



Chapitre d'actes

2023

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Droit d'auteur et intelligence artificielle (IA) : Quelle transparence pour identifier les créations générées par l'IA ?

de Werra, Jacques

How to cite

DE WERRA, Jacques. Droit d'auteur et intelligence artificielle (IA) : Quelle transparence pour identifier les créations générées par l'IA ? In: Propriétés intellectuelles en mouvements - Actes du colloque du 40e anniversaire de l'IRPI. Paris : Institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI), 2023. p. 71–83. (Collection de l'Institut de recherche en propriété intellectuelle)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:173428>

Droit d'auteur et intelligence artificielle (IA) : Quelle transparence pour identifier les créations générées par l'IA ?

Jacques de Werra

Professeur à l'Université de Genève

Directeur du Digital Law Center (DLC)

Introduction

Dans son célèbre roman dystopique *1984*, George Orwell avait créé le « versificateur », cette redoutable machine de propagande qui était capable de créer des paroles (mais – étonnamment – pas la musique) sans une quelconque intervention humaine¹. Ce qui, à l'époque, n'était qu'une fiction lointaine a désormais été largement dépassé par la réalité. Cela n'a pas manqué de provoquer des bouleversements et des réactions parfois vives, particulièrement au sein de la communauté artistique. C'est ce qui vient de se produire suite à l'octroi du premier prix à une œuvre picturale créée par l'intelligence artificielle (IA) lors d'un concours artistique aux États-Unis². La crainte est que l'IA « vole » ainsi la vedette aux artistes et notamment aux artistes-interprètes pour reprendre le titre d'un document défendant la cause

1. « The words of these songs were composed without any human intervention whatever on an instrument known as a versificator » (G. Orwell, *1984*, Penguin English Library, p. 140).

2. Ainsi, l'œuvre intitulée (en français) *Théâtre d'opéra spatial* de J. Allen a gagné le premier prix dans la catégorie de l'art digital à la Colorado State Fair ; voir K. Roose, An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy, *New York Times* 2 sept. 2022, < <https://www.nytimes.com.cdn.ampproject.org/c/s/www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.amp.html> > ; v. aussi le récent article publié dans la *Neue Zürcher Zeitung* (NZZ), R. U. Schneider, Der Computer holt uns ein: Maschinen führen Gespräche und erschaffen Bilder – mit dramatischen Folgen, *NZZ* 6 sept. 2022, < <https://www-nzz-ch.cdn.ampproject.org/c/s/www.nzz.ch/amp/folio/wie-lange-braucht-es-uns-noch-ld.1700707> >.

des artistes récemment publié au Royaume-Uni (*Stop AI stealing the show*³). La créativité n'est-elle donc plus l'apanage exclusif de l'humanité ?

Force est en tout état de cause de constater que l'IA est omniprésente et que les enjeux sociétaux qu'elle provoque sont immenses. Il n'est dès lors pas surprenant que l'IA (pré)occupe les régulateurs de tous horizons⁴ et de (presque) tous les domaines (qu'il s'agisse d'en protéger les employés, les consommateurs ou les soldats – contre l'utilisation d'armes basées sur l'IA –). Comment devrait-on adapter notre société et nos règles à un monde dans lequel le cerveau humain ne sera plus (ou n'est déjà plus ?) au centre du processus décisionnel et ainsi du pouvoir ?

Le spectre de la toute-puissance de l'intelligence artificielle n'a pas épargné le droit de la propriété intellectuelle et la discussion est vive et riche d'innombrables contributions et réflexions⁶. La discussion est particulièrement intense dans le domaine du droit des brevets d'invention où les tribunaux de nombreuses juridictions sont saisis de procédures visant à faire reconnaître à un outil d'IA la qualité d'inventeur⁷. Elle l'est également en droit d'auteur⁸ : l'IA peut-elle prendre des décisions créatives tout comme le fait un cerveau humain et ainsi mériter la protection que l'on a généralement réservée aux créations de l'esprit humain ? La question est évidemment vertigineuse.

3. Stop AI stealing the show, *Equity.org*, page de la campagne disponible sur < <https://www.equity.org.uk/getting-involved/campaigns/stop-ai-stealing-the-show/> > ; *Stop AI Stealing the Show* le rapport (daté d'avril 2022) est disponible sur < <https://www.equity.org.uk/media/6134/report-stop-ai-stealing-the-show.pdf> >.

4. V. en matière de propriété intellectuelle les travaux de consultation lancés par des régulateurs ; pour le Royaume-Uni : Artificial intelligence and IP : copyright and patents, *Gov.uk* 28 juin 2022, consultable sur < <https://www.gov.uk/government/news/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents> > ; et au Canada : Strategic Policy Sector (SPS), *Canada.ca* 16 mai 2016, < [https://www.ic.gc.ca/eic/site/693.nsf/vwapj/ConsultationPaperAIEN.pdf/\\$file/ConsultationPaperAIEN.pdf](https://www.ic.gc.ca/eic/site/693.nsf/vwapj/ConsultationPaperAIEN.pdf/$file/ConsultationPaperAIEN.pdf) >.

5. La question de la responsabilité légale découlant de l'utilisation de l'IA est critique à ce propos (elle ne sera toutefois pas davantage évoquée dans cette courte contribution).

6. Dans cet esprit, l'on pense en priorité au droit d'auteur et au droit des brevets d'invention ; v. en général l'ouvrage collectif suivant : R. M. Hilty, J.-A. Lee, K.-C. Liu (dir.) *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, 2021 ; v. aussi le rapport de la Commission européenne : C. Hartmann, J. Allan, P. Hugenholtz, et al., *Trends and developments in artificial intelligence : challenges to the intellectual property rights framework: final report*, Direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies, Publications Office, 2020, disponible sur < <https://data.europa.eu/doi/10.2759/683128> > (ci-après dénommé « Rapport Commission 2020 ») ; v. aussi le chapitre rédigé par A. Bensamoun, « Intelligence artificielle et propriété intellectuelle » in G. Loiseau et A. Bensamoun (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*, LGDJ, coll. Les Intégrales, 2^e éd., 2022, p. 285.

7. Ces procédures étant menées dans le cadre de l'Artificial inventor project (v. le site < www.artificialinventor.com >), ce projet s'étant au demeurant étendu au droit d'auteur, ce qui sera présenté plus bas ; le projet est mené en particulier par le Professeur R. Abbott, auteur de l'ouvrage *The Reasonable Robot: Artificial intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020.

8. V. notam. M. Mantegna, *ARTFicial: AI, creativity and copyright* (à paraître).

La présente et modeste contribution ne peut prétendre offrir des solutions aux multiples questions qui se posent, ni même présenter toutes les facettes de celles-ci tant elles sont nombreuses et complexes⁹.

Elle se concentrera sur la thématique qui est probablement la plus discutée et certainement la plus émotionnelle, soit celle du traitement par le droit d'auteur des créations générées entièrement par un outil d'IA¹⁰. En dépit de la fascination que cette question exerce, de nombreuses autres questions méritent assurément une attention tout aussi voire davantage soutenue¹¹, comme celle de l'application d'exceptions au droit d'auteur pour permettre l'apprentissage machine (*machine learning*)¹² ou celle de l'utilisation de l'IA pour lutter contre les violations du droit d'auteur dans l'environnement numérique¹³.

9. Les réflexions présentées dans cette contribution seront faites à la lumière du droit suisse, sachant que les questions se posent en termes généralement comparables dans les autres ordres juridiques ; pour des réflexions originales en droit américain, v. par ex. D. L. Burk, *Thirty-Six Views of Copyright Authorship*, By Jackson Pollock, *Houston Law Review* 7 avr. 2020, Vol. 58, 2020, UC Irvine School of Law Research Paper No. 2020-40, disponible sur < <https://ssrn.com/abstract=3570225> >.

10. Le présupposé technologique ici est que l'on se trouve dans une situation dans laquelle la création est générée par l'IA (*AI-generated output*, définie comme « generation of an output by AI without human intervention ») et n'est donc pas seulement assistée par l'IA (*AI-assisted output*, définie comme « generated with material human intervention and/or direction »), ces notions et définitions étant prises du document élaboré sous l'égide de l'OMPI. V. WIPO conversation on intellectual property (IP) and artificial intelligence (AI), OMPI, 21 mai 2020, WIPO/IP/AI/2/GE/20/1 REV, disponible sur < https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1_rev.pdf > ; l'OMPI est naturellement très active sur la question en particulier dans le cadre des réunions régulières qu'elle organise sur des thématiques concernant la propriété intellectuelle et les technologies émergentes sous la forme de « WIPO Conversations on Intellectual Property and Frontier Technologies » (v., sur le site de l'OMPI : The WIPO Conversation on Intellectual Property and Frontier Technologies, < https://www.wipo.int/about-ip/en/frontier_technologies/frontier_conversation.html >) ; diverses études et publications ont traité de cette question, notamment le récent rapport de O. Bulayenko, J. P. Quintais, D. J. Gervais et J. Poort, *AI Music Outputs: Challenges to the Copyright Legal Framework*, 28 févr. 2022, rédigé dans le cadre du projet ReCreating Europe, disponible sur < <https://ssrn.com/abstract=4072806> > (ci-après dénommé « Rapport *AI Music Outputs* »).

11. V. par ex. le récent rapport de la Commission européenne, *Study on copyright and new technologies: copyright data management and artificial intelligence*, Office des publications de l'Union européenne, Direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies, 2022, < <https://data.europa.eu/doi/10.2759/570559> > (ci-après dénommé « Rapport Commission 2022 »).

12. V. par ex. M. Senftleben, *Compliance of National TDM Rules with International Copyright Law – An Overrated Nonissue?*, 53 *IIC* 1477–1505 (2022) ; T. Margoni et M. Kretschmer, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology*, *GRUR Int.*, Vol. 71, Issue 8, août 2022, p. 685–701, < <https://doi.org/10.1093/grurint/ikac054> >.

13. V. par ex. le rapport de G. Sartor et A. Loreggia, *The impact of algorithms for online content filtering or moderation « Upload filters »*, 2020, étude sur mandat du Parlement européen (Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles), disponible sur < [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/657101/IPOL_STU\(2020\)657101_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/657101/IPOL_STU(2020)657101_EN.pdf) > ; v. aussi plus généralement la publication de l'EUIPO, *Study on the impact of artificial intelligence on the infringement and enforcement of copyright and designs*, EUIPO, 2022, étude disponible sur < <https://data.europa.eu/doi/10.2814/062663> >.

Le présent article part de la prémisse que le droit d'auteur ne peut – en principe¹⁴ – être originellement attribué qu'à une ou à plusieurs personnes physiques. Le droit suisse fonde ceci sur le principe dit du créateur en vertu duquel seul un être humain peut être un auteur, soit la personne qui a créé l'œuvre¹⁵. Ceci correspond à l'approche adoptée dans d'autres droits nationaux et même en droit international sous l'angle de la Convention de Berne, à tout le moins selon certaines sources doctrinales très établies¹⁶.

Cette position est également défendue en droit américain comme cela a été confirmé dans le cadre de la procédure de demande déposée par Stephan Thaler (qui est à la source de l'Artificial Inventor Project)¹⁷ visant à faire enregistrer auprès du US Copyright Office une œuvre visuelle portant le titre *A recent entrance to Paradise* qui a été créée par un outil d'IA (dénommé Creativity Machine). Le Copyright Office a en effet considéré que la création concernée ne pouvait pas être enregistrée en raison de l'absence d'un auteur humain, ce qui est nécessaire pour fonder le droit d'auteur (« [it] lacks the human authorship necessary to support a copyright claim »)¹⁸, la procédure étant encore en cours (un recours ayant été déposé en date du 2 juin 2022 auprès de la United States District Court for the District of Washington DC)¹⁹.

Par conséquent (en laissant de côté la question de la reconnaissance hypothétique de la personnalité juridique à ce qui est une chose – au sens du

14. Différentes dérogations et exceptions peuvent exister selon les ordres juridiques, mais il n'en sera pas question ici.

15. Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 oct. 1992 (dite « LDA »), art. 6 : « Par auteur, on entend la personne physique qui a créé l'œuvre » ; v. aussi le récent arrêt du Tribunal fédéral suisse (ci-après « T. fédéral suisse ») : T. fédéral suisse, 17 févr. 2022, aff. 4A_527/2021, consid. 4.1.

16. La thématique a sans surprise suscité d'innombrables contributions doctrinales, v. par ex. J. Ginsburg, *People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*, 49 *IIC* 131 (2018), confirmant que le droit international du droit d'auteur est fondé sur la reconnaissance du statut d'auteur à un être humain, en commentant et soutenant l'avis exprimé par S. Ricketson, *People or Machines: The Berne Convention and the Changing Concept of Authorship*, 16 *Colum.-VLA J. L. & Arts* 1 (1991) ; v. aussi A. Bridy, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, 2012 *Stan. Tech. L. Rev.* 5 (2012) ; D. J. Gervais, *The Machine As Author*, *Iowa Law Review* 25 mars 2019, Vol. 105, 2019, 2053-2106, *Vanderbilt Law Research Paper No. 19-35*, disponible sur < <https://ssrn.com/abstract=3359524> > ; J. Grimmelmann, *There is No Such Thing as a Computer-Authored Work And It is a Good Thing, Too*, 39 *Colum. J. L. & Arts* 403 (2016) ; A. Guadamuz, *Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works*, 2 *Intellectual Property Quarterly* 169 (2017).

17. V. note 7 ci-dessus.

18. V. la décision/lettre du review board de l'US Copyright Office, 14 févr. 2022, aff. ID 1-3ZPC6C3, SR # 1-7100387071, *A recent entrance to Paradise*, disponible sur < <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf> > et exposant (en p. 1) que l'enregistrement de l'œuvre avait été refusé par courrier du US Copyright Office du 12 août 2019 au motif que la création « lacks the human authorship necessary to support a copyright claim » ; dans ce courrier, l'US Copyright Office avait exposé que les tribunaux interprétant le *Copyright Act* (y compris la Cour suprême) ont uniformément limité la protection du droit d'auteur aux auteurs humains.

19. V., sur le site d'Artificial inventor, le communiqué, disponible sur < <https://artificialinventor.com/872-2/> >.

droit civil), la titularité originaire du droit d'auteur ne peut pas être attribuée à l'IA comme telle. Sur le plan historique, il convient de relever que la thématique n'est pas nouvelle, dès lors que la doctrine s'est intéressée depuis des décennies aux « œuvres générées par ordinateur » (*computer-generated works*)²⁰. La présente contribution se penchera ainsi sur la question de la transparence visant à identifier les créations générées par l'IA, en s'arrêtant tout d'abord sur le mécanisme de présomption de la qualité d'auteur (ci-dessous I) et sur l'application de ce dernier en matière de créations générées par l'IA (ci-dessous II), pour traiter ensuite de la création d'une obligation d'information et des obstacles à celle-ci (ci-dessous III), afin de conclure.

I. Le mécanisme de présomption de la qualité d'auteur

La détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre est parfois délicate à établir et peut donner lieu à des litiges²¹. La réglementation en matière de droit d'auteur institue dès lors un système de présomption (réfragable) de la qualité d'auteur en faveur de la personne qui est désignée comme telle sur l'œuvre²².

Ainsi, l'article 15, alinéa 1^{er}, de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (modifiée en dernier lieu le 28 septembre 1979) prévoit que « pour que les auteurs des œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention soient, sauf preuve contraire, considérés comme tels et admis en conséquence devant les tribunaux des pays de l'Union à exercer des poursuites contre les contrefacteurs, il suffit que le nom soit indiqué sur l'œuvre en la manière usitée. [...] ».

Cette norme a été mise en œuvre localement dans diverses dispositions. Pour ce qui concerne l'Union européenne, l'article 5 de la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004 *relative au respect des droits de propriété intellectuelle* expose (sous le titre « Présomption de la qualité d'auteur ou de titulaire du droit ») qu'« aux fins de l'application des mesures, procédures et réparations prévues dans la présente directive, a) pour que l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique soit, jusqu'à preuve du contraire, considéré comme tel et admis en conséquence à exercer des poursuites contre les contrefacteurs, il suffit que son nom soit indiqué sur l'œuvre de la manière usuelle ».

Le considérant 19 de cette directive expose dans ce contexte qu'il est utile d'instituer cette présomption sur le modèle de l'article 15 de la Convention

20. V. déjà l'article de P. Samuelson, *Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works*, 47 *U. Pitt. L. Rev.* 1185 (1986), p. 1199 (« Only those stuck in the doctrinal mud could even think that computers could be "authors" »).

21. V. par ex. T. fédéral suisse, 1^{er} avr. 2010, aff. 4A_638/2009, *Sieenthal c/ Ville de Genève* (Guide orange) : ATF 136 III 225.

22. V. par ex. T. fédéral suisse, 1^{er} avr. 2010, aff. 4A_638/2009, *Sieenthal c/ Ville de Genève* (Guide orange) : ATF 136 III 225.

de Berne « étant donné que le droit d'auteur existe dès la création d'une œuvre et ne nécessite pas d'enregistrement formel ».

Le droit français prévoit pour sa part à l'article L.113-1 du Code de la propriété intellectuelle que « [l]a qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

Le droit d'auteur suisse prévoit également à l'article 8 de la loi fédérale sur le sujet (intitulé « Présomption de la qualité d'auteur ») que « jusqu'à preuve du contraire, la personne désignée comme auteur par son nom, un pseudonyme ou un signe distinctif sur les exemplaires de l'œuvre, ou lors de la divulgation de celle-ci, est présumée être l'auteur »²³. L'article 8, alinéa 2, de la LDA dispose en outre qu'« aussi longtemps que l'auteur n'est pas désigné par son nom, un pseudonyme ou un signe distinctif, la personne qui a fait paraître l'œuvre peut exercer le droit d'auteur. Si cette personne n'est pas nommée, celle qui a divulgué l'œuvre peut exercer ce droit »²⁴.

II. La présomption de la qualité d'auteur et les créations générées par l'IA

Le mécanisme de présomption institué par ces dispositions²⁵ est considéré comme susceptible d'avoir des conséquences négatives s'agissant de créations générées par des outils d'IA, étant rappelé que de telles créations ne sont en soi pas susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, faute d'avoir été créées par un être humain.

Sur cette base, il pourra être tentant de divulguer et d'exploiter ces créations sous le nom d'un être humain afin de viser à faire entrer dans le champ de protection du droit d'auteur une création qui ne devrait pas être protégée²⁶. L'avis a ainsi été exprimé que ceci permettrait de rendre ces créations protégeables par le droit d'auteur, aussi longtemps que la présomption ne pourra pas être renversée et qu'il ne pourra pas être démontré que la création n'a pas été créée par l'être humain concerné. Dans ce cadre, la démonstration de l'absence de source humaine de la création sera assurément difficile à apporter²⁷.

Dans ce contexte, on a proposé que le but de la présomption de la qualité d'auteur soit clarifié : la présomption ne porte que sur l'attribution de la création concernée à l'auteur sous le nom de qui la création est publiée et ne porte donc pas sur le caractère protégeable de la création par le droit d'auteur²⁸. Il est toutefois acquis (en tous les cas en droit suisse à la lumière

23. Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 oct. 1992 (dite « LDA »), art. 8, al. 1^{er}.

24. Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 oct. 1992 (dite « LDA »), art. 8, al. 2.

25. *V. supra*, I.

26. *V. Rapport AI Music Outputs* (note 10), p. 111.

27. *Rapport Commission 2022* (note 11), p. 177.

28. *Rapport Commission 2022* (note 11), p. 264.

de l'article 8 de la LDA) que la présomption ne porte effectivement pas sur le caractère protégeable de l'œuvre concernée qui devra ainsi, en cas de litige, être tranché par le tribunal saisi (s'agissant d'une question juridique), sans qu'une quelconque présomption puisse être invoquée visant à présumer que cette création est protégeable²⁹.

Dans ces circonstances, la présomption de la qualité d'auteur n'emporte pas présomption du caractère protégeable de la création concernée. Ce n'est dès lors pas le mécanisme de présomption qui est en soi problématique en matière de créations de l'IA, puisque ce mécanisme n'affecte pas l'appréciation du caractère protégeable ou non protégeable de la création concernée. Cependant, en associant son nom à une création qui aurait été générée par l'IA, le prétendu auteur confère à cette création une certaine légitimité, en laissant supposer que la création a été créée par ses soins et qu'elle est ainsi d'origine humaine. Ce faisant, ce processus masque l'origine technologique de la création concernée, ce qui est précisément le nœud du problème. En effet, on peut admettre que des créations générées par l'IA seraient en soi suffisamment originales sur le plan objectif (donc intrinsèquement créatives) pour être protégeables par le droit d'auteur si ces créations avaient été faites par un humain. Il est donc quasiment impossible de déterminer sur la seule base de la création concernée (soit au vu du seul résultat – et donc sans information additionnelle sur le processus de création –) si la création est d'origine humaine et est donc protégeable par le droit d'auteur ou si elle ne l'est pas de sorte qu'elle n'est pas protégeable par ce droit.

Ce défi a été dûment identifié en doctrine³⁰ et par les autorités³¹. Sur cette base, un rapport a recommandé de faire des recherches complémentaires sur le risque de fausse attribution de la qualité d'auteur³².

Différentes approches ont été explorées afin de tenter de surmonter cette difficulté. Parmi celles-ci figurent celle de maintenir le *statu quo* (soit de maintenir la présomption de paternité), celle de modifier ou d'abandonner la présomption de la qualité d'auteur³³, celle d'introduire une obligation d'information visant à indiquer si un outil d'IA a été utilisé pour générer la création concernée³⁴ et enfin celle d'introduire un système de sanctions

29. La distinction n'est pas toujours clairement faite, v. par ex. Rapport *AI Music Outputs* (note 10), p. 111.

30. V. par ex. A. Bensamoun, *op. cit.*, §433.

31. V. le Rapport Commission 2022 (note 11), §3.3.3.3., p. 175 et s. ; ce rapport fait la distinction entre différents types de créations en indiquant qu'il pourrait être plus facile de distinguer ce qui est généré par l'IA pour certains types de créations par rapport à d'autres. Vu la sophistication croissante des outils d'IA, une telle différenciation ne semble pas acquise ; v. aussi le Rapport Commission 2020 (note 6), p. 8 (résumé) et p. 117.

32. Rapport Commission 2020 (note 6), p. 118 ; v. aussi Rapport *AI Music Outputs* (note 10), p. 78.

33. Ceci a été envisagé dans le Rapport *AI Music Outputs* (note 10), p. 114, en examinant les deux situations opposées, soit celle de la déclaration d'absence d'auteur permettant d'économiser des coûts (pas de droit d'auteur) et celle de la déclaration positive d'auteur permettant de générer des revenus en faveur des auteurs ainsi identifiés.

34. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 262.

en cas de fausse attribution de paternité³⁵. Selon un sondage récemment effectué, les parties prenantes se sont prononcées en faveur du maintien du *statu quo*³⁶.

Il apparaît en tout état de cause qu'il sera difficile de percer les secrets des processus créatifs des outils d'IA, ce qui soulève la question plus générale de l'opacité des outils de l'IA (phénomène de boîte noire ou *black box*). Il n'est pas exclu à cet égard que des outils technologiques (fondés sur l'IA) puissent permettre de procéder à une sorte d'ingénierie inverse afin de révéler l'origine humaine ou non des créations ainsi générées par l'IA³⁷. Il n'en reste pas moins que la tâche restera ardue³⁸. On pourrait supposer que ces outils technologiques (basés sur l'IA) puissent identifier si des créations ont été générées par des outils d'IA. Dans ce contexte, on a rapproché cette situation de celle de la lutte contre les *deepfakes*³⁹.

Comme la disponibilité de tels outils technologiques reste incertaine, il convient d'examiner si la création d'une obligation d'information visant à assurer une certaine transparence est pertinente et quels sont les obstacles à celle-ci.

III. La création d'une obligation d'information et les obstacles à celle-ci

Comme évoqué, l'imposition d'une obligation d'information visant à indiquer si un outil d'IA a été utilisé pour générer la création concernée a été discutée. Certains obstacles ont toutefois été identifiés qui s'opposeraient à la création d'une telle obligation.

Le premier obstacle concerne la compatibilité de cette obligation d'information avec la Convention de Berne. L'article 5, alinéa 2, de la convention consacre en effet le principe de l'absence de formalité en droit d'auteur en exposant (notamment) que « la jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité », ce qui constitue un principe fondateur de

35. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 261.

36. *Ibid.*

37. Voir M. Sparkes, OpenAI is developing a watermark to identify work from its GPT text AI, *NewScientist* 13 déc. 2022, disponible sur < <https://www.newscientist.com/article/2350655-openai-is-developing-a-watermark-to-identify-work-from-its-gpt-text-ai/> > ; K. Wiggers, OpenAI's attempts to watermark AI text hit limits, *TechCrunch* 10 déc. 2022, disponible sur < <https://techcrunch.com/2022/12/10/openai-attempts-to-watermark-ai-text-hit-limits/> > ; si le système de « watermarks » n'identifie que des créations d'origine purement artificielle, le contournement d'un tel système ne violerait pas les dispositions anti-contournement applicables aux informations sur le régime des droits concernant des œuvres protégées par le droit d'auteur instituées par le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (*World Copyright Treaty*, v. art. 12 WCT).

38. Rapport *AI Music Outputs* (note 10), p. 42 et p. 74.

39. C'est ce que fait le Rapport Commission 2022 (note 11), p. 264 ; les objectifs respectivement poursuivis doivent toutefois être distingués, voir le texte *ad* note 49 ci-dessous.

la Convention de Berne. On a ainsi suggéré que l'obligation d'information ne soit pas comprise comme une condition à la jouissance de la protection par le droit d'auteur⁴⁰.

On peut tout d'abord se demander si une obligation d'information qui serait ainsi imposée à l'auteur peut être considérée comme une « formalité » au sens de l'article 5, alinéa 2. Une telle obligation ne vise en effet qu'à clarifier si la création en cause entre ou non dans le champ de protection du droit d'auteur, ce qui n'est pas le cas si la création concernée ne résulte pas de la créativité humaine.

En tout état de cause, on pourrait viser à éviter cet écueil en faisant en sorte que l'obligation d'information n'existe que pour les créations qui ont été entièrement générées par l'IA et qui sont ainsi en dehors du champ de protection du droit d'auteur (à l'heure actuelle en tout cas). Dans de telles circonstances, l'obligation d'information ne crée pas de risque d'incompatibilité avec le droit international. Certes, la distinction entre une création générée par IA et une création assistée par l'IA n'est pas aisée⁴¹. On peut toutefois supposer que le créateur aura la possibilité de déterminer si la création concernée pour laquelle il devrait potentiellement faire une déclaration d'auteur est ou non une création purement générée par IA. En outre, on pourrait envisager sur le plan pratique que l'obligation d'information qui serait à la charge de l'auteur ait lieu dans le cadre des déclarations d'œuvres qui sont faites auprès des sociétés de gestion des droits afin de permettre à l'auteur concerné de bénéficier de la rémunération due pour les utilisations faites de sa création. L'on pourrait donc à cette occasion exiger de l'auteur qu'il démontre son rôle dans le processus créatif. Dans un tel cas, on pourrait considérer qu'une telle déclaration auprès des sociétés de gestion est compatible avec l'article 5, alinéa 2, de la Convention de Berne.

On distingue parfois l'instauration d'une obligation d'information et celle d'un mécanisme de sanction en cas d'attribution fallacieuse de la titularité du droit d'auteur sur une création⁴². Or, il apparaît sur le plan pratique que ces deux instruments peuvent être combinés et devraient l'être afin d'assurer un système fonctionnel. La violation de l'obligation d'information devrait ainsi être réprimée par des sanctions. Une déclaration volontairement fautive de la titularité du droit d'auteur sur une création générée par l'IA (par exemple auprès d'une société de gestion) pourrait relever du droit pénal (potentiellement un faux dans les titres), en sus d'autres éventuelles conséquences relevant du droit de la gestion collective⁴³. On notera dans ce contexte que le droit d'auteur américain impose des sanctions pénales à celui qui fait volontairement des déclarations fausses dans une demande d'enregistrement d'une œuvre, ce que les autorités ont dûment rappelé dans le cadre de la procédure

40. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 269.

41. *Ibid.*

42. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 261 §3.4.2.5.1.

43. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 264 §3.4.2.5.1.

(toujours en cours) concernant la demande d'enregistrement de la création générée par IA *A recent entrance to Paradise*⁴⁴.

Le deuxième obstacle à la création d'une obligation d'information est que l'obligation de divulguer le processus créatif suscite des réserves concernant la liberté artistique et les droits de la personnalité du créateur, au motif que ce dernier ne devrait pas être tenu de divulguer le processus créatif ayant conduit à l'œuvre de sorte qu'il puisse conserver une certaine liberté de construire sa propre histoire sur l'origine de l'œuvre⁴⁵.

On relèvera en premier lieu, et au-delà du droit d'auteur, que le droit de la propriété intellectuelle a déjà mis en œuvre certains mécanismes visant à créer des obligations d'information et de transparence à la charge du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle afin d'éviter une usurpation de droit. C'est en effet ce qui est prévu en droit des brevets d'invention dans le but de permettre l'identification de la source des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels sur lesquels l'invention faisant l'objet d'une demande serait fondée⁴⁶.

De plus et surtout, même en matière de droit d'auteur, un créateur peut être tenu de révéler le processus créatif ayant conduit à la création de son œuvre dans certaines circonstances. Tel est en particulier le cas lorsque deux ou plusieurs personnes se disputent la qualité d'auteur ou de coauteur de l'œuvre concernée. Dans un tel cas, les tribunaux sont en effet invités à examiner de manière approfondie le processus créatif ayant conduit à la génération de l'œuvre afin de déterminer l'existence d'une contribution créative des personnes concernées qui prétendent à la qualité d'auteur ou de coauteur⁴⁷. Certes, on pourrait imaginer qu'un créateur puisse invoquer son

44. La disposition pertinente est 17 U.S.C. §506(e) ; v. la décision/lettre du review board de l'US Copyright Office, 14 févr. 2022, aff. ID 1-3ZPC6C3, SR # 1-7100387071, *A recent entrance to Paradise*, disponible sur < <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf> > (déjà citée en note 18), p. 3 note 2 (« The Copyright Act provides criminal penalties for anyone who “knowingly makes a false representation of a material fact in the application for copyright registration . . . or in any written statement tied in connection with the application.” 17 U.S.C. §506(e). In addition, the Register of Copyrights has the authority to cancel any registration where the “material deposited does not constitute copyrightable subject matter” or “the claim is invalid for any other reason.” 17 U.S.C. §410(b); [...]. Applicants who mislead the Office do so at their peril »).

45. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 269.

46. En droit suisse, la disposition pertinente est l'art. 49a de la loi fédérale *sur les brevets d'invention* du 25 juin 1954 qui dispose que « [l]a demande de brevet doit contenir des indications concernant la source : a. de la ressource génétique à laquelle l'inventeur ou le requérant a eu accès, pour autant que l'invention porte directement sur cette ressource ; b. du savoir traditionnel des communautés indigènes ou locales relatif aux ressources génétiques auxquelles l'inventeur ou le requérant a eu accès, pour autant que l'invention porte directement sur ce savoir » ; cette disposition met en œuvre les textes internationaux de la Convention de Rio sur la diversité biologique (1992) et du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages (2010).

47. V. par ex. le célèbre litige entre A. Renoir et R. Guino, Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1973, pourvoi n° 71-14.469 : D. 1974, jurisp. p. 533 note C. Colombet ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, jurisp. p. 93 ; *JCP G* 1975, II, 18029, obs. M.-C. Manigne.

intérêt à préserver la confidentialité de ses processus créatifs, qui pourraient être protégeables comme secrets d'affaires. On pourrait aussi concevoir que le créateur puisse se prévaloir de la protection de sa sphère artistique privée. Toutefois, on ne voit pas comment un tel intérêt à la confidentialité pourrait prévaloir par rapport à l'intérêt à déterminer la qualité d'auteur d'une œuvre déterminée (en cas d'œuvre commune) ou la qualité d'œuvre comme telle (si la création n'est pas le produit de la créativité humaine).

Le troisième obstacle qui est invoqué à l'encontre de l'introduction d'une obligation d'information est qu'il pourra être délicat de déterminer les conditions d'application de l'obligation d'information. Si l'obligation d'information devait être généralisée à toutes les créations générées avec l'assistance de l'IA (et ainsi ne pas être limitée aux seules créations générées par l'IA), cela aurait pour conséquence de perdre toute fonction d'information du public dès lors que les créations ainsi identifiées seraient extrêmement nombreuses⁴⁸.

Certes, il est logique que, si un nombre important de créations devait être identifié comme ayant été générées par l'IA et faire ainsi l'objet d'une notice d'information à destination du public, la fonction informative d'une telle notice serait réduite puisqu'elle se perdrait dans la masse des créations ainsi concernées. Il faut toutefois rappeler que, du point de vue du droit d'auteur, l'objectif n'est pas en premier lieu d'informer le public concernant l'utilisation de l'IA dans une création (fonction de protection des consommateurs) mais bien d'assurer l'application des principes fondamentaux du droit d'auteur.

Ces deux objectifs doivent être distingués car ils servent des finalités fondamentalement différentes. Le droit d'auteur n'a pas pour fonction essentielle d'informer les « consommateurs »⁴⁹ (*consumers*) sur la nature des œuvres qu'ils « consomment ». Le droit d'auteur vise en effet à protéger les intérêts patrimoniaux et extrapatrimoniaux des créateurs d'œuvres individuelles. Dans cette perspective, l'obligation d'information concernant la génération d'une création par l'IA n'est pas d'informer généralement les consommateurs sur la nature non humaine de la création en cause par un processus d'étiquetage des créations concernées (label). L'obligation d'information a au contraire pour but spécifique de clarifier que cette création n'est pas protégée par le droit d'auteur et donc qu'elle est de libre usage, sous réserve d'autres sources de protection (notamment une protection contractuelle).

En prenant un peu de recul, on peut être tenté de rapprocher l'obligation spécifique de transparence relevant du droit d'auteur à d'autres obligations de transparence qui peuvent s'appliquer dans d'autres contextes d'utilisation de

48. Rapport Commission 2022 (note 11), p. 269.

49. Telle est la terminologie utilisée dans le Rapport Commission 2022 (note 11), par ex. p. 202 (« This increased transparency could allow *consumers* to make informed choices regarding the type of content they choose to consume » – nos italiques –).

l'IA. Un parallélisme a ainsi été évoqué par rapport à la création d'« hypertrucages » (*deepfakes*). Pour ces derniers, une obligation de transparence est discutée selon le projet de règlement européen en matière d'IA dès lors que « si un système d'IA est utilisé pour générer ou manipuler des images ou des contenus audio ou vidéo afin de produire un résultat qui ressemble sensiblement à un contenu authentique, il devrait être obligatoire de déclarer que le contenu est généré par des moyens automatisés, sauf pour certaines finalités légitimes faisant l'objet d'exceptions (domaine répressif, liberté d'expression) »⁵⁰. Ainsi, selon le projet de règlement de l'Union européenne précité, « les utilisateurs d'un système d'IA qui génère ou manipule des images ou des contenus audio ou vidéo présentant une ressemblance avec des personnes, des objets, des lieux ou d'autres entités ou événements existants et pouvant être perçus à tort comme authentiques ou véridiques ("hypertrucage") précisent que les contenus ont été générés ou manipulés artificiellement »⁵¹. On voit naturellement la similitude du but de transparence qui est poursuivi. Mais l'on doit néanmoins être attentif à la différence fondamentale de nature et de fondement des réglementations concernées. Comme mentionné précédemment, le droit d'auteur n'a pas en soi pour mission de protéger les intérêts des « consommateurs » contre le risque de tromperie.

Conclusion

Les défis de droit d'auteur que pose l'IA ne sont assurément pas encore résolus, ce qui est compréhensible compte tenu de leur complexité mais aussi de l'évolution et de la sophistication continues des outils de l'IA. Dans cette mesure, il semble adéquat de ne pas adopter de modifications hâtives du cadre réglementaire qui pourraient se révéler contre-productives ou trop rapidement désuètes.

On peut néanmoins imaginer que des mesures pragmatiques concrètes (non réglementaires) puissent être prises. En l'espèce, un défi posé par l'IA en matière de droit d'auteur concerne la nécessité de pouvoir identifier si une création donnée émane ou non d'un auteur humain (ou de plusieurs auteurs). Dans ce contexte, les déclarations d'œuvres que font les auteurs (par exemple auprès des sociétés de gestion) pourraient comporter des compléments visant à accroître la transparence du processus créatif ayant conduit à l'« œuvre » concernée afin d'assurer l'origine humaine de celle-ci, ce qui pourrait être fait sans changement législatif.

Au-delà de la prise de telles mesures, force est de rappeler plus fondamentalement que le droit d'auteur doit naturellement et impérativement conti-

50. Proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avr. 2021, COM/2021/206 final, §5.2.4 de l'exposé des motifs.

51. Proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avr. 2021, COM/2021/206 final, art. 52, al. 3.

nuer à vivre avec son temps et à s’y adapter. Il paraît ainsi inadéquat que le droit d’auteur s’accroche à une conception surannée des processus créatifs qui serait fondée sur une exclusivité créatrice absolue de l’être humain. Cela semble d’autant plus inapproprié que le droit d’auteur s’est déjà écarté d’une conception anthropocentrique qui a pu être la sienne et qui mettait au centre la figure (romantique) de l’auteur humain et le pouvoir créatif de ce dernier. Preuve en est (parmi d’autres exemples) l’introduction notamment en droit suisse d’une protection pour les « productions photographiques » qui sont désormais protégées malgré l’absence de tout caractère individuel (absence d’originalité)⁵², ce qui n’est pas sans poser des questions de fond importantes (est-il légitime de protéger le droit moral au respect/à l’intégrité d’une œuvre qui n’est pas originale/individuelle ?).

Le droit d’auteur et la propriété intellectuelle plus généralement devront ainsi concevoir un régime réglementaire équilibré qui prend en compte la part croissante de la technologie et de l’IA dans les processus créatifs et qui arbitre dès lors avec finesse les interactions entre les humains et la technologie (en particulier l’IA). Ce n’est au demeurant pas seulement sous l’angle des créations de l’IA que ce besoin d’arbitrage entre humains et machines surgit, mais également pour d’autres questions brûlantes du droit d’auteur. Tel est en particulier le cas des décisions de blocage de contenus illicites sur les plateformes numériques qui peuvent être automatisées et ainsi conduites par des outils technologiques (potentiellement basés sur l’IA) mais qui doivent néanmoins pouvoir faire « l’objet d’un contrôle par une personne physique » (*human review*, selon la terminologie anglaise)⁵³. Quoi qu’il en soit, les avancées technologiques et les capacités croissantes de l’IA ne devraient pas remettre en cause la nécessité de pouvoir se reposer sur l’intelligence et la sensibilité humaines pour relever les défis du droit d’auteur à venir.

52. Loi fédérale sur le droit d’auteur et les droits voisins du 9 oct. 1992 (dite « LDA »), art. 2, al. 3bis : « Sont considérées comme des œuvres les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue à la photographie d’objets tridimensionnels, même si elles sont dépourvues de caractère individuel ».

53. Dir. n° 2019/790 du 17 avr. 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, art. 17, al. 2.