

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

NUMÉRIQUE

Une révolution numérique est en marche avec l'essor progressif de l'intelligence artificielle. Prompte à créer un visuel ou un texte sur une simple demande de son utilisateur, ce génie des mille et une nuits numérique suscite bon nombre d'interrogations juridiques quant à la protection des contenus qu'il génère.

1137

ChatGPT et protection des contenus : réalité ou simple œuvre de l'esprit ?



Jonathan Elkaim

Jonathan Elkaim est avocat, Hiro Avocats

1 - « Il est hélas devenu évident aujourd'hui que notre technologie a dépassé notre humanité » (A. Einstein). Cette citation d'Albert Einstein n'aura jamais été autant d'actualité au regard de l'essor pris par l'intriguant et passionnant outil numérique qu'est ChatGPT. Savoureuse fusion entre la combinaison des termes « Chat » désignant la conversation et *Generative Pre-trained Transformer 3* signifiant en français « transformeur génératif pré-entraîné », cette nouvelle pépite numérique est en capacité de simuler des conversations humaines de manière réaliste.

Nourri à un très vaste corpus de textes, allant des romans jusqu'aux scripts cinématographiques, ChatGPT est en mesure de fournir une réponse circonstanciée, pertinente et cohérente à bon nombre de questions posées. Cet assistant d'un nouveau genre suscite toutefois de nombreuses interrogations au regard de son incidence sur la manière d'appréhender les droits de propriété intellectuelle.

Amené à puiser dans le savoir qui lui a été savamment transmis, et donc à des œuvres protégées par le droit d'auteur, ChatGPT pourrait faire, malgré lui, l'objet d'un dévoiement.

Une telle problématique pose d'autant plus question qu'une application ChatGPT pour mobile a été créée le 2 mars 2023, ce qui suppose nécessairement une acces-

sibilité accrue et, partant, une utilisation d'autant plus massive des services proposés.

2 - Au même titre que bien d'autres modèles dont le fonctionnement repose sur l'intelligence artificielle, ChatGPT suppose de s'interroger quant à la possibilité tant de protéger les œuvres produites par le service, que de préserver les droits d'auteur sur des œuvres préexistantes desquelles ChatGPT a pu tirer le contenu qu'elle propose. C'est dire les implications de ces nouveaux moyens de création numériques sur le droit de la propriété intellectuelle.

1. La protection des contenus générés par ChatGPT

3 - La reconnaissance d'une protection au titre d'un droit d'auteur s'agissant du contenu produit par ChatGPT n'est à ce jour pas admise, et pourrait d'ailleurs sembler difficile à concevoir. Il ressort de l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle que : « *Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination* ».

Or, bien qu'il ne prétende pas dresser une liste exhaustive des œuvres considérées comme œuvres de l'esprit, l'article L. 112-2 évoque tout un panel de créations intellectuelles auxquelles il reconnaît cette qualité, parmi lesquelles ne figurent pas, à ce jour, les productions générées par l'effet d'un système virtuel fondé sur l'intelligence artificielle.

4 - Le législateur n'a pas explicitement admis la possibilité pour une telle création d'être l'objet d'une protection au titre de droits d'auteur. Il apparaît d'ailleurs pertinent de préciser que la réalisation d'une création par une intelligence artificielle semble parfaitement étrangère au concept d'œuvre de l'esprit, lequel impose que la production ait été créée par une personne physique, dotée de capacité intellectuelle, si bien que le droit d'auteur ne pourrait être reconnu à une intelligence artificielle. En matière de brevet, par ailleurs, une approche comparée permet de constater l'hostilité de bien des juges nationaux quant à la reconnaissance de la qualité d'inventeur à une intelligence artificielle. Tel a ainsi été jugé par la chambre de recours de l'Office européen des brevets¹, le juge britannique², le juge américain³, et récemment, par la Cour fédérale d'Australie⁴. L'Office américain du droit d'auteur a d'ailleurs refusé d'accorder la qualité d'auteur à une intelligence artificielle le 14 février

dernier, estimant qu'une telle qualification est nécessairement subordonnée à une intervention humaine lors de sa création⁵.

Bien que le juge français n'ait pas statué en la matière, un certain nombre d'auteurs considèrent qu'une telle orientation jurisprudentielle laisse présager de la consécration, en droit français, d'une « *incompatibilité du droit des brevets avec l'IA* », tenant à « *l'économie générale du droit des brevets* »⁶, laquelle supposerait nécessairement que l'inventeur soit une personne physique.

5 - Si la question semble à ce stade exclusivement réservée au droit des brevets, l'on note néanmoins une réticence assumée des juges à admettre les créations issues de l'intelligence artificielle dans le champ d'application de la protection des droits de la propriété intellectuelle. Dans cette acception, la protection au titre du droit d'auteur d'une « œuvre » créée par l'outil virtuel ChatGPT semble inenvisageable, dès lors qu'elle devrait revêtir obligatoirement une originalité, source d'une empreinte de la personnalité, dont les algorithmes sont dénués. Pour autant, ce refus délibéré, bien que justifié par l'impératif de préserver et privilégier l'humanité au sein de la création, pourrait tendre vers une évolution tant la jurisprudence ne cesse d'enrichir sa manière d'appréhender la condition d'originalité.

Par un arrêt Pachot en date du 7 mars 1986, rendu par la Cour de cassation statuant en assemblée plénière⁷, les juges avaient déjà élargi leur compréhension de cette notion, en consacrant comme critères d'appréciation de l'originalité d'un logiciel la preuve « *d'un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante* », ainsi que le fait que l'œuvre soit marquée « *de [l']apport intellectuel* » de son auteur. Le professeur Yves Gaubiac souligne d'ailleurs à cet égard que ces nouveaux éléments d'appréciation de l'originalité de l'œuvre sont fréquemment invoqués, notamment en matière de protection de logiciels, lesquels, si leur fonctionnement n'est pas fondé sur l'intelligence artificielle, relèvent du monde numérique au même titre que l'IA⁸. Émerge ainsi de cette évolution jurisprudentielle une nouvelle conception de l'originalité au regard de laquelle l'empreinte de l'auteur compte désormais moins que le caractère nouveau et donc l'absence d'antériorités de celle-ci.

6 - Les œuvres générées par une intelligence artificielle pourraient ainsi se conformer bien plus aisément à la condition d'originalité, laquelle ne suppose plus la preuve d'une marque de la personnalité mais repose également sur des critères relatifs à l'œuvre plus qu'à leur auteur. En réalité, il est tout à fait

1 OEB, déc. 27 janv. 2020 : EP n° 18 275 163 et 18 275 174.

2 Royal Courts of Justice, *Stephen Thaler vs Comptroller general of patents trade marks and designs*, 21 sept. 2021.

3 USPTO, 22 avr. 2020, n° 16/524, 350. - *District Court for the Eastern District of Virginia, Thaler vs Andrew Hirshfeld*, 2 sept. 2021.

4 Federal Court of Australia, 13 avr. 2022, *Thaler vs Commissioner of Patents*, (2022) FCAFC 62.

5 US Copyright, 14 févr. 2022, *A Recent Entrance to Paradise 1-3ZPC6C3 : SR # 1-7100387071*.

6 G. Marti, L. Cluzel-Métayer et S. Merabet, *Intelligence artificielle - Droit et Intelligence artificielle* : JCP G 2022, doctr. 760, n° 24.

7 Cass. ass. plén., 7 mars 1986, n° 83-10.477, P+B, Pachot : *JurisData* n° 1986-098125.

8 JCl. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1164 : *Objet du droit d'auteur. - Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2)*, 26 mai 2020, par Y. Gaubiac.

La reconnaissance d'une protection au titre d'un droit d'auteur s'agissant du contenu produit par ChatGPT n'est à ce jour pas admise

possible de considérer que l'exigence d'une œuvre de l'esprit, comme la condition d'originalité, ne constituent en rien des obstacles à la reconnaissance de droits d'auteur au bénéfice de l'œuvre créée par une intelligence artificielle.

En la matière, Yves Gaubiac soutient ainsi que « même dans une hypothèse de création entièrement automatisée où tout se passe comme si c'était la machine elle-même qui prenait part à la création, le hasard ne peut intervenir que dans la mesure et selon les modalités imposées par un ou plusieurs êtres humains »⁹.

L'intelligence artificielle, si autonome soit-elle, ne pourrait donc remplir sa fonction sans qu'un être humain ait préalablement déterminé ses règles de fonctionnement. Il ressort de cette approche que ce qui pourrait sembler n'être qu'une création purement informatisée, en ce qu'elle émane d'une intelligence artificielle, constitue en réalité une œuvre dont « l'idée, le concept, l'origine revient à une personne », et « la réalisation ou l'exécution revient à la machine »¹⁰. Les personnes physiques à l'origine de l'œuvre pourraient donc se voir reconnaître titulaires de droits d'auteur sur cette création, dans la mesure où, bien que l'œuvre ne soit pas née de leur main, ils en sont néanmoins les instigateurs.

7 - L'humanité reprend ainsi ses droits sur la réalisation millimétrée de la machine. Bien qu'elle ne soit que prospective, la possibilité d'une protection des droits d'auteur s'agissant des contenus générés par ChatGPT apparaît en ce sens plus cohérente, dans la mesure où les créations générées par une intelligence artificielle conduisent simplement à être considérées comme un nouvel outil grâce auquel l'auteur de demain bénéficiera de nouveaux moyens de création. ChatGPT ne ferait pas exception à cette règle, dès lors qu'à l'instar de ses homologues numériques, il n'est que l'instrument de celui qui est à l'initiative de la requête qui lui est adressée pour générer un contenu. Le Parlement européen semble en partie confirmer cette approche, dans une résolution adoptée le 20 octobre 2020, relative aux droits de propriété intellectuelle pour le développement des technologies liées à l'intelligence artificielle¹¹. L'institution de l'Union européenne y souligne ainsi qu'il est « essentiel d'opérer une distinction entre les créations humaines assistées par l'IA et les créations autonomes de l'IA ». Si le Parlement reconnaît ainsi la possibilité de créations créées de manière purement autonome par une intelligence artificielle, il souligne que bien que ces

œuvres posent de nouvelles difficultés réglementaires en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle, tel n'est pas le cas des créations humaines assistées par l'IA, au sujet desquelles

la résolution précise que « Lorsque l'IA est utilisée uniquement comme outil pour aider un auteur dans son processus de création, le cadre actuel sur le droit d'auteur reste applicable ».

8 - Reste à déterminer de quelle manière l'outil numérique ChatGPT sera appréhendé par les législateurs interne et européen. En effet, la question de savoir si les œuvres générées par ChatGPT seront considérées comme des créations produites par l'IA de manière autonome, ou des œuvres créées par des êtres humains avec la simple assistance d'une intelligence artificielle, demeure incertaine.

S'il n'est pas exclu que les contenus ainsi générés par l'IA soient perçus comme des créations autonomes de ChatGPT, il convient toutefois de souligner que ces créations supposent une requête en amont de la part de l'utilisateur, dont il peut être considéré qu'il procède à des choix créatifs et participe pleinement au processus de production de l'œuvre. En ce sens, les productions générées par ChatGPT pourraient bénéficier d'une protection sur le fondement du droit d'auteur, notamment à raison de l'empreinte créative de l'être humain dans le processus de création de ces œuvres.

2. La protection des droits antérieurs au titre des atteintes portées par les contenus générés par ChatGPT

A. - Le cas des œuvres composites

9 - L'essor de ChatGPT pose la question de savoir de quelle manière pourront être protégées les œuvres préexistantes à partir desquelles l'intelligence artificielle se nourrit afin de générer sa création. Les productions créées par l'IA constituent des œuvres composites, tirées d'une pluralité d'œuvres antérieurement créées. En effet, l'intelligence artificielle est étroitement liée aux procédés de *Machine learning* et de *Deep learning*, lesquels constituent des techniques permettant à un algorithme de reproduire le fonctionnement du cerveau humain en vue d'enrichir perpétuellement ses connaissances. Cette faculté d'auto-apprentissage conduit inexorablement à un accroissement considérable des données desquelles se nourrit cette intelligence artificielle, qui sont susceptibles de faire l'objet d'une protection au titre du droit d'auteur.

En pareille hypothèse, le développement automatique des données emmagasinées par l'intelligence artificielle pourrait conduire à une dilution des sources utilisées, rendant ainsi la preuve de la titularité des droits antérieures potentiellement exploités sans autorisation, nettement plus complexe à établir.

9 JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1164 : Objet du droit d'auteur. - Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2), 26 mai 2020, par Y. Gaubiac.

10 JCl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 1164 : Objet du droit d'auteur. - Intelligence artificielle et création artistique (CPI, art. L. 112-2), 26 mai 2020, par Y. Gaubiac.

11 PE, Résolution, 20 oct. 2020, contenant des recommandations à la Commission sur la législation relative aux services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique (2020/2018 (INL)).

10 - Il faut aussi rebattre les cartes de ce que nous connaissons d'ores et déjà comme « œuvre composite » puisque désormais l'intelligence artificielle, agissant sur commande de son utilisateur, pourra développer une œuvre si singulière à partir d'une œuvre préexistante, que l'identification de cette dernière sera beaucoup plus difficile à démontrer. La preuve de la reproduction ou l'imitation par l'intelligence artificielle d'une œuvre préexistante protégée devient alors bien plus ardue, en ce que celle-ci se retrouve incorporée à un contenu nouveau, complexe et hétérogène. Un tel constat est valable pour ChatGPT, dont l'accroissement de la base de données conduit à la production d'œuvres composites, si bien que l'exercice d'une action par un auteur dont les droits auraient été violés semble particulièrement complexe.

Il en est par ailleurs de même du service *Image Creator*, déployé par Microsoft, qui constitue quant à lui un générateur d'images fondé sur l'intelligence artificielle. Il permet à l'utilisateur de former une requête à l'écrit et d'obtenir, à partir de cette requête, la création d'une image. De la même manière que ChatGPT, l'image ainsi produite est susceptible de porter atteinte aux droits d'auteur d'un tiers, sans toutefois que l'atteinte à ces droits puisse être aisément constatée à raison du caractère composite de l'image générée.

11 - D'aucuns pourraient d'ailleurs considérer qu'une telle violation des droits d'auteur est d'autant plus complexe à sanctionner dans la mesure où l'on pourrait lui opposer l'exception de courte citation. Il résulte en effet de l'article L. 122-5, 3^o, a du Code de la propriété intellectuelle que « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire, sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source, les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées ». Aux termes de ce texte, le législateur entend mettre en place une exception au principe selon lequel la représentation ou la reproduction publique d'une œuvre nécessite le consentement de son auteur.

Il en découle ainsi qu'il est loisible à toute personne de citer une œuvre, à condition d'en préciser la source et l'auteur, et que la divulgation de cette œuvre soit justifiée à raison du caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre secondaire. Or, pour être caractérisée, l'exception de courte citation suppose le respect d'une exigence de brièveté, laquelle implique que la divulgation ne porte que sur une fraction partielle de l'œuvre, dont le caractère succinct fait l'objet d'une appréciation par le juge. C'est en ce sens que le contrefacteur pourrait faire valoir que la reproduction fragmentaire, par une intelligence artificielle, d'une œuvre préexistante qui serait incorporée au contenu ainsi généré ne saurait être sanctionnée sur le fondement du droit d'auteur, quand bien même l'auteur de l'œuvre originale n'y ait pas donné son accord.

12 - Toutefois, à bien y considérer, un tel fondement apparaît inapplicable aux hypothèses de reproduction ou de représen-

tation partielle d'une œuvre originale par une intelligence artificielle. En premier lieu, il nous faut rappeler que l'exception de courte citation ne trouve pas à s'appliquer aux œuvres plastiques ou graphiques. La jurisprudence a ainsi retenu, par un arrêt en date du 7 novembre 2006 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation, s'agissant d'une photographie sous forme de vignette, que « La reproduction intégrale d'une œuvre, quel que soit son format, ne peut s'analyser en une courte citation »¹².

Bien que cette solution se fonde en partie sur le caractère intégral de la reproduction de l'œuvre, une partie importante de la doctrine l'analyse comme un refus du juge d'admettre la courte citation d'une œuvre visuelle. Tel est par exemple le cas de Patrick Tafforeau qui tire de cet arrêt que « la Cour de cassation refuse la citation d'une œuvre des arts plastiques ou graphiques »¹³. Il en résulte que la reproduction ou la représentation d'une œuvre picturale ou graphique, préexistante au sein d'une œuvre secondaire produite par un générateur d'images à l'instar de *Image Creator*, ne saurait être soumise à l'exception de courte citation, laquelle ne trouve pas à s'appliquer à des œuvres d'une telle nature.

13 - Si cette solution fait autorité en jurisprudence, il appartient toutefois au juge de préciser si une même solution est applicable lorsqu'une œuvre graphique ou plastique n'est que partiellement reproduite ou représentée, à l'instar de l'hypothèse où *Image creator* génère une image en se fondant sur une pluralité d'œuvres protégées antérieurement créées. À notre sens, et quelle que soit la nature de l'œuvre citée, le moyen tiré de l'exception de courte citation apparaît parfaitement inopérant en ce qu'il ne fait nullement obstacle à la sanction, sur le fondement du droit d'auteur, de celui qui copie ou représente une œuvre protégée sans en avoir reçu l'autorisation.

Outre les exigences posées par l'article L. 122-5, 3^o, a, du Code de la propriété intellectuelle, il ressort en effet de la jurisprudence que l'exception ne joue qu'à la condition que la courte citation ait une visée illustrative. Le tribunal judiciaire de Paris a ainsi retenu que « ce que la loi autorise, ce n'est pas le recueil de citations, sous la condition que celles-ci seraient accompagnées d'un commentaire, mais au contraire l'illustration par des citations, justifiées par leur incorporation dans l'œuvre existante »¹⁴. Or, il est parfaitement légitime de douter du caractère illustratif de la reproduction ou de la représentation d'une œuvre préexistante par une intelligence artificielle lors de la production d'un contenu nouveau. En effet, lorsqu'une intelligence artificielle génère une œuvre et qu'elle emprunte pour ce faire des fragments d'autres œuvres préexistantes et protégées, il ne saurait

12 Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 2006, n^o 05-17.165, SA 1633 c/ Sté SCPE : *JurisData* n^o 2006-035761.

13 JCl. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1417 : *Droits voisins du droit d'auteur - Exceptions aux droits voisins*, 6 janv. 2020, par P. Tafforeau.

14 TGI Paris, 3^e ch., 6 juill. 1972, *De Gaulle* : RIDA 1973, n^o LXXV, p. 157.

Le développement des technologies fondées sur l'IA suppose également de s'interroger quant aux conséquences d'une telle évolution en matière de concurrence déloyale et de parasitisme

être considéré que les œuvres citées l'ont nécessairement été à des fins illustratives.

14 - Un tel fait n'est certes pas exclu, mais n'est en aucun cas systématique, dans la mesure où l'intelligence artificielle se nourrit d'œuvres originales afin de faire naître une création, et que les contenus puisés ne constituent pas seulement pour elle de simples illustrations, mais de véritables sources sans lesquelles l'œuvre générée serait dépourvue de tout contenu. Cette hypothèse semble d'autant moins probable qu'au regard de la jurisprudence, il a été jugé que l'exception de courte citation ne saurait jouer licitement « *lorsque l'ouvrage est composé de citations dans sa presque totalité. Il importe peut également que les citations étant empruntées à plusieurs ouvrages antérieurs de différents auteurs, les emprunts faits à chacun desdits ouvrages soient faibles, dès lors que c'est un ensemble d'ouvrages qui a été pillé et que l'ouvrage est constitué de citations dans sa totalité* »¹⁵. Appliquée au contenu généré par une intelligence artificielle, cette jurisprudence exclurait ainsi l'application de l'exception de courte citation à l'œuvre composite produite à partir de plusieurs œuvres originales préexistantes distinctes les unes des autres. Il serait donc tout à fait possible d'envisager le cas de la production par une intelligence artificielle d'une œuvre qui serait composée pour la majorité de citations d'œuvres originales, dans la mesure où l'intelligence artificielle tire sa capacité créatrice de bases de données constituées de contenus préexistants.

15 - Par ailleurs, une seconde limite s'opposerait à l'application de cette exception : celle du sacro-saint droit moral de l'auteur, caractéristique la plus emblématique de notre droit d'auteur français, gravée dans le marbre du Code de la propriété intellectuelle à l'article L. 121-1, alinéa 1 : « *L'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* ». Or, une telle exigence s'applique également à la mise en œuvre de l'exception de courte citation. Une partie de la doctrine estime d'ailleurs que l'obligation d'indiquer le nom de l'auteur et la source, tel qu'en dispose l'article L. 122-5, 3^o du Code de la propriété intellectuelle, n'est rien d'autre qu'une exigence de respect du droit moral de l'auteur¹⁶.

16 - Ainsi, et quand bien même l'exception de courte citation serait admise s'agissant des contenus générés par une intelligence artificielle, encore faudrait-il que l'œuvre secondaire ne soit pas considérée comme une dénaturation de l'œuvre originale. En ce sens que l'exception de courte citation paraît difficilement

applicable dès lors que les contenus produits par des services tels que ChatGPT ou *Image Creator*, à raison de leur caractère fragmentaire et de leur recours à une multiplicité de sources, semblent susceptibles de porter atteinte au droit au respect dont jouit l'auteur tant quant à l'esprit qu'à la forme de son œuvre.

Le caractère complexe et composite du contenu généré par ChatGPT ou par *Image Creator* ne saurait en principe

bénéficier de l'exception de courte citation, si bien que l'auteur dont les droits se verraient violés par une création ainsi générée pourrait agir en vue de protéger le droit moral dont il est titulaire sur son œuvre.

B. - Les fondements possibles de l'action de l'auteur dont les droits ont été violés par la réalisation de contenus créés via une IA

1^o La contrefaçon

17 - Il convient de s'interroger quant à la possibilité d'agir en contrefaçon contre un contenu généré par une intelligence artificielle en violation des droits de l'auteur d'une œuvre préexistante. Aux termes de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, « *Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite* ». En outre, l'article L. 335-2 du même code définit la contrefaçon comme un délit, constitué par « *Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs* ».

À l'aune de ces dispositions bien connues des praticiens chevronnés de la propriété intellectuelle, il est loisible de penser que le contenu généré par une intelligence artificielle comportant une reproduction partielle ou intégrale de l'œuvre antérieure créée par un tiers, au mépris de ses droits de la propriété intellectuelle, constituerait une contrefaçon. Il est d'ailleurs de jurisprudence constante que « *la contrefaçon étant indépendante de tout changement de support, de matière ou de destination, l'objection tirée de la différence dans la forme des peaux ou de leur destination est inopérante pour écarter le grief invoqué* »¹⁷. Le simple fait que l'œuvre originale ait eu un support physique et que l'œuvre secondairement créée ne soit divulguée que par

15 TGI Paris, 24 janv. 1969 : D. 1969, Somm., p. 70.

16 P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, n^o 351, p. 385.

17 JCl. *Dessin et modèle*, fasc. 3420 : *Contrefaçon - Conditions matérielles de réalisation*, 1^{er} mai 2020, par P. Greffe : sur TGI Paris, 22 mai 1981 : PIBD 1981, III, p. 275.

le biais d'un support numérique n'est donc en rien de nature à écarter la contrefaçon.

Les dispositions relatives à la contrefaçon ont donc sans doute vocation à s'appliquer à un tel cas.

2° La concurrence déloyale et le parasitisme

18 - Le développement des technologies fondées sur l'intelligence artificielle suppose également de s'interroger quant aux conséquences d'une telle évolution en matière de concurrence déloyale et de parasitisme. Il convient en effet de s'intéresser aux hypothèses où les services numériques dont le fonctionnement repose sur l'intelligence artificielle seraient utilisés à des fins déloyales, en violation des droits d'un auteur.

L'usage de l'IA en vue de reproduire ou de représenter l'œuvre d'un tiers et de la faire passer pour sienne est un risque important à considérer et impose de protéger valablement les droits des auteurs d'œuvres dont le contenu serait ainsi reproduit. Tout utilisateur de ChatGPT pourrait en effet adresser au service une requête destinée à tirer un profit d'une œuvre préexistante en en demandant la duplication ou la modification, entraînant ainsi une nuisance à l'auteur de ladite œuvre. Il en est d'ailleurs de même pour *Image Creator*, à qui les utilisateurs peuvent parfaitement demander de reproduire une image protégée, d'une manière qui serait contraire aux usages du commerce.

19 - De tels faits constitueraient manifestement des actes de parasitisme, dans la mesure où l'utilisateur tendrait ainsi à bénéficier, au détriment de l'auteur d'une œuvre, des compétences, du travail et du savoir-faire déployé par ce dernier. Sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile pour faute prévue à l'article 1240 du Code civil, la concurrence déloyale permettrait ainsi à l'auteur dont l'œuvre a été utilisée dans le processus de création du contenu généré par une IA de réagir au trouble commercial qu'il a subi.

De plus, le caractère parasite des manœuvres de l'utilisateur en cause n'est en aucun cas affecté par le fait que l'auteur de l'œuvre originale ne soit pas un concurrent de l'utilisateur. La Cour de cassation estime en effet que « les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 [ancien] du Code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence »¹⁸. L'absence d'une telle exigence rend ainsi l'exercice de cette action bien plus aisé, dans la mesure où il n'est pas nécessaire que les auteurs des deux œuvres soient dans une situation de concurrence, potentiellement difficile à établir notamment en matière de droits d'auteur, pour qu'il y ait parasitisme.

20 - Encore faut-il prouver l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le trouble subi. Si la preuve de l'existence d'un dommage, et par suite d'un lien

de causalité ne cause pas grande difficulté, la qualification de la faute de l'auteur d'actes parasitaires mérite davantage d'attention. En réalité, la conception large qu'a la jurisprudence de la faute commise par l'auteur des actes de concurrence déloyale et de parasitisme laisse peu de doute quant à la possibilité d'agir sur ce fondement à l'encontre de l'utilisateur de l'IA dont la requête porterait atteinte à des droits d'auteur.

Définie par la doctrine comme le fait de tirer profit du fait de « vivre en parasite dans le sillage » d'un tiers¹⁹, la notion de faute fait l'objet d'une interprétation souple par la jurisprudence. Loin d'exiger l'existence d'une confusion entre les deux œuvres, la jurisprudence admet notamment que la faute nécessaire à la reconnaissance d'actes de parasitisme soit caractérisée en cas d'accapement du travail d'autrui. Une partie de la doctrine met ainsi l'accent sur ce fait, en soulignant que « l'exploitation du travail d'autrui, sans autorisation et, partant sans rémunération, peut constituer un acte de parasitisme »²⁰. Une telle qualification concerne à n'en pas douter hypothèse d'une violation des droits d'auteur sur une œuvre.

Il s'en déduit que l'utilisateur d'un service dont le fonctionnement repose sur l'intelligence artificielle pourrait se voir condamné au paiement de dommages-intérêts sur le fondement du parasitisme, à raison de l'accapement du savoir-faire et du travail d'un auteur.

21 - L'action en concurrence déloyale et en parasitisme apparaît ainsi tout à fait adaptée à la sanction des actes déloyaux dont pourraient se rendre coupables les utilisateurs de services à l'instar de ChatGPT, ou d'*Image Creator*. Il convient toutefois de préciser que certains auteurs s'interrogent quant à la potentielle nécessité de faire évoluer le droit de la concurrence afin qu'il se conforme mieux aux enjeux nouveaux auxquels il est aujourd'hui confronté en raison de l'émergence de l'intelligence artificielle. À titre d'exemple, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a publié, le 21 mai 2020, un « Dialogue de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et l'intelligence artificielle », dans lequel elle s'interroge sur l'efficacité des lois relatives à la concurrence déloyale actuellement en vigueur à protéger les données, en se demandant si la politique en matière de propriété intellectuelle ne devrait pas envisager la création de nouveaux droits relatifs aux données (Question 11, i)²¹. Elle pose également la question de savoir si « l'utilisation de l'intelligence artificielle pose des problèmes de concurrence déloyale » (Question 13, 39, vi.).

19 M. Y. Saint-Gal, *Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale* : Revue internationale de droit comparé, janv.-mars 1961, vol. 13 n° 1.

20 JCl. *Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 132-30 : Droit à réparation Concurrence déloyale - Applications pratiques : confusion et parasitisme, 3 févr. 2006, par G. Courtieu.

21 Dialogue de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et l'intelligence artificielle, 2^e session, 21 mai 2020 ; doc. de synthèse révisé sur les politiques en matière de PI et l'IA établi par le secrétariat de l'OMPI.

18 Cass. com., 30 janv. 1996, n° 94-15.725, P+B : JurisData n° 1996-000294 : D. 1996, IR, p. 63.

Il apparaît peu probable à ce jour que ChatGPT se voit imposer les obligations incombant aux services d'hébergement

En tout état de cause, s'il est légitime de s'interroger quant à l'adaptation de notre droit aux enjeux nouveaux posés par l'IA et si cette question appelle à être tranchée, l'auteur dont les droits ont été violés par l'utilisateur d'un service fondé sur les technologies de l'intelligence artificielle devrait, selon toute probabilité, pouvoir agir sur le fondement de la concurrence déloyale et du parasitisme.

3° La responsabilité de l'utilisateur du service

22 - Il convient toutefois de souligner que la responsabilité de ChatGPT ou d'*Image Creator*, dans l'hypothèse d'une action sur le fondement de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale relative à un contenu produit par cette IA apparaît réduite. La création par ChatGPT d'un contenu n'a lieu qu'à la requête d'un utilisateur, lequel engage ainsi sa responsabilité, sans que ChatGPT n'ait à s'en inquiéter. OpenAI, l'entreprise à l'origine de ChatGPT, précise à cet égard dans ses conditions générales d'utilisation, que « l'utilisateur est responsable du contenu produit, y compris pour s'assurer qu'il ne viole aucune loi applicable, ni les conditions générales d'utilisation », étant précisé que le « contenu » désigne à la fois la requête formulée par l'utilisateur, c'est-à-dire l'*input*, et le contenu généré par les services ChatGPT à partir de cette requête, c'est-à-dire l'*output*²². À cet égard, les conditions précisent également que l'utilisateur ne saurait « utiliser les services proposés d'une manière qui enfreint, détourne ou viole les droits de toute personne »²³.

23 - Ce faisant, OpenAI vise notamment les hypothèses où la production d'une œuvre par l'IA violerait les droits de propriété intellectuelle d'un tiers. Il en ressort que le contenu ainsi généré sera contraire à la loi et aux conditions générales d'utilisation de ChatGPT, et que l'utilisateur à l'origine d'un tel contenu en sera l'unique responsable. Les conditions générales d'utilisation confirment d'ailleurs cela en prenant soin de préciser que dans le cas où un tiers estimerait que ses droits de propriété intellectuelle ont été enfreints, OpenAI pourra « supprimer ou désactiver le contenu dont il est prétendu qu'il viole un droit et résilier les comptes des contrevenants récidivistes »²⁴. OpenAI ne fait alors aucune mention de sa propre responsabilité, et se contente d'évoquer les sanctions éventuelles qu'elle s'attachera à prononcer à l'encontre des utilisateurs responsables du contenu litigieux. Dans sa politique de partage et de publication, OpenAI réaffirme d'ailleurs l'interdiction pour l'utilisateur de publier des créations qui violeraient la politique de contenu, au sein de laquelle figurent les règles précédemment évoquées, ou

qui seraient susceptibles d'offenser des tiers²⁵. Il en résulte que ChatGPT ne saurait engager sa responsabilité lorsqu'il génère un contenu en violation des droits d'auteur d'un tiers, dans

la mesure où seul l'utilisateur est responsable aussi bien de sa requête que du contenu généré par l'IA à partir de cette requête.

24 - De la même manière, Microsoft a précisé dans les conditions d'utilisation d'*Image creator*, qu'il appartient à l'utilisateur d'« utiliser les services en ligne et les créations générées uniquement (i) de manière licite et en conformité avec toutes les lois applicables ; (ii) conformément au présent contrat, au Code de conduite, au contrat de services Microsoft ou à toute autre documentation Microsoft relative aux services en ligne ; et (iii) d'une manière qui n'enfreint pas ou ne tente pas d'enfreindre, de détourner ou autrement violer l'un de nos droits ou ceux de toute autre personne ou entité »²⁶.

Les conditions ajoutent que l'utilisateur « s'engage à indemniser et à dégager de toute responsabilité Microsoft, ses sociétés affiliées, ses employés et tout autre agent en cas de réclamation, de perte et de frais (y compris les honoraires d'avocat) découlant de [son] utilisation des services en ligne, y compris [son] utilisation ultérieure de tout contenu provenant des services en ligne et [sa] violation des présentes conditions, du contrat de services Microsoft, du Code de conduite et de la loi applicable »²⁷. L'utilisateur d'*Image creator* est ainsi responsable en cas de violation des droits d'autrui, tel le cas où il porte atteinte aux droits de l'auteur d'une preuve préexistante.

C'est donc l'utilisateur du service qui sera susceptible de voir sa responsabilité engagée, ou contre lequel pourra être invoquée tant la contrefaçon que la concurrence déloyale dès lors que les plateformes précitées ne sont que d'humbles fournisseurs de moyens...

4° ChatGPT - *Image Creator*: de futurs hébergeurs ?

25 - L'on est toutefois fondé à se demander si la qualité d'hébergeur ne pourrait pas être reconnue à ChatGPT ou *Image creator*, afin que les obligations incombant à ceux-ci en vertu du *Digital Services Act*, règlement adopté par le Conseil de l'Union européenne le 19 octobre 2022²⁸, lui soient applicables. Les services d'hébergement y sont définis comme « des services consistant à stocker des informations fournies par un bénéficiaire du ser-

22 Terms of use OpenAI, art. 3, a.

23 Terms of use OpenAI, art. 2, c.

24 Terms of use OpenAI, art. 3, d.

25 Sharing and publication policy.

26 Conditions d'utilisation Bing Expériences conversationnelles et Bing Image Creator, art. 3.

27 Conditions d'utilisation Bing Expériences conversationnelles et Bing Image Creator, art. 9.

28 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/2065, 19 oct. 2022, relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques).

vice, à la demande de ce dernier »²⁹. Ceux-ci sont tenus à une quantité d'obligations nouvelles, destinées à accroître le contrôle et la lutte contre les contenus illicites en ligne.

Ainsi, il leur appartient par exemple d'établir des mécanismes en vue de permettre à toute personne de signaler la présence au sein d'un service d'hébergement, de contenus considérés comme illicites³⁰, ou d'informer le bénéficiaire du service ayant transmis des informations considérées comme illicites de la décision de retirer ces informations ou d'empêcher l'accès à celles-ci, et de la raison qui préside à cette décision³¹. Les plateformes d'hébergement en ligne se doivent également, à titre d'exemple, de suspendre la fourniture de leurs services aux bénéficiaires qui fournissent fréquemment des contenus manifestement illicites, après avoir émis un avertissement préalable³².

Les très grandes plateformes d'hébergement en ligne se doivent quant à elles, par exemple, de recenser, analyser et évaluer tout risque systémique trouvant son origine dans le fonctionnement et l'utilisation faite de leurs services au sein de l'Union, qu'il s'agisse de la diffusion de contenus illicites par le biais de leurs services, d'une atteinte à l'exercice de droits fondamentaux, ou de la manipulation intentionnelle de leur service³³.

26 - Dans ce cas, de telles plateformes verraient l'exécution de ces obligations surveillées de près par les autorités européennes, lesquelles pourraient le cas échéant mettre en place les mesures nécessaires ou prononcer des sanctions à son encontre. Elles se verraient donc grandement responsabilisées en ce qu'elles seraient contraintes de respecter de nouvelles normes destinées à garantir une meilleure modération et un contrôle plus efficace des contenus fournis. En matière de droit d'auteur, le service serait donc tenu d'assurer une surveillance accrue des contenus potentiellement attentatoires aux droits antérieurs des tiers auteurs d'œuvres préexistantes.

La reconnaissance d'une telle qualité à ce type de plateforme pose toutefois question, dans la mesure où l'on peut se demander si les services proposés consistent réellement « à stocker des informations fournies par un bénéficiaire du service, à la demande de ce dernier ». En effet, bien que les contenus produits par le service le soient à la requête de l'utilisateur, il ne va pas de soi que les informations ainsi générées ont été « fournies » par celui-ci, dans le sens où ChatGPT puise ses connaissances d'une base de données

qui lui permet de fonctionner mais qui ne lui est pas, à proprement parler, fournie par l'utilisateur. En outre, le service proposé par ChatGPT consiste davantage en un modèle d'interactions et de dialogue avec l'utilisateur dont il s'agit de répondre aux requêtes, qu'en un service destiné à « stocker des informations », tel un service d'hébergement. Si la question mérite d'être tranchée, il apparaît peu probable à ce jour que ChatGPT se voit imposer les obligations incombant aux services d'hébergement. Une telle qualité devrait selon toutes probabilités également être refusée à *Image Creator*, pour les mêmes motifs.

27 - Reste tout de même la question de la responsabilité de ChatGPT s'agissant non pas des contenus générés suite à la requête d'un utilisateur, mais de l'atteinte constituée par la reproduction ou la représentation de créations antérieures au sein de la base de données permettant à ChatGPT de fonctionner, préalablement à la création de tout contenu. L'utilisateur n'est alors pas encore intervenu à la création, et ne saurait donc voir sa responsabilité engagée pour ces faits. Seul ChatGPT serait donc susceptible de répondre de tels actes, en cas d'action en justice à raison de l'intégration dans la base de données depuis laquelle puise ChatGPT, de contenus protégés par le droit d'auteur. Si aucune disposition ne prévoit explicitement la possibilité pour un auteur d'agir à l'encontre de ChatGPT dans de telles circonstances, la publication par la Commission européenne le 28 septembre dernier d'une proposition de directive relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle³⁴ laisse à penser que de nouvelles réglementations permettront bientôt de répondre à ces problématiques. Cette proposition vise à régir les dommages causés par l'intelligence artificielle au travers de règles favorables à la victime, laquelle bénéficie notamment de facilités de preuve.

28 - Il apparaît donc probable que la rédaction de ce texte, destiné à encadrer les règles de responsabilité en cas de dommages causés par une intelligence artificielle, conduise à préciser plus en détail les conditions dans lesquelles ChatGPT et *Image Creator* pourront voir leur responsabilité engagée à raison de la reproduction de créations antérieures dans leurs bases de données, ou même de la production par eux de contenus attentatoires aux droits d'auteur. ■

29 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/2065, 19 oct. 2022, préc., art. 2, f.

30 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/2065, 19 oct. 2022, préc., art. 14.

31 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/2065, 19 oct. 2022, préc., art. 15.

32 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/2065, 19 oct. 2022, préc., art. 20.

33 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 2022/2065, 19 oct. 2022, préc., art. 26.

34 PE et Cons. UE, prop. dir. relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'IA (directive sur la responsabilité en matière d'IA), 28 sept. 2022.