiers *robots.txt*, permettant d'accorder ou de refuser l'accès à un site aux *bots*, qui rassemblent des données notamment pour l'entraînement des IA¹⁴⁹. Toutefois, dans le cadre de cette possibilité d'*opt-out*, qui interdit dans les faits l'utilisation d'une œuvre, les ayants droits pourraient également utiliser cette sorte de droit de veto pour exprimer une autre position, par exemple consistant à autoriser cette utilisation seulement contre une compensation, sous forme de rémunération. L'art. 4 par. 3 Directive DAMUN pourrait ainsi servir de base à l'instauration d'un nouveau système automatisé de rémunération, pour des œuvres protégées utilisées dans l'entraînement d'IA génératives¹⁵⁰.

6.1.1. Inconvénients de cette approche

Cette possibilité théorique risque malheureusement de le rester. Cette potentielle solution de rémunération pour les auteurs fait effectivement face à de nombreux inconvénients, qu'il s'agit ici de lister. Tout d'abord, il y a la question de la praticabilité de cette solution, mise à mal par la réalité européenne de la gestion des droits complexe et fragmentée. En effet la probabilité que des protocoles standardisés de réservation de droits, une fois techniquement disponibles, soient mis en place par les grands ayants droit et les sociétés de gestion collective est faible : un tel système harmonisé, accessible à n'importe quel auteur individuel, représenterait pour ces acteurs actuellement incontournables de la gestion des droits un réel danger existentiel¹⁵¹. Sans un tel processus de paiement automatisé par des protocoles sûrs et fonctionnels, la possibilité offerte par l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN semble dans les faits ne pas être vouée à un grand succès. Et sans un tel système, la fragmentation actuelle de la gestion des droits européenne représente une telle complexité pour les développeurs d'IA, qu'une rémunération des auteurs humains risquerait de ne pas voir le jour¹⁵².

¹⁴⁵ Considérant 105 *AI Act*.

¹⁴⁶ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 7.

¹⁴⁷ Cf. *supra* chap. 4.1.3.

¹⁴⁸ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 9.

¹⁴⁹ WIKIPEDIA, *robots.txt*, disponible sous : <https://en.wikipedia.org/wiki/Robots.txt> (consulté le 1^{er} mai 2024).

¹⁵⁰ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 10.

¹⁵¹ SENFTLEBEN/MARGONI *et al.*, N 27.

¹⁵² SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 10.

Un autre point problématique, dans le cas présent de l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN, sont ces protocoles standardisés pouvant rendre possible une rémunération. S'ils voient une fois le jour, ils ont de très forte chance d'émaner d'un travail commun entre l'industrie créative et l'industrie des hautes technologies (donc notamment des développeurs des technologies d'IA). Une rémunération pourrait alors bien avoir lieu mais risquerait de tomber, non pas dans les poches des petits auteurs et créateurs mais dans celles des grandes entreprises dominant l'industrie créative. Ces dernières, possédant ou ayant le pouvoir de mettre sur pied de grands répertoires d'œuvres comme bases de données pour les IA génératives, pourraient être les seules à négocier et à toucher une rémunération issue de la FTD, sans garantie que les auteurs à l'origine des œuvres puissent en bénéficier¹⁵³.

Après ces points concernant l'absence de protocoles standardisés et le fort risque d'une concentration de la rémunération entre les mains de l'industrie et non des auteurs individuels, un troisième point problématique est celui de la confiance¹⁵⁴. Dans un premier temps, le fonctionnement-même et l'entraînement des IA pose une question de confiance vis-à-vis des ayants droits : comment s'assurer du respect de l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN pour l'utilisation d'une œuvre, quand le résultat généré par l'IA (*output*) ne sera jamais une copie conforme ou proche d'une œuvre préexistante mais reprendra plutôt ses éléments stylistiques ? Pour y répondre et pouvoir apporter la preuve d'une utilisation, il y a un besoin de transparence, auquel l'*AI Act* répond : « il convient que les fournisseurs de ces modèles élaborent et mettent à la disposition du public un résumé suffisamment détaillé du contenu utilisé pour entraîner lesdits modèles »¹⁵⁵. Cette précision s'adresse aussi pour le droit d'auteur, puisque ce résumé « devrait être généralement complet en termes de contenu plutôt que détaillé sur le plan technique afin d'aider les parties ayant des intérêts légitimes, y compris les titulaires de droits d'auteur, à exercer et à faire respecter les droits que leur confère la législation de l'Union »¹⁵⁶. L'adoption de ces précisions spécifiques confirment ici donc bien les craintes fondées au sujet de la confiance et de la transparence. Plus loin dans le considérant 107 de l'*AI Act*, l'évocation de « bases de données publiques ou privées de grande ampleur » confirme également la crainte déjà mentionnée concernant le risque réel d'une rémunération mise en place certes, mais seulement entre industries créative et d'IA¹⁵⁷.

Ces nouvelles exigences de transparence européennes sont aussi à placer dans le contexte législatif international concernant la FTD : L'UE, en adoptant cette nouvelle législation sur l'IA avec une approche qui, comme cela a été expliqué, prend acte pour la défense du droit d'auteur, fait figure d'exception face aux pays concurrents. Qu'il s'agisse des US¹⁵⁸, du Canada, de Taïwan, de la Corée du Sud, d'Israël, de Singapour¹⁵⁹ ou encore du Japon¹⁶⁰, tous ont opté pour des exceptions plus larges concernant le droit d'auteur dans le cadre de la FTD, afin de favoriser l'innovation dans le domaine des hautes technologies et en particulier des IA. L'UE avec cette approche plus restrictive risque ainsi de désavantager son propre secteur des technologies d'IA face à ses concurrents¹⁶¹.

¹⁵³ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 10 s.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 11.

¹⁵⁵ Considérant 107 *AI Act*.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 11 s.

¹⁵⁸ Cf. *supra* chap. 4.1.3.

¹⁵⁹ SENFTLEBEN/MARGONI *et al.*, N 11.

¹⁶⁰ Cf. *supra* chap. 4.1.3.

¹⁶¹ SENFTLEBEN/MARGONI *et al.*, N 12.

L'application de l'*AI Act* aura aussi pour conséquence notamment avec ses exigences en termes de transparence, de représenter un certain coût voire un risque pour les entreprises d'IA : d'un côté l'application d'un système de rémunération sur la base de l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN, comme déjà démontré complexe, mènerait au paiement de licences pour un nombre très important d'œuvres protégées, donc à un coût supplémentaire, ce qui n'est pas le cas dans ces autres pays. De l'autre côté, la transparence exigée pour un tel système pourrait aussi représenter un risque important en termes de preuves : en devant établir ces résumés détaillés de l'entraînement de leurs outils d'IA imposés par l'*AI Act*, en plus d'être une charge administrative non négligeable pour les entreprises de ce domaine, celles-ci se verraient fournir les preuves détaillées de l'utilisation d'œuvres protégées, qui pourraient à leur tour servir de base à des réclamations pour violation de droit d'auteur dans d'autres pays¹⁶².

Ici la nouvelle législation européenne et l'application de l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN risque ainsi, selon SENFTLEBEN, de mener à un malheureux « *lose-lose scenario* »¹⁶³ : en raison de la difficulté de mise en place d'un système fonctionnel de licences et *in fine* de son coût, les auteurs ne seront point rémunérés et les développeurs d'IA ne pourront se servir pour l'entraînement de leurs algorithmes d'œuvres protégées européennes. En effet, la possibilité de réserver l'utilisation d'une œuvre grâce au *opt-out* formulé dans l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN pourrait bien être employée par les ayants droit, comme c'est déjà le cas actuellement¹⁶⁴. Mais cet *opt-out* n'implique aucune rémunération des auteurs comme souhaité. Les entreprises du secteur de l'IA, pour cette raison ainsi que les exigences légales élevées de l'UE en la matière, pourraient également s'implanter dans des pays plus attrayants au niveau législatif pour développer leurs technologies IA et utiliseraient alors des œuvres non-européennes pour leur entraînement¹⁶⁵.

Et c'est là que l'*AI Act* pose encore un problème supplémentaire : le principe de territorialité est en effet contourné ici, obligeant aussi les entreprises de modèles d'IA, ayant été entraînés hors de l'UE et mais les fournissant sur ce marché, de « respecter les réservations de droits exprimées par les titulaires de droits conformément à l'article 4, paragraphe 3, de la directive (UE) 2019/790 » et de « se conformer à cette obligation, quelle que soit la juridiction dans laquelle se déroulent les actes pertinents au titre du droit d'auteur qui sous-tendent l'entraînement de ces modèles d'IA à usage général »¹⁶⁶. Cela est clairement voulu par la nouvelle législation « pour garantir des conditions de concurrence équitables entre les fournisseurs de modèles d'IA à usage général »¹⁶⁷ et pour que les fournisseurs, ayant par exemple entraîné leur modèle dans l'un des pays aux exceptions pour la FTD plus larges cités plus haut, doivent alors répondre aux mêmes exigences en termes de droit d'auteur que leurs concurrents européens pour accéder à ce marché. En raison de cette obligation de conformité, où que le modèle d'IA ait été entraîné, la commercialisation d'IA en UE risque de s'avérer compliquée pour des entreprises, ayant développé leur modèle dans une juridiction moins stricte¹⁶⁸.

¹⁶² SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 12.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ WIGGERS Kyle, *Spawning lays out plans for letting creators opt out of generative AI training*, disponible sous : <https://techcrunch.com/2023/05/03/spawning-lays-out-its-plans-for-letting-creators-opt-out-of-generative-ai-training/> (consulté le 5 mai 2024).

¹⁶⁵ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 12.

¹⁶⁶ Considérant 106 *AI Act*.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 13.

La question d'un potentiel « désapprentissage » se pose alors : est-ce que les entreprises d'IA devront, pour respecter tous les *opt-outs* exprimés par les auteurs européens, recommencer leur processus d'entraînement depuis le début sans ces œuvres réservées ou encore est-ce qu'un modèle d'IA, ayant utilisé des œuvres avant leur *opt-out* pourra toujours être mis sur le marché ? L'art. 111 par. 3 *AI Act* impose en effet un délai limite aux fournisseurs de modèles d'IA à usage général déjà présents sur le marché pour se conformer aux obligations de la nouvelle législation. Ce problème lié aux *opt-outs* pourrait certes être évité avec l'autorisation des ayants droit pour l'utilisation de leurs œuvres par un système de licences contre rémunération, mais comme déjà expliqué plus haut, celui-ci représente de nombreux désavantages et surtout, dans la perspective des entreprises développant des IA, des coûts importants¹⁶⁹.

Avec ces deux potentielles issues (*opt-outs* à respecter ou importants coûts liés à la rémunération), l'*AI Act* risque alors d'affaiblir le développement de ces nouvelles technologies en UE mais aussi d'empêcher les européens, citoyens ou entreprises, de bénéficier des IA les plus performantes et sophistiquées. À terme, cette législation restrictive pourrait également représenter une perte de visibilité de la culture, des idées et des valeurs européennes portées par ses œuvres artistiques dans les résultats générés par les IA, ce qui, au vu de la future importance des outils d'IA, n'est pas à sous-estimer¹⁷⁰. Dans son ensemble, le nouvel *AI Act* est donc fort et important par sa proposition de réglementer ce nouveau secteur technologique et par sa position claire sur l'utilisation d'œuvres protégées dans le cadre de l'entraînement des IA. Toutefois, comme démontré jusqu'à présent, plusieurs points posent des problèmes.

6.2. Rémunération basée sur l'*output*

Une autre approche alternative à cette première possibilité instaurée dans l'*AI Act* de l'UE est également investiguée par SENFTLEBEN et c'est celle d'une rémunération pour les auteurs humains qui aurait lieu, non pas au moment de l'entraînement des IA avec des œuvres protégées (*input*) mais plutôt au moment, où les résultats générés par les modèles d'IA sont mis sur le marché (*output*)¹⁷¹.

Les fournisseurs d'IA seraient, dans le cas présent, soumis au paiement d'une rémunération équitable pour toute création artistique, qui aurait la capacité de remplacer les œuvres d'origine humaines et ce système de rémunération forfaitaire, qui serait instauré, viendrait prélever une partie du revenu de ces derniers pour les redistribuer aux auteurs et créateurs humains¹⁷². Ce concept n'est en réalité pas totalement nouveau dans le droit d'auteur actuel, puisqu'une rémunération équitable est déjà prévue dans le cadre de « la radiodiffusion et de la communication au public » des phonogrammes selon l'art. 15 par. 1 de Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après : OMPI) sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (ci-après : WPPT). C'est un exemple concret d'un droit à une rémunération qui remplace un droit d'interdire l'utilisation d'une œuvre comme dans l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN, traité plus haut¹⁷³, car cela est plus approprié dans ce cadre précis. Dans l'UE, c'est l'art. 8 par. 2 de la Directive 2006/115/CE du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété

¹⁶⁹ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 13.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 13 s.

¹⁷¹ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 14 ; SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1549.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Cf. *supra* chap. 4.1.3. et 6.1.

intellectuelle, qui applique cette disposition du droit international¹⁷⁴ et en Suisse, c'est l'art. 35 LDA¹⁷⁵.

Cette disposition du droit européen permet alors d'en esquisser une semblable, cette fois pour une rémunération équitable destinée aux auteurs humains dans le cadre des résultats des modèles d'IA génératives (8 par. 2 de la Directive 2006/115/CE revisité, avec le texte en *italique* pour les nouvelles formulations) :

« Les États membres prévoient un droit pour assurer qu'une rémunération équitable et unique est versée par le fournisseur d'un système d'IA générative, si une production littéraire et artistique générée par le système, a le potentiel de servir de substitut à une œuvre réalisée par un auteur humain, et pour assurer que cette rémunération est versée aux fonds sociaux et culturels des organismes de gestion collective dans le but d'encourager et de soutenir l'œuvre littéraire et artistique humaine »¹⁷⁶.

Il est évident qu'une telle norme devra être précisée et qu'un système de prélèvement demandera des dispositions supplémentaires pour être mis en place, mais l'idée et sa norme principale sont là et ne semblent pas poser de problèmes de définitions insurmontables. Le terme central, qui est ici soumis à l'interprétation, est celui de la substitution d'un résultat généré par IA à une œuvre humaine et cette dénomination générale-abstraite remplit son rôle : il ne s'agit effectivement pas, dans le cas présent, d'établir précisément la rémunération due à chaque œuvre individuelle mais bien plus d'instaurer ce système de rémunération forfaitaire. Si un système d'IA générative est capable de manière générale de remplacer par ses *outputs* des créations d'origine humaine, alors son impact est « disruptif » et il est alors soumis à cette obligation de paiement¹⁷⁷. Ce test de substitution pourrait aussi être affiné au travers de la jurisprudence et du processus législatif, afin de différencier les créations artistiques générés par les IA de l'utilisation par des créateurs humains d'outils d'IA qui les accompagnent dans leur expression, ces derniers pouvant alors être libérés de cette obligation de paiement¹⁷⁸.

Le but de ce système est surtout, en plus d'apporter un soutien aux auteurs, dont il sera question ci-dessous, de rendre la production de contenu généré par les IA plus chère et par conséquent moins accessible. L'obligation du paiement de cette rémunération forcera en effet les fournisseurs à augmenter leurs prix et l'actuelle attractivité des contenus d'IA en sera réduite. Selon l'importance de la rémunération, il sera peut-être même possible de permettre aux créateurs humains de rester en concurrence avec les IA en équilibrant leur coût respectif de production. Grâce à ce système, le revenu généré par les IA dans le domaine créatif sera ainsi en partie transformé en revenu pour les auteurs humains¹⁷⁹.

Ce revenu sera récolté par les sociétés de gestion collective et la question qui suit est de savoir comment il sera utilisé. Deux approches sont possibles pour cela, une approche générale et une approche plus ciblée. Les deux permettent de répondre aux arguments développés plus hauts¹⁸⁰ pour une nouvelle rémunération pour les auteurs humains. Concernant la première, il s'agit, à l'aide d'un schéma général de répartition, de distribuer ce revenu selon l'importance de l'utilisation de certains genres d'œuvres ou répertoires particuliers dans l'entraînement des IA. Les auteurs humains les plus concernés par l'utilisation de leurs œuvres se verraient alors accorder une rémunération plus importante. Pour calibrer ce schéma et obtenir ce type

¹⁷⁴ SENFTLEBEN, AI Act, p. 14.

¹⁷⁵ URG-Kommentar-EGLOFF, Art. 35 N 14.

¹⁷⁶ SENFTLEBEN, AI Act, p. 15 (traduit de l'anglais).

¹⁷⁷ SENFTLEBEN, AI Act, p. 15.

¹⁷⁸ *Ibid.* ; Cf. *supra* chap. 4.2.1.

¹⁷⁹ SENFTLEBEN, Generative AI, p. 1550.

¹⁸⁰ Cf. *supra* chap. 5.

d'informations, une ressource utile dans ce cas peut être de se baser sur les données issues des *prompts* des utilisateurs. Après cette première possible utilisation répondant à l'argument de la compensation des auteurs humains pour l'utilisation de leurs œuvres par les IA, cette approche générale peut aussi répondre à la nécessité de continuer de donner une stimulation aux êtres humains pour se lancer dans le processus créatif, en leur permettant d'en vivre. L'industrie de l'IA pourrait également être bénéficiaire, en s'assurant de la sorte que la production artistique humaine, en se perpétuant grâce à cette répartition générale, lui apporte de nouveaux contenus pour le développement et l'amélioration de ses modèles¹⁸¹.

De l'autre côté, comme seconde approche, une approche plus ciblée pourrait être nécessaire face au risque d'un remplacement progressif de la créativité humaine par les IA, qui mettrait en péril la capacité de l'art à souligner les problèmes sociétaux et à offrir de nouvelles perspectives pour le futur. Une partie de l'argent récolté pourrait ainsi servir, au moyen de fonds pour la culture, à soutenir la créativité humaine, également dans ses expressions les plus avant-gardistes. À côté de fonds culturels, des fonds sociaux pourraient également faire sens, pour aider à la reconversion professionnelle une partie des créateurs humains, qui, malgré tout, seront touchés par l'impact des contenus générés par les IA dans le domaine de l'art et l'industrie créative. Ces deux approches répondent donc aux différentes nécessités de ce changement en raison des technologies d'IA et il est important de considérer ces approches et leurs objectifs, dans le cas où cette nouvelle rémunération verrait le jour¹⁸².

6.2.1. Bases juridiques pertinentes dans le droit d'auteur

Après avoir expliqué en quoi pourrait consister ce nouveau prélèvement et cette nouvelle rémunération pour les auteurs humains, il est intéressant de se pencher sur différentes bases ou concepts juridiques du droit d'auteur qui permettraient de l'instaurer. La première est une théorie juridique du siècle passé, qui, dans le cas présent, peut donner des arguments à cette nouvelle rémunération : c'est celle du « domaine public payant », théorie défendue notamment par Adolf DIETZ. Avant de s'intéresser aux parallèles, qui peuvent être tirés entre cette théorie et ce nouveau système dans le cadre de l'émergence de l'IA, il est important de revenir rapidement sur cette idée, son historique et son fonctionnement.

6.2.1.1. Domaine public payant

Cette idée, qui consiste à créer une redevance sur les œuvres tombées dans le domaine public et à la redistribuer aux artistes vivants¹⁸³, a germé, il y a à peu près deux siècles presque en même temps que le droit d'auteur en France, après la Révolution française. Malgré la volonté d'instaurer un « domaine public payant », lors de la réforme du droit d'auteur en 1826, il ne fut jamais codifié dans la loi française durant tout le 19^{ème} siècle. Après différentes tentatives (notamment en Suisse, où une tentative d'introduction d'un « domaine public payant » ne fut pas retenue dans la LDA de 1922) à travers l'Europe et le monde, ce fut à l'issue de la seconde guerre mondiale, que cette idée se réalisa dans quelques nations¹⁸⁴. L'Allemagne faillit intégrer cette notion dans son projet loi sur le droit d'auteur en 1965¹⁸⁵.

DIETZ développe dans son article de 1990 un concept moderne de cette idée, avec une nouvelle dénomination, le « droit de la communauté des auteurs », car il souhaite une solution de droit

¹⁸¹ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1551.

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ DIETZ, p. 14.

¹⁸⁴ Cf. DILLENZ, p. 920 ss.

¹⁸⁵ DIETZ, p. 14.

privé, dans le cadre du droit d'auteur et la précédente dénomination suggérait l'introduction d'un nouvel impôt, ce qui n'est pas ici le but recherché. Face aux grandes différences qui existent entre certaines ventes d'œuvres à des prix impressionnants d'artistes décédés depuis longtemps et les mauvaises conditions de vie de la plupart des artistes de leur vivant (avec l'exemple explicite de Vincent Van Gogh), ce dernier propose de prolonger la protection du droit d'auteur après la durée protection au titre individuel. Durant cette seconde période, un nouveau titulaire de droits serait institué : « la communauté des auteurs-créateurs vivants ». Celle-ci et les artistes vivants la constituant pourraient alors bénéficier d'une partie des revenus générés par ces œuvres qui ne sont plus sous protection individuelle et cela favoriserait ainsi le secteur culturel existant. Ce système s'appuierait également, comme celui développé ici dans le contexte des IA, sur les sociétés de gestion collective, dont l'activité est déjà adaptée à l'application de ces nouvelles tâches de perception de revenu et de soutien à la culture¹⁸⁶.

Cette idée de système dans le cadre du droit d'auteur, malgré des réserves quant à son introduction¹⁸⁷, est tout de même digne d'intérêt pour souligner une réflexion déjà existante au sujet d'une rémunération des auteurs humains détachée de la protection individuelle du droit d'auteur en vigueur. Le revenu versé à cette « communauté des auteurs » est en effet institué malgré un lien direct entre œuvre et auteur manquant, ces œuvres concernées étant tombées dans le domaine public. Cette absence de lien direct est également vraie pour une rémunération basée sur l'*output* des IA. Autant dans la perspective développée plus haut d'un prélèvement sur l'*input*¹⁸⁸, ce lien direct existe, car chaque auteur peut ou non réserver l'utilisation de son ou de ses œuvre(s) selon l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN (d'où peut découler un droit à une rémunération). Autant ce lien est inexistant dans cette perspective alternative, car l'*output* issu d'une IA ne reflète aucune expression individuelle protégée¹⁸⁹. L'entraînement des IA sur des œuvres n'a en effet pas pour conséquence de générer des copies de celles-ci mais plutôt d'imiter des styles, des concepts et des idées, qui ne sont pas protégées par le droit d'auteur¹⁹⁰. C'est à l'inverse l'expression individuelle, découlant des libres choix créatifs de l'auteur, qui bénéficie de cette protection¹⁹¹.

Cette conception actuelle du droit d'auteur et son importance accordée à ce que soit protégé seulement les expressions individuelles ne doit toutefois refréner l'introduction de ce nouveau système dans le cadre du droit d'auteur, tant celui-ci présente des avantages et poursuit l'idée du « domaine public payant », qui n'est pas restée que théorique au vu de son historique et de ces différentes tentatives d'introduction. En outre, au-delà du fait que ces deux concepts s'intéressent aux conditions des artistes vivants et de leur apporter un soutien, la nouvelle rémunération proposée par SENFTLEBEN possède même des raisons et arguments supplémentaires à son instauration : d'une part, il faut noter que les contenus générés par les IA n'auraient pu voir le jour sans les créations artistiques humaines préexistantes, il existe donc un lien de causalité naturelle entre les œuvres humaines et l'*output* des IA. Cela n'est pas le cas entre les œuvres passées dans le domaine public et les artistes vivants¹⁹². D'autre part, le concept défendu par DIETZ se positionne certes pour un soutien aux artistes humains, mais

¹⁸⁶ DIETZ, p. 13 ss et 21.

¹⁸⁷ DILLENZ, p. 924 ss.

¹⁸⁸ Cf. *supra* chap. 6.1.

¹⁸⁹ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1551 s.

¹⁹⁰ LEMLEY/CASEY, p. 773 ; Art. 9 par. 2 Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après : ADPIC) ; HILTY, N 227.

¹⁹¹ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1552.

¹⁹² *Ibid.*, p. 1554.

seulement pour cela, alors qu'une rémunération à l'ère de l'IA possède bien d'autres arguments justifiant son instauration, comme énumérés plus haut¹⁹³.

6.2.1.2. Copie privée et « test des trois étapes »

À côté de cette première base juridique, il en existe une autre, la rémunération dans le domaine de la copie privée, qui est aussi utile pour tirer des parallèles avec ce nouveau système de rémunération des auteurs humains proposé ici. Le cas de la copie privée est tout d'abord intéressant pour la difficulté déjà évoquée dans le cadre du concept de « domaine public payant », qui est l'absence d'expressions artistiques protégées au moment de l'*output*. C'est là qu'un lien peut être établi avec la phase de l'entraînement des IA (*input*) pour justifier une rémunération à payer au moment de la mise sur le marché des contenus des IA (*output*). Comme une création générée par IA ne peut exister sans l'entraînement effectué au préalable sur des œuvres humaines, l'*input* et l'*output* sont « les deux faces d'une même pièce »¹⁹⁴. Soumettre une obligation de paiement au moment de l'*output* peut ainsi être une simple décision du législateur, de décaler cette obligation, qui découle de l'utilisation d'œuvres protégées au stade de l'*input*, au stade de l'*output*¹⁹⁵, en permettant au passage d'éviter les obstacles administratifs qui constituent un prélèvement sur l'*input*, comme décrits plus haut¹⁹⁶.

Le cas d'espèce de la copie privée entre ici en jeu. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) a en effet reconnu dans une de ses décisions que :

« compte tenu des difficultés pratiques pour identifier les utilisateurs privés ainsi que pour les obliger à indemniser les titulaires des droits du préjudice qu'ils leur causent et eu égard au fait que le préjudice qui peut découler de chaque utilisation privée considérée individuellement, peut s'avérer minime et, dès lors, ne pas donner naissance à une obligation de paiement, [...] il est loisible aux États membres d'instaurer, aux fins du financement de la compensation équitable, une « redevance pour copie privée » à la charge non pas des personnes privées concernées, mais de celles qui disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à la disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction »¹⁹⁷.

Ce sont donc les fabricants et importateurs d'équipements de copie, qui sont soumis à l'obligation de paiement, celle-ci découlant toutefois de l'acte de copie privée, réalisé une fois seulement que ce matériel est utilisé par les consommateurs. Malgré le fait ici que l'acte, dont découle la demande de compensation (copie privée) et celui, qui mène à l'obligation de paiement (mise à disposition d'appareils de copie) soient déconnectés l'un de l'autre, une rémunération à ce moment est justifiée et permise selon la CJUE. Le parallèle, avec un prélèvement auprès des fournisseurs de modèles d'IA au moment de la mise sur le marché de leurs contenus, est ici clair et cette déconnexion n'est donc pas une chose nouvelle dans le cadre de la rémunération forfaitaire¹⁹⁸.

Ce cas d'espèce, qui est certes une base juridique plus concrète et moins inhabituelle que le concept de « domaine public payant » est aussi justifié par le dénommé « test des trois étapes ».

¹⁹³ Cf. *supra* chap. 5.

¹⁹⁴ SENFTLEBEN, AI Act, p. 19.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Cf. *supra* chap. 6.1.1.

¹⁹⁷ CJUE, Arrêt du 21 octobre 2010, Padawan SL contre Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), C-467/08, EU:C:2010:620, § 46 (voir : <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=83635&doclang=FR>).

¹⁹⁸ SENFTLEBEN, AI Act, p. 19.

Cette notion, qui provient de différents de textes de lois au niveau international, tels que l'art. 13 ADPIC, l'art. 16 WPPT, l'art. 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (ci-après : WCT) et l'art. 9 par. 2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (ci-après : CB), est appliquée dans l'UE par l'art. 5 par. 5 de la 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 (ci-après : DSI). Cet art. 5 par. 5 DSI consiste à ce que les exceptions au droit d'auteur ne soient « applicables que dans certains cas spéciaux (1.) qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé (2.) ni causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit (3.) ». L'art. 7 par. 2 Directive DAMUN renvoie à l'art. 5 par. 5 DSI et l'exception pour la FTD présente dans l'art. 4 par. 1 et 3 Directive DAMUN est ainsi soumise à ce « test des trois étapes »¹⁹⁹.

Pour bien comprendre comment ces trois étapes s'appliquent à un cas particulier de reproduction et quelle pourrait être son implication pour la justification d'une rémunération se basant sur l'*output*, le rapport sur le travail du Comité principale I de la Conférence de Stockholm de 1967 pour la révision de la CB et qui a mené à l'introduction de ce test, est d'une aide utile, avec notamment un exemple concret du fonctionnement de ce dernier : dans le cas de la photocopie, si un assez grand nombre de copies sont produites à des fins industrielles, il n'y a pas de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'ayant droit, tant qu'une rémunération équitable lui est versée²⁰⁰. Le paiement d'une rémunération équitable peut ainsi être un moyen, comme dans le cas présent où un préjudice injustifié est causé aux intérêts légitimes de l'ayant droit, de rendre conforme et de limiter ce préjudice. Ce raisonnement peut être appliqué par analogie dans le contexte du remplacement des créations humaines par les contenus des IA : l'exception de l'art. 4 par. 1 Directive DAMUN pour la FTD, en permettant l'entraînement des IA sur des créations humaines, représente pour les créateurs et artistes humains un préjudice injustifié et, avec le paiement d'une rémunération équitable, ce préjudice peut devenir plus raisonnable. À noter que les fournisseurs de modèles d'IA, soumis à cette obligation de paiement, sont libres de répercuter ces dépenses sur leurs utilisateurs, en augmentant par exemple leurs prix. Les conditions du « test des trois étapes » sont donc ici remplies²⁰¹.

Une question subsiste toutefois encore quant à ce test : pourquoi l'émergence des IA génératives ne représente pas en réalité une atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre, le deuxième critère du « test des trois étapes » ? Pour répondre à cela, il faut revenir au constat, déjà évoqué, que, dans la plupart des cas, les IA ne vont pas reproduire à l'identique des œuvres protégées mais bien plus imiter des styles et des idées, qui, bien qu'issus de l'entraînement sur des œuvres protégées, ne sont pas protégés en tant que tels par le droit d'auteur. Si les *outputs* des IA consistaient principalement à des copies d'œuvres humaines et protégées, une atteinte à l'exploitation normale serait bel et bien confirmée. Cela n'empêche pas toutefois les contenus d'IA de risquer de remplacer le travail des auteurs humains, comme plusieurs fois souligné dans ces lignes. Comme cet impact est plus diffus et que les ayants droit ne peuvent presque jamais prouver face aux contenus d'IA une copie concrète de leurs œuvres, une atteinte à l'exploitation normale selon le « test des trois étapes » n'est ici pas remplie et n'est donc pas le bon instrument pour obtenir une compensation pour ce remplacement. C'est pour cela que les ayants droit doivent recourir au troisième et dernier critère de ce test pour obtenir, au moyen d'une

¹⁹⁹ SENFTLEBEN, AI Act, p. 20.

²⁰⁰ WIPO, p. 1145-1146.

²⁰¹ SENFTLEBEN, AI Act, p. 21.

rémunération, que le remplacement des auteurs humains en raison de l'activité des IA, préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes, soit écarté²⁰².

À noter également que l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN et sa possibilité pour les ayants droit de réserver l'utilisation de leurs œuvres a été justement introduit dans le droit de l'UE pour permettre que cette nouvelle exception au droit d'auteur dans le cadre de la FTD soit conforme avec le « test des trois étapes » de l'art. 5 par. 5 DSI et ne porte ainsi pas atteinte à l'exploitation normale d'une œuvre ni ne cause de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'ayant droit. La tentative de justification d'une rémunération par l'art. 5 par. 5 DSI qui est écartée ici, concerne toutefois une perspective de prélèvement sur l'*input* et n'enlève alors rien au raisonnement développé juste en dessus qui permet une rémunération au moment de l'*output*²⁰³. Si les ayants droit européens disposent d'un droit d'*opt-out* pour leurs œuvres dans le cadre de la FTD à des fins commerciales, cela ne change finalement rien au problème décrit des *outputs* des IA dans les autres nations, imitant des styles et idées humains et pouvant mener au remplacement des auteurs de chair et d'os. Le raisonnement, utilisant ici le dernier critère du « test des trois étapes », garde ainsi de sa pertinence pour le résoudre en permettant d'un côté aux auteurs d'obtenir une compensation pour cela sous forme de rémunération et de l'autre côté aux fournisseurs de modèles d'IA de bénéficier de toutes les œuvres disponibles, y compris protégées, pour l'entraînement de leurs modèles, comme ils s'acquittent du paiement de cette rémunération²⁰⁴.

Ces deux raisonnements développés ici, à savoir le concept de « domaine public payant » et le « test des trois étapes » dans le cadre de la copie privée, permettent donc de fonder un potentiel système de rémunération des auteurs humains au moment de l'*output* des IA sur des bases juridiques intéressantes et issues du droit d'auteur. D'un côté, le « droit de la communauté des auteurs » montre l'intérêt, pour venir en soutien aux artistes humains, de mettre un place un système de rémunération à ce moment-là (malgré la non-protection des idées et styles par le droit d'auteur) et d'instituer un nouvel ayant droit, au sens de la communauté des auteurs vivants et humains et de l'autre, l'exemple concret de la copie privée démontre la possibilité tout à fait justifiée de soumettre les fournisseurs de modèles d'IA à une obligation de paiement, non pas au moment de l'*input* mais au moment de l'*output*, même si l'acte dont découle cette obligation est bien l'entraînement des IA (*input*)²⁰⁵.

6.2.2. Avantages d'une rémunération basée sur l'*output*

Une fois le fonctionnement et les bases juridiques de ce nouveau système de rémunération ayant été développés, il est important de revenir en dernier lieu sur les avantages qu'il présente, notamment en comparaison avec un système de rémunération basé sur la phase de l'*input*, comme proposé par l'*AI Act* de l'UE.

Tout d'abord, une obligation de paiement au moment de l'*output* s'applique uniformément à toutes les entreprises actives dans l'IA générative. Contrairement à l'approche du législateur européen qui risque d'avoir pour conséquence que ces dernières cherchent des pays aux législations plus favorables pour entraîner leurs modèles, en raison des exigences élevées imposées par l'*AI Act* et de la possibilité d'*opt-out* de l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN, tous les fournisseurs d'IA seraient soumis à cette même obligation au moment de la mise à disposition sur le marché de leurs modèles et peuvent, avec l'acquiescement de ce paiement,

²⁰² SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 21 s.

²⁰³ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1545.

²⁰⁴ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 21 s.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 22.

entraîner leur modèle avec toutes les œuvres, y compris protégées. Un système de rémunération se basant sur l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN fait notamment face à différentes difficultés en termes d'outils informatiques fiables et pratiques pour garantir une possible autorisation par chaque auteur individuel pour l'utilisation d'une œuvre protégée et cela contre le paiement d'une rémunération²⁰⁶. À noter ici que dans le contexte européen avant l'adoption de l'*AI Act*, cette rémunération basée sur l'*output* aurait pu servir de motif pour les auteurs européens de ne pas utiliser la possibilité d'*opt-out* de l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN (une rémunération pouvant même être exclue, si ces derniers l'exercent) et pour qu'ils donnent ainsi accès à leurs œuvres pour l'entraînement des IA²⁰⁷.

Ensuite, comme ce système basé sur l'*output* ne dépend pas de ces informations de l'entraînement des IA pour qu'une rémunération soit payée, ce dernier ne mène pas à des exigences de transparence élevées pour les fournisseurs d'IA, qui sont indispensables pour une rémunération basée sur l'*input*. Le paiement de cette rémunération forfaitaire pourrait être obtenu à partir d'un pourcentage des différents revenus que les entreprises tirent de leurs activités dans le domaine de l'IA ou cela pourrait également provenir d'un pourcentage de leur chiffre d'affaires ou être correspondant aux nombres de *prompts* et de contenus générés par les utilisateurs²⁰⁸.

Finalement le rôle des sociétés de gestion collective compte aussi parmi les avantages de ce système alternatif de rémunération. Ces acteurs représentant les auteurs et notamment les auteurs individuels, l'argent récolté auprès des entreprises de l'IA ne risquera pas, contrairement au système de rémunération basé sur l'*input*, de mener à des ententes entre ces dernières et les grandes entreprises de l'industrie créative et par conséquent à ce que les auteurs individuels ne voient pas une grande partie de l'argent issu de cette rémunération²⁰⁹.

6.3. Licences collectives étendues

Après les analyses de ces deux premières approches pour un système de rémunération, l'une se fondant au moment de l'*input*, de l'entraînement des IA sur des œuvres protégées (solution concevable dans le droit européen avec sa nouvelle législation sur l'IA) et l'autre se basant au moment de l'*output*, c'est-à-dire au moment de la mise sur le marché des produits d'IA et ayant montré certains avantages par rapport à l'approche soutenue par l'*AI Act*, une troisième est également à investiguer et envisager, cette fois dans le droit suisse actuel : la notion de la licence collective étendue. Ce nouvel instrument a été introduit dans la LDA par l'art. 43a LDA et est entré en vigueur en avril 2020. Cet instrument provient des pays scandinaves qui le connaissent depuis plusieurs décennies et a pour but de permettre une plus grande flexibilité, notamment à l'époque du numérique, dans l'octroi de licences pour l'utilisation d'un large nombre d'œuvres protégées²¹⁰. Dans le cas présent, les sociétés de gestion collective peuvent, en vertu de la loi, octroyer des licences pour certaines utilisations d'œuvres protégées, même si les titulaires de droits ne sont pas membres de la société de gestion en question²¹¹. Une telle gestion sans mandat est soumise aux dispositions de la gestion d'affaires selon les art. 419 ss de la loi fédérale

²⁰⁶ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 22 s. ; Cf. *supra* chap. 6.1.1.

²⁰⁷ SENFTLEBEN, *Generative AI*, p. 1555.

²⁰⁸ SENFTLEBEN, *AI Act*, p. 22 s.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 23.

²¹⁰ FF 2018 605 s.

²¹¹ Commentaire-LDA-EGLOFF, Art. 43a N 1.

complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (ci-après : CO), en devant être conforme aux intérêts de l'ayant droit et ainsi lui assurer une rémunération²¹².

Si cet instrument est à envisager dans le cas concret d'une rémunération pour l'utilisation d'œuvres humaines protégées par les IA, c'est pour au moins deux raisons centrales : tout d'abord, comme aucune exception au droit d'auteur n'est ici applicable selon la LDA²¹³, il faut se tourner vers un moyen qui permettrait l'utilisation avec une possibilité de rémunération et ensuite, le fait qu'un nombre très important d'œuvres protégées soit ici concerné. SALVADÉ écarte ici deux autres possibilités de gestion des droits : la gestion individuelle des droits et la gestion collective obligatoire²¹⁴.

6.3.1. *Autres modèles de gestion des droits*

Concernant la première de ces deux autres possibilités, la gestion individuelle consiste, comme son nom l'indique, à ce que chaque auteur et ayant droit individuel négocie une licence pour l'utilisation de son œuvre. Au vu des millions voire milliards d'œuvres concernées par l'entraînement des IA, cette gestion risque de faire face à des problèmes pratiques. Il est en effet très peu probable que les fournisseurs d'IA prennent à leur compte de contacter tous les titulaires de droit et dans le cas plus probable, où ceux-là ne le font tout simplement pas, il sera difficile aux ayants droit, en raison de ce très grand nombre d'œuvres utilisées, de savoir si c'est le cas²¹⁵. Le problème suivant, auquel la gestion individuelle fait face, a déjà été évoqué et souligné plus haut dans le cas d'une rémunération possible dans le cadre du nouvel *AI Act* européen²¹⁶ : les seuls acteurs capables, dans ce cas de figure, de faire valoir leurs droits et ainsi de bénéficier de ce modèle de gestion seront les grands groupes aux répertoires possédant des millions d'œuvres. Seuls eux auront les moyens d'investiguer les résumés exigés par l'*AI Act* et ses obligations en termes de transparences des IA génératives et de négocier ensuite des licences avec les acteurs de l'IA. Inversement les titulaires de droits plus petits voire les auteurs individuels risquent d'être laissés pour compte²¹⁷.

Après cette première possibilité, la gestion collective obligatoire consiste en une obligation pour les ayants droit de faire valoir leurs droits par l'intermédiaire de sociétés de gestion collective²¹⁸ et cette gestion est soumise à la surveillance de la Confédération selon l'art. 40 al. 1 LDA. Cette solution s'applique ainsi à des situations, où la gestion individuelle est « difficile ou impossible en raison du grand nombre d'œuvres ou de prestations utilisées »²¹⁹. De la sorte, les utilisateurs voulant obtenir une licence peuvent s'adresser à un nombre limité d'interlocuteurs²²⁰. Les différents cas de gestion collective obligatoire sont énumérés à l'art. 40 al. 1 lit. a^{bis} et lit. b LDA²²¹. Même si cet élément du grand nombre d'œuvres pourrait parler en faveur de cette solution, il y a toutefois deux obstacles qui se présentent : d'une part, pour que l'utilisation d'œuvres protégées durant l'entraînement des IA soit soumise à une gestion collective obligatoire, il faudrait un changement de loi et, d'autre part, cette gestion équivaldrait dans ce cas-là à l'impossibilité pour les ayants droit d'*opt-out*, c'est-à-dire

²¹² Commentaire-LDA-EGLOFF, Art. 43a N 11 ; SALVADÉ, p. 90.

²¹³ Cf. *supra* chap. 4.1.2.

²¹⁴ SALVADÉ, p. 89.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Cf. *supra* chap. 6.1.1.

²¹⁷ SALVADÉ, p. 90.

²¹⁸ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 137.

²¹⁹ SALVADÉ, p. 90.

²²⁰ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 137.

²²¹ Commentaire-LDA-MEIER, Remarques préliminaires aux art. 40-60 N 9.

d'empêcher que leurs œuvres servent de matière d'entraînement aux IA génératives. En effet selon un arrêt du Tribunal fédéral, les sociétés de gestion, au nom des ayants droit qu'elles doivent représenter en cas de gestion collective obligatoire, ne peuvent interdire l'utilisation, qu'en cas de non-respect par l'utilisateur (ici par exemple par le développeur d'outil d'IA) du tarif imposé²²². Ces deux éléments combinés montrent selon SALVADÉ l'inopportunité de cette possibilité de gestion des droits : une telle modification de la loi aurait peu de chance d'être soutenue par les ayants droit-mêmes, car, dans ce cas sensible d'œuvres humaines utilisées comme *input* pour les IA et dont l'*output* généré risque de concurrencer les auteurs de chairs et d'os, il leur est alors tout à fait légitime de vouloir empêcher cet entraînement sur leurs œuvres²²³.

Comme ces deux premières possibilités de gestion des droits ne sont pas les plus appropriées dans ce contexte, il reste encore la possibilité de la licence collective étendue, qui présente des avantages et répond aux problèmes soulevés par la gestion individuelle et la gestion collective obligatoire. D'un côté, c'est un instrument qui a été mis en place justement pour la gestion d'un très large nombre d'œuvres et également pour permettre une plus grande flexibilité dans le cadre du numérique, où « le législateur a toujours un temps de retard sur les évolutions technologiques »²²⁴, ce qui correspond totalement à cette problématique récente liée à l'émergence d'outils d'IA. D'un autre côté, contrairement à la gestion collective obligatoire, il y a une possibilité pour les ayants droit d'*opt-out* selon l'art. 43a al. 4 LDA²²⁵ et aucune modification législative n'est nécessaire, puisque cet instrument est déjà dans la loi et peut ainsi être directement employé.

6.3.2. Conditions pour une licence collective étendue

Il convient maintenant de déterminer si les conditions sont remplies pour l'octroi d'une licence collective étendue en l'espèce. Ces conditions sont au nombre de quatre : l'utilisation doit porter « sur un grand nombre d'œuvres divulguées ou de prestations protégées » et cette gestion ne doit pas être « soumise au régime de l'autorisation visé à l'art. 41 » selon l'art. 43a al. 1 LDA, cette utilisation sous licence ne doit pas compromettre « l'exploitation normale » de ces œuvres (Art. 43a al. 1 lit. a LDA) et les sociétés de gestion doivent représenter « un nombre significatif de titulaires de droits dans le domaine d'application de la licence » (lit. b).

La première condition quant au grand nombre d'œuvres divulguées n'est pas problématique, puisque l'entraînement des IA se fait sur un grand nombre d'œuvres préexistantes qui sont ainsi divulguées au sens de l'art. 9 al. 3 LDA²²⁶. La deuxième condition, d'après laquelle le domaine de gestion ne doit pas être soumis à une autorisation de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle selon l'art. 41 LDA, comme c'est le cas pour la gestion collective obligatoire²²⁷, n'est pas problématique à une exception près. Comme aucune mention n'est faite des reproductions concernant les textes, les images, les vidéos ainsi que les films dans l'art. 40 LDA, une licence collective étendue pourra s'appliquer ici dans le cadre d'entraînement d'IA. Dans le cas de la musique, la réponse est moins claire en raison de l'évocation de cette dernière dans l'art. 40 al. 1 lit. a LDA. En effet, selon cet article, « la gestion des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales, ainsi que de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres » est soumise à la

²²² ATF 133 III 568, c. 5.6.

²²³ SALVADÉ, p. 90.

²²⁴ FF 2018 605.

²²⁵ Commentaire-LDA-EGLOFF, Art. 43a N 14.

²²⁶ SALVADÉ, p. 90.

²²⁷ FF 2018 607.

surveillance de la Confédération. Il faut alors déterminer si ces termes englobent une reproduction d'œuvres musicales dans le cadre de l'*input*. Après différentes interprétations systématique, historique et littérale, il apparaît toutefois que ce n'est pas le cas²²⁸. Premièrement, la mention aux art. 10 al. 2 lit. a et art. 20 al. 3 LDA « d'autres supports de données » et respectivement d'« autres supports » implique que les termes « phonogrammes » et « vidéogrammes » doivent être compris de manière restrictive et ainsi n'incluent pas la reproduction d'œuvres protégées sous forme de données pour l'entraînement des IA. Une interprétation littérale de ces termes arrive également à la même conclusion²²⁹. Et finalement une interprétation historique de l'art. 40 al. 1 lit. a LDA, qui a été introduit au moment de la nouvelle LDA de 1992, fait apparaître clairement que le législateur à cette époque, qui a repris l'ancienne réglementation de l'art.1 al. 1 de la loi fédérale concernant la perception de droits d'auteur²³⁰, ne pouvait englober ici ces reproductions musicales pour des technologies encore inexistantes dans les années 1990. Les reproductions musicales dans l'*input* des IA peuvent donc également bénéficier d'une licence collective étendue²³¹.

Comme troisième condition, l'art. 43a al. 1 lit. a LDA implique que « l'utilisation sous licence ne compromet pas l'exploitation normale des œuvres ou des prestations protégées ». En effet la licence collective étendue est surtout à utiliser pour « permettre l'utilisation d'un grand nombre d'œuvres dans les cas où des coûts de transaction démesurés ou des difficultés pratiques rendraient impossible l'obtention des autorisations individuelles »²³². Cet instrument ne doit pas à l'inverse concurrencer la gestion individuelle des droits ou la gestion collective volontaire, qui sont l'exploitation normale des œuvres. Dans le cas d'espèce de l'*input* des IA, la question se pose donc, si des licences conclues au niveau individuel entre ayant droit et fournisseur d'outils d'IA ou entre ces derniers et des sociétés de gestion dans le cas de gestion collective volontaire existent. La réponse en Suisse en tout cas est négative²³³ et de par le monde, les quelques cas de licences connues entre ayants droit et acteur de l'IA le sont entre des grands groupes comme dernièrement entre le groupe de presse allemande Axel Springer en décembre 2023 ou l'agence de presse américaine Associated Press (AP) en juillet 2023 avec OpenAI²³⁴, les petits ayants droit de leur côté sont bien démunis face à l'ampleur du phénomène. Comme les licences individuelles dans ce domaine ne sont pas la règle (comme c'est inversement le cas dans le domaine des services de *streaming* musicaux ou encore de films²³⁵) et ne représentent donc pas l'exploitation normale, l'octroi de licences collectives étendues ne vient pas compromettre cette dernière²³⁶. À cela, il faut ajouter que cette atteinte à l'exploitation normale, notion issue du « test des trois étapes » et déjà évoquée plus haut, n'est ici également pas réalisée, grâce à la possibilité pour les ayants droit d'*opt-out* de l'art. 43a al. 4 LDA, comme c'est le cas pour l'art. 4 par. 3 Directive DAMUN²³⁷. Les ayants droit peuvent ainsi se retirer d'une licence collective étendue, s'ils estiment, qu'il leur est plus opportun de gérer leurs droits individuellement (y compris pour interdire l'utilisation de leurs œuvres) ou s'ils ne sont pas

²²⁸ SALVADÉ, p. 91.

²²⁹ Cf. SALVADÉ, p. 91.

²³⁰ Commentaire-LDA-BARRELET/MEIER, Art. 40 N 5.

²³¹ SALVADÉ, p. 91.

²³² FF 2018 608.

²³³ SALVADÉ, p. 91.

²³⁴ BOURGIN Yoann, *OpenAI noue un partenariat inédit avec Axel Springer*, L'Usine Digitale, disponible sous : <https://www.usine-digitale.fr/article/openai-noue-un-partenariat-inedit-avec-axel-springer.N2205054> (consulté le 18 mai 2024).

²³⁵ FF 2018 608.

²³⁶ SALVADÉ, p. 92.

²³⁷ Cf. *supra* chap. 6.2.1.2.

d'accord avec les conditions de cette licence. L'exploitation normale est par conséquent préservée²³⁸.

Finalement, il faut, comme dernière condition d'après l'art. 43a al. 1 lit. b LDA concernant la représentativité des sociétés de gestion, que ces dernières soient suffisamment légitimes pour pouvoir octroyer des licences collectives étendues, en raison du droit dont elles disposent avec cet instrument de licencier une utilisation pour l'ensemble des ayants droit d'un domaine artistique (également ceux qu'elles ne représentent pas)²³⁹. Comme indiqué dans cet article, elles doivent pour cela représenter « un nombre significatif de titulaires de droits dans le domaine d'application de la licence » et le Message du Conseil fédéral précise que ce critère est rempli, quand « les membres de la société de gestion sont actifs dans la catégorie d'œuvres et de prestations concernés et qu'il existe des accords de réciprocité avec des sociétés sœurs étrangères dont les membres créent des œuvres et fournissent des prestations susceptibles d'être couvertes par la licence »²⁴⁰. Cette dernière condition est ici également remplie, comme les sociétés de gestion suisses ont des milliers de membres et ont des accords de réciprocité avec d'autres sociétés de gestion à travers le monde²⁴¹. Le droit de reproduction, ici concerné par l'entraînement des IA, est géré en Suisse par ProLitteris, SUISA et la SSA et celles-ci pourraient donc accorder des licences collectives étendues dans leur domaine respectif pour une telle utilisation, si leurs membres ne s'y opposent pas²⁴².

Toutes les conditions de l'art. 43a al. 1 LDA étant réunies, la licence collective étendue est par conséquent un instrument concret et déjà existant dans le droit d'auteur suisse, qui permettrait aux auteurs d'obtenir une rémunération pour l'utilisation de leurs œuvres à des fins d'entraînement d'IA et, auquel cas ils s'opposeraient à une telle utilisation, cet instrument, en leur accordant une possibilité d'*opt-out*, maintient le caractère exclusif du droit d'auteur. Au vu du nombre très important d'œuvres concernées par ce processus et de l'impuissance des petits ayants droit dans ce contexte, la licence collective étendue apporte une centralisation des autorisations bienvenue, également pour les services d'IA²⁴³.

7. Conclusion

La création artistique humaine est un élément central de notre société. L'émergence de l'IA générative vient la menacer voire risque de la remplacer. Bien que des réponses à l'aide du droit d'auteur en vigueur soient déjà possibles et clarifient certaines problématiques que posent ces nouveaux outils, il faut bien admettre que les dispositions légales actuelles ne permettent pas de trouver de solutions au principal problème auquel ces dernières auraient à répondre : la question de la rémunération des auteurs de chair et d'os, dont les œuvres sont utilisées pour l'entraînement des IA.

Les travaux de SENFTLEBEN sont ici d'un grand intérêt, puisqu'ils permettent de conceptualiser un nouveau système de rémunération pour les auteurs humains, qui viendrait les aider face à leur possible remplacement futur et, de manière plus générale, viendrait également soutenir la

²³⁸ SALVADÉ, p. 92.

²³⁹ TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, N 280.

²⁴⁰ FF 2018 607.

²⁴¹ SWISSCOPYRIGHT, *Frais d'administration*, disponible sous : <https://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/flux-financiers/frais-dadministration.html> (consulté le 18 mai 2024) ; SWISSCOPYRIGHT, *Contrats*, disponible sous : <https://www.swisscopyright.ch/fr/activites/collaboration-internationale/contrats.html> (consulté le 18 mai 2024).

²⁴² SALVADÉ, p. 92 et note 59.

²⁴³ SALVADÉ, p. 92.

création artistique au sens large. Toutefois, il n'est pas question ici de restreindre le développement de ces nouvelles technologies, qui auront sûrement une place centrale dans la société de demain. Ce nouveau système de prélèvement basé sur l'*output* des IA vise bien plus à rendre possible ce développement sans trop d'obstacles administratifs, mais sans pour autant que soient laissés pour compte les créateurs humains. Comme les outils d'IA ont besoin d'œuvres d'origine humaine pour continuer de s'améliorer, ce n'est également pas dans leurs intérêts. Mais ce bon équilibre entre les intérêts des auteurs et ceux des développeurs d'IA risque malheureusement, en raison de ses nombreuses exigences, de ne pas se réaliser dans le cadre du nouvel *AI Act* européen, qui est pourtant un des premiers actes législatifs à affronter le cas de l'IA.

Dans une perspective suisse, l'instrument des licences collectives étendues proposé par SALVADÉ pour permettre l'utilisation d'œuvres protégées contre une rémunération pour les auteurs est très intéressante et dispose d'un avantage de taille par rapport à la théorie, certes digne d'intérêt de SENFTLEBEN, à savoir d'exister déjà dans la LDA et de pouvoir ainsi être directement employé.

Il sera intéressant dans le futur de suivre les évolutions du droit d'auteur et ses réponses concrètes face au phénomène de l'IA générative. Ce travail aura été l'occasion d'explorer des théories juridiques au moment passionnant de bascule, où le droit en vigueur est confronté à un changement important et n'a pas encore eu le temps de créer de nouvelles dispositions pour y répondre.