

# 24 La protection par le droit d'auteur des productions générées par l'IA

Quelle protection reconnaître aux créations générées par l'intelligence artificielle, avec ou sans intervention humaine ? Le droit d'auteur est-il le seul outil susceptible de protéger de telles créations ? Intégrant les premières décisions rendues par le juge américain, M<sup>e</sup> Vichnievsky propose des éléments de réponse.

1 L'avènement de l'intelligence artificielle constitue une révolution dont il est encore difficile de mesurer l'ampleur, les opportunités et les dangers.

D'un point de vue juridique, les initiatives pour **encadrer** celle-ci existent, à commencer par la proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'**intelligence artificielle** présentée le 21 avril 2021 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206>) et qui a récemment fait l'objet d'amendements ([https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_FR.html)). Les **questions liées au droit d'auteur** n'ont pas vocation à être traitées par le règlement, ou de façon très marginale. La proposition a d'ailleurs fait l'objet d'un amendement venant préciser que « le présent règlement devrait être sans préjudice du droit de l'Union sur le droit d'auteur et les droits voisins, y compris les directives 2001/29/CE, 2004/48/CE et (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil » (Amendement 102 visant à introduire un considérant 60 nonies).

2 Les problématiques soulevées en matière de droit d'auteur par l'intelligence artificielle sont pourtant nombreuses et cruciales. Le récent et fulgurant développement des **intelligences artificielles** dites « **génératives** », telles que ChatGPT ou Midjourney, bouleverse les fondamentaux, plus que ne l'ont fait l'ensemble des évolutions techniques et technologiques qui se sont succédé depuis les lois révolutionnaires ayant consacré le droit des auteurs. La protection par le droit d'auteur des productions générées par une intelligence artificielle est l'une de ces problématiques qui agitent la sphère juridique. Les textes générés par ChatGPT et les images générées par Midjourney sont-ils protégés par le droit d'auteur ? Dans l'affirmative, qui doit en être considéré comme l'auteur ?

3 A l'aune des récentes décisions rendues outre-Atlantique, la jurisprudence

devrait dénier aux productions générées de façon autonome par une IA la protection par le droit d'auteur mais reconnaître celle-ci dès lors que peut être démontrée la participation d'une personne physique en tant qu'auteur.

## I. Productions générées de façon autonome par une IA

4 A défaut d'intervention humaine, un juge américain a dénié à la production d'une intelligence artificielle la protection par le droit d'auteur, solution que devrait également adopter la jurisprudence française. Il n'en résulte pas pour autant que la production en question soit librement exploitable dans tous les cas.

### La décision américaine « A Recent Entrance to Paradise »

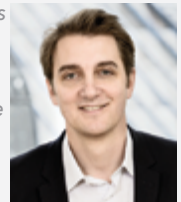
5 Par une décision rendue le 18 août 2023 (United States District Court for the District of Columbia 18-8-2023 n° 22-1564 (BAH) : [https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2022cv1564-24](https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2022cv1564-24)), la juge Beryl A. Howell a confirmé la position du Copyright Office américain ayant refusé le statut d'œuvre protégée par le droit d'auteur à la création intitulée « A Recent Entrance to Paradise ».



A Recent Entrance to Paradise, œuvre générée par une IA

Cette décision est l'épilogue d'une affaire ayant débuté près de 3 ans plus tôt, lorsque le requérant, Stephen Thaler, a

Auteur de plusieurs publications en droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies, Alexis Vichnievsky est avocat associé au sein du cabinet Osmose.



ALEXIS VICHNIEVSKY  
Avocat associé  
cabinet Osmose

sollicité du Copyright Office l'enregistrement de cette création. Dans sa requête, le demandeur indiquait que l'**œuvre** avait été « **créée** de manière autonome par un **algorithme informatique** exécuté sur une machine ».

*“ Pour le juge américain, l'œuvre créée par l'IA n'est pas protégée par le droit d'auteur ”*

Le Copyright Office avait rejeté la demande au motif que l'œuvre « n'avait pas la **paternité humaine** nécessaire pour étayer une revendication de droit d'auteur ».

6 A la suite de deux requêtes en réexamen également rejetées par le Copyright Office, le requérant a formé un recours contre ces décisions de rejet, recours qui a donné lieu à la décision du 18 août 2023.

Pour aboutir à sa décision, la **juge** a adopté un **raisonnement** en trois temps. Dans un premier temps, la juge Beryl A. Howell a rappelé que « pour être éligible au droit d'auteur, une œuvre doit [donc] avoir un **auteur** ».

Dans un deuxième temps, à la question « Cet auteur doit-il être un être humain pour revendiquer la protection du droit d'auteur ? », la juge répond sans ambiguïté par l'affirmative. Elle justifie sa position tant par la lettre de la législation américaine sur le droit d'auteur, selon laquelle la paternité est synonyme de création humaine, que par l'interprétation qu'a pu en faire la Cour suprême lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur ce texte.

Dans un troisième temps, ayant relevé que la demande d'enregistrement faisait état d'une création « générée automatiquement par un ordinateur », elle a déduit que, « en l'absence de toute **intervention humaine dans le processus de création de l'œuvre** », la création n'est pas éligible à la protection par le droit d'auteur.

**7** L'une des plus grandes difficultés opérationnelles sera d'**identifier** que l'on est en présence d'une **œuvre générée par une intelligence artificielle**. Cette question ne se posait pas dans l'affaire « A Recent Entrance to Paradise », dans la mesure où il était indiqué par le requérant que l'œuvre avait été générée par une intelligence artificielle. Mais qu'en aurait-il été si une telle précision n'avait pas été apportée ? Selon toute vraisemblance, la protection aurait été accordée par le Copyright Office.

**8** Une telle situation est illustrée par une autre affaire ayant défrayé la chronique aux Etats-Unis : l'affaire « Zarya of the Dawn », « Zarya of the Dawn » est le titre d'une bande dessinée dont le copyright avait été accordé par le Copyright Office en septembre 2022. Peu après cet enregistrement, le Copyright Office a eu connaissance de déclarations de l'auteur sur les réseaux sociaux dans lesquelles ce dernier reconnaissait avoir eu recours à une intelligence artificielle pour la création des illustrations. Sur la base de ces déclarations, le Copyright Office a engagé une procédure d'**annulation de l'enregistrement** qui a abouti à une décision du 21 février 2023 (<https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>) aux termes de laquelle l'office a finalement décidé d'exclure de l'enregistrement protégé les « images générées par l'intelligence artificielle ».

### La position française

**9** A ce jour, aucune décision des **tribunaux** français n'a formellement pris position sur ce sujet. Cependant, il est évident que tant l'esprit que la lettre du **droit de la propriété**

**littéraire et artistique français** militent pour dénier à l'œuvre générée de façon autonome par une intelligence artificielle le statut d'œuvre protégée par le droit d'auteur.

**10** Le droit de la propriété littéraire et artistique se place dans une **tradition individualiste**, centrée sur la personne de l'auteur.

Aux termes de l'article L 111-2 du Code de la propriété intellectuelle, « l'œuvre est réputée créée [...] du seul fait de la réalisation [...] de la conception de l'auteur. »

Par ailleurs, une **œuvre n'est protégée que si elle « originale »**. Selon la conception traditionnelle, cela revient à rechercher si elle porte la marque de la personnalité de l'auteur. Même si cette notion pourrait céder devant celle d'« activité créatrice », force est de constater qu'à ce jour, le lien entre l'œuvre et son auteur reste omniprésent.

L'on peut donc considérer qu'en droit français, il ne peut également y avoir d'œuvre sans auteur.

**11** La **notion d'auteur** n'est pas définie par les textes.

La jurisprudence française a affirmé clairement qu'« une personne morale ne peut avoir la qualité d'auteur » (notamment Cass. 1<sup>er</sup> civ. 15-1-2015 n° 13-23.566 F-PB : RJDA 10/15 n° 718). Est-ce que pour autant, un auteur ne peut être qu'une personne physique ? Nous considérons que oui.

Le lien entre la qualité d'auteur et celle de « **personne physique** » est formellement établi par les articles L 113-2, L 113-7 et L 113-8 du Code de la propriété intellectuelle.

**12** Au-delà de ces textes qui y font expressément référence, nombreuses sont les autres dispositions du Code devant s'interpréter comme impliquant que l'auteur soit une personne physique, à commencer par celles faisant référence à sa vie et à sa mort (notamment, CPI art. L 121-1 s., L 123-1 s. et L 132-17).

Il ne fait donc que peu de doute qu'un auteur doit s'entendre d'une personne physique.

Il y a donc tout lieu de considérer qu'un juge français qui aurait à statuer sur une affaire similaire à celle ayant donné lieu au jugement du 18 août 2023 adopterait un raisonnement et une solution identiques.

## Les productions générées de façon autonome par une IA sont-elles pour autant librement exploitables ?

**13** Bien que la production de l'IA ne soit pas elle-même protégée par un droit d'auteur, elle n'est pas pour autant librement exploitable dans tous les cas.

En premier lieu, il importe de bien circonscrire la **portée de la décision américaine** « A Recent Entrance to Paradise ». C'est à la production générée par l'intelligence artificielle proprement dite

qu'a été déniée la protection par le droit d'auteur. Si une intelligence artificielle produisait, par exemple, une version colorisée de l'œuvre Guernica de Picasso, cette production ne générerait pas de nou-

veaux droits à défaut d'intervention humaine mais le résultat ne pourrait pour autant être exploité que sous réserve de l'accord des ayants droits du peintre.

**14** En deuxième lieu, selon les situations, il peut s'avérer nécessaire de tenir compte des **conditions d'utilisation** édictées par l'**éditeur de l'intelligence artificielle**. Si celles-ci ont été acceptées par l'utilisateur et qu'elles limitent les conditions d'exploitation des productions, le non-respect par l'utilisateur de celles-ci pourrait être sanctionné, non sur le fondement de la contrefaçon, mais sur celui de la responsabilité contractuelle.

**15** En troisième lieu, mais cela n'a rien de spécifique à un contexte d'intervention d'une intelligence artificielle, la **contestation de l'exploitation d'une production** non protégée par le droit d'auteur reste possible sur le **fondement** de la concurrence déloyale ou du parasitisme lorsque les conditions de telles actions sont réunies.

## II. Œuvres créées par une personne physique avec l'assistance d'une IA

**16** Pour qu'une œuvre créée au moyen d'une intelligence artificielle accède à la protection par le droit d'auteur, il faut l'intervention d'une personne physique participant en tant qu'auteur. Ce ne devrait toutefois pas être le cas lorsque la personne physique se sera limitée à générer une requête.

## L'insuffisance des « invites » ou « prompts » ?

**17** Les outils d'intelligence artificielle générative se caractérisent par leur capacité à générer des textes, des images ou d'autres productions en réponse à des « invites » ou « prompts ».

L'« invite » ou le « prompt » désigne la commande écrite envoyée à l'« intelligence artificielle » spécialisée dans la génération de contenu (texte ou images, par exemple). Il s'agit d'une instruction à partir de laquelle l'algorithme va proposer un résultat.

**18** Lorsque l'intervention de la **personne physique se limite** à la rédaction de cette invite, doit-on lui reconnaître la qualité d'auteur de la création ultimement générée ?

Prenons l'exemple d'une invite demandant « écris une chanson dans le style de Georges Brassens sur le droit d'auteur ». Quelques secondes après cette instruction, le moteur ChatGPT d'Open AI génère un texte de trois couplets entrecoupés d'un refrain et finalisé par une « outro », le tout dans un style proche de celui que l'on reconnaît à cet artiste-interpète.

Dans ce type de situation, l'intervention humaine s'est limitée à faire état d'une instruction, relevant davantage de l'idée. La production proprement dite est le fait de l'intelligence artificielle, qui « détermine » comment ces requêtes sont mises en œuvre dans le résultat qui est communiqué.

**19** Les « invites » ou les « prompts » sont le plus souvent **assimilables** aux instructions adressées à un auteur/**artiste commandité**. Or, le commanditaire d'une œuvre ne peut pas prétendre en être l'auteur dès lors qu'il laisse la liberté d'exécution à celui chargé de la réaliser. Il en a été ainsi dans une affaire dans laquelle des personnes ayant commandé des tableaux à un peintre en lui indiquant le thème des œuvres, le cadre à respecter, les personnages à représenter, n'ont pu faire reconnaître leur qualité d'auteur (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 25-5-2004 n<sup>o</sup> 02-13.577 D). Une telle solution est pleinement **transposable** à la personne ayant rédigé ce type d'« invite » à destination d'une intelligence artificielle. A ceci près que, dans l'affaire précitée, le peintre commandité s'est, lui, vu reconnaître la qualité d'auteur, ce qui ne sera pas le cas de l'intelligence artificielle « commanditée ».

**20** Ce n'est pas à une conclusion différente qu'aboutit le **Copyright Office** lorsqu'il indique dans ses « **guidelines** »

datées du 10 mars 2023 (Copyright Registration Guidance : Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence, 10-3-2023 : <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-03-16/pdf/2023-05321.pdf>) : « lorsqu'une technologie d'IA reçoit uniquement une invite d'un être humain et produit en réponse des œuvres écrites, visuelles ou musicales complexes, les « éléments traditionnels de la paternité » sont déterminés et exécutés par la technologie, et non par l'utilisateur humain ». Dans cette situation, faute pour la création générée d'être une production humaine, elle se verra dénier la protection par le droit d'auteur.

### La participation en tant qu'auteur

**21** L'absence de participation matérielle d'une personne à la réalisation d'une œuvre n'exclut pas nécessairement que la paternité puisse lui en être reconnue. Cette solution a été adoptée à diverses reprises par la jurisprudence, principalement dans le domaine des arts plastiques. Notamment, la Cour de cassation a récemment rejeté un pourvoi contre un arrêt d'une cour d'appel ayant énoncé que « la constatation de l'**absence de participation matérielle** de G... N... à la réalisation de la sculpture intitulée «I... 1963» [...], **n'excluait pas** que la **paternité** puisse lui en être attribuée, dès lors que l'œuvre avait été exécutée selon ses instructions et sous son contrôle » (Cass. 1<sup>er</sup> civ. 6-1-2021 n<sup>o</sup> 19-14.205 D).

## “ A quelle condition un prompt passe-t-il de « l'idée » à « l'activité créative » ? ”

**22** L'**instigateur** d'une **œuvre réalisée matériellement par une intelligence artificielle** pourrait ainsi tenter de démontrer que l'œuvre a été exécutée « selon ses instructions et sous son contrôle » pour se voir reconnaître la **qualité d'auteur**. Il devra toutefois justifier que l'activité créative a résidé dans ses instructions et son contrôle et que l'intelligence artificielle n'a eu qu'un rôle d'exécutant matériel.

**23** C'est à cet exercice que s'est prêt l'instigateur d'une œuvre générée par

une intelligence artificielle ayant défrayé la chronique en remportant un prix (il s'agit de l'œuvre intitulée « Théâtre d'opéra spatial », « de » Jason Allen : <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html>). Il expliqua que l'œuvre ainsi générée est le résultat de plusieurs centaines d'« invites » et de 80 heures de travail.



Théâtre d'opéra spatial, « de » Jason Allen

**24** Une analyse au cas par cas sera nécessaire afin d'apprécier à partir de quel niveau de précision les instructions (« invites » ou « prompts ») cessent d'être une idée pour caractériser une activité créative donnant prise au droit d'auteur.

**25** Il est également d'autres **situations** qui posent moins de difficulté. Notamment celles dans lesquelles la production d'une **intelligence artificielle** constituera un **matériau de départ** qu'un auteur utilise, incorpore dans sa propre création. Bien que proche, une telle situation n'est pas assimilable au concept d'œuvre composite, à défaut d'incorporation d'une « œuvre préexistante » protégée par le droit d'auteur. Dans un tel cas, ce qui sera protégé est l'œuvre « dérivée » élaborée par l'auteur, sous réserve qu'elle soit originale.

**26** **En conclusion**, les défis auxquels vont devoir se confronter les juristes dans les prochaines années sont immenses. A mesure du développement de l'autonomie de l'intelligence artificielle, l'appréciation de la participation de l'auteur humain et de ce qui doit être effectivement protégé va se complexifier. A tel point qu'une partie de la doctrine s'interroge sur la nécessité de **repenser certaines notions** ou d'**envisager la création d'un droit d'auteur spécial**, d'un droit voisin ou d'un droit sui generis (voir, notamment, Rapport du CSPLA sur l'intelligence artificielle et culture, Alexandra Bensamoum et Joëlle Farcht).

**27** La protection des productions générées par de l'intelligence artificielle est loin d'être la seule question à se poser en termes de droit d'auteur. La problématique

de l'utilisation de créations protégées par le droit d'auteur comme données d'input par l'intelligence artificielle (c'est-à-dire les données utilisées en amont pour enrichir l'intelligence artificielle, celles sur la base desquelles l'algorithme va s'entraîner et « apprendre » afin de produire ultérieurement un résultat de façon « autonome ») est également au cœur des débats actuels (voir notamment le communiqué du 31-8-2023 de la SACD, Pour une intelligence artificielle au service de la création, des auteurs et respectueuse de leurs droits : <https://www.sacd.fr/fr/pour-une-intelligence-artificielle-au-service-de-la-creation-des-auteurs-et-respectueuse-de-leurs>).

**28** L'utilisation de ces données est-elle **constitutive** d'une exploitation de l'œuvre donnant prise au droit d'auteur ? De tels actes entrent-ils, en tout ou partie, dans le **champ de l'exception** permettant les copies ou reproductions numériques d'une œuvre en vue de la fouille de textes et de données (introduite à l'article L 122-5-3 du CPI par ord. 2021-1518 du 24-11-2021) ? Dans l'affirmative, comment le **droit d'opposition** reconnu aux **auteurs** va-t-il être exercé et l'exception n'est-elle pas susceptible de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des auteurs ? Autant de questions qui seront au cœur de l'actualité des prochains mois.

Une **proposition de loi visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur** a d'ailleurs été enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 12 septembre 2023 ([https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/116b1630\\_proposition-loi#](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/116b1630_proposition-loi#)). Ce projet de texte prévoit un concept de titularité inédit, selon lequel « lorsque l'œuvre est créée par une intelligence artificielle sans intervention humaine directe, les seuls titulaires des droits sont les auteurs ou ayants droit des œuvres qui ont permis de concevoir ladite œuvre artificielle » et un mécanisme de gestion collective. Si le projet de texte a le mérite de soulever de bonnes questions, nous restons à ce stade circonspect sur la façon dont il y est répondu.

© Éditions Francis Lefebvre 2023

Reproduction, même partielle, interdite sans autorisation

#### ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE

10, Place des Vosges - Tour Lefebvre Dalloz - CS 80357 - 92072 PARIS LA DEFENSE CEDEX

Tél. : 01 41 05 22 00 - Email : [serviceclients@efl.fr](mailto:serviceclients@efl.fr) - Internet <http://www.efl.fr>

SAS au capital de 241 608 €

CPPAP n° 0927 T 82116

Impression : Imprimerie Chirat - 744 rue de Sainte Colombe - 42540 Saint Just la Pendue

Dépôt légal - 3<sup>e</sup> trimestre 2023

Bimensuel - 48<sup>e</sup> année - ISSN 0395-451X

Abonnement 2023 revue + services numériques : 262,40 €

Prix de ce numéro : 35,74 €

Origine du papier : Suède ; sans fibres recyclées ; Prot : 30 g/t



Principal associé : Editions Lefebvre Sarrut

Directeur de la publication - Président : Stéphane Duret

Directrice des Éditions - Directrice générale : Carole Sordet

Responsable de la publication : M.-A. Massiot

Rédacteurs : Q. Abel, V. Darbon, P. Fleury, B. Joret, G. Leduc,

D. Loyer-Bouez, V. Oblin, L. Paudrat, M. Ponsot, C. Quiney, C. Ribreau,

M. Vandeveld, V. Vélin, A. Wurtz

Assistantes d'édition : K. Gaspais-Mue et M. Vimont

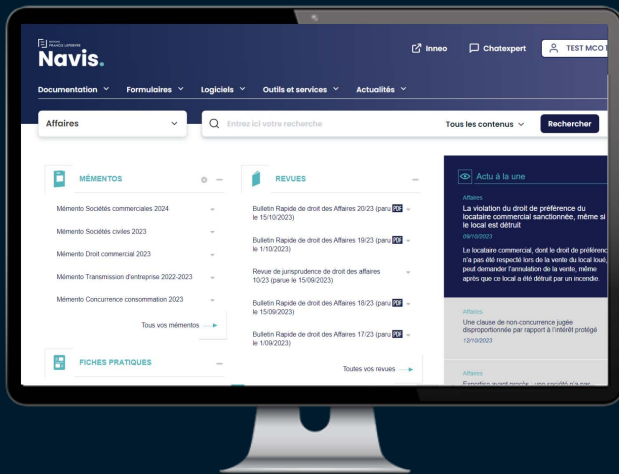


PEFC 10-31-1895

POUR ALLER PLUS LOIN

# TESTEZ GRATUITEMENT NAVIS

Découvrez toute la réglementation et les actualités mises à jour en continu pendant 10 jours !



**NAVIS** vous donne accès :

- Au **fonds documentaire pluridisciplinaire** unique sur le marché
- Aux **codes** indispensables, à tous les **textes de référence** et aux sources officielles
- Aux outils pratiques et innovants : **simulateurs, modèles d'actes, aide à la recherche par chat**

Je découvre gratuitement  
pendant 10 jours

(sans CB, sans engagement)

Lefebvre Dalloz

EDITIONS  
FRANCIS LEFEBVRE