

Vincent Salvadé

Comment licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes pour entraîner l'intelligence artificielle?

Il existe de nombreuses études sur les rapports entre le droit d'auteur et l'intelligence artificielle (IA). Elles concernent souvent les possibilités de protection de l'«output» ou la question de savoir si l'entraînement de l'IA grâce à des contenus protégés nécessite des autorisations de la part des titulaires de droits. En droit suisse, la réponse donnée à cette dernière question est généralement affirmative. L'article qui suit s'intéresse par conséquent aux instruments juridiques envisageables pour licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes à des fins d'entraînement de l'IA.

Es gibt zahlreiche Studien zum Verhältnis zwischen Urheberrecht und künstlicher Intelligenz (KI). Diese betreffen oft die Möglichkeiten für einen Schutz des «Outputs» oder die Frage, ob das Trainieren der KI mit geschützten Inhalten einer Genehmigung durch die Rechtsinhaber bedarf. Im schweizerischen Recht wird diese Frage in der Regel mit Ja beantwortet. Der folgende Artikel befasst sich daher mit den rechtlichen Instrumenten, die in Frage kommen können, um die Nutzung bestehender Werke zum Trainieren der KI zu lizenzieren.

I. Introduction

II. Droit de reproduction en jeu

III. Eventuelles exceptions ou restrictions au droit d'auteur applicables

1. En Suisse
2. En droit européen

IV. Possibilités de licence pour le droit de reproduction

1. Gestion individuelle des droits
2. Gestion collective obligatoire
3. Licence collective étendue

V. Conclusion

I. Introduction

S'il est un sujet d'actualité, c'est bien celui des rapports entre le droit d'auteur et l'intelligence artificielle (IA).¹ Le débat a souvent porté sur la question de l'existence ou non de droits d'auteur sur une création de l'IA, cas échéant sur la titularité de ces droits.² Mais si l'IA peut générer des contenus, c'est parce qu'elle est approvisionnée par quantité d'œuvres préexistantes. Plus simplement dit, l'IA doit être «entraînée» au moyen d'œuvres préexistantes.

Par conséquent, la protection éventuelle du résultat généré par l'IA («output») n'est pas la seule question qui se pose sous l'angle du droit d'auteur. Il faut aussi examiner la situation concernant l'utilisation d'œuvres protégées pré-

existantes pour entraîner une IA générative telle que ChatGPT ou Midjourney («input»)³.

La présente contribution se concentrera sur ce deuxième type de questions, plus particulièrement sur les instruments envisageables pour licencier une telle utilisation. Préalablement, il conviendra cependant de démontrer que de telles licences sont nécessaires, parce que le droit de reproduction est en jeu et parce que d'éventuelles exceptions

- 1 Ainsi, dans ses lettres du 24 mai 2023 ouvrant la procédure de consultation 2022/52 concernant un droit à rémunération en faveur des entreprises de médias et des journalistes pour l'utilisation de leurs publications par les grands services en ligne, le DFJP a posé certaines questions de principe concernant l'IA: <https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2022/52/cons_1>, tous les liens consultés le 18 décembre 2023. Le sujet fait aussi l'objet de nombreuses publications et est régulièrement débattu lors de colloques (notamment lors du 19^{ème} colloque sur le droit d'auteur du Forum Suisse pour le Droit de la Communication SF-FS: <www.sf-fs.ch/fileadmin/user_upload/SF-FS_Tagungsunterlagen_19_Urheberrechtstagung.pdf>).
- 2 Voir notamment: A. GUADAMUZ, L'intelligence artificielle et le droit d'auteur, OMPI Magazine 2017, 14 ss ou B. JEULIN, «Prompt art», intelligence artificielle et droit d'auteur: guide pratique, disponible sur <www.village-justice.com/articles/prompt-art-intelligence-artificielle-droit-auteur-guide-pratique,43649.html>. En Suisse, on considère qu'une création entièrement réalisée par une IA générative n'est pas protégée par le droit d'auteur: voir S. KONRAD/P. STUDER, Intelligence artificielle: les outils d'IA sont-ils susceptibles de porter atteinte au droit d'auteur?, disponible sur <www.ige.ch/fr/blog/articles-du-blog/kuenstliche-intelligenz-koennen-ki-tools-urheberrecht-verletzen>. Cet avis se justifie pour deux raisons: premièrement, la LDA protège l'auteur, qui est défini comme la *personne physique* ayant créé l'œuvre (art. 6 LDA); deuxièmement, l'objet du droit d'auteur (l'œuvre au sens de l'art. 2 LDA) doit être une création de l'esprit, c'est-à-dire l'expression de la pensée humaine (ATF 130 III 72 ss; D. BARRELET/W. EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4^{ème} éd., Berne 2021, LDA 2 N 8).
- 3 Sur la question, voir S. MARMY-BRÄNDLI/I. OEHRI, Das Training Künstlicher Intelligenz. Eine urheberrechtliche Tour d'Horizon, sic! 2023, 655 ff.

VINCENT SALVADÉ, Deputy CEO de SUISA, professeur titulaire à l'Université de Neuchâtel.

ou restrictions au droit d'auteur seront rarement applicables, du moins en Suisse.

II. Droit de reproduction en jeu

Au niveau international, la question de savoir si l'utilisation d'œuvres préexistantes à des fins d'entraînement d'une IA tombe sous le coup du droit d'auteur est encore incertaine. Elle fait l'objet de plusieurs procédures judiciaires aux Etats-Unis, encore pendantes à l'heure actuelle.⁴ En Suisse, on doit se demander si une telle utilisation met en jeu certains des droits patrimoniaux définis par l'art. 10 LDA, ou s'il s'agit au contraire d'un simple acte de jouissance ou de consommation échappant au monopole de l'auteur.⁵

Techniquement, l'utilisation d'œuvres préexistantes pour l'«input» implique un certain nombre de reproductions: «entraîner un algorithme requiert un nombre considérable de données proposées sous la forme de data sets qui servent de matériel d'apprentissage [...]. Les données sont copiées (reproduites) dans le système. L'algorithme les analyse et s'en sert pour apprendre et produire sur cette base des modèles qui seront ensuite utilisés pour générer de nouveaux résultats».⁶

Les copies peuvent être durables, lorsqu'elles sont réalisées pour un jeu de données («data set») tel que Laion 5B.⁷ Mais il est aussi possible que des copies transitoires des œuvres fournies à l'IA pour son entraînement doivent être effectuées, dans le cadre du traitement technique.⁸

En Suisse, le droit de reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 lit. a LDA est très large: il couvre le droit d'incorporer des exemplaires de l'œuvre de quelque manière que ce soit dans un matériel durable.⁹ Dans le domaine informatique, il englobe le chargement sur le disque de travail ou les appels sur écran, même s'ils sont temporaires.¹⁰ La reproduction dans la mémoire d'un ordinateur ou le chargement de l'œuvre sur un serveur tombe sous le coup du droit de reproduction, même si un seul exemplaire est confectionné.¹¹ Il paraît donc clair que les copies effectuées dans le cadre du processus de création par l'IA mettent en jeu le droit de l'art. 10 al. 2 lit. a LDA. Ainsi, la question n'est pas tant de savoir si l'utilisation d'œuvres préexistantes pour l'«input» est un simple acte de jouissance ou de consommation de l'œuvre;¹² il faut plutôt se demander si une ou plusieurs des exceptions ou restrictions légales au droit d'auteur pourraient trouver application.

C'est ce que nous examinerons ci-dessous.

III. Eventuelles exceptions ou restrictions au droit d'auteur applicables

1. En Suisse

La première exception à laquelle on peut penser est celle de l'art. 24d LDA, concernant le «text and data mining». Celui-ci est «une méthode scientifique qui a recours à des procédés analytiques utilisant des algorithmes dans le but d'explorer des données volumineuses peu ou pas structurées et de trouver des motifs, par exemple, pour développer de nouvelles thèses scientifiques ou

vérifier des thèses existantes [...]. Il implique généralement la confection de copies des œuvres utilisées».¹³ L'entraînement de l'IA a justement pour corollaire une telle fouille de données, si bien que la question de l'application de l'art. 24d LDA se pose.

Pourtant, cette disposition est claire: c'est la reproduction «à des fins de recherche scientifique» qui est autorisée.¹⁴ D'après l'intention du législateur, l'exception au droit d'auteur est justifiée par «la grande importance de la recherche en Suisse».¹⁵ On veut ainsi favoriser l'acquisition de nouvelles connaissances.¹⁶ A l'évidence, un contenu généré par l'IA qui ne fait qu'exposer des connaissances déjà existantes, ou qui a des fins purement esthétiques, distrayantes ou décoratives, n'est pas le résultat d'un procédé de recherche scientifique. S'il est envisageable que l'art. 24d LDA s'applique à certains cas d'entraînement de l'IA, on ne peut donc pas en faire une règle générale.¹⁷ Ces cas devraient même être plutôt rares en pratique.

Quant aux copies transitoires survenant dans le cadre du procédé technique, la question est de savoir si elles échappent au droit exclusif de reproduction sur la base de l'art. 24a LDA. Cette disposition autorise la reproduction provisoire d'une œuvre pour autant qu'elle soit transitoire ou accessoire, qu'elle constitue une partie intégrante et essentielle d'un procédé technique, que son unique finalité soit de permettre une transmission dans un réseau entre

4 B. JEUNIN, Les droits d'auteur et le copyright sont-ils menacés par l'IA?, disponible sur <https://usbeketrica.com/fr/article/les-droits-d-auteur-et-le-copyright-sont-ils-menaces-par-l-ia>. Voir aussi KONRAD/STUDER (n. 2).

5 Cf. BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 10 N 8.

6 A. S. SKREBERS, Intelligence artificielle et droit d'auteur, in: L'entreprise et l'intelligence artificielle, les réponses du droit (A. Mendoza-Caminade, dir.), N 58, disponible sur <https://books.openedition.org/putc/15415>.

7 Il s'agit d'une base de données de 5.6 milliards d'images, utilisée comme outils d'entraînement de l'IA: <www.arielpaper.fr/societe/techno/stable-diffusion-de-stability-ai-un-generateur-d-images-plus-sant-avec-moins-de-limites/#1-laion-5b-une-base-de-donn%C3%A9es-de-56-milliards-d-images-commme-outil-d-entrainement>.

8 J. GIUSTI, L'intelligence artificielle a-t-elle besoin de la propriété intellectuelle?, disponible sur <https://graldinesalord.medium.com/lintelligence-artificielle-a-t-elle-besoin-de-la-propr%C3%A9t%C3%A9-in-tellectuelle-3c89bee3f586>.

9 BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 10 N 16; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (n. 3), 658.

10 Ibidem. Voir aussi F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, N 222, 169–170.

11 I. CHERPILLOD, in: J. de Werra/P. Gilliéron (éd.), Commentaire Romand. Propriété Intellectuelle, Bâle 2013, LDA 10 N 10.

12 On peut d'ailleurs se demander si l'on pourrait vraiment parler de jouissance de l'œuvre s'agissant de l'entraînement d'une machine, puisque ce terme suppose un bénéfice pour l'être humain.

13 Message du CF, FF 2018, 594. Au passage, on remarquera que l'introduction de l'art. 24d LDA n'aurait eu aucun sens si la copie d'œuvres préexistantes à des fins d'analyse par un algorithme (comme c'est le cas dans le processus de création par l'IA) n'avait pas été couverte par le droit exclusif de reproduction.

14 BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 24d N 5; N. TISSOT/D. KRAUS/V. SALVADÉ, Propriété intellectuelle. Marques, brevets, droit d'auteur, Berne 2019, 82.

15 Message du CF, FF 2018, 594; BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 24d N 1.

16 BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 24d N 5.

17 Dans ce sens aussi: MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (n. 3), 662.

tiers par un intermédiaire ou une utilisation licite de l'œuvre, et enfin qu'elle n'ait pas de signification économique indépendante.

Les deux premières conditions pourraient sans doute être réalisées puisqu'il s'agit de copies provisoires rendues nécessaires par un procédé technique. La question est plus délicate pour la troisième condition. Toutefois, si le résultat créé par l'IA ne reprend pas le caractère individuel¹⁸ des œuvres utilisées pour l'entraîner, on peut soutenir que la reproduction de ces dernières permet une «utilisation licite» au sens de la troisième condition: dans ce cas, en effet, la génération d'un «output», qui est la finalité de la copie transitoire, ne viole aucun droit sur les œuvres préexistantes et peut donc, à notre avis, être considérée comme licite.¹⁹ En revanche, nous pensons que les copies provisoires ne satisfont pas à la quatrième condition de l'art. 24a LDA, cela parce qu'elles ont une signification économique indépendante. Cette quatrième condition a pour but de mettre en application le test dit «des trois étapes», prévu par les traités internationaux.²⁰ En vertu de celui-ci, les exceptions au droit de reproduction, notamment, ne doivent causer aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit. D'après le Tribunal fédéral, cela implique une pesée des intérêts de ces derniers et de ceux des personnes utilisant l'œuvre.²¹ Une redevance légale en faveur des ayants droit peut contribuer à assurer un équilibre des intérêts justifiant l'exception.²² Mais ici, il faut se rappeler que l'art. 24a LDA prévoit une restriction au droit de reproduction sans compensation financière pour les ayants droit. Or, dès lors que la copie de leurs œuvres est nécessaire pour que l'IA puisse générer des contenus, pouvant être utilisés commercialement et/ou leur faire concurrence, il est légitime que les ayants droit souhaitent en tirer un revenu ou une compensation financière. Par conséquent, la copie a bien une signification économique pour eux.²³ A notre avis, cela exclut l'application de l'art. 24a LDA.

Enfin, on signalera que la restriction de l'art. 19 al. 1 lit. c LDA, en principe, n'entrera pas en considération. Comme l'ont relevé MARMY-BRÄNDLI/OEHRI avec pertinence, les copies ne sont normalement pas réalisées à des fins d'information interne ou de documentation et, dans le cadre de cette restriction, la reproduction de la totalité ou de l'essentiel d'exemplaires d'œuvres disponibles sur le marché est de toute manière interdite par l'art. 19 al. 3 lit. a LDA.²⁴

En résumé, on doit conclure que les exceptions ou restrictions prévues par la LDA ne suffiront pas pour justifier les copies d'œuvres réalisées dans le cadre de l'«input». Par conséquent, des licences délivrées par voie contractuelle seront nécessaires.

2. En droit européen

En droit européen, le «text and data mining» est certes autorisé à des fins de recherche scientifique²⁵, mais aussi plus largement²⁶. L'exception au droit d'auteur peut donc s'appliquer à la reproduction d'œuvres préexistantes dans le cadre du processus de génération par l'IA, également lorsqu'elle

poursuit d'autres buts que scientifiques, notamment des finalités commerciales non liées à la recherche. Cependant, les ayants droit ont alors une possibilité de s'y opposer: ils peuvent «réservé» l'utilisation de manière appropriée²⁷, c'est-à-dire exercer un droit d'«opt out». Cela implique, notamment, de recourir à des procédés lisibles par machine lorsque les contenus sont mis à la disposition du public en ligne.²⁸ En d'autres termes, les ayants droit devront faire en sorte que leur volonté puisse être mise en œuvre facilement par les services d'IA.

Lorsque ce droit d'«opt-out» est exercé, les ayants droit conservent donc la possibilité de licencier par voie contractuelle l'utilisation de leurs œuvres pour entraîner l'IA, ou de l'interdire.

IV. Possibilités de licence pour le droit de reproduction

Si aucune exception au droit d'auteur n'est applicable ou si (en droit européen) les titulaires des droits se sont réservés l'utilisation, la question se pose de savoir quels moyens sont à privilégier pour permettre un exercice efficace des droits. Il s'agit de trouver le meilleur équilibre possible entre la praticabilité (pour les ayants droit et pour les services d'IA) et la préservation de la nature exclusive du droit d'auteur.

A priori, trois modèles sont envisageables: une gestion individuelle des droits par les ayants droit eux-mêmes, la gestion collective obligatoire et le recours à l'instrument de la licence collective étendue.

1. Gestion individuelle des droits

Une gestion individuelle des droits mis en jeu par l'entraînement de l'IA devrait se heurter à d'importantes difficultés pratiques, en raison du grand nombre d'œuvres et de prestations utilisées. Bien sûr, on ne peut pas exiger d'un service d'IA qu'il contacte les milliards d'ayants droit sur les contenus utilisés comme données d'entraînement. Et s'il passe outre, on peut penser que ces ayants droit, dans la plupart des cas, n'auront pas connaissance de la violation de leurs droits, si bien qu'ils seront dans l'impossibilité d'intervenir.

18 Au sens de l'art. 2 al. 1 LDA.

19 *Contra*: I. CHERPILLOD, Intelligence artificielle et droit d'auteur. Les outils de génération automatisés de textes ou d'images au regard du droit suisse, sic! 2023, 447.

20 P. GILLIÉRON, in: J. de Werra/P. Gilliéron (éd.), Commentaire Romand. Propriété Intellectuelle, Bâle 2013, LDA 24a N 21. Ce test est prévu par l'art. 9 al. 2 de la Convention de Berne, l'art. 13 ADPIC, l'art. 10 WCT, l'art. 16.2 WPPT et l'art. 13.3 du Traité de Beijing.

21 TF du 27 novembre 2014, 4A_585/2014, consid. 3.6.6.

22 Ibidem.

23 Dans le même sens: CHERPILLOD (n. 19), 447; MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (n. 3), 661.

24 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (n. 3), 660.

25 Art. 3 de la Directive 2019/790/EU.

26 Art. 4 de la Directive 2019/790/EU.

27 Art. 4 al. 3 de la Directive 2019/790/LIE.

28 Ibidem.

La loi sur l'IA envisagée en Europe pourrait quelque peu améliorer la situation. Elle prévoit en effet des obligations de transparence pour les IA génératives, impliquant notamment de publier des résumés des données protégées par le droit d'auteur utilisées pour l'entraînement.²⁹ Peut-être que cela sera utile à quelques grandes entreprises, détenant des droits sur des millions d'œuvres, qui auront des moyens suffisants pour étudier ces informations et entamer des négociations contractuelles sur cette base (ou s'opposer à l'utilisation de leur répertoire). Mais, s'agissant des titulaires de droits plus petits, on peut douter que cela suffira pour les rendre efficacement attentifs à l'utilisation de leurs œuvres ou de leurs prestations. Sans compter qu'une telle obligation de transparence, dans le meilleur des cas, ne permettra qu'un règlement des droits *a posteriori*, et non avant l'utilisation comme le voudrait le principe du droit exclusif.³⁰

En définitive, la gestion individuelle ne paraît pas la voie la plus opportune pour assurer un exercice efficace des droits.

2. Gestion collective obligatoire

La gestion collective obligatoire s'impose comme la solution logique lorsqu'une gestion individuelle est difficile ou impossible en raison du grand nombre d'œuvres ou de prestations utilisées. L'idée est d'obliger les ayants droit à passer par l'intermédiaire d'une société de gestion collective pour faire valoir leurs droits, ce qui permettra de centraliser ces derniers et de faciliter l'obtention des licences par les personnes qui en ont besoin.³¹ La gestion collective obligatoire existe en Suisse, par exemple, pour la copie privée³² ou pour la retransmission d'émissions³³. Elle peut concerner des droits exclusifs³⁴ ou de simples droits à rémunération³⁵ (c'est-à-dire les droits d'obtenir une compensation financière en cas de licences légales³⁶).

En Suisse, une telle solution nécessiterait toutefois une modification législative: il faudrait assujettir à la gestion collective obligatoire l'exercice des droits de reproduction mis en jeu par l'«input». Or, il n'est pas certain que les ayants droit soutiennent une telle révision de la loi. Même si la nature exclusive des droits devait subsister³⁷, elle aurait en effet pour conséquence de les dépouiller largement de leur droit de veto. Les sociétés de gestion n'auraient certes pas d'obligation de contracter avec les services d'IA, mais elles ne pourraient exercer un droit d'interdiction que si ces services n'étaient pas disposés à respecter les conditions du tarif et à payer la redevance prévue.³⁸ Or, il nous paraît légitime que les ayants droit puissent aussi s'opposer à l'utilisation de leurs œuvres ou de leurs prestations pour entraîner l'IA. Il n'est pas anodin pour un-e artiste que le résultat de sa créativité soit utilisé par une machine, qui générera d'autres contenus pouvant éventuellement lui faire concurrence. La gestion collective obligatoire, parce qu'elle neutralise ce pouvoir discrétionnaire, n'est donc pas non plus la meilleure solution.

3. Licence collective étendue

La licence collective étendue est une institution connue depuis longtemps dans les pays nordiques, comme le Danemark, la Finlande, la Norvège ou la Suède.³⁹ Elle est aussi prévue par l'art. 12 de la Directive européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique de 2019⁴⁰, et elle a été introduite dans la LDA en Suisse avec la révision de 2020, à l'art. 43a LDA. Grâce à la licence collective étendue, les sociétés de gestion peuvent autoriser globalement certaines utilisations, même pour le compte d'ayants droit qu'elles ne représentent pas sur une base contractuelle.⁴¹ En quelque sorte, avec la licence collective étendue, les sociétés de gestion sont autorisées par la loi à pratiquer la gestion d'affaires sans mandat, prévue en Suisse par les art. 419 ss CO⁴², cela dans l'intérêt des utilisateurs/trices d'œuvres et de prestations protégées et afin d'assurer une rémunération aux titulaires de droits.

D'après l'art. 43a LDA, l'octroi d'une licence collective étendue est subordonné à plusieurs conditions.

a) Grand nombre d'œuvres divulguées ou de prestations protégées

Tout d'abord, l'utilisation à licencier doit porter sur un grand nombre d'œuvres divulguées ou de prestations protégées.

Cette condition du grand nombre sera à l'évidence réalisée dans le cas qui nous intéresse, puisque l'entraînement de l'IA impliquera la reproduction massive d'œuvres et de prestations préexistantes. Le plus souvent, les œuvres auront été «divulguées» au sens de l'art. 9 al. 3 LDA, si bien que cette exigence ne devrait pas être problématique non plus.

29 www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence. A l'heure actuelle, cette notion de «résumés» ne semble pas être expliquée plus en détail.

30 Art. 10 al. 1 LDA.

31 TISSOT/KRAUS/SALVADÉ (n. 14), 55.

32 Art. 20 al. 4 LDA.

33 Art. 22 al. 1 LDA.

34 Voir les cas énumérés à l'art. 40 al. 1 lit. a^{bis} LDA.

35 Cf. art. 40 al. 1 lit. b LDA.

36 Sur les droits à rémunération, voir V. SALVADÉ, Les droits à rémunération instaurés par la loi fédérale sur le droit d'auteur, sic! 1997, 448–457.

37 En d'autres termes si le législateur devait renoncer à instaurer une licence légale doublée d'un simple droit à rémunération.

38 ATF 133 III 568 ss consid. 5.6; BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 44 N 4.

39 Message du CF, FF 2018, 606; C. GASSER/T. BURNENS, in: P. Mosimann (Hg.), Das revidierte Urheberrecht. Die wesentlichen Neuerungen – eine Standortbestimmung, Basel 2020, N 310, 133.

40 Directive 2019/790/EU.

41 R. M. HILTY, Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020, N 769, 318. Sur l'institution, voir W. EGLOFF, Extended Collective Licences – ein Modell auch für die Schweiz?, sic! 2014, 673–674.

42 GASSER/BURNENS (n. 39), N 350, 148.

b) Gestion non soumise à une autorisation de l'IPI

Pour qu'une licence collective étendue soit possible, le domaine de gestion ne doit pas être soumis au régime de l'autorisation visé à l'art. 41 LDA.⁴³ En d'autres termes, l'exercice des droits ne doit pas faire l'objet d'une gestion collective surveillée par la Confédération.⁴⁴ Les cas où le contrôle fédéral s'applique sont indiqués à l'art. 40 LDA, et celui de la reproduction de textes, d'images, de films ou de vidéos n'apparaît pas. Pour ces catégories d'œuvres, une licence collective étendue sera donc possible lorsqu'elles sont reproduites pour entraîner l'IA.

La question est plus délicate pour la musique. D'après l'art. 40 al. 1 lit. a LDA, la gestion des droits exclusifs d'exécution et de diffusion des œuvres musicales non théâtrales est soumise à la surveillance de la Confédération; il en va de même pour la gestion des droits de confection de phonogrammes ou de vidéogrammes de telles œuvres. Le droit de reproduction est donc concerné par la surveillance fédérale, mais uniquement en relation avec la fabrication de phonogrammes ou de vidéogrammes. Ces termes figuraient aussi dans la version initiale de l'art. 20 al. 3 LDA qui, concernant la redevance pour la copie privée, mentionnait les cassettes vierges et les «autres phonogrammes ou vidéogrammes». Lors de la révision de 2008, ils ont toutefois été remplacés, dans le texte français de la disposition légale, par le mot «supports»⁴⁵, qui est plus large et couvre aussi, par exemple, les supports de mémoire numériques.⁴⁶ Pour définir le droit de reproduction, l'art. 10 al. 2 lit. a LDA emploie d'ailleurs l'expression «sous la forme [...] de phonogrammes, de vidéogrammes ou d'autres supports de données», ce qui suggère que n'importe quel support de stockage n'est pas un phonogramme ou un vidéogramme. Une interprétation systématique de l'art. 40 al. 1 lit. a LDA, tenant compte d'autres dispositions de la loi, conduit donc à donner un sens restrictif aux notions de «phonogrammes» et de «vidéogrammes». C'est un premier élément qui parle contre une surveillance fédérale pour la gestion du droit de reproduire des œuvres musicales dans des «data sets», à des fins d'entraînement de l'IA, ou de les stocker transitoirement dans le cadre du processus technique. L'interprétation littérale va d'ailleurs dans le même sens: ces actes ne sont certainement pas englobés par la signification courante que l'on donne à l'expression «confection de phonogrammes ou de vidéogrammes». Enfin, d'un point de vue historique, l'intention du législateur de 1992, lorsqu'il a édicté l'art. 40 LDA, était de soumettre la gestion collective à surveillance «dans la même mesure que précédemment».⁴⁷ Or, à l'époque, on ne parlait pas de reproduction de musique à des fins d'entraînement de l'IA. Le législateur ne peut donc pas avoir eu ce cas en vue, qui n'est comparable en rien à la production de supports physiques connue en 1992 (notamment en raison du grand nombre d'œuvres utilisées et des enjeux pour les titulaires de droits).

Cela nous conduit à admettre que la gestion du droit de reproduire des œuvres musicales non théâtrales pour entraîner une IA générative n'est pas non plus soumise à la sur-

veillance de la Confédération, donc qu'une licence collective étendue est possible.

c) L'exploitation normale des œuvres et prestations n'est pas compromise

Autre condition de la licence collective étendue: l'utilisation licenciée ne devra pas compromettre l'exploitation normale des œuvres ou des prestations protégées.⁴⁸ Les licences collectives étendues visent à permettre l'utilisation d'un grand nombre d'œuvres ou de prestations, dans les cas où des coûts de transaction démesurés ou des difficultés pratiques rendraient impossible l'obtention des autorisations individuelles; en revanche, elles ne doivent pas faire concurrence à l'exploitation individuelle des droits.⁴⁹ Dans le cas qui nous intéresse, une compromission de l'exploitation normale des œuvres et des prestations impliquerait donc qu'il existe un marché entre les ayants droit et les services d'IA: ces derniers auraient dû se développer sur la base de licences accordées par les ayants droit individuellement ou par les sociétés de gestion collective mandatées par les ayants droit sur une base volontaire.⁵⁰ Or, à ce jour, de telles licences sont loin d'être la règle. Nous n'avons connaissance d'aucun cas en Suisse. De par le monde, il semblerait que quelques grands ayants droit aient délivré de telles licences ou soient en négociation avec certains services.⁵¹ Mais ce marché reste inaccessible aux ayants droit de taille moyenne qui, le plus souvent, ignorent si leurs œuvres et prestations sont utilisées à des fins d'entraînement de l'IA.⁵² L'octroi de licences individuelles pour ces actes ne constitue donc en aucun cas une exploitation normale des œuvres et prestations.

Il est clair que la génération de contenus artistiques par une IA représentera souvent une concurrence pour les auteurs/trices et une menace pour leurs intérêts économiques. Mais cela est dû à la commercialisation simultanée de contenus générés par l'IA et d'œuvres créées par des êtres humains. En Suisse en tout cas, la menace ne vient pas d'une perte d'opportunités commerciales due au fait que la licence

43 Art. 43a al. 1 *in fine* LDA.

44 Comme c'est le cas notamment pour la gestion collective obligatoire: Message du CF, FF 2018, 607.

45 Bull. Off. CE 2006, 1204; M. REHBINDER/L. HAAS/K.-P. UHLIG, URG Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, 4. Aufl., Zürich 2022, URG 20 N 6.

46 V. SALVADÉ, Droit d'auteur et technologies de l'information et de la communication, Genève 2015, 117.

47 Message du CF, FF 1989 III 538; BARRELET/EGLOFF (n. 2), LDA 40 N 5. A l'époque, les domaines soumis à la surveillance fédérale étaient définis par l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale concernant la perception de droits d'auteur (LPerc) et par l'art. 1 al. 1 du règlement d'exécution de cette loi.

48 Art. 43a al. 1 lit. a LDA.

49 Message du CF, FF 2018, 608.

50 Ibidem.

51 MARMY-BRÄNDLI/OEHRI (n. 3), 659; A. DEFER, Universal et Warner négocient avec Google sur l'intelligence artificielle générative, disponible sur <www.usine-digitale.fr/article/universal-et-warner-negocient-avec-google-sur-l-intelligence-artificielle-generative.N2160532>.

52 Voir IV. 1) ci-dessus.

collective étendue rendrait sans objet l'octroi de licences individuelle pour l'entraînement de l'IA. A notre avis, la condition de ne pas compromettre l'exploitation normale des œuvres et des prestations, reprise du test des trois étapes⁵³, doit d'ailleurs être interprétée moins restrictivement que pour certaines autres exceptions ou restrictions au droit d'auteur. En effet, en cas de licence collective étendue, les ayants droit bénéficient d'une possibilité d'«opt out», d'après l'art. 43a al. 4 LDA: ils peuvent exclure leurs droits d'une licence déterminée, si les conditions de celles-ci ne leur conviennent pas et s'ils préfèrent autoriser l'utilisation de manière individuelle ou l'interdire. On ne saurait donc soutenir que la licence collective étendue les prive de l'opportunité de gérer eux-mêmes leurs droits. Comme exemples de situations où une telle licence ne serait pas possible, le Message du Conseil fédéral mentionne les services de streaming de musique, de films ou de livres électroniques.⁵⁴ Il s'agit de cas où la gestion individuelle des droits est devenue la règle. Ici, une licence collective étendue pourrait donc conférer un avantage commercial illégitime aux services qui en bénéficient, par rapport à ceux qui ont dû faire l'effort de contacter tous les ayants droit individuellement. La situation est toutefois fondamentalement différente si l'utilisation à licencier ne fait pas encore l'objet d'un marché bien établi entre les ayants droit et les exploitant-e-s concerné-e-s.

Par conséquent, nous estimons qu'une licence collective étendue pour l'entraînement de l'IA ne compromettra pas l'exploitation normale des œuvres et des prestations.

d) Représentativité de la société donneuse de licence

Enfin, dernière condition pour qu'une telle licence soit possible: l'organisme donneur de licence devra bénéficier d'une certaine légitimité. En effet, d'après l'art. 43a al. 1 lit. b LDA, il devra nécessairement représenter un nombre significatif d'ayants droit (sur une base contractuelle) dans le domaine d'application de la licence. Selon le Message, la société donneuse de licence devra avoir des membres actifs dans la caté-

gorie d'œuvres et de prestations concernées, et avoir passé des contrats de représentation réciproque avec des sociétés étrangères dont les membres créent des œuvres et fournissent des prestations susceptibles d'être couvertes par la licence.⁵⁵

Dans leurs domaines, les sociétés de gestion suisses ont des milliers de membres⁵⁶ et elles ont toutes passé de nombreux contrats de représentation réciproque avec des sociétés étrangères⁵⁷. De plus, ProLitteris, la SSA et SUIISA gèrent le droit de reproduction,⁵⁸ qui est concerné par le processus d'entraînement de l'IA. Il semble donc clair qu'au moins ces trois sociétés pourraient délivrer une licence collective étendue si leurs répertoires étaient utilisés à cette fin.⁵⁹

V. Conclusion

Ce qui précède démontre que la licence collective étendue est un instrument à envisager pour licencier l'utilisation d'œuvres préexistantes à des fins d'entraînement de l'IA. Elle présente l'avantage de centraliser les droits, ce qui facilite le travail d'acquisition des autorisations de la part des services d'IA. Mais les ayants droit conservent une possibilité d'«opt out», ce qui préserve le droit exclusif et crée une situation semblable à celle prévue par le droit européen, lorsque le «text and data mining» est réalisé à d'autres fins que la recherche scientifique. Cependant, contrairement à ce qui vaut en Europe, l'utilisation ne sera pas gratuite et une redevance devra être versée en faveur des ayants droit qui n'ont pas exercé leur droit d'«opt out». Si cette redevance est équitable, cela augmentera encore la sécurité juridique: les ayants droit qui souhaitent seulement être dédommagés (et ne s'opposent pas par principe à l'utilisation de leurs œuvres pour entraîner l'IA) n'auront aucune raison de demander que leurs droits soient exclus de la licence collective étendue. La centralisation et la simplification seront donc d'autant plus grandes.

En résumé, il nous semble que la licence collective étendue assurera un bon équilibre entre la praticabilité et la préservation de la nature exclusive du droit d'auteur.

53 Art. 9 al. 2 de la Convention de Berne, art. 13 ADPIC, art. 10 WCT, art. 16.2 WPPT et art. 13.3 du Traité de Beijing.

54 Message du CF, FF 2018, 608.

55 Message du CF, FF 2018, 607.

56 <www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/flux-financiers/frais-administration.html>.

57 <www.swisscopyright.ch/fr/activites/collaboration-internationale/contrats.html>.

58 <www.swisscopyright.ch/fr/activites/droits.html>.

59 Il faut préciser cependant qu'une société de gestion n'est jamais obligée d'accorder une licence collective étendue, vu la forme potestative de l'art. 43a al. 1 LDA (voir aussi: Message du CF, FF 2018 640). Elle peut donc refuser de s'engager dans cette voie si ses membres ne l'estiment pas opportune.

Résumé

Si l'IA peut créer des œuvres c'est parce qu'elle est apportionnée par des quantités d'œuvres préexistantes. Cela implique souvent une reproduction de celles-ci, permanente ou provisoire. Par conséquent, le droit de reproduction est en jeu. L'exception de l'art. 24d LDA (text and data mining) sera rarement applicable, car elle est réservée aux fins de recherche scientifique. Quant à celle de l'art. 24a LDA, elle ne rentrera pas non plus en ligne de compte, car les copies ont une signification économique indépendante pour les ayants droit. Enfin, la restriction de l'art. 19 al. 1 lit. c LDA, en général, ne sera pas pertinente. En l'absence d'exception ou de restriction au droit de reproduction, il faut donc se demander quelle est la meilleure manière d'exercer ce droit. A cet égard, il s'agit de trouver un équilibre entre la praticabilité et la préservation de la nature exclusive du droit d'auteur. Sous cet angle, une gestion individuelle par les ayants droit se heurterait à d'importantes difficultés pratiques et n'est donc pas à favoriser. La gestion collective obligatoire nécessiterait une révision de la LDA et paraît problématique car elle aurait pour conséquence de dépouiller largement les ayants droit de leur droit de veto, lequel est légitime. En revanche, la licence collective étendue est une voie intéressante: elle permet une centralisation des droits et sauvegarde le droit exclusif puisque les ayants droit ont une possibilité d'«opt out». Elle créerait en outre une situation semblable à celle du droit européen pour le «text and data mining», lorsqu'il est réalisé à d'autres fins que la recherche scientifique. Avec l'avantage toutefois que les ayants droit n'ayant pas exercé leur droit d'«opt out» seraient rémunérés. Les conditions mises à la licence collective étendue par l'art. 43a LDA pourraient être réalisées, du moins pour certaines sociétés de gestion.

Zusammenfassung

Die KI kann Werke nur erschaffen, weil sie mit grossen Mengen bestehender Werke gefüttert wird. Dies setzt oft deren endgültige oder vorübergehende Vervielfältigung voraus, sodass sich die Frage nach dem Vervielfältigungsrecht stellt. Die Ausnahme von Artikel 24d URG (Text and Data Mining) ist nur selten anwendbar, weil sie der wissenschaftlichen Forschung vorbehalten ist. Auch die Ausnahme von Artikel 24a URG greift nicht, weil die Kopien für die Rechtsinhaber eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung besitzen. Und schliesslich ist auch die Einschränkung in Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe c URG in der Regel nicht relevant. Da es also keine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht gibt, stellt sich die Frage, wie dieses Recht am besten ausgeübt werden kann. Dabei ist ein Gleichgewicht zwischen der praktischen Machbarkeit und der Bewahrung der Ausschliesslichkeit des Urheberrechts zu finden. Unter diesem Gesichtspunkt würde eine individuelle Verwertung durch die Rechtsinhaber auf grosse praktische Schwierigkeiten stossen, weshalb davon abgesehen werden sollte. Die obligatorische Kollektivverwertung würde eine Revision des URG erfordern und erscheint problematisch, weil sie die Rechtsinhaber weitgehend ihres – legitimen – Vetorechts berauben würde. Die erweiterte Kollektivlizenz bietet hingegen eine interessante Lösung: Sie ermöglicht eine Zentralisierung der Rechte und bewahrt das ausschliessliche Recht, weil die Rechtsinhaber über eine «Opt-out»-Möglichkeit verfügen. Sie würde überdies eine ähnliche Situation wie im europäischen Recht im Zusammenhang mit dem «Text and Data Mining» schaffen, wenn dieses zu anderen Zwecken als der wissenschaftlichen Forschung betrieben wird. Zusätzlich bestünde der Vorteil darin, dass die Rechtsinhaber, die ihr «Opt-out»-Recht nicht ausgeübt haben, entschädigt würden. Die in Artikel 43a URG verankerten Bedingungen für die erweiterte Kollektivlizenz könnten zumindest bei bestimmten Verwertungsgesellschaften erfüllt sein.