



**MINISTÈRE
DE LA CULTURE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Rémunération des contenus culturels utilisés par les systèmes d'intelligence artificielle

Mai 2025

MISSION CONFIEE PAR
LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA PROPRIÉTÉ
LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE À
ALEXANDRA BENSAMOUN
ET JOËLLE FARCHY

Projet de rapport - Volet juridique

Présenté le 23 juin 2025 à la séance plénière du CSPLA

Alexandra Bensamoun, co-présidente

Julie Groffe-Charrier, co-rapporteur

TABLE DES MATIERES

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Résumé | 5 |
| Introduction | 9 |
| 1. Le contexte | 9 |
| 1.1. Le sujet de la rémunération des contenus culturels utilisés par les SIA n'est pas anecdotique..... | 9 |
| 1.2. Le développement des IA génératives crée un bouleversement sans précédent des secteurs de la culture | 11 |
| 1.3. Le cadre juridique actuel est insatisfaisant, suscitant une insécurité juridique manifeste | 14 |
| 2. La rencontre des besoins | 19 |
| 2.1. La demande | 20 |
| 2.2. L'offre | 21 |
| 2.3. La rencontre de l'offre et de la demande..... | 21 |
| 3. Le temps de la réflexion | 23 |
| PARTIE 1. LA NECESSITE D'UN MARCHÉ | 28 |
| 1. La préservation indispensable du droit au recours | 28 |
| 2. Les solutions alternatives à la transparence | 31 |
| 2.1. Dans la phase précontentieuse..... | 32 |
| 2.1.1. <i>La nécessité préalable d'un dialogue</i> | 32 |
| 2.1.2. <i>La possibilité d'instaurer un médiateur de l'IA</i> | 33 |
| 2.1.3. <i>Les outils procéduraux précontentieux</i> | 36 |
| 2.2. Dans la phase contentieuse..... | 38 |
| 2.2.1. <i>La voie de la présomption d'utilisation</i> | 38 |
| 2.2.2. <i>Les autres voies procédurales</i> | 47 |
| 2.2.3. <i>Le lieu de la consécration des mécanismes</i> | 50 |
| PARTIE 2. LA POSSIBILITE D'UN MARCHÉ | 53 |
| 1. Le champ des possibles | 53 |
| 1.1. Les modèles existants..... | 53 |
| 1.2. Les modèles exclus..... | 55 |
| 2. Le choix formulé par la mission | 59 |
| 2.1. Le modèle retenu | 59 |
| 2.2. Les critères de la rémunération | 63 |
| 2.3. Exemples de modalités de la rémunération..... | 64 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2.4. L'appréciation de la valeur..... | 66 |
| 2.4.1. La valeur de la donnée | 66 |
| 2.4.2. La valeur de l'utilisation | 68 |
| 2.5. Le prix du passé..... | 71 |
| PARTIE 3. L'IMPLEMENTATION D'UN MARCHÉ | 74 |
| 1. Les risques concurrentiels actuels | 74 |
| 1.1. Le rejet de la mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles..... | 74 |
| 1.2. La possible caractérisation d'un abus de position dominante | 76 |
| 1.3. Le risque peu probable d'une entente | 78 |
| 2. Les outils de simplification | 78 |
| 2.1. La simplification de l'obtention des autorisations | 79 |
| 2.2. La simplification de l'accès aux contenus..... | 80 |
| 3. Le soutien éventuel d'une autorité dans la négociation ? | 85 |
| PARTIE 4. RECAPITULATIF DES PROPOSITIONS | 86 |
| 1. Les recommandations en faveur de l'évolution du cadre juridique..... | 86 |
| 1.1. L'anticipation du droit mou..... | 86 |
| 1.2. Le relais du droit dur | 86 |
| 1.2.1. Droit processuel | 87 |
| 1.2.2. Droit substantiel..... | 90 |
| 2. Les outils de mise en œuvre | 91 |
| Annexes..... | 92 |
| <i>Synthèse des réponses au questionnaire diffusé en mai 2024</i> | <i>92</i> |
| <i>Liste des interlocuteurs de la mission juridique – personnes auditionnées, contributeurs ou répondants au questionnaire</i> | <i>93</i> |
| <i>Lettre de mission</i> | <i>96</i> |

AVERTISSEMENT

Le présent document fait état de la réflexion du volet juridique de la mission relative à la rémunération des contenus culturels utilisés par des systèmes d'intelligence artificielle (IA) au mois de mai 2025. Il intervient à la suite de la note d'étape présentée en décembre 2024¹.

La réflexion est nécessairement ancrée dans une époque et les positions exposées ne sauraient être considérées comme définitives. Le rapport sera sans doute appelé à faire l'objet d'une réévaluation dans quelque temps, prenant en compte l'évolution des usages et des connaissances.

La mission comprend également un volet économique, développé par la Professeure Joëlle Farchy, assistée de Bastien Blain².

¹ *Note d'étape juridique, Mission sur la rémunération des contenus culturels utilisés par des intelligences artificielles, CSPLA, déc. 2024, disponible [en ligne](#).*

² Une note d'étape économique est pareillement disponible.

Résumé

Le développement de l'intelligence artificielle (IA) est tout à la fois une chance et un risque. Si les sociétés peuvent incontestablement bénéficier des progrès que les systèmes d'IA (SIA) induisent en matière de santé, de sécurité, de recherche, *etc.*, la technologie peut aussi porter atteinte à de nombreux droits.

À cet égard, la protection des contenus culturels semble une priorité, suscitant l'intérêt des autorités, comme des législateurs. Les modèles d'IA se nourrissent de contenus divers, dont certains peuvent être protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin. Les solutions d'IA générative permettent ensuite la production de contenus susceptibles d'entrer en concurrence directe avec les contenus humains. Ce constat n'est pas économiquement neutre et il a d'ores et déjà des conséquences notables en termes d'emploi dans certains secteurs de la création. Aussi les SIA représentent-ils un double risque, d'atteinte aux droits de propriété littéraire et artistique et de substitution à la création humaine.

Afin de pallier ce risque de dépossession (de l'exercice des droits comme du rôle de l'humain dans la création), la mission a été invitée à s'attacher aux modalités de rémunération des contenus culturels utilisés par des IA. Si la réflexion se veut ici juridique³, elle soulève nécessairement des enjeux plus larges, de préservation de l'intégrité de la culture et même de souveraineté.

En tout état de cause, le moment est venu de soutenir un **cadre équitable, transparent et durable pour l'utilisation des contenus culturels à l'ère de l'IA**. La mission porte la conviction qu'**un marché sécurisé et pérenne peut – et même doit – émerger de la négociation entre les fournisseurs d'IA et les titulaires de droits**. Or ce dialogue connaît aujourd'hui des obstacles, parmi lesquels le périmètre des exceptions (de fouille de textes et de données dans l'Union européenne comme du *fair use* aux États-Unis) et l'absence de véritable garantie du droit au recours des titulaires de droits, qui sont mis en grande difficulté pour démontrer la réalité de l'utilisation de leurs contenus par les IA en raison d'une transparence pour l'heure insuffisante sur les contenus utilisés par les IA.

La finalité de la réflexion est donc de trouver les moyens de **redonner au droit son effectivité**, comme l'appelait de ses vœux la lettre de mission. Il ne saurait y avoir de cadre favorable à l'émergence d'un marché éthique et compétitif si l'un des acteurs – ici le titulaire de droits – se voit privé de l'exercice de son droit sur l'objet même du marché.

La mission propose ainsi une série de mesures qui permettraient de surmonter ces obstacles et de restaurer les droits. L'idée consiste alors à fournir une sorte de « boîte à outils » afin de faciliter la création de ce marché en ayant pour boussole la licitation de l'utilisation des contenus

³ Une analyse économique parallèle est menée par la Professeure Joëlle Farchy, co-présidente de la mission, aux côtés de Bastien Blain, co-rapporteur.

protégés, au bénéfice des titulaires de droits mais également des développeurs d'IA. Une clarification de la situation juridique serait en effet positive pour l'ensemble des parties qui pourraient alors coconstruire sereinement le marché.

Dans une phase précontentieuse ou non contentieuse, afin d'installer la confiance, un **dialogue entre les parties** devrait être **politiquement soutenu**, qui pourrait aboutir à la production d'une **charte** fixant un cadre (non contraignant) aux négociations souhaitées.

En outre, un **médiateur de l'IA** pourrait être mis en place pour faciliter le dialogue en préservant la confidentialité réclamée par les fournisseurs d'IA. Au stade contentieux, la piste pourrait être utilement envisagée d'une **présomption réfragable d'utilisation des contenus culturels par les SIA** dès lors qu'il existe des **indices sérieux** qui témoignent du caractère plausible de cette utilisation dans la chaîne d'approvisionnement en données du SIA. Une telle présomption aurait pour intérêt de rendre opposables les droits de propriété littéraire et artistique et, dès lors, d'inciter les acteurs à la discussion, tout en ménageant la possibilité pour le fournisseur d'IA d'apporter la preuve contraire. Une **action de groupe** pourrait encore être envisagée dans cette optique, sans que les actions individuelles (dont certaines sont par nature « collectives ») ne puissent être interdites. Par ailleurs, un **mécanisme d'injonction de divulgation de preuve** pourrait utilement compléter les propositions.

Ces mesures sont autant de leviers qui viendraient répondre à la nécessité d'un marché (Partie 1).

La restauration des droits séculaires permettra l'instauration d'une relation égalitaire qui rend l'émergence du marché possible (Partie 2). Celui-ci pourrait être bâti sur plusieurs modèles de rémunération différents, allant de la gestion individuelle à l'exception compensée, en passant par la gestion collective volontaire, la licence collective étendue, la gestion collective obligatoire et la licence légale. Il est apparu à la mission que, à date, considérant l'état du droit positif et alors que le marché n'est pas encore mûre, le consentement devait être préservé. Aussi, la solution devrait reposer sur une **gestion individuelle, complétée par une gestion collective volontaire** dans les cas où les titulaires de droits considèreraient ne pas pouvoir ou vouloir gérer directement leurs droits.

Le choix arrêté par la mission s'explique par le fait qu'elle a eu pour curseur **la sauvegarde du consentement et donc du monopole**, qui paraît essentielle dans un contexte où le sentiment de dépossession est précisément très fort du côté des titulaires de droits. Au surplus, la situation ne correspond pas aux situations exceptionnelles – qui sont toujours expressément consacrées par le législateur européen –, dans lesquelles la faculté d'autoriser ou d'interdire peut être mise en sommeil au profit d'un simple droit à rémunération.

Le marché se construira donc par la **négociation**, le montant des rémunérations dues pouvant varier en fonction de plusieurs critères (taille économique de l'acteur, type d'utilisations envisagées, *etc.*). Cette **modulation du prix** étant historiquement pratiquée par les titulaires de droits, *a fortiori* dans le cadre de licences non exclusives, la mise en œuvre de la solution n'est pas en elle-même source de difficultés.

À cet égard, la mission considère d'ailleurs que si le principe doit demeurer celui de la **rémunération proportionnelle**, une **rémunération forfaitaire** peut dans certaines hypothèses

présenter une utilité pour les titulaires de droits, au moins dans un premier temps. Là encore, la liberté contractuelle doit primer et les usages s'établiront de manière plus assurée lorsque le modèle économique sera mieux compris de part et d'autre. Une telle approche ne nécessite par ailleurs pas de modification législative, la situation correspondant à certaines des exceptions déjà envisagées par le législateur pour permettre la mise en œuvre de cette solution dérogatoire.

Cette recommandation d'un **marché de licences**, si elle est essentielle à la création d'un marché à l'avenir, ne règle toutefois pas le passé. Les situations antérieures ne devront pas être occultées et leur règlement est aussi une marche vers l'instauration du cadre de confiance.

Au-delà, le **risque d'une disparition progressive de la création humaine au profit des contenus générés par des IA** ne doit pas être négligé. La préservation de la **diversité culturelle** devrait inciter les politiques publiques à sauvegarder la dimension humaine de la création. En tout état de cause, la nécessité de l'émergence d'un marché sécurisé se trouve renforcée par l'identification de ces risques.

Une fois le modèle d'affaires fixé, des difficultés peuvent enfin intervenir lors de l'implémentation du marché (Partie 3).

D'abord, des **risques concurrentiels** doivent être identifiés, notamment sur le terrain de l'abus de position dominante. La mise en place d'un marché respectueux de la chaîne de valeur devrait permettre de limiter l'écueil.

Surtout, le développement d'**outils de simplification** apparaît nécessaire. D'une part, il peut être ardu – voire impossible – pour les titulaires de droits aussi bien de fournir des autorisations sur d'immenses masses de données que de mettre à disposition des bases de données d'ampleur. D'autre part, les acteurs de l'IA ont besoin, dans le cadre de leur stratégie économique, d'un accès facilité à des données massives de qualité. Aussi, et sans jamais écarter la possibilité pour le titulaire de droits de donner ces autorisations ou ces accès directement (seuls, regroupés ou par l'intermédiaire d'un organisme de gestion collective agissant sur mandat), la mission identifie l'intérêt de **fournisseurs techniques de données**, qui pourraient tout à la fois conclure des contrats de licences au nom et pour le compte des ayants droit et fournir des catalogues de données exploitables. La mission recommande encore de soutenir la création de **data sets de qualité**, organisés et annotés, sous le contrôle des ayants droit.

La qualité des données augmentant la performance des IA, les titulaires ont sans doute ici les moyens non seulement d'inciter à la conclusion de contrats de licence, mais encore de recouvrer un fort **pouvoir de marché**.

Ces simplifications devraient intervenir pour faciliter la mise en œuvre du modèle de marché retenu (marché de licences).

La mission insiste sur le fait que l'émergence d'un marché, dans lequel les conditions comme les contreparties de l'utilisation des contenus culturels par les IA seraient négociées, est la

condition sine qua non de la préservation des droits de propriété littéraire et artistique sans que ne soit pour autant bridé le développement de l'écosystème IA.

Une approche mesurée, rappelant le caractère essentiel du consentement, et équilibrée, reconnaissant les positions des acteurs de l'IA, est donc essentielle. Si les modalités d'utilisation comme la rémunération ne sauraient être imposées aux titulaires de droits, qui doivent conserver le plein exercice de leur droit de propriété, droit fondamental, les besoins opérationnels des acteurs de l'IA doivent aussi être entendus.

C'est cette voie médiane qui permettra d'instaurer un cadre de confiance soldant les oppositions radicales.

Introduction

1. Le contexte

Enjeux. La rémunération des contenus culturels utilisés par des systèmes d'intelligence artificielle (SIA) est sans doute une question d'équité, de justice. Une nouvelle question de partage de la valeur aussi. Le sujet n'est pas anecdotique, impliquant le thème de la souveraineté (1.1.). Il doit être traité avec d'autant plus de sérieux que le développement des solutions d'intelligence artificielle (IA) générative emporte un bouleversement sans précédent des secteurs de la culture (1.2.). Or, à l'heure actuelle, le cadre juridique apparaît insatisfaisant, suscitant une insécurité juridique patente (1.3.).

1.1. Le sujet de la rémunération des contenus culturels utilisés par les SIA n'est pas anecdotique

Une question de souveraineté(s). L'IA engage sans aucun doute un débat économique. Les promesses sont telles que les politiques se mobilisent pour soutenir une innovation qui laisse entrevoir des gains en termes de productivité, de croissance, mais aussi de progrès scientifiques, médicaux... L'IA présente également un enjeu de souveraineté qui se pose avec d'autant plus d'acuité dans le contexte géopolitique actuel. Entre les Etats-Unis qui dérégulent, persuadés que le marché est la seule boussole, et la Chine qui sur-régule, mêlant technologie et politique, l'Union européenne doit trouver sa voie, une voie sans doute médiane et plus autonome.

Dès lors, l'IA est aussi clairement une question de souveraineté. Une question de souveraineté politique, technologique, économique et aussi culturelle. Tant au niveau européen que français. Le Sommet pour l'Action de l'IA, organisé à Paris en février 2025, en est une illustration évidente.

La France ne dispose certes pas dans ses forces vives de géants du numérique, mais elle a d'autres atouts reconnus⁴ : ses talents évidemment – de nombreux chercheurs en IA mondialement connus sont d'origine française. La culture fait aussi partie des richesses incontestables de la France, tant par son attractivité que par le « *soft power* » qu'elle exerce partout dans le monde. Plus généralement, c'est même l'Union européenne qui doit affirmer sa souveraineté culturelle, comme une identité partagée.

Sacrifier la culture sur l'autel de la technologie n'aurait aucun sens alors que l'ensemble des branches du champ statistique de la culture – l'audiovisuel, le spectacle vivant, le livre, la presse, les agences de publicité, l'architecture, les arts visuels, le patrimoine et l'enseignement

⁴ Commission interministérielle de l'IA, [IA : notre ambition pour la France](#), rapport remis au Président de la République, mars 2024.

artistique et culturel – réalisent en France une production totale de 100,1 milliards d’euros et génèrent une valeur ajoutée de 47,1 milliards d’euros.

En 2022, le poids économique direct de la culture s’établit à 47,1 milliards d’euros, soit 2,0 % de l’ensemble de l’économie française⁵.

La révolution culturelle IA. Pourtant, les secteurs culturels sont mis à l’épreuve par la « vague IA ». L’effectivité de la protection est remise en cause. Sa légitimité historique même ! Le droit d’auteur n’est plus ce superbe réceptacle, protecteur des arts, consacré à la Révolution française comme un droit naturel, comme « *la plus sacrée, la plus inattaquable et [...] la plus personnelle de toutes les propriétés* »⁶. Il est pointé comme un frein à l’innovation, son modèle propriétaire est dénoncé comme dépassé. La création ne semble d’ailleurs plus l’apanage des hommes. Pire, la singularité de la création humaine n’est plus louée pour elle-même mais pour son utilité.

Nul combat n’existe entre les modernes et les anciens. La culture s’est toujours adaptée à la technologie, de l’invention de l’imprimerie à la généralisation de l’internet, modifiant profondément les usages culturels. La culture devra affronter l’IA et aussi s’en saisir, dans ses propres usages.

Prendre la culture au sérieux. Dans ce cadre, l’opposition entre innovation et régulation est stérile. Aucun marché ne saurait se construire, de manière sécurisée et pérenne, en ignorant une partie de la chaîne de valeur. En ce sens, le Président de la République concluait le Sommet de l’IA en février 2025, en affirmant la nécessité de sortir de l’opposition entre les opportunités et les risques, pour construire une « *IA de confiance* », un cadre européen qui, notamment, « *respecte la créativité, le droit d’auteur, les droits voisins, qui permette à tous les titulaires de vivre de leur art* »⁷. Dans le même sens, la ministre de la Culture, Rachida Dati, rappelait la nécessité de garantir « *non pas un compromis au rabais, mais un véritable cercle vertueux entre innovation et respect des créateurs* »⁸. Après l’épisode de la sortie de GPT-4o de ChatGPT, permettant la génération d’images à la manière du Studio Ghibli (sans qu’aucune autorisation n’ait été accordée par les titulaires de droits), la ministre de l’IA, Clara Chappaz, affirmait également que « *l’IA enrichit l’art si elle respecte la création* »⁹.

L’écosystème IA doit être soutenu. Incontestablement. Mais ce soutien ne peut raisonnablement se faire en sacrifiant certains droits. La régulation porte nos valeurs, nos choix politiques, moraux, et aussi économiques. Prendre la culture au sérieux pour construire un cadre équilibré,

⁵ DEPS, *Chiffres clés 2024 de la culture et de la communication*, 30 avr. 2025, accessibles en ligne.

⁶ Rapport Le Chapelier, sur la pétition des auteurs dramatiques, lors de la séance du 13 janvier 1791.

⁷ E. Macron, discours conclusif (propos oraux), Sommet pour l’Action de l’IA, 11 février 2025, Grand Palais, Paris.

⁸ R. Dati, discours introductif (propos oraux), Week-end culturel, Sommet pour l’Action de l’IA, 8 février 2025, BNF, Paris.

⁹ <https://www.latribune.fr/idees/tribunes/clara-chappaz-l-ia-enrichit-l-art-si-elle-respecte-la-creation-1021897.html>

vertueux, évitant ainsi les fractures : c'est une nécessité face au bouleversement que constitue l'IA générative.

1.2. Le développement des IA génératives crée un bouleversement sans précédent des secteurs de la culture

L'atteinte à la propriété intellectuelle comme un risque. L'IA générative constitue un défi pour les secteurs culturels. Non seulement les contenus protégés sont utilisés en amont pour former les modèles, sans autorisation ni rémunération, mais encore, en aval, les contenus sortants sont susceptibles, à terme, de s'y substituer.

Le risque est bien double : l'atteinte en amont donne naissance à un parasitisme en aval qui pourrait bien diluer, voire effacer la création humaine, et même à terme s'y substituer.

Plusieurs études ont précisément identifié l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle comme un risque¹⁰. L'*AI Advisory Board* des Nations-Unies souligne le danger sur le terrain économique¹¹, considérant que la situation présente un niveau de préoccupation qualifié d'important¹². Il ne s'agit naturellement pas là du seul risque existant s'agissant du déploiement de l'IA générative. D'autres types de périls ont d'ailleurs un lien – même seulement indirect – avec la question de la rémunération des contenus culturels utilisés par des modèles d'IA. Ainsi par exemple des atteintes aux données à caractère personnel ou encore aux droits de la personnalité, notamment lorsqu'il s'agit de reproduire les traits du visage d'un acteur ou la voix d'un artiste¹³. Les comédiens et artistes-interprètes de la voix enregistrée sont à ce titre particulièrement fragilisés par l'IA¹⁴.

¹⁰ V. not. P. Slattery, A. K. Saeri, E. A. C. Grundy, J. Graham, M. Noetel, R. Uuk, J. Dao, S. Pour, S. Casper et N. Thompson, « The AI Risk Repository: A Comprehensive Meta-Review, Database, and Taxonomy of Risks From Artificial Intelligence », *MIT*, 13 août 2024, p. 1 et s.

¹¹ United Nation, AI Advisory Board, « Governing AI for Humanity », sept. 2024, p. 31.

¹² *Ibid.*, p. 29 : 27% des experts sondés s'estiment inquiets et 27% très inquiets vis-à-vis de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle provoquée par le développement de l'IA.

¹³ Sur cette question, v. not. US Copyright Office, *Copyright and artificial intelligence. Part 1 : Digital replicas*, juill. 2024, accessible au lien suivant : <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-1-Digital-Replicas-Report.pdf>. Un « *digital replica* » est défini comme « l'utilisation de la technologie numérique pour reproduire de manière réaliste la voix ou l'apparence d'une personne » (nous traduisons). Sur ce sujet, v. le projet de loi déposé à la Chambre des représentants en décembre 2024, qui prévoit la possibilité de sanctionner l'utilisation de la voix, l'image, etc. Le texte, dit « proposition PADRA » (*Preventing abuse of digital replicas Act*) est accessible au lien suivant : <https://issa.house.gov/media/press-releases/congressman-issa-introduces-landmark-legislation-stop-misuse-ai-generated>

¹⁴ V. la pétition « Touche pas à ma VF », qui regroupait presque 200 000 signatures en avril 2025 : <https://www.change.org/p/pour-un-doublage-cr%C3%A9%C3%A9-par-des-humains-pour-des-humains-touche-pas-ma-vf-beab56eb-a759-4117-b77c-7d03bcaa35f8> - V. aussi l'association Les Voix : <https://lesvoix.fr/>

La mobilisation des titulaires de droits. Invoquant un risque quasi-existential, voire un « vol » de leurs contenus¹⁵, les titulaires de droits de propriété littéraire et artistique sont largement mobilisés et tentent de faire entendre leur voix.

Par exemple, une déclaration sur l'entraînement des IA a été publiée en ligne et elle réunit en mai 2025 les signatures de plus de 50 000 créateurs, entreprises et représentants du secteur de la création¹⁶. La déclaration, qui se résume à cette seule phrase, énonce que « *l'utilisation sans licence d'œuvres créatives pour l'entraînement de l'IA générative constitue une menace majeure et injuste pour la subsistance des personnes à l'origine de ces œuvres et ne doit pas être autorisée* ». Le texte a été endossé aux États-Unis par la Sag-Aftra, mais aussi par la Guilde internationale des scénaristes, par la Fédération internationale de l'industrie phonographique, ou encore par la Sacem en France. Si la vive inquiétude exprimée dans ce court texte n'est pas nouvelle, la voix internationale qu'elle porte est le signe d'un intérêt commun des sociétés pour l'avenir de la création humaine.

On peut également relever, participant d'un mouvement similaire, la lettre adressée le 29 octobre 2024 aux membres du Parlement européen, aux vice-présidents exécutifs, aux commissaires désignés et aux représentants des États membres par une large coalition d'acteurs de la création. Celle-ci invite le législateur européen à soutenir les industries culturelles, en faisant en sorte que le règlement sur l'IA (RIA)¹⁷ permette d'assurer la protection du droit d'auteur et des droits voisins face aux IA génératives. L'objectif serait d'aboutir « *à un marché de licences sain et durable qui encourage l'innovation responsable en matière d'IA, qui respecte les principes fondamentaux de la concurrence loyale sur le marché et de la rémunération des créateurs et des titulaires de droits, tout en empêchant les utilisations non autorisées de leurs œuvres* »¹⁸. Dans le même sens, la lettre ouverte « Protégez l'âme créative de l'Europe ! », d'avril 2025, attire l'attention sur le fait que « *sous prétexte de promouvoir l'innovation, [les droits des auteurs et titulaires de droits] sont systématiquement vidés de leur substance* »¹⁹.

On se souvient également qu'une Charte dite « Culture et Innovation » avait été proposée par les titulaires de droits dans le cadre du Sommet de l'IA de février 2025. Elle avait réuni les signatures de l'ensemble de la communauté créative mondiale (40 organisations internationales) et comportait cinq principes : le respect des droits fondamentaux par les

¹⁵ En ce sens, v. not. le mouvement des principaux éditeurs américains, qui appellent le gouvernement à identifier et lutter contre le « vol » auquel se livrent les IA. Sur ce point, v. not E. Roth, « Major publishers call on the US government to 'Stop AI Theft' », The Verge, 7 avr. 2025, accessible au lien suivant :

<https://www.theverge.com/news/644612/major-publishers-stop-ai-theft-ad-campaign>

¹⁶ Le texte de la déclaration (oct. 2024) est accessible au lien suivant : <https://www.aitrainingstatement.org/>

¹⁷ Règlement 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle).

¹⁸ Nous traduisons. Texte original : « *achieving a healthy and sustainable licensing market that encourages responsible AI innovation and complies with core principles of fair market competition and remuneration for creators and rightholders, while effectively preventing unauthorised uses of their works.* »

¹⁹ Lettre ouverte à Madame Virkkunen, « Protégez l'âme créative de l'Europe », 25 avr. 2025, accessible au lien suivant :

<https://creators-for-europe.united.eu/fr/#:~:text=Prot%C3%A9ger%20l'âme%20cr%C3%A9ative%20de%20l'Europe%20!&text=C'est%20une%20promesse%20culturelle,les%20visionnaires%20depuis%20des%20g%C3%A9n%C3%A9ratio ns.>

modèles d'IA, dont le droit d'auteur et les droits voisins, notamment par la recherche diligente et le respect de la volonté expresse des titulaires de droits ; la transparence effective et complète vis-à-vis des titulaires de droits sur les œuvres et contenus protégés utilisés pour assurer l'entraînement des modèles d'IA ; l'encouragement des modèles d'IA à conclure des licences dans le cadre d'autorisations dûment négociées avec les titulaires de droits ; une rémunération juste et appropriée pour l'utilisation des œuvres et des contenus protégés par la propriété intellectuelle ; des sanctions efficaces en cas de non-respect de ces principes²⁰.

En tout dernier lieu, tous les titulaires de droits se sont unis pour contester la troisième version proposée du *Code of practice*²¹, et même indiquer leur préférence pour un retrait pur et simple du sujet litigieux dans le Code. Ce dernier devrait en effet notamment expliciter l'obligation de respecter l'acquis communautaire en matière de droit d'auteur et de droits voisins, prévue à l'article 53, 1 c, du RIA. Les titulaires rappellent également l'exigence de transparence sur les sources utilisées par les IA, consacrée à l'article 53, 1, d, et soutiennent à ce titre qu'une transparence significative est à la fois (i) juridiquement nécessaire pour permettre l'exercice et le respect des droits, et (ii) techniquement réalisable.

À ce stade, le *template* (qui sera réalisé par le Bureau de l'IA) pour la transparence n'est pas publié. Et dans le projet de code, la balance semble pencher du côté des acteurs de l'IA, alors même que ceux-ci menacent de ne pas adhérer au Code. La France tente de faire valoir une position d'équilibre entre les intérêts des fournisseurs d'IA et ceux des titulaires²². L'Espagne s'est aussi manifestée auprès de la Commission européenne, dans une lettre envoyée le 30 avril 2025 aux commissaires au Numérique et à la Culture, Henna Virkkunen et Glenn Micallef. Le ministre de la Culture espagnol, Ernest Urtasun, demande une révision du troisième projet du code de bonnes pratiques pour une meilleure prise en compte des demandes du secteur culturel et créatif européen dans l'intérêt de l'Union²³. Les ministères de la Culture espagnols, italiens et portugais ont d'ailleurs fait état, dans un document préparatoire²⁴ au Conseil « Éducation, jeunesse, culture et sport », à Bruxelles, le 13 mai 2025, de leur volonté d'aborder le sujet, soutenant une transparence totale sur les données utilisées par les modèles d'IA et appelant à une action « coordonnée » des États membres pour contrôler l'application du code des bonnes pratiques. Les trois États demandent « une réponse adéquate et rapide » de l'Europe pour sauvegarder les droits d'auteur et les droits voisins et pour assurer la « durabilité des industries culturelles »²⁵. Déjà, lors du précédent Conseil européen « Éducation, jeunesse, culture et sport », du 26 novembre 2024, la ministre de la Culture française, Rachida Dati, avait fait part

²⁰ <https://respectdudroitdauteur.fr>

²¹ V. la Déclaration conjointe d'une coalition d'auteurs, interprètes et ayants droits des secteurs culturels et créatifs de l'UE, concernant le troisième projet de code de bonnes pratiques prévu par le Règlement IA à destination des modèles d'IA à usage général, accessible au lien suivant : <https://snepmusique.com/actualites-du-snep/declaration-conjointe-des-titulaires-de-droit-sur-le-3eme-projet-de-code-de-bonnes-pratiques/>

²² V. not. l'article « La position française sur le droit d'auteur dans le code de bonne pratique vise "l'équilibre" avec l'innovation », accessible au lien suivant : https://www.contexte.com/actualite/medias/la-position-francaise-sur-le-droit-dauteur-dans-le-code-de-bonnes-pratiques-vise-lequilibre-avec-linnovation_224531.html

²³ <https://www.cultura.gob.es/actualidad/2025/05/250430-urtasun-carta-ia.html>

²⁴ Note du Secrétariat général du Conseil aux Délégations, Information de l'Italie, du Portugal et de l'Espagne, *The value of culture and creative sectors in the development of AI : safeguarding copyright and related rights and ensuring transparency in the Code of practice under the AI Act*, 8188/25, 7 mai 2025.

²⁵ Des titulaires de droits ont aussi lancé un appel à tous les ministres nationaux de l'UE responsables des politiques culturelles en amont de ce conseil, pour une prise en compte de leurs inquiétude : « Open letter to the attention of Ministers of Culture ahead of the Education, Youth, Culture and Sport Council on 12-13 May 2025 », 6 mai 2025.

de la vigilance de la France à la mise en œuvre effective de l'obligation de transparence prévue dans le RIA.

La question de l'emploi. Au-delà des atteintes aux droits identifiées, le développement des produits de l'IA générative a des effets sur le secteur de la création en termes d'emploi²⁶. Il a ainsi pu être relevé que « *si les modèles sont capables de produire des remplacements synthétiques [d'œuvres ou autres contenus protégés] à une vitesse et à une échelle qui dépassent les humains, cela pourrait compromettre la capacité des créateurs à générer un revenu et contrecarrer l'innovation et la créativité humaines* »²⁷.

Certaines études montrent précisément l'incidence néfaste du développement de l'IA sur les métiers de la création. Ainsi, une étude de la CISAC affirme que les créateurs pourraient perdre 20% de leurs revenus dans les cinq ans à venir²⁸. De même, une étude américaine commandée par l'*Animation Guild* prévoit que le développement de l'IA emportera des conséquences négatives pour 203 800 emplois dans l'industrie du divertissement américaine (dans le cinéma, la télévision, l'animation, le jeu vidéo, etc.) à l'horizon 2026²⁹. La presse en ligne est aussi particulièrement fragilisée dans son modèle économique : si les solutions d'IA générative deviennent des moteurs de réponse, il ne sera plus nécessaire de consulter les sites des titres de presse. Les métiers de la voix (doubleurs, traducteurs) subissent déjà de plein fouet cette concurrence de l'IA.

1.3. Le cadre juridique actuel est insatisfaisant, suscitant une insécurité juridique manifeste

Droit exclusif et exception. L'utilisation d'un contenu culturel par un modèle d'IA doit, à ce stade, être analysée comme un acte de reproduction. En dépit de doutes exprimés par une partie (minoritaire) de la doctrine, le législateur européen semble bien avoir tranché la question³⁰. Au

²⁶ V. not. l'enquête réalisée par la SGDL et l'ADAGP, *Observatoire ADAGP-SGDL. L'impact des IA génératives sur l'activité et les revenus des artistes-auteurs de l'image et de l'écrit*, sept. 2024 : https://res.cloudinary.com/void-sarl/image/upload/v1727251924/VDEF_ADAGP_SGDL-enque%CC%82te-web.pdf ; et l'enquête réalisée par la Sacem et la Gema, *AI and music. Market development of AI in the music sector and impact on music authors and creators in Germany and France*, janv. 2024 : https://www.goldmedia.com/fileadmin/goldmedia/Studie/2023/GEMA-SACEM_AI-and-Music/AI_and_Music_GEMA_SACEM_Goldmedia.pdf

²⁷ P. Slattery, A. K. Saeri, et alii., *op. cit.*, p. 40. Nous traduisons. Texte original : « *If models are able to produce synthetic replacements for such work at a speed and scale that surpasses humans, this may jeopardize the ability of creators to earn an income and stymie human innovation and creativity* ».

²⁸ CISAC, *Study on the economic impact of Generative AI in the Music and Audiovisual industries, Complete study, Current situation and 5-year perspective*, nov. 2024, accessible au lien suivant : <https://www.cisac.org/fr/Actus-Media/news-releases/une-etude-economique-mondiale-etablit-que-lia-generative-menace-lavenir>

²⁹ CVL Economics, *Future unscripted : The Impact of Generative Artificial Intelligence on Entertainment Industry Jobs*, janv. 2024, accessible au lien suivant : <https://animationguild.org/wp-content/uploads/2024/01/Future-Unscripted-The-Impact-of-Generative-Artificial-Intelligence-on-Entertainment-Industry-Jobs-pages-1.pdf>

³⁰ V. not. cons. 105 du Règlement sur l'intelligence artificielle, *op. cit.* : « *Les modèles d'IA à usage général, en particulier les grands modèles d'IA génératifs, capables de générer du texte, des images et d'autres contenus, présentent des possibilités d'innovation uniques mais aussi des défis pour les artistes, les auteurs et les autres créateurs, et la manière dont leur contenu créatif est créé, distribué, utilisé et consommé. Le développement et l'entraînement de ces modèles requièrent un accès à de grandes quantités de texte, d'images, de vidéos et d'autres données. Les techniques de fouille de textes et de données peuvent être largement utilisées dans ce contexte pour extraire et analyser ces contenus, qui peuvent être protégés par le droit d'auteur et les droits voisins. Toute*

surplus, on ne peut à la fois prétendre bénéficier de l'exception – au droit de reproduction – pour la fouille de textes et de données et réfuter l'acte de reproduction qui conditionne la mise en œuvre de celle-ci. Ces utilisations sont actuellement réalisées, pour l'essentiel, sans autorisation des titulaires de droits. Aussi, sauf à ce que le fournisseur d'IA puisse invoquer le bénéfice d'une exception, l'acte est contrefaisant. Or, qu'il s'agisse de raisonner en contemplation du droit de l'Union européenne, avec l'exception de fouille de textes et de données, ou du *copyright* américain avec le *fair use*, le constat est celui d'une grande insécurité juridique. Paradoxalement, c'est d'ailleurs ce même constat de l'insécurité juridique qui avait justifié la création, à l'article 3 de la directive 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, d'une exception de fouille de texte et de données³¹, au bénéfice des universités, des organismes de recherche et des institutions du patrimoine culturel.

Les capacités des IA ayant toutefois évolué en quelques années avec une rapidité telle qu'elle était impossible à anticiper, les solutions d'alors ont fait émerger une nouvelle forme d'insécurité juridique.

Or, l'insécurité juridique suscite des contentieux, partout dans le monde. Ces contentieux préjudicient à l'activité des entreprises, entravent l'innovation et renforcent les sociétés dominantes (qui ont les moyens d'assumer de longs procès).

L'exception européenne de fouille de textes et de données. L'exception de fouille de textes et de données issue de l'article 4 de la directive de 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique³², c'est-à-dire au bénéfice de tous les acteurs et pour toute finalité (y compris commerciale), suscite de nombreuses interrogations.

D'abord, certains titulaires contestent son applicabilité à l'hypothèse³³, même si le RIA semble fournir une sorte de confirmation³⁴, en faisant un lien évident entre le développement et l'entraînement d'un modèle d'IA et l'exception de fouille, notamment à l'article 53, 1, c. Pourtant, nul n'avait conscience du potentiel de cette limitation aux droits lors de l'ajout par

utilisation d'un contenu protégé par le droit d'auteur nécessite l'autorisation du titulaire de droits concerné, à moins que des exceptions et limitations pertinentes en matière de droit d'auteur ne s'appliquent. La directive (UE) 2019/790 a introduit des exceptions et des limitations autorisant les reproductions et extractions d'œuvres ou d'autres objets protégés aux fins de la fouille de textes et de données, sous certaines conditions. En vertu de ces règles, les titulaires de droits peuvent choisir de réserver leurs droits sur leurs œuvres ou autres objets protégés afin d'empêcher la fouille de textes et de données, à moins que celle-ci ne soit effectuée à des fins de recherche scientifique. Lorsque les droits d'exclusion ont été expressément réservés de manière appropriée, les fournisseurs de modèles d'IA à usage général doivent obtenir une autorisation des titulaires de droits s'ils souhaitent procéder à une fouille de textes et de données sur ces œuvres ». Sur ce considérant, v. aussi infra, Partie 1, pt. 2.2.1.

³¹ Dir. 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, cons. 8.

³² *Ibid.*

³³ En ce sens, v. not. la position du *European Writers' Council*, *EWC second Statement on the AI Act Proposal*, juill. 2023, accessible au lien suivant : https://europeanwriterscouncil.eu/23ewc_on_aiact/ et plus largement *Joint Statement to Ursula von der Leyen and the new elected European Parliament on the impact of AI on the European creative community*, juill. 2024, accessible au lien suivant :

https://europeanwriterscouncil.eu/247js_aiimpact_europeancreativecommunity/

³⁴ Règlement 2024/1689 du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, *op. cit.*, cons. 105.

amendement de la disposition. Même lors de la transposition en France, l'intérêt mesuré manifesté alors par les acteurs culturels montre que les enjeux n'étaient absolument pas maîtrisés³⁵. Ce n'est qu'en novembre 2022, lors de la sortie publique de ChatGPT, que la prise de conscience a commencé. Il a fallu alors approcher l'outil et en comprendre le fonctionnement. Comprendre aussi que des contenus protégés avaient été massivement utilisés. Ce qui a encore mis un certain temps.

Ensuite, la question se pose de la conformité de cette exception à nos engagements internationaux, précisément à la règle d'interdiction des formalités préalables pour le bénéfice et la jouissance des droits, posée par l'article 5.2 de la Convention de Berne³⁶.

Par ailleurs, la dérogation est particulièrement expropriante puisqu'elle suspend le monopole au bénéfice de tout acteur pour toute finalité, y compris donc pour des finalités commerciales. Pour cette raison, elle est conditionnée à un accès licite au contenu protégé et à l'absence de réservation (dite *opt-out*) par le titulaire de droits, « *notamment par des procédés lisibles par machine* ».

Or, il est aujourd'hui avéré que les bases d'entraînement mises à disposition et servant à la formation des modèles contiennent des contenus piratés. Des révélations en ce sens commencent à être diffusées. Notamment, un grand acteur du numérique aurait, pour former son modèle, utilisé l'une des plus grandes bibliothèques pirates qui compte plus de 7,5 millions d'ouvrages et 81 millions d'articles scientifiques³⁷. De même, certains fournisseurs déclarent entraîner leur modèle sur le *Common Crawl*. Or, tout ce qui est accessible sur internet n'est pas nécessairement disponible et libre de droits, d'autant que la vocation même des contenus culturels est, à l'instar des contenus de presse, de faire l'objet d'une diffusion auprès du public³⁸.

La question doit aussi être posée de la licéité des activités de *web crawling* et de *data scraping*. La reconnaissance du bénéfice de l'exception de fouille à ces dernières devrait être plus qu'incertaine, dans la mesure où la définition même de l'exception implique une finalité à la collecte, qui se traduit par le fait de dégager des informations des données recueillies. Or, pour ces deux activités, une telle finalité est loin d'être toujours remplie, dans la mesure où les acteurs impliqués peuvent être multiples³⁹.

En outre, l'inefficacité de l'*opt-out* est problématique. Non seulement il n'existe pas de moyen standardisé, mais encore la presse dénonce le fait que la réservation n'est pas toujours respectée.

³⁵ Dans le sens de ce constat, v. *Transposition des exceptions de fouille de textes et de données*, rapport CSPLA, prés. A. Bensamoun, déc. 2020, accessible au lien suivant : <https://www.culture.gouv.fr/nous-connaître/organisation-du-ministère/Conseil-supérieur-de-la-propiété-littéraire-et-artistique-CSPLA/travaux-et-publications-du-cspla/missions-du-cspla/Mission-du-CSPLA-sur-les-exceptions-de-fouille-de-textes-et-de-données-text-and-data-mining>

³⁶ Conv. de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (mod. 28 sept. 1979), art. 5.2. – V. J. C. Ginsburg, « Berne-Forbidden formalities and mass digitization », *Boston University law review*, vol. 96:745, p. 745.

³⁷ V. A. Reisner, « The unbelievable scale of AI's pirated-books problem », *The Atlantic*, 20 mars 2025, accessible au lien suivant : <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2025/03/libgen-meta-openai/682093/>

³⁸ Pour une analyse de ces utilisations non autorisées, v. not. Rights alliance for the creative industries on the internet, *Report on pirated content used in the training of generative AI*, mars 2025.

³⁹ Par ailleurs, une telle extension du bénéfice de l'exception ne remplirait sans doute pas la condition de « cas spécial » du test en trois étapes et créerait un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire. L'absence d'opposition au web scraping (pour indexation) ne peut en ce sens valoir autorisation de fouiller. – V., critiquant une décision hongroise, P. Mezei, « Third European Court decision on the general purpose TDM exception is out », Kluwer Copyright Blog, 8 mai 2025 : <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2025/05/08/third-european-court-decision-on-the-general-purpose-tdm-exception-is-out/>.

Sans compter que l'obligation est excessivement lourde pour les titulaires de droits, voire impossible à mettre en œuvre, ceux-ci n'étant pas à l'origine de toutes les mises à disposition de leurs contenus.

Consciente de ces difficultés opérationnelles, la DG CONNECT (Direction générale des réseaux de communication, du contenu et des technologies au sein de la Commission européenne) réfléchit à un projet de registre européen de l'*opt-out* qui pourrait faire la synthèse de tous les refus opposés à l'utilisation d'un contenu culturel pour l'entraînement d'un modèle d'IA⁴⁰. Les travaux de la Finlande et de l'Estonie, qui avaient déjà amorcé une réflexion en amont sur l'instrument technique, ont amené la Commission à créer, à partir de cette initiative, la *Copyright infrastructure task force* qui regroupe désormais douze États membres (dont la France en tant qu'observateur) et qui travaille sur le registre. L'Office européen de la propriété intellectuelle (EUIPO) soutient également la constitution d'une base de données de l'*opt-out*⁴¹. Des craintes sont cependant formulées du côté des titulaires de droits, notamment concernant la portée d'un tel registre. Il ne serait en effet pas acceptable que l'absence d'inscription dans le registre vaille présomption d'autorisation, conduisant alors à imposer des formalités pour être protégé – ce que la Convention de Berne interdit⁴². Le coût et les enjeux de responsabilité d'une telle entreprise suscitent également des interrogations. Dans tous les cas, il est permis de douter de la pertinence d'un registre d'*opt-out* alors que la volonté de créer un marché relève en réalité d'une logique d'*opt-in* respectant la chaîne des droits.

L'ineffectivité des conditions de l'exception fait douter de sa légitimité. Une règle de droit qui ne peut s'appliquer ne doit-elle pas être suspendue ? Sans compter qu'il est aussi probable que l'exception ne passe pas le test en trois étapes : en effet, le « cas spécial », première des trois conditions, est-il rempli lorsque l'usage des contenus est tout à la fois massif et tentaculaire ? En outre, l'exploitation normale de l'œuvre, deuxième condition, n'est-elle pas affectée en raison de la concurrence qui s'opère entre la situation d'exception et le marché potentiel⁴³ ? Enfin, les intérêts légitimes du titulaire, dernière condition, ne sont-ils pas atteints tant par l'absorption des contenus aux différents stades (pré-entraînement, spécialisation, *etc.*) que par le résultat produit, qui peut imiter *a minima* la « patte » de l'artiste, et possiblement attenter à son droit moral ?

⁴⁰ Sur l'exception, la Commission a lancé un appel courant de janvier à février 2025 et devant donner lieu à une étude de faisabilité d'un registre central des *opt-out*. Des informations sont accessibles au lien suivant : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/funding/call-tenders-feasibility-study-central-registry-opt-outs-under-text-and-data-mining-tdm-exception>

⁴¹ EUIPO, « The development of generative artificial intelligence from a copyright perspective », mai 2025 : https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2024_2029/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2025/05-12/2025.05.12_item6_Study_GenAIfromcopyrightperspective_EN.pdf

⁴² Conv. de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (mod. 28 sept. 1979), art. 5.2 : « *la jouissance et l'exercice [des] droits ne sont subordonnés à aucune formalité* ». Sur le sujet, v. not. J. C. Ginsburg, « Berne-Forbidden formalities and mass digitization », *op. cit.* Sur le risque, indépendamment de la valeur de ce registre, que l'*opt-out* soit déjà en contradiction avec l'article susmentionné, v. *supra*, ce point.

⁴³ Sur l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, mais sous le prisme du droit américain, v. not. la décision « Thomson Reuters v. Ross intelligence », Cour de district du Delaware, 11 févr. 2025 (sur laquelle v. *infra*, introduction, pt. 1.3), accessible au lien suivant : <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ded.72109/gov.uscourts.ded.72109.770.0.pdf>

Quoi qu'il en soit, l'exception de fouille de textes et de données, même si elle devait s'appliquer, ne peut être mise en œuvre que pour la phase de pré-entraînement⁴⁴, voire la phase de *fine tuning* – ce point étant encore discutable dans la mesure où il s'agit déjà d'une phase d'affinage –, mais pas pour celle du RAG (*retrieval-augmented generation*), qui réalise une sorte de « branchement » externe à une base de réponses pertinentes. Les données servent alors directement aux réponses, mais ne sont pas « analysées » pour construire le modèle, alors même qu'il s'agit là d'un élément de définition de la fouille⁴⁵.

Aussi, en admettant que tous les doutes précédents sur l'exception de fouille de textes et de données puissent être levés, la mise en œuvre serait *a minima* dépendante de l'étape d'utilisation du contenu protégé et il faudrait donc des régimes distincts à chaque étape, là où, au contraire, le besoin est celui de l'unité et de la clarté.

L'exception américaine de *fair use*. Aux États-Unis le *fair use* américain, sorte de méta-exception qui permet au juge de déterminer, en fonction de chaque espèce, s'il y a bien un usage loyal permettant de déroger au droit de *copyright*, pourrait ne pas être mis en œuvre aussi aisément que l'espéreraient les fournisseurs d'IA⁴⁶. Le législateur américain pose en effet quatre conditions permettant de caractériser l'usage loyal : « *l'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif ; (2) la nature de l'œuvre protégée ; (3) la quantité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ; (4) les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée* »⁴⁷.

Or une récente décision, « Thomson Reuters v. Ross intelligence »⁴⁸, témoigne du fait que le quatrième critère d'appréciation de l'usage loyal, qui porte sur les conséquences de l'usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée, pourrait faire obstacle à la mise en

⁴⁴ Pour une analyse critique de la mise en œuvre de l'exception, v. not. T. W. Dornis, « The training of generative AI is not text and data mining », *European Intellectual Property Review* (E.I.P.R.), 2/2025, accessible au lien suivant : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4993782

⁴⁵ Art. 2.2 de la directive 2019/790, qui définit la fouille de textes et de données comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations ».

⁴⁶ V. not., sur la contribution d'OpenAI à la consultation lancée par la Maison Blanche, en ce qu'elle sollicite une lecture large de l'exception américaine afin de permettre une utilisation un apprentissage facilité, v. *infra*, introduction, pt. 3.

⁴⁷ USC, titre 17, section 107 : « Nonobstant les dispositions des sections 106 et 106A[5], l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris des usages tels la reproduction par copie, l'enregistrement audiovisuel ou quelque autre moyen prévu par cette section, à des fins telles que la critique, le commentaire, l'information journalistique, l'enseignement (y compris des copies multiples à destination d'une classe), les études universitaires et la recherche, ne constitue pas une violation des droits d'auteurs. Pour déterminer si l'usage particulier qui serait fait d'une œuvre constitue un usage loyal, les éléments à considérer comprendront :

(1) L'objectif et la nature de l'usage, notamment s'il est de nature commerciale ou éducative et sans but lucratif ;
(2) la nature de l'œuvre protégée ;
(3) la quantité et l'importance de la partie utilisée en rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée ;
(4) les conséquences de cet usage sur le marché potentiel ou sur la valeur de l'œuvre protégée.

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée ne constitue pas en soi un obstacle à ce que son usage soit loyal s'il apparaît tel au vu de l'ensemble des critères précédents » (nous traduisons).

⁴⁸ V. la décision « Thomson Reuters v. Ross intelligence », Cour de district du Delaware, 11 févr. 2025, *op. cit.* accessible au lien suivant :

<https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.ded.72109/gov.uscourts.ded.72109.770.0.pdf>

œuvre de l'exception, comme l'avait d'ailleurs déjà soutenu la Professeure Jane C. Ginsburg lors de son intervention à la table ronde « culture » au Sommet pour l'Action de l'IA, le 10 février 2025. Dans le même sens, dans un des nombreux contentieux en cours aux Etats-Unis, dix professeurs de droit spécialistes en propriété intellectuelle ont déposé en avril 2025 un « *amicus brief* » détaillant les raisons pour lesquelles le *fair use* ne devrait pas s'appliquer à l'entraînement des IA⁴⁹. Ils expliquent notamment que les productions générées par LLaMA font concurrence aux créations humaines.

Un élément de la décision « Thomson Reuters v. Ross intelligence » apparaît à cet égard décisif, puisque le juge énonce qu'il y a lieu de prendre en compte, pour apprécier le quatrième critère du *fair use*, « *non seulement les marchés actuels, mais également les marchés dérivés potentiels "que les créateurs d'œuvres originales développeraient eux-mêmes ou par l'intermédiaire de tiers en concédant des licences" »*⁵⁰.

En d'autres termes, l'émergence potentielle d'un marché proposé par les titulaires de droits serait un élément à prendre en compte pour apprécier l'usage loyal : en utilisant les contenus protégés sans autorisation, les fournisseurs d'IA provoqueraient des conséquences négatives sur le marché potentiellement développé à l'avenir par les titulaires et ne pourraient donc, de ce fait, bénéficier du *fair use*. Une telle analyse n'est pas sans rappeler la condition d'exploitation normale de l'œuvre, intrinsèque au test des trois étapes⁵¹.

On peut enfin ajouter que l'**US Copyright Office** a publié en mai 2025 son pré-rapport – très attendu – sur l'entraînement des IA génératives⁵². L'autorité y indique que faire un usage commercial de vastes quantités d'œuvres pour produire un contenu créatif qui les concurrence sur les marchés existants, en particulier lorsque cela se fait grâce à un accès illicite aux œuvres, va au-delà des limites établies du *fair use*.

De même que le juge américain identifie, sous l'angle du *fair use*, l'atteinte au marché potentiel, en construction, le juge européen et le juge français pourraient voir dans les utilisations des contenus faites par les IA un non-respect du test en trois étapes, ce qui permettrait de neutraliser l'exception de fouille de textes et de données quand bien même elle serait applicable.

2. La rencontre des besoins

Prémises d'un marché. La mission relève à ce stade que si la structuration du marché est encore embryonnaire, elle est aussi la condition qui permettra d'assurer la rémunération venant

⁴⁹ *Amicus Brief of Copyright Law Professors*, in R. « Kadrey, et. al., V. Meta », Case No. 3:23-cv-03417-VC : <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.cand.415175/gov.uscourts.cand.415175.525.0.pdf>

⁵⁰ Nous traduisons. Texte original : « *I must consider not only current markets but also potential derivative ones "that creators of original works would in general develop or license others to develop" »*.

⁵¹ V. *supra*, introduction, pt. 1.3.

⁵² <https://www.copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-3-Generative-AI-Training-Report-Pre-Publication-Version.pdf>, p. 107 (nous traduisons) : « *making commercial use of vast troves of copyrighted works to produce expressive content that competes with them in existing markets, especially where this is accomplished through illegal access, goes beyond established fair use boundaries* ». – A la suite de la publication de ce pré-rapport, Shira Perlmutter, directrice du Bureau, aurait été renvoyée par la Maison Blanche le 10 mai 2025 (<https://www.politico.com/news/2025/05/10/trump-u-s-copyright-official-00340306>).

en contrepartie de l'utilisation des contenus. Ce constat est conforté par le fait que les attentes respectives sont clairement identifiées et, surtout, que les besoins sont concordants. La demande (2.1.) et l'offre (2.2.) doivent avoir les moyens de se rencontrer (2.3.).

2.1. La demande

Risque de dégénérescence. D'un côté, les fournisseurs d'IA ont besoin de données humaines de qualité et organisées, qui soient aisément accessibles et exploitables, dans des conditions précises et sécurisées.

Un risque de dégénérescence des modèles a en effet été identifié lorsque l'entraînement ne fonctionne qu'en « vase clos », par un apprentissage reposant sur des données elles-mêmes générées par des IA⁵³. Si certaines études récentes nuancent cette conclusion, à tout le moins lorsque celle-ci aboutit à l'identification d'un risque d'effondrement total des modèles à terme, elles continuent toutefois d'affirmer que le maintien d'« *une proportion suffisante de données réelles et [l'intégration de] la curation humaine comme garde-fou* » sont des conditions *sine qua non* à la survie des modèles⁵⁴.

Soif de données non assouvie. Par ailleurs, le besoin de données n'a pas diminué : au contraire, il augmente à mesure que les modèles se perfectionnent et se multiplient. D'autant que certains spécialistes de l'IA pointent la stagnation des performances des grands modèles de langage alors même qu'une grande partie des données « disponibles » sur internet a déjà été utilisée. Une demande existe donc⁵⁵.

⁵³ Sur ce risque, v. déjà la note d'étape juridique, *op. cit.*, qui renvoie notamment à I. Shumailov, Z. Shumaylov, Y. Zhao, N. Papernot, R. Anderson, Y. Gal, « AI Models collapse when trained on recursively generated data », *Nature*, 2024, volume 631, p. 755 et s. L'étude est accessible au lien suivant : <https://www.nature.com/articles/s41586-024-07566-y>. - V. aussi la démonstration faite dans la note d'étape économique de la présente mission (J. Farchy, déc. 2024, disponible en ligne).

⁵⁴ En ce sens, v. INRIA, « Vers un risque d'effondrement des IA génératives ? », 20 févr. 2025, accessible au lien suivant : <https://www.inria.fr/fr/risque-effondrement-collapse-ia-generatives>

⁵⁵ En ce sens, v. not. la demande formulée par France Digitale, qui porte sur des *data sets* de qualité en contrepartie d'une rémunération forfaitaire au stade du pré-entraînement. *Adde.* leur rapport, *IA générative et droit d'auteur : quelle place pour les données européennes protégées à l'ère de l'IA ? Nos propositions pour un équilibre entre innovation et culture*, déc. 2024, p. 13 : « *Les développeurs de modèles de fondation ont besoin de quantités massives de données diverses car ils vendent un produit générique. Par conséquent, leur seul facteur de différenciation par rapport à la concurrence (en dehors des services connexes et du prix) est la performance de leur modèle, qui peut être améliorée en optimisant les algorithmes et le jeu de données d'entraînement. Pour les entreprises qui font le réglage fin des modèles de fondation, en revanche, la valeur réside dans la spécialisation. Cela peut être réalisé en adaptant, pour celles qui le permettent, les paramètres du modèle, mais surtout en utilisant un jeu de données d'entraînement de haute qualité. Ces entreprises sont donc plus susceptibles de payer des licences ou de négocier des accords pour accéder à des données autrement indisponibles et d'itérer sur plusieurs mois pour trouver le meilleur mélange de données d'entraînement. Bien que pour certaines, annoncer de tels accords soit un argument marketing, la majorité des entreprises préfèrent garder secrètes les informations sur leur jeu de données d'entraînement* ».

Qualité des données. Enfin, il est avéré que la qualité des données culturelles permet d'augmenter les performances d'un modèle⁵⁶. L'UE a d'ailleurs parfaitement conscience de ce besoin. Car il en va aussi de la souveraineté européenne. En ce sens, dans son plan d'action visant à faire de l'Europe le « continent de l'IA »⁵⁷, dévoilé le 9 avril 2025, la Commission développe une stratégie pour « l'Union des données », qui doit faciliter l'accès à des « données de qualité », tout en respectant le droit d'auteur. Le lien est fait.

Pour éviter une forme de consanguinité mortifère pour les IA (nourries par des contenus exclusivement synthétiques), le recours aux contenus culturels, contenus humains de qualité, est alors essentiel.

2.2. L'offre

Étendue de l'offre. De l'autre côté, les titulaires de droits souhaitent préserver leur modèle économique, au premier rang duquel leur monopole et la rémunération qui découle logiquement de l'exercice de celui-ci. Il existe certes une exception relative à la fouille textes et de données, qui pourrait avoir pour effet de paralyser le monopole, mais celle-ci est soumise à des conditions et sa mise en œuvre en ce domaine demeure incertaine⁵⁸.

L'*opt-out* a été largement exercé, mais il faut se garder d'interpréter de manière systématique le sens de ce refus opposé par les titulaires.

En effet, si des oppositions absolues peuvent être formulées par certains, qui voient dans l'accord donné à l'utilisation une sorte de pacte faustien, d'autres ne sont pas fermés à l'utilisation de leurs contenus mais expriment le souhait que celle-ci ait pour prémices une autorisation et pour contrepartie une rémunération.

La mission a ainsi eu accès à de nombreux courriers émanant de titulaires de droits proposant à des fournisseurs d'IA d'entrer en négociation. La plupart sont restés sans réponse et les discussions entamées sont très rares.

2.3. La rencontre de l'offre et de la demande

Une rencontre difficile. Il existe donc bien une offre, qui coïncide avec la demande précédemment identifiée. Mais les acteurs semblent avoir du mal à entamer la discussion et à

⁵⁶ En ce sens, des chercheurs américains ont prouvé que l'usage de BOOK3, qui contient de nombreux contenus piratés, améliore les performances du modèle. V. surtout S. Jia et A. Nagaraj, « Cloze Encounters: The Impact of Pirated Data Access on LLM Performance », Berkeley, 10 févr. 2025.

⁵⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_25_1013

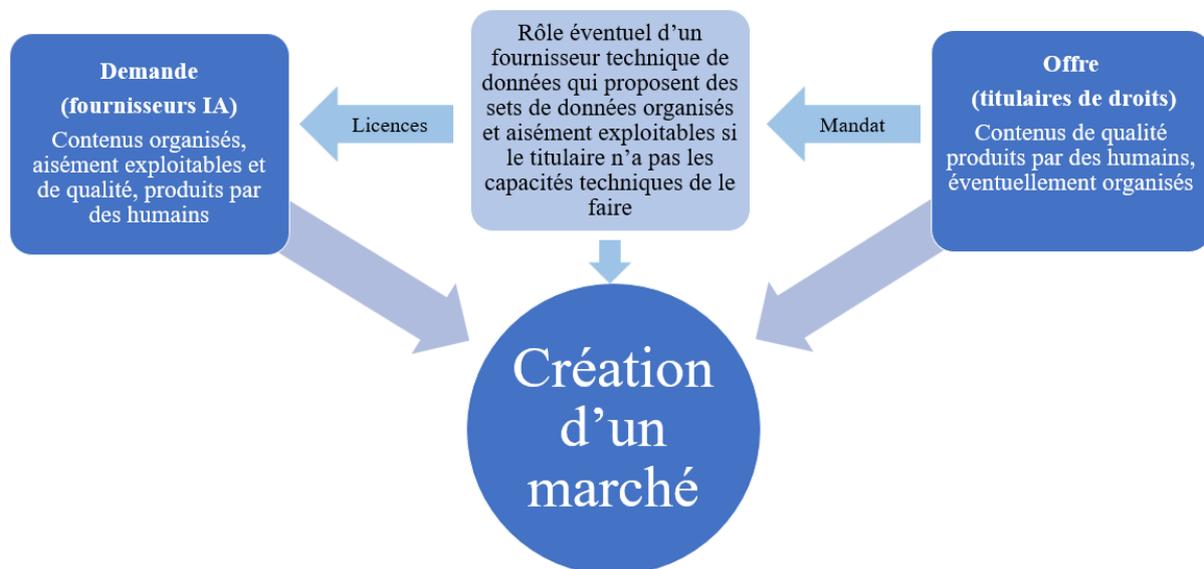
⁵⁸ Sur lesquelles v. *supra*, introduction, pt. 1.3.

faire se rencontrer des volontés pourtant concordantes. Cette difficulté peut s'expliquer de différentes manières.

D'abord, l'incertitude juridique distille un climat de méfiance, qui ne favorise pas l'entrée en discussion et, à terme, la conclusion de contrats.

Ensuite, en pratique, l'opacité liée aux sources d'entraînement est une difficulté majeure : l'absence de transparence renforce la situation de blocage, puisque les titulaires de droits sont laissés dans l'ignorance tandis que l'utilisation de contenus protégés ne semble pas avoir cessé. Sur ce point, les signaux donnés par Bruxelles sont plutôt défavorables.

Enfin, des raisons techniques peuvent expliquer cette frilosité. Il est en effet possible que les contenus proposés par les titulaires de droits ou leurs représentants ne soient pas suffisamment organisés, annotés, voire que ceux-ci ne soient pas en mesure de fournir des contenus en masse et exploitables, de sorte que l'offre sera moins susceptible d'intéresser les fournisseurs d'IA. Cette difficulté à fournir des contenus organisés est d'autant plus importante que les petits modèles spécialisés se développent aujourd'hui plus largement que les grands modèles. Dès lors, le besoin de données spécialisées, à haute valeur et très organisées, va sans doute s'accroître à l'avenir. Cet obstacle n'est cependant pas insurmontable. Notamment, un fournisseur technique de données pourrait, le cas échéant, intervenir comme intermédiaire avec l'autorisation des titulaires, pour proposer des *sets* de données techniquement exploitables⁵⁹.



Une solution techniquement envisageable. Un dernier point apparaît essentiel dès ce stade. La réalisation d'un tel marché est techniquement possible. Il est en effet parfois opposé par les fournisseurs d'IA l'impossibilité pratique à conclure des contrats pour chaque contenu. C'est

⁵⁹ Sur cette proposition, v. *infra*. Partie 3, pt. 3.2.

un argument parfaitement audible, et il ne s'agit absolument pas pour la mission d'envisager des conclusions de contrats contenu par contenu, ce qui correspondrait à la métaphore bien connue de chercher à remplir l'océan avec une petite cuillère. Les besoins sont – potentiellement⁶⁰ – très massifs, et les autorisations devraient donc, pour être efficaces, être envisagées largement. La constitution de catalogues (par les titulaires eux-mêmes, par le relais des organismes de gestion collective et/ou par l'intermédiaire d'un fournisseur technique de données⁶¹) est d'ores et déjà une réponse à cette difficulté.

Soutenir les volontés. Le marché a donc toutes les clés pour émerger. En définitive, la situation ici présentée ressemble assez classiquement à un rapport de fournisseur à client, les deux parties étant des acteurs du marché avec un pouvoir de négociation. À cet égard d'ailleurs, la structuration du secteur par le prisme du droit de la concurrence ne doit pas être négligée⁶².

Se pose alors la question de l'instant de l'incitation normative (entendue comme l'incitation des autorités et des pouvoirs publics) pour accompagner ce mouvement. Loin d'être secondaire, cette interrogation est au contraire décisive, car le passé offre des exemples de l'importance d'une action rapide, seule solution pour pallier le risque d'une stagnation qui serait délétère pour les ayants droit. Et le constat actuel semble être que, si l'offre et la demande ont la capacité de se rencontrer, la volonté fait peut-être défaut. À ce titre, le lancement en France de la concertation portée par le ministère de la Culture et le ministère de l'IA est un signe politique fort en faveur d'un dialogue visant à construire le marché⁶³.

3. Le temps de la réflexion

Le risque de l'écoulement du temps. Il semble essentiel qu'un cadre équitable puisse être fixé dès à présent. L'histoire récente du droit de la propriété littéraire et artistique témoigne du fait qu'une situation de blocage peut rapidement se pérenniser, avec pour conséquence de priver les titulaires de l'exercice de leurs prérogatives en pratique. En ce sens, la consécration, dans la directive dite « e-commerce », du 8 juin 2000⁶⁴, d'un régime de quasi-irresponsabilité au bénéfice des hébergeurs avait permis durant de nombreuses années aux plateformes contributives, nées pour l'essentiel *après* l'adoption de la règle, de s'abriter derrière cette qualification pour échapper à leur responsabilité et générer des bénéfices liés à l'utilisation de contenus culturels dont étaient exclus les ayants droit. Le débat autour de la notion de partage de la valeur entre ces acteurs du numérique et les titulaires de droits dont les contenus étaient mis à disposition du public a été tumultueux et s'est installé dans le temps. Il a fallu attendre la

⁶⁰ Le développement des petits modèles, qui requièrent moins de données, permet de nuancer l'analyse.

⁶¹ Sur cette diversité d'hypothèses, v. *infra*, Partie 3, pt. 3.

⁶² Sur le sujet, v. not. Autorité de la concurrence, *Avis 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative*, accessible au lien suivant : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2024-07/24a05_merged.pdf. V. aussi *infra*, Partie 3, pt. 1.

⁶³ Lancement de la concertation entre les développeurs d'IA générative et les ayants droit culturels, 23 avril 2025. Sur cette concertation, v. *infra*, Partie 1, pt. 2.1.1.

⁶⁴ Dir. 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

directive 2019/790 du 17 avril 2019⁶⁵, obtenue de haute lutte, pour que les droits de propriété littéraire et artistique redeviennent opposables par application de l'article 17 du texte européen⁶⁶.

À nouveau, dans le cas de l'IA, le législateur européen a adopté une exception de fouille de textes et de données sans anticiper l'émergence fulgurante des modèles génératifs, qui en invoquent aujourd'hui le bénéfice. L'analogie est soutenable : des acteurs du numérique bénéficiant d'une forme de protection – ici par le jeu d'une dérogation au monopole – que le législateur n'aurait peut-être pas accordée dans les mêmes termes s'il avait eu connaissance de l'existence des usages.

Le temps joue alors très probablement contre la protection des droits. Plus la situation s'installe et plus il sera difficile de déconstruire un écosystème reposant sur une utilisation non autorisée, comme en témoignent les près de deux décennies qui se sont écoulées entre la directive e-commerce et la dérogation qu'a finalement apportée l'article 17 de la directive 2019/790 au régime de quasi-irresponsabilité s'agissant de l'utilisation de contenus protégés par des droits de propriété littéraire et artistique.

L'analogie est d'autant plus porteuse de sens que cette disposition de la directive de 2019 avait une fonction incitative à la négociation : à la suite de son adoption, des contrats ont d'ailleurs été conclus entre les plateformes et les titulaires de droits dont la place était ainsi, finalement, restaurée dans la chaîne de valeur. Un même objectif doit guider ici la réflexion, afin que puisse émerger un cadre transparent et durable pour l'utilisation des contenus culturels à l'ère de l'IA.

Une difficulté supplémentaire conforte cet impératif de réflexion : alors que les hébergeurs pouvaient – même si cette possibilité restait parfois sans concrétisation – retirer les contenus des plateformes de partage, il est, en l'état de la technique, impossible de demander aux fournisseurs de modèles d'IA de modifier leur modèle de manière à oublier sélectivement ce qui a été appris des contenus non autorisés, les techniques de désapprentissage n'étant pas encore efficaces. L'option radicale de la destruction du modèle afin de procéder à un nouvel entraînement sur des données expurgées des contenus non autorisés paraît difficile à retenir, compte tenu des coûts très conséquents associés au développement des modèles. Pour autant, le passé ne saurait être purement et simplement effacé, et le temps qui passe n'aide pas à rasséréner la relation.

Le moment propice. Aussi convient-il d'envisager les différentes solutions possibles avant qu'un nouveau « *safe harbour* » ne s'installe, et alors même que les fournisseurs ont bien ici un « rôle actif », dès lors qu'ils approvisionnent l'IA avec des contenus. La mission considère donc qu'une intervention rapide, sans être pour autant précipitée, empêchera la mise en place d'un

⁶⁵ Dir. 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, *op. cit.*

⁶⁶ Proposant ce retour à l'opposabilité du droit du fait du « rôle actif » de ces acteurs, v. CSPLA, Rapport de la mission *Articulation des directives 2000/31/CE et 2001/29/CE*, P. Sirinelli, J.-A. Benazeraf et A. Bensamoun, nov. 2015, disponible en ligne.

environnement durable qui nierait le respect des droits et qui serait difficile à déconstruire. La forme de cette intervention peut être plurielle et le présent rapport se veut à ce titre source de propositions, sans que le choix ne s'arrête sur une solution (ou une forme d'expression de cette solution) unique.

Mais une prise de position apparaît impérieuse, d'autant plus que certains grands fournisseurs d'IA, américains, invoquent désormais l'absence de respect des règles protégeant les droits de propriété littéraire et artistique par certains États (la Chine notamment) pour plaider en faveur d'un *fair use* étendu qui favoriserait l'apprentissage des IA avec une préoccupation toute relative pour les droits⁶⁷. À l'inverse, dans le secteur des industries culturelles, des voix s'élèvent pour demander au gouvernement américain de préserver la culture⁶⁸.

On notera aussi avec intérêt que la récente polémique autour de l'IA imitant le style des studios Ghibli a amené Sam Altman, PDG d'OpenAI, à déclarer lors d'une conférence, que des réflexions étaient menées pour trouver un modèle de rémunération au bénéfice des créateurs lorsque ces derniers sont cités dans des prompts pour obtenir un contenu généré « à la manière de », sur le fondement d'un système d'*opt-in*⁶⁹.

Il est ainsi temps de porter un modèle équilibré, tel que soutenu par le Président de la République, lors de la conclusion du Sommet de l'IA en février 2025⁷⁰, qui sanctuariserait la nécessité de protection des contenus culturels tout en promouvant le développement d'un écosystème IA européen. Les différentes parties prenantes sont à un carrefour : la voie qui sera empruntée sera aussi le symbole des valeurs – technologiques et civilisationnelles – qui s'imposeront, *in fine*, comme les plus importantes aux yeux du politique.

⁶⁷ V. en ce sens, la réponse d'OpenAI à la consultation lancée par la Maison Blanche dans la perspective d'un futur plan d'action sur l'IA. La réponse est accessible au lien suivant : <https://cdn.openai.com/global-affairs/ostp-rfi/ec680b75-d539-4653-b297-8bcf6e5f7686/openai-response-ostp-nsf-rfi-notice-request-for-information-on-the-development-of-an-artificial-intelligence-ai-action-plan.pdf>

⁶⁸ L'appel émane de 400 personnalités d'Hollywood et pointe le risque d'une atteinte massive à l'industrie du divertissement en l'absence de régulation et de protection des droits et a été largement relayée dans la presse : v. not. l'article accessible au lien suivant : https://www.huffingtonpost.fr/culture/article/mark-ruffalo-cate-blanchett-paul-mccartney-400-stars-de-hollywood-contre-l-ia-en-appellent-a-trump_247626.html#:~:text=%C2%AB%20Nous%20sommes%20convaincus%20que%20le.et%20technologiqu e%20du%20gouvernement%20am%C3%A9ricain.

⁶⁹ Les propos, tenus à l'occasion d'une conférence TED au mois d'avril 2025, ont été relayés par la presse. V. par ex. l'article accessible en ligne : <https://www.businesstoday.in/technology/news/story/it-would-be-cool-says-openai-ceo-sam-altman-hints-at-new-model-to-pay-artists-471890-2025-04-14>. Le cofondateur d'OpenAI y a déclaré : « *I think it would be cool to figure out a new model where if you say I want to do it in the name of this artist and they opt in, there's a revenue model there that's okay* ».

⁷⁰ E. Macron, discours conclusif (propos oraux), Sommet pour l'Action de l'IA, 11 février 2025, Grand Palais : le Président de la République a soutenu la construction d'une « *IA de confiance* » et d'un cadre européen qui, notamment, « *respecte la créativité, le droit d'auteur, les droits voisins, qui permette à tous les titulaires de vivre de leur art* ».

Comme l'a déclaré la ministre de la Culture française, Rachida Dati, « le moment est venu d'affirmer une souveraineté culturelle européenne », comme une « affirmation d'autonomie » autant qu'une « capacité d'influence »⁷¹.

Réserve : la question de la territorialité des solutions. La question de la portée territoriale des règles retenues devrait faire l'objet d'une attention particulière. Une application extraterritoriale, à l'image de ce qui existe concernant le *buy-out*⁷², permettrait de soumettre au cadre juridique retenu des acteurs non-européens mais qui ont pénétré ou souhaitent pénétrer le marché européen. Cette question est en effet centrale et elle se pose déjà s'agissant du périmètre territorial de l'application du droit d'auteur et des droits voisins, y compris de l'exception de fouille de textes et de données. Des représentants de l'industrie culturelle américaine ont par exemple récemment fait valoir, dans une contribution à la sollicitation de la Maison blanche relative aux barrières tarifaires appliquées aux entreprises américaines, que le flou intrinsèque à l'exception consacrée dans certains États entraînait nécessairement des conséquences négatives dans le monde, en raison de la nature de l'exploitation des contenus en ligne, par essence indifférente aux frontières⁷³.

Des pistes existent, qui permettraient de conférer aux solutions une portée extraterritoriale. Notamment, une lecture combinée du RIA, dont la portée extraterritoriale est consacrée⁷⁴, et des directives relatives au droit d'auteur et aux droits voisins auxquelles renvoie le règlement⁷⁵, pourrait permettre de considérer que les solutions créées afin de protéger les intérêts des titulaires de droits acquerraient par ricochet la même portée. Le considérant 106 du règlement⁷⁶ semble d'ailleurs conforter la proposition. A défaut, l'avantage concurrentiel serait évident.

⁷¹ R. Dati, Tribune, Les Echos, 12 mai 2025.

⁷² Art. L. 132-24, al. 2 CPI : « Le contrat par lequel l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles d'une œuvre audiovisuelle transmet tout ou partie de ses droits d'exploitation au producteur de cette dernière ne peut avoir pour effet, nonobstant la loi choisie par les parties, de priver l'auteur, pour l'exploitation de son œuvre sur le territoire français, des dispositions protectrices prévues aux articles L. 131-4, L. 131-5 et L. 132-28 du présent code ». Le législateur national a introduit cette disposition avec l'ordonnance du 12 mai 2021, après avoir constaté que la directive du 17 juin 2019 laissait ouverte une brèche s'agissant des contrats extra-européens : le respect d'un certain nombre de règles, parmi lesquelles celles qui posent le principe de la rémunération proportionnelle, ne peut ainsi être neutralisé par l'inclusion d'une clause d'*electio juris*, le caractère impératif de ces règles s'imposant ainsi malgré la désignation éventuelle d'une loi étrangère par les parties.

⁷³ DCC Written Comments in Response to USTR's Request for Comments Regarding Unfair Trade Practices by Other Countries (Docket No. USTR-2025-0001), accessible au lien suivant : <https://thescl.com/news/dcc-submits-comments-on-unfair-trade-practices/> ; not. p. 5 : « The borderless nature of digital exploitation means that negative impacts of one nation's TDM exception would be global as AI models trained in one country on American creative content without consent from, or compensation to, US rightsholders would be exploited around the world. Such global copyright arbitrage would deny the creative community the opportunity to license their content for training and would contravene international copyright treaties, including the three-step test contained in US free trade agreements as well as the Berne Convention, TRIPS Agreement, WIPO Internet Treaties, and other international agreements ».

⁷⁴ Art. 2 RIA.

⁷⁵ Art. 53, 1, c) RIA : « les fournisseurs de modèles d'IA à usage général mettent en place une politique visant à se conformer au droit de l'Union en matière de droit d'auteur et droits voisins, et notamment à identifier et à respecter, y compris au moyen de technologies de pointe, une réservation de droits exprimée conformément à l'article 4, paragraphe 3, de la directive (UE) 2019/790 ».

⁷⁶ RIA, cons. 106 : « Les fournisseurs qui mettent des modèles d'IA à usage général sur le marché de l'Union devraient veiller au respect des obligations pertinentes prévues par le présent règlement. À cette fin, les fournisseurs de modèles d'IA à usage général devraient mettre en place une politique visant à respecter la législation de l'Union sur le droit d'auteur et les droits voisins, en particulier pour identifier et respecter la

Par ailleurs, l'interprétation de la portée territoriale des règles doit impérativement être guidée par le principe d'« effet utile », souvent rappelé par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans une approche globale du sujet, incluant tant l'exercice du droit et que ses modalités de mise en œuvre (avec la transparence), le critère retenu pourrait être celui du public visé. Dans cette hypothèse, le droit européen serait globalement applicable.

La mission insiste toutefois sur la complexité de cette question, qui suppose que le sujet soit expertisé en lui-même⁷⁷.

L'édification possible d'un marché : plan. Un cadre effectif et efficient est donc essentiel pour répondre à ces deux attentes qui se conjuguent en vue de dessiner le marché à venir : préserver les droits sur les contenus culturels et favoriser la négociation et la conclusion de contrats de licence pour assurer la licéité de l'utilisation des contenus par les IA, le cas échéant en introduisant des solutions facilitatrices. En effet, il est non seulement nécessaire (Partie 1), mais encore possible (Partie 2) de créer et d'implémenter (Partie 3) un marché éthique, pérenne et sécuritaire, seule solution qui permettra d'instaurer une confiance durable, non seulement entre les parties prenantes, mais aussi, plus largement, auprès du public.

Les propositions formulées (Partie 4) se veulent cependant ancrées dans le contexte contemporain. Des changements de circonstances pourraient nécessiter de réviser les préconisations comme les modalités de mise en œuvre de celles-ci.

La recherche de l'équilibre entre la préservation de la création humaine et le développement de l'IA et de ses produits est un fil d'Ariane qui devrait guider la réflexion relative à la création d'un marché européen éthique et compétitif.

Cette réflexion a vocation à être un point de départ plutôt qu'un point d'arrivée. Elle ne prétend pas offrir une solution « clé en main », mais des pistes, sans doute à parfaire, pour faire avancer le débat.

réserve de droits exprimées par les titulaires de droits conformément à l'article 4, paragraphe 3, de la directive (UE) 2019/790. Tout fournisseur qui met un modèle d'IA à usage général sur le marché de l'Union devrait se conformer à cette obligation, quelle que soit la juridiction dans laquelle se déroulent les actes pertinents au titre du droit d'auteur qui sous-tendent l'entraînement de ces modèles d'IA à usage général. Cela est nécessaire pour garantir des conditions de concurrence équitables entre les fournisseurs de modèles d'IA à usage général, lorsqu'aucun fournisseur ne devrait pouvoir obtenir un avantage concurrentiel sur le marché de l'Union en appliquant des normes en matière de droit d'auteur moins élevées que celles prévues dans l'Union ».

⁷⁷ Une mission au CSPLA, confiée au Pr Tristan Azzi, vient d'être lancée sur la loi applicable aux modèles d'IA générative commercialisés dans l'Union européenne : <https://www.culture.gouv.fr/fr/nous-connaitre/organisation-du-ministere/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique-CSPLA/travaux-et-publications-du-cspla/missions-du-cspla/le-cspla-lance-une-mission-sur-la-loi-applicable-aux-modeles-d-ia-generative-commercialises-dans-l-union-europeenne> .

PARTIE 1. LA NECESSITE D'UN MARCHÉ

L'influence de la transparence. Il est essentiel – et réalisable en pratique – qu'un marché émerge. Or cette perspective ne sera envisageable que si la situation actuelle évolue, car aucune confiance ne saurait naître dans le cadre actuel.

Ainsi, l'opacité empêche d'assurer la préservation, pourtant indispensable, du droit au recours des titulaires de droits (1.), ce qui porte atteinte aux droits (processuel comme substantiel) de ces derniers et génère une méfiance – et une défiance – légitimes. La situation est d'autant plus problématique que les solutions qui se dessinent actuellement au niveau européen ne semblent pas s'orienter vers un très haut degré de transparence, de sorte qu'il importe d'identifier dès à présent des solutions alternatives (2.).

1. La préservation indispensable du droit au recours

Identification du problème en matière de droit à la preuve. L'insécurité juridique qui règne actuellement est problématique, car aucun marché pérenne ne peut émerger dans ce contexte. Ces difficultés se traduisent au niveau probatoire : le titulaire de droits doit avoir la capacité d'identifier l'utilisation – potentiellement illicite au regard du caractère particulièrement incertain du jeu des exceptions – de ses contenus. Or il existe une grande opacité sur ce terrain, laquelle empêche la mise en œuvre et donc le respect des droits.

Les réflexions actuellement menées au niveau européen, notamment s'agissant du code des bonnes pratiques, ne semblent pas tendre vers un très haut degré de protection au profit des titulaires de droits, ceux-ci ayant d'ores et déjà commencé à s'inquiéter publiquement des conséquences qui seraient nécessairement produites par un faible degré de transparence⁷⁸.

Dès lors, le droit à la preuve, nécessairement garanti, doit être rendu effectif par la transparence ou, à défaut, par des remèdes alternatifs.

Espoir ténu d'une transparence élevée. D'abord, si un haut degré d'exigence de transparence se trouve consacré dans le *template* qui sera élaboré par le Bureau de l'IA⁷⁹, alors le droit à la preuve des ayants droit sera techniquement garanti. La transparence s'impose dans ce cadre comme un préalable, et même un levier, à la création d'un marché sécurisé.

L'orientation retenue dans le *template* permettra de déterminer si cette première voie est ouverte. Si la transparence est assurée avec suffisamment de précision, alors les titulaires de

⁷⁸ En ce sens, v. not. la déclaration commune d'auteurs, d'artistes-interprètes et d'autres titulaires de droits actifs dans les secteurs culturels et créatifs de l'UE et accessible au lien suivant : <https://eurocinema.eu/28-03-2025-ia-code-de-bonnes-pratiques-draft-iii-declaration-commune-dauteurs-dartistes-interpretes-et-dautres-titulaires-de-droits-actifs-dans-les-secteurs-culturels-et-creatifs-de-lue/>. Sur le sujet, v. déjà introduction, pt. 1.2.

⁷⁹ Sur cette exigence et les contours de sa mise en œuvre, v. *Rapport de mission relative à la mise en œuvre du règlement européen établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle (« template »)*, CSPLA, prés. A. Bensamoun, déc. 2024, accessible au lien suivant : <https://www.culture.gouv.fr/nous-connaître/organisation-du-ministère/Conseil-supérieur-de-la-proprieté-littéraire-et-artistique-CSPLA/Travaux-et-publications-du-CSPLA/Missions-du-CSPLA/ia-et-transparence-des-données-d-entraînement-publication-du-rapport-d-alexandra-bensamoun-sur-la-mise-en-œuvre-du-règlement-européen-établissant>

droits seront en mesure d'identifier – et le cas échéant de négocier ou de contester – l'utilisation de leurs contenus.

Il convient au surplus de rappeler que la transparence est techniquement possible⁸⁰, même si parfois compliquée en raison de la masse de données, la multiplicité d'intervenants (dans la constitution des bases notamment), l'écrasement des métadonnées, l'absence de mécanismes de reconnaissance efficaces et interopérables... Cependant, si le choix des données entrantes représente un risque, il doit être assumé, classiquement, par l'acteur qui développe l'activité concernée.

La mission sur la mise en œuvre du RIA⁸¹ a rapidement résumé cette obligation de transparence au contenu flou – et que certains contestent d'ailleurs dans sa pertinence – par la métaphore culinaire « *tous les ingrédients, mais pas la recette* ».

Toutefois, les premiers retours européens, notamment dans la troisième ébauche du code des bonnes pratiques (qui comprendra la mise en œuvre de la politique de conformité de l'article 53, 1 c du RIA) publiée le 11 mars 2025⁸², ne semble pas s'orienter vers un haut degré d'exigence vis-à-vis des fournisseurs d'IA. Les titulaires de droits reprochent notamment au projet de taire totalement la voie du contrat (et notamment des licences)⁸³. Sur ce point, Alexander Peukert, coprésident (droit d'auteur) du Groupe de travail 1 sur « Transparence et règles relatives au droit d'auteur », dans le cadre de l'élaboration du *Code of practice*, considère que l'obligation de conformité avec le droit d'auteur et les droits voisins se limite à l'interdiction de violation du droit et ne peut s'étendre à une nécessité de passer une licence⁸⁴. Pour ces raisons, les titulaires préfèrent aujourd'hui sortir le sujet du Code de bonnes pratiques pour laisser le temps de la réflexion.

La situation n'est pas plus claire s'agissant du *template*, ou modèle de « *résumé suffisamment détaillé* » (art. 53, 1, d du RIA), qui sera pour sa part fourni par le Bureau de l'IA, mais dont aucun projet détaillé n'a pour l'heure été communiqué.

La disjonction des deux sujets est défavorable à la mise en place d'un équilibre d'ensemble. La mission sur la mise en œuvre du RIA avait d'ailleurs recommandé un traitement groupé.

⁸⁰ Sur cette possibilité technique, v. not. S. Stober, « Possibilities of Source Documentation and Disclosure for Generative AI Systems », févr. 2025, accessible au lien suivant :

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5165118

⁸¹ *Rapport de mission relative à la mise en œuvre du règlement européen établissant des règles harmonisées sur l'intelligence artificielle (« template »)*, CSPLA, déc. 2024, précité.

⁸² Troisième version du code des bonnes pratiques, accessible au lien suivant :

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/third-draft-general-purpose-ai-code-practice-published-written-independent-experts>. L'analyse se fonde notamment sur la notion de « meilleurs efforts » (ou « efforts raisonnables »).

Ibid., « Measure I.2.3. Identify and comply with rights reservations when crawling the World Wide Web », pt. 4 : « Signatories will take reasonable measures to enable affected rightsholders to obtain information about the web crawlers employed and their robot.txt features and the measures that a Signatory adopts to identify and comply with rights reservations expressed pursuant to Article 4(3) of Directive (EU) 2019/790 at the time of crawling, for example by making public such information and syndicating a web feed that covers every update of the website informing about the rights reservation compliance ».

⁸³ Sur cette voie contractuelle, v. *infra*, Partie 2, pt. 2.

⁸⁴ A. Peukert, colloque *AI & IP : a love-hate relationship ?*, APRAM/ECTA, Univ. Panthéon-Sorbonne, 3 avr. 2025.

La publication officielle de ces deux documents était attendue pour le 2 mai⁸⁵, mais un report a été annoncé. Rappelons que les obligations concernant le droit d’auteur et les droits voisins s’appliqueront à compter du 2 août 2025.

Garantie du droit à la preuve à défaut d’une transparence élevée. Ensuite, et à défaut d’une transparence élevée, le droit au recours des titulaires de droits doit impérativement être préservé. En effet, puisque les exceptions sont inefficaces – ou à tout le moins incertaines⁸⁶ – en l’état et qu’une transparence insuffisante ne permettrait pas un exercice normal des droits sur les contenus culturels, alors le droit au recours, droit fondamental⁸⁷, se trouverait *de facto* confisqué puisque les titulaires seraient dans l’impossibilité de rapporter la preuve d’une quelconque utilisation illicite de leurs contenus⁸⁸. Le RIA ne dit rien d’autre lorsque qu’il affirme que l’obligation de transparence a un objectif : « *aider les parties ayant des intérêts légitimes, y compris les titulaires de droits d’auteur, à exercer et à faire respecter les droits que leur confère la législation de l’Union* »⁸⁹.

A défaut de transparence efficace, des correctifs devraient donc être mis en place pour éviter cette ineffectivité du droit au recours.

Droit à la preuve et droit de propriété. Au-delà de l’atteinte manifeste au droit du titulaire sur le plan processuel, la situation actuelle porte également atteinte à son droit – substantiel – de propriété, là encore consacré par les textes internationaux⁹⁰. Le titulaire ne peut en effet

⁸⁵ RIA, art. 56, 9.

⁸⁶ Sur l’exception de fouille de textes et de données et sur l’exception de *fair use*, v. *supra*, introduction, pt. 1.3.

⁸⁷ V. not. art. 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable, qui énonce que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l’accès de la salle d’audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l’intérêt de la moralité, de l’ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l’exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice* » et art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne du 18 décembre 2000 : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l’Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l’effectivité de l’accès à la justice* ».

⁸⁸ A. Bensamoun ; « *To be or not to be... transparent – Pour un principe matriciel de transparence dans l’environnement numérique* », *Dalloz Actualité*, 3 déc. 2024, disponible en ligne : <https://www.dalloz-actualite.fr/node/ito-be-or-not-be-transparenti-pour-un-principe-matriciel-de-transparence-dans-l-environnement-1> : « *Le respect d’un droit en général (ou la preuve de son atteinte) en cas d’usage de systèmes d’IA ne saurait être garanti sans transparence au risque de se muer en simple déclaration de principe. Le lien entre l’effectivité et la transparence est alors essentiel. Et plus fondamentalement, sans transparence, c’est au droit à un recours effectif que l’on attende.* »

⁸⁹ Considérant 107.

⁹⁰ V. not. art. 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaires pour réglementer l’usage des biens conformément à*

assurer la protection de son droit de propriété immatérielle devant le juge dès lors qu'il se trouve techniquement dépourvu de tout moyen de preuve : *idem est non esse aut non probari*.

L'absence de transparence conduirait donc à attenter à deux droits fondamentaux, le droit au recours et le droit de propriété, impliquant alors de réfléchir à des voies alternatives pour restaurer l'effectivité des droits. Au-delà, l'opacité apparaît comme un frein à la création d'un rapport de confiance entre les acteurs du marché émergent.

2. Les solutions alternatives à la transparence

Cadre de la mission. Comme l'indique la lettre de mission, la transparence est un « *premier fondement qui permettra aux titulaires de droits non seulement de vérifier la prise en compte de leur opposition à l'usage de leurs œuvres et prestations mais aussi, et surtout, d'en tirer les conséquences économiques en termes de rémunération* ». Si la transparence, telle qu'arrêtée au niveau européen, ne permet pas d'assurer cet objectif, d'autres solutions devraient être évaluées. En ce sens, la lettre de mission demande d'« *examin[er] les mécanismes juridiques envisageables pour chaque secteur visant à garantir aux ayants droit l'effectivité de leurs droits lors de l'utilisation des œuvres par les fournisseurs d'IA* ». Là réside tout l'enjeu des propositions qui suivent : **redonner au droit son effectivité**.

C'est d'ailleurs une obligation pour les Etats membres, qui doivent, au titre de l'article 3, 1 de la directive IPRED⁹¹, « *prévo[r] les mesures, procédures et réparations nécessaires pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle visés par la présente directive* ».

Dans ce cadre, il ne s'agit en aucun cas de « mettre en cause » ou de « dénoncer », mais de construire, en proposant des leviers pour l'émergence d'un marché.

Preuve et secret des affaires. Plusieurs solutions sont susceptibles d'être envisagées si le degré de transparence retenu s'avère insuffisant pour garantir de manière effective le droit au recours. En tout état de cause, le secret des affaires ne devrait pas pouvoir être invoqué pour neutraliser en pratique l'exercice du droit. L'importance du droit à la preuve a d'ailleurs été récemment rappelée par la Cour de cassation, qui a considéré que « *le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments couverts par le secret des affaires, à condition que cette production soit indispensable à son exercice et que l'atteinte soit strictement proportionnée au but poursuivi* »⁹². La mission relève à cet égard le paradoxe qui consiste, pour certains fournisseurs d'IA, à affirmer que l'entraînement se fait sur des données non soumises à un droit de propriété

l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » et art. 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 : « 1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les louer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général. 2. La propriété intellectuelle est protégée ».

⁹¹ Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

⁹² Com., 5 févr. 2025, n° 23-10.953.

littéraire et artistique tout en invoquant le secret des affaires pour éviter la révélation des *corpus* utilisés. Si la difficulté n'est pas la connaissance du *corpus* mais sa révélation au public, il importe simplement de trouver des solutions à ce blocage.

Plusieurs pistes sont envisageables pour rendre aux droits fondamentaux paralysés – le droit au recours et le droit de propriété – leur effectivité, dans la phase précontentieuse (2.1.) comme dans la phase contentieuse elle-même (2.2.).

2.1. Dans la phase précontentieuse

Éviter un litige. La phase précontentieuse ne doit pas être négligée. Au contraire, il semble que cette phase doive être examinée avec attention : dans certaines hypothèses, la façon dont se déroulera la situation peut même permettre d'éviter aux parties un procès long et coûteux. Aussi, la mission renouvelle son soutien à la voie du dialogue (2.1.1.) comme préalable utile à toute analyse des situations précontentieuses. Elle propose aussi la création d'une autorité facilitatrice, en la fonction d'un médiateur de l'IA (2.1.2.), sans pour autant délaissier les outils procéduraux précontentieux existants (2.1.3.).

2.1.1. La nécessité préalable d'un dialogue

Enjeux de la concertation en amont. Une concertation préalable serait utile à l'élaboration d'une sorte de cadrage préliminaire des enjeux intrinsèques à la structuration du marché de la donnée culturelle. À l'occasion du Sommet pour l'Action sur l'intelligence artificielle, la ministre de la Culture a annoncé, en coordination avec la ministre de l'IA, une concertation sur un marché « *éthique et respectueux du droit d'auteur* ». Cette concertation, lieu de dialogue, devrait « *aboutir à un équilibre où les créateurs ne [seraient] pas sacrifiés au profit d'intérêts technologiques* »⁹³.

Si certains acteurs représentant l'écosystème IA considèrent la concertation comme précoce et souhaitent attendre les conclusions relatives au *template*⁹⁴, la volonté du pouvoir politique d'intervenir dès l'amont apparaît au contraire tout à fait opportune. Ce soutien politique permettra notamment de résorber partiellement l'asymétrie (d'informations comme de pouvoirs) à laquelle sont aujourd'hui confrontés les titulaires de droits. Il permettra sans doute aussi d'instituer le cadre de confiance recherché.

⁹³ Propos de la ministre de la culture, rapportés dans l'article « IA : la France lance une concertation sur un “marché éthique respectueux du droit d'auteur” », accessible au lien suivant : https://www.francetvinfo.fr/culture/musique/ia-la-france-lance-une-concertation-sur-un-marche-ethique-respectueux-du-droit-d-auteur_7062923.html

⁹⁴ Ainsi de France digitale. V. not. l'article accessible au lien suivant : https://www.contexte.com/actualite/medias/pour-france-digitale-la-concertation-entre-la-tech-et-les-ayants-droit-est-prematuree_220448.html?go-back-to-briefitem=220448

Aussi, la concertation a été lancée le 23 avril 2025⁹⁵, menée par deux personnalités qualifiées spécialement nommées, Marc Bourreau, Professeur d'économie à l'Institut polytechnique de Paris⁹⁶, et Maxime Boutron, Maître des requêtes au Conseil d'État.

Charte. Un tel dialogue pourrait permettre de fixer un cadre général aux futures négociations. Ce cadre pourrait le cas échéant être consigné dans une **charte des bonnes pratiques**, qui fixerait les grands principes de négociation et d'exploitation des données culturelles pour un marché éthique. Cette charte n'aurait pas de juridicité intrinsèque, sans que cette affirmation ne permette pour autant d'écarter l'intérêt de l'outil. La *soft law* a en effet déjà montré ses atouts par le passé, notamment en matière de lutte contre la contrefaçon en ligne⁹⁷. Les acteurs y adhèrent en ayant aussi conscience de l'image éthique que cela renvoie d'eux.

Cet instrument pourrait alors fixer les grandes orientations des contrats à venir, les parties s'engageant à négocier de bonne foi, à faire preuve de transparence, de modération, de bonne volonté, *etc.* Il serait aussi possible d'y intégrer la recommandation de *NDA (non-disclosure agreement)* afin que les fournisseurs d'IA préservent également leurs intérêts, notamment vis-à-vis de la concurrence.

Idéalement, la charte pourrait enfin fournir une grille – indicative et non contraignante – facilitant l'établissement du contrat en rappelant quelques pistes pour la fixation du prix, les modalités de fourniture, les conditions d'utilisation, *etc.*, sans, bien évidemment, entamer le respect de la liberté contractuelle des parties.

Le droit souple, s'il ne peut se suffire à lui-même, apparaît donc à la mission comme une piste prometteuse. L'éthique a la capacité parfois de précéder la réglementation, parfois de la prolonger ou d'en faciliter la mise en œuvre. La démarche annoncée pourrait utilement servir à rassérer les relations et, à terme, à permettre l'établissement d'un marché vertueux.

2.1.2. La possibilité d'instaurer un médiateur de l'IA

Du dialogue à la médiation. En phase précontentieuse (voire non contentieuse), la voie du dialogue avait déjà été suggérée par la mission sur la mise en œuvre du RIA⁹⁸. Toutes les parties ont en effet intérêt à la mise en place de solutions rapides et non contentieuses.

Dans ce cadre, il existe des procédures permettant d'organiser un échange d'informations dans des conditions satisfaisantes, notamment au regard de la préservation du secret des affaires, et non judiciairisées. Pour ce faire, un échange direct entre les parties semble le plus efficace, sous couvert de conclusion d'un *NDA (non-disclosure agreement)* : le titulaire de droits serait ainsi mis en capacité technique par le fournisseur d'observer si ses contenus ont été utilisés, mais

⁹⁵ Le communiqué de presse est accessible aux liens suivants : <https://presse.economie.gouv.fr/lancement-dune-concertation-entre-les-developpeurs-de-modeles-dia-generative-et-les-ayants-droit-culturels/> et <https://www.culture.gouv.fr/fr/presse/communiqués-de-presse/lancement-d-une-concertation-entre-les-developpeurs-de-modeles-d-ia-generative-et-les-ayants-droit-culturels>

⁹⁶ Marc Bourreau avait été auditionné pour ce rapport juridique en amont de sa nomination.

⁹⁷ V. par ex. la Charte des bonnes pratiques dans la publicité pour le respect du droit d'auteur et des droits voisins, signée au ministère de la Culture en mars 2015 : <https://www.dailymotion.com/video/x2kdw7>

⁹⁸ Rapport précité, p. 27.

serait tenu à la confidentialité. Les titulaires sont habitués à cette confidentialité des négociations et aucune fuite n'a jamais été rapportée.

Au-delà, le besoin d'un cadre souple mais pérenne de dialogue a pu être exprimé par certains acteurs. Une piste pourrait être la création d'un médiateur de l'IA à l'image du médiateur de la musique⁹⁹, du médiateur du livre¹⁰⁰ ou encore du médiateur du cinéma¹⁰¹. Celui-ci pourrait alors exiger du fournisseur d'IA un certain nombre d'éléments probatoires afin de déterminer si les contenus en cause ont été utilisés, et assumer une mission de conciliation, sans préjudice du droit des parties de saisir le juge.

Cadre d'action du médiateur de l'IA. L'intérêt de la présence du médiateur de l'IA serait multiple : d'abord, il pourrait pallier les faiblesses de la transparence « publique », en incarnant une sorte de **tiers de confiance**, revenant là à une solution un temps envisagée. Ensuite, il assurerait un rôle de **vérificateur**, tant de l'objet et de la légitimité de la demande du titulaire (qui devrait être motivée) que du contenu des données utilisées par le fournisseur d'IA, sans que celui-ci ne puisse opposer le secret des affaires. Une telle solution aurait enfin l'avantage de la **proportionnalité**. Si la révélation publique¹⁰² (et donc aux concurrents) constitue le réel problème pour les fournisseurs d'IA, le cadre de confidentialité posé devrait permettre de lever le blocage.

La mise en place d'un médiateur permettrait donc d'instaurer une procédure d'investigation amiable qui préserverait un cercle de confidentialité restreint. Le titulaire des droits qui aurait des raisons de considérer que ses contenus ont été utilisés présenterait sa demande et il s'agirait alors de vérifier la réalité de la situation. Le mécanisme reposerait sur une logique de remise spontanée des éléments de preuve, à l'image de la procédure américaine de *discovery*, à ceci près que la proposition interviendrait en phase précontentieuse voire non contentieuse¹⁰³. Un refus de divulgation pourrait être utilisé comme indice lors d'une éventuelle phase contentieuse, notamment au stade de la mise en œuvre de la présomption¹⁰⁴.

Considérant la technicité de la mission, ce médiateur devrait pouvoir être soutenu par les services de l'Etat, notamment le PEReN (Pôle d'Expertise de la Régulation Numérique) ou par des autorités, comme l'ARCOM.

Pour éviter toute utilisation à des fins dilatoires, la procédure devrait être enserrée dans des délais courts, à fixer par décret.

Non-contrariété au droit de l'Union. Le caractère non obligatoire de la procédure devrait permettre une conformité de celle-ci au droit de l'Union. Il faut souligner par ailleurs que le médiateur de l'IA n'empiéterait pas sur les compétences de l'autorité de surveillance du marché dont les pouvoirs sont attribués au Bureau de l'IA en vertu de l'article 88 du RIA. En effet, ce

⁹⁹ Art. L. 214-6 du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁰ Décret n° 2014-936 du 19 août 2014 sur le médiateur du livre.

¹⁰¹ Art. L. 213-1 et suivants du Code de l'image animée.

¹⁰² Le *template* doit être « mis à la disposition du public » en vertu de l'article 53, 1, d du RIA.

¹⁰³ Sur cette procédure, v. *infra*, Partie 1, pt. 2.2.1.

¹⁰⁴ Sur la présomption, v. *infra*, Partie 1, pt. 2.1.2.

dernier est chargé de vérifier la conformité au RIA alors que le médiateur opère comme un facilitateur procédural.

Proposition. En s'inspirant des textes relatifs au médiateur de la musique et au médiateur du livre, la proposition pourrait se formaliser comme suit :

« I. Le médiateur de l'IA est chargé d'une mission de conciliation pour tout litige relatif à l'utilisation d'un contenu protégé par un droit d'auteur ou un droit voisin par un fournisseur d'intelligence artificielle. Cette intervention est sans préjudice du droit des parties à saisir le juge.

Le médiateur de l'IA peut être saisi par tout titulaire de droit d'auteur ou de droits voisins, les organismes de gestion collective et les mandataires desdits titulaires, ainsi que par une organisation professionnelle ou syndicale démontrant un intérêt à agir, ou le ministre chargé de la culture.

Le médiateur de l'IA peut, dans et pour les besoins de l'exercice de sa mission, procéder à des auditions et solliciter auprès des parties toute information considérée comme nécessaire. Le secret des affaires ne peut lui être opposé. Les éléments, documents et informations confidentiels transmis dans ce cadre ne peuvent être rendus publics. Les parties sont tenues à la confidentialité.

Le médiateur de l'IA peut saisir l'Autorité de la concurrence si les faits qui lui sont révélés lui apparaissent constitutifs de pratiques anticoncurrentielles. Il peut également saisir cette autorité pour avis. Inversement, l'Autorité de la concurrence peut solliciter le médiateur pour toute question relevant de sa compétence et lui communiquer dans ce cadre toute saisine entrant dans le champ de sa mission.

Le médiateur dispose d'un délai de trois mois, à compter de la réception des observations des parties ou de l'expiration du délai imparti pour les produire, pour tenter de concilier les parties.

En cas d'accord des parties, un procès-verbal de conciliation est dressé, précisant les mesures à mettre en œuvre. Il est signé par les parties et fixe un délai pour son exécution.

À défaut d'un tel accord dans le temps imparti, un procès-verbal de non-conciliation est établi, soit qu'il y ait un refus d'entrer en médiation, soit qu'il y ait eu absence de réponses aux demandes de production d'informations. Il peut être produit en justice dans le cadre d'une procédure contentieuse. Le médiateur peut aussi émettre une recommandation quant aux mesures qui permettraient de mettre fin au litige.

Le médiateur peut rendre publique sa décision de conciliation ou de non-conciliation ou sa recommandation, sous réserve des informations couvertes par le secret des affaires.

II. Le médiateur de l'IA a pour mission de favoriser le dialogue entre les parties. À cet égard, il peut aussi formuler des propositions au ministre chargé de la culture. Il prend part et favorise l'adoption de codes des bonnes pratiques entre les titulaires de droits et les fournisseurs d'IA.

Le médiateur de l'IA adresse chaque année un rapport sur son activité au ministre chargé de la culture. Ce rapport est public. Une copie en est adressée aux présidents des commissions permanentes de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées de la culture.

III.-Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article ».

2.1.3. Les outils procéduraux précontentieux

Dualité des mécanismes. Il existe, *de lege lata*, deux mécanismes procéduraux qui peuvent être utilisés pour aider le titulaire de droits dans sa démonstration de l'utilisation de contenus. L'un, issu du droit commun, se situe pleinement dans la phase précontentieuse ; l'autre, qui relève en réalité du contentieux de la contrefaçon lui-même, est spécifique au droit de propriété littéraire et artistique. Si le rapprochement de ces deux mécanismes peut à première vue surprendre en ce qu'ils concernent deux temps différents du litige, ils sont souvent envisagés alternativement par les praticiens en raison des grandes similitudes qu'ils présentent. Pour les besoins de l'analyse et une fois cette précision apportée, une étude comparée s'avère opportune.

Droit commun : article 145 CPC. L'article 145 du code de procédure civile¹⁰⁵ est, à première vue, une piste utile pour restaurer le droit au recours. Il consacre en effet une procédure (en référé ou sur requête) qui s'impose comme une sorte d'« enquête civile » ; celle-ci n'est pas limitée à la conservation des preuves, mais peut également tendre à l'établissement de celles-ci¹⁰⁶.

Toutefois, il s'agit là d'un mécanisme dont la mise en œuvre est parfois difficile. Notamment, l'intérêt de ce type de mesures est de jouer sur l'effet de surprise, pour éviter que l'autre partie soit informée en amont et ait le temps de s'organiser. L'objectif est donc l'autorisation sur requête. Or la Cour de cassation exige désormais de démontrer en quoi il est légitime de déroger au principe du contradictoire en optant pour la requête, cette démonstration étant particulièrement ardue. À titre d'exemple, le juge considère que, lorsqu'il existe des échanges de courriers (des lettres de mise en demeure) entre les parties, il n'est plus justifié d'opter pour cette mesure car l'autre partie est déjà informée de l'existence d'un possible contentieux¹⁰⁷. Le

¹⁰⁵ Art. 145 CPC : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

¹⁰⁶ En ce sens, Civ. 2^e, 17 juin 1998, n° 95-10.563. Plus récemment, Soc. 19 déc. 2012, n°s 10-20.526 et 10-20.528, Bull. civ. V, n° 341.

¹⁰⁷ V. not. Civ. 2^e, 14 janv. 2021, n° 19-25.206 : « Ayant relevé, ensuite, le caractère général de la motivation du juge de la requête, et constaté que préalablement à sa requête, la société Free Mobile avait adressé à la société SFR des mises en demeure d'avoir à bloquer un certain nombre de terminaux téléphoniques litigieux, pour en déduire que cette dernière était parfaitement informée des critiques formulées par la société Free Mobile à son encontre et de son intention de saisir la justice en cas de difficulté et était donc en mesure, si elle le souhaitait, dès la réception de ces mises en demeure de procéder à des mesures de blocage temporaire des terminaux qu'elles visaient, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que la nécessité de procéder par effet de surprise n'était pas établie, a exactement déduit de l'ensemble de ces constatations, sans encourir les griefs du moyen, qu'il n'était pas justifié de déroger au principe de la contradiction et qu'il y avait lieu, en conséquence, de rétracter l'ordonnance du président du tribunal de commerce et d'annuler les procès-verbaux de constat dressés par l'huissier de justice ».

paradoxe tient au fait que, dans le même temps, la Cour de cassation considère que le juge des référés doit caractériser l'existence d'un litige potentiel pour pouvoir ordonner la mesure¹⁰⁸. En d'autres termes, il faut tout à la fois démontrer la réalité du litige et l'absence d'élément ayant permis de porter à la connaissance de l'autre partie ce contentieux à venir, sans quoi l'effet de surprise disparaît et le mécanisme n'a plus lieu d'être. La frontière est très mince, ce qui rend sans doute la procédure nettement moins efficace.

Un autre défaut est aussi lié aux « temps de latence », qui peuvent retarder la procédure et décourager les titulaires de droits, surtout face à une technologie dont le développement est très rapide. À cet égard, le secret des affaires, même s'il n'est en principe pas opposable s'agissant d'une mesure *in futurum*¹⁰⁹, demeure un argument redoutable en ce qu'il permet de bloquer pendant un certain délai l'accès aux pièces. En effet, après l'ordonnance sur requête s'ensuivra une procédure de tri, qui se matérialise dans une décision, laquelle peut faire l'objet d'un appel, *etc.* Certes, les conditions de la définition du secret des affaires doivent être caractérisées¹¹⁰ sur chacun des éléments que la partie estime couverts pour qu'il puisse être invoqué, mais il est évident que ces différentes strates procédurales ralentissent considérablement l'accès à la preuve. Si l'article 145 du Code de procédure civile est susceptible d'être mis en œuvre, son intérêt est donc relatif dans le domaine concerné où la technicité risque d'alourdir ce trait.

Droit de la propriété littéraire et artistique. La saisie-contrefaçon¹¹¹, si elle relève quant à elle pleinement du contentieux et non du précontentieux, est également un fondement pertinent pour restaurer la possibilité de preuve. Aussi, et une fois bien identifiée la spécificité du cadre contentieux, une réflexion « en miroir » avec l'outil offert par l'article 145 du Code de procédure civile est opportune.

La saisie-contrefaçon permet de solliciter une saisie-appréhension ou une saisie-description, particulièrement utile en pareille hypothèse. Au surplus, puisqu'elle doit être demandée sur requête, il n'est alors pas nécessaire de justifier de la dérogation au principe du contradictoire. Elle offre donc la possibilité au demandeur d'obtenir des informations, *via* la saisie-description, qui permettront d'établir le champ du préjudice.

Pour autant, le problème de ce fondement spécial provient du fait qu'il est nécessaire de démontrer, précisément en droit d'auteur, l'originalité de tous les éléments pour lesquels une atteinte aux droits est invoquée, ce qui peut être particulièrement fastidieux – voire impossible

¹⁰⁸ Civ. 2^e, 16 nov. 2017, n° 16-24.368.

¹⁰⁹ Sur cette question, v. not. Com. 5 juin 2019, n° 17-22.192 ; Civ. 2^e, 10 juin 2021, n° 20-11.987 ; Civ. 1^{re}, 6 déc. 2023, n° 22-19.285.

¹¹⁰ Ces conditions sont posées par l'article 39.2 de l'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) du 15 avril 1994, récemment rappelé par la Cour de cassation dans l'affaire « Domino's Pizza » : Com., 5 juin 2024, n° 23-10.954. L'article énonce que « *Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes (10), sous réserve que ces renseignements : a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets* ».

¹¹¹ Art. L. 332-1 et s. CPI.

– dans l’hypothèse d’une utilisation par des fournisseurs d’IA, au regard du très grand nombre de contenus absorbés¹¹².

Différences et limites. Les deux mécanismes – celui de l’article 145 du Code de procédure civile et celui de la saisie-contrefaçon – se distinguent de la procédure américaine de *discovery*¹¹³ en ce qu’ils interviennent avant tout contentieux ; ils nécessitent par ailleurs des autorisations judiciaires préalables (et peuvent générer un contentieux de l’autorisation et un contentieux de l’exécution des mesures), tandis que le *discovery* intervient durant le contentieux et laisse un rôle marginal au juge, dans la mesure où les parties sont supposées fournir spontanément les éléments. Ces deux mécanismes de droit interne présentent également des différences entre eux (le moment de la mise en œuvre est tantôt contentieux, tantôt précontentieux, le juge compétent peut être différent, les conditions et le champ de l’investigation peuvent varier, *etc.*). Chacun présente par ailleurs ses limites : durée de la procédure, difficulté à démontrer tout à la fois l’existence d’un litige et l’absence de connaissance portée à l’autre partie, démonstration de l’originalité des contenus dont l’utilisation illicite est invoquée, *etc.*

Si ces mécanismes peuvent certes être utilisés dès maintenant par les titulaires de droits, ils répondent insuffisamment à l’exigence de préservation du droit au recours, de sorte que la piste du médiateur de l’IA conserve tout son intérêt.

2.2. Dans la phase contentieuse

Faciliter la preuve. Si la mise en œuvre des outils précontentieux – existants ou proposés par la mission – ne permettent pas d’aboutir à une solution, une phase contentieuse est susceptible de s’amorcer. Dans ce cadre, la mission expose deux propositions permettant toujours de rendre aux droits leur effectivité. Pourrait ainsi être envisagée la consécration d’une présomption d’utilisation des contenus protégés (2.2.1.). Des mécanismes procéduraux nouveaux pourraient aussi utilement faciliter la preuve (2.2.2.). Se pose alors la question du lieu de la consécration de pareils mécanismes (2.2.3.).

2.2.1. La voie de la présomption d’utilisation

Présentation de la présomption (état initial). Comme déjà publiquement débattu, certains titulaires de droits soutiennent un mécanisme reposant sur une présomption d’utilisation. À l’état initial, il s’agirait de présumer (sous réserve de preuve contraire) que le contenu culturel a été utilisé par un système d’IA au regard du résultat généré, parce que ce dernier présente des ressemblances avec un ou plusieurs contenus protégés par un droit de propriété littéraire et

¹¹² Sur la question de la preuve de l’originalité, v. *La preuve de l’originalité*, rapport CSPLA, prés. J.-A. Benazeraf et V. Barthez, déc. 2020, accessible au lien suivant : <https://www.culture.gouv.fr/fr/nous-connaître/organisation-du-ministère/Conseil-supérieur-de-la-proprieté-littéraire-et-artistique-CSPLA/travaux-et-publications-du-cspla/missions-du-cspla/Mission-du-CSPLA-sur-la-preuve-de-l-originalite>.

¹¹³ Sur laquelle v. *infra*, Partie 1, pt. 2.2.2.

artistique. Le mécanisme probatoire viendrait alors pallier la difficulté pratique, à laquelle sont confrontés les titulaires de droits d'auteur ou voisins, de faire la démonstration de l'utilisation.

Conformité au droit de l'Union européenne. Le droit de l'Union ne semble pas faire obstacle à une telle consécration autonome par un État membre, si cette voie devait être retenue. Le principe d'autonomie procédurale, d'origine jurisprudentielle¹¹⁴, postule qu'en l'absence de réglementation issue du droit de l'Union, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct¹¹⁵.

Or il est acquis que ce principe d'autonomie procédurale s'étend aux questions de preuve¹¹⁶.

Une réflexion par analogie est ici possible afin de déterminer le type de marge de manœuvre laissée aux États membres. Ainsi, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹¹⁷ appliquée aux vaccins, la Cour de justice¹¹⁸ a eu l'occasion de valider la création d'un mécanisme probatoire autorisant le juge national « à conclure que [l'existence du défaut du produit et de celle du lien causal entre ce dernier et le dommage encouru] est avérée en se fondant sur un faisceau d'indices dont la gravité, la précision et la concordance lui permettent de considérer, avec un degré suffisamment élevé de probabilité, qu'une telle conclusion correspond à la réalité »¹¹⁹. Elle affirme ainsi qu'« un tel régime probatoire n'est pas, en tant que tel, de nature à entraîner un renversement de la charge de la preuve incombant à la victime au sens de l'article 4 de la directive 85/374, puisque ce régime laisse, de la sorte, à celle-ci la charge d'établir les différents indices dont la conjonction permettra, le cas échéant, au juge saisi d'asseoir sa conviction quant à l'existence d'un défaut du vaccin et d'un lien de causalité entre celui-ci et le dommage subi ».

La Cour soumet dans cette hypothèse la validité du mécanisme à deux conditions cumulatives : d'une part, les indices produits doivent être suffisamment graves, précis et concordants¹²⁰ et, d'autre part, le principe selon lequel il appartient à la victime de prouver doit demeurer intact, de sorte que le juge doit conserver sa libre appréciation quant au point de savoir si une telle preuve a ou non été apportée à suffisance de droit¹²¹.

¹¹⁴ CJCE, 16 déc.1976, « Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland », aff. 33-76, ECLI:EU:C:1976:188 et « Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen », aff. 45-76, ECLI:EU:C:1976:191.

¹¹⁵ *Ibid.*, respectivement pt. 5 de l'arrêt « Rewe » et pt. 13 de l'arrêt « Comet ».

¹¹⁶ CJUE, 21 juin 2017, C-621/15, « Cts WW c. Sanofi-Pasteur ».

¹¹⁷ Dir. 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹¹⁸ CJUE, 21 juin 2017, « Cts WW c. Sanofi-Pasteur », *op. cit.*

¹¹⁹ *Ibid.*, pt. 28.

¹²⁰ *Ibid.*, pt. 37 : « Ainsi, d'une part, il incombe aux juridictions nationales de veiller à ce que les indices produits soient effectivement suffisamment graves, précis et concordants pour autoriser la conclusion selon laquelle l'existence d'un défaut du produit apparaît, nonobstant les éléments produits et arguments présentés en défense par le producteur, comme étant l'explication la plus plausible de la survenance du dommage de sorte que de tels défaut et lien de causalité peuvent raisonnablement être considérés avérés ». – Comp. art. 1382 C. civ. Sur la qualification des indices lorsque le mécanisme est judiciaire.

¹²¹ *Ibid.*, pt. 38 : « D'autre part, il importe que ces mêmes juridictions fassent en sorte que demeure in affecté le principe selon lequel c'est à la victime qu'il incombe de démontrer, par tous les moyens de preuves généralement

Dans ces conditions, la création d'une présomption simple, qui interviendrait dans un champ non harmonisé par le droit de l'Union et dont les critères déclencheurs seraient des indices qualifiés pour justifier un renversement de la charge de la preuve, serait envisageable et couverte par le principe d'autonomie procédurale, à condition que le juge conserve une liberté d'appréciation quant à la complétude de ces critères.

À cet égard d'ailleurs, le refus qu'a pu manifester le juge européen de reconnaître l'effectivité d'une présomption simple de communication d'œuvres au public s'agissant d'un système de sonorisation¹²² paraît sans incidence : en effet, la Cour de justice avait considéré que le droit de l'Union européenne s'opposait à la création, par le droit national, d'une présomption simple de communication d'œuvres musicales au public fondée sur la présence de sonorisation dans des moyens de transport. Toutefois, ce refus était justifié par le fait que l'acte en cause n'était précisément pas un acte de communication au public au sens du droit européen, de sorte que toute présomption en ce sens devait être privée d'effet¹²³. Or tel n'est pas le cas s'agissant de la présomption ici proposée, puisqu'il n'est pas contestable que l'utilisation faite des contenus met bien en œuvre monopole, précisément le droit de reproduction, comme le relève le RIA lui-même¹²⁴.

admis par le droit national, et, comme en l'occurrence, notamment par la production d'indices graves, précis et concordants, l'existence d'un défaut du vaccin et d'un lien de causalité. Cela requiert que le juge veille à préserver sa propre liberté d'appréciation quant au point de savoir si une telle preuve a ou non été apportée à suffisance de droit, jusqu'au moment où, ayant pris connaissance de l'ensemble des éléments produits par les deux parties et des arguments échangés par celles-ci, il se considère en mesure, au regard de l'ensemble des circonstances pertinentes du cas dont il est saisi, de former sa conviction définitive à cet égard (voir, par analogie, arrêt du 9 novembre 1983, San Giorgio, 199/82, EU:C:1983:318, point 14) ».

¹²² CJUE, 20 avr. 2023, aff. jointes C-775/21 et C-826/21, « Blue air aviation ».

¹²³ *Ibid.*, pt. 67.

¹²⁴ RIA, cons. 105, sur lequel v. déjà *supra*, introduction : « Les modèles d'IA à usage général, en particulier les grands modèles d'IA génératifs, capables de générer du texte, des images et d'autres contenus, présentent des possibilités d'innovation uniques mais aussi des défis pour les artistes, les auteurs et les autres créateurs, et la manière dont leur contenu créatif est créé, distribué, utilisé et consommé. Le développement et l'entraînement de ces modèles requièrent un accès à de grandes quantités de texte, d'images, de vidéos et d'autres données. Les techniques de fouille de textes et de données peuvent être largement utilisées dans ce contexte pour extraire et analyser ces contenus, qui peuvent être protégés par le droit d'auteur et les droits voisins. Toute utilisation d'un contenu protégé par le droit d'auteur nécessite l'autorisation du titulaire de droits concerné, à moins que des exceptions et limitations pertinentes en matière de droit d'auteur ne s'appliquent. La directive (UE) 2019/790 a introduit des exceptions et des limitations autorisant les reproductions et extractions d'œuvres ou d'autres objets protégés aux fins de la fouille de textes et de données, sous certaines conditions. En vertu de ces règles, les titulaires de droits peuvent choisir de réserver leurs droits sur leurs œuvres ou autres objets protégés afin d'empêcher la fouille de textes et de données, à moins que celle-ci ne soit effectuée à des fins de recherche scientifique. Lorsque les droits d'exclusion ont été expressément réservés de manière appropriée, les fournisseurs de modèles d'IA à usage général doivent obtenir une autorisation des titulaires de droits s'ils souhaitent procéder à une fouille de textes et de données sur ces œuvres » (nous soulignons).

Enfin, le principe d'équivalence¹²⁵, qui pourrait constituer une barrière supplémentaire à l'établissement d'une présomption, ne semble pas remis en cause, quand le principe d'effectivité¹²⁶ pourrait même conforter la légitimité de cette dernière¹²⁷.

Présence de présomptions en droit de la propriété littéraire et artistique. La piste d'une présomption peut apparaître d'autant plus adaptée que ce type de facilités probatoires, accordées aux titulaires de droits, est bien connu en droit de la propriété littéraire et artistique. Il existe ainsi, par exemple, une présomption jurisprudentielle de titularité au profit des personnes morales exploitantes qui agissent en contrefaçon¹²⁸.

Plus nettement encore, le juge va, dans le procès civil, jusqu'à tenir pour indifférente la bonne foi¹²⁹, empêchant la personne poursuivie de se défendre par son invocation. Cette dernière hypothèse dépasse alors la présomption – simple – de mauvaise foi devant le juge pénal¹³⁰, en ce qu'elle est irréfragable.

¹²⁵ Le principe d'équivalence, d'origine prétorienne, implique qu'en « l'absence de réglementation communautaire [sur une question donnée], il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne » (CJCE, 16 déc. 1976, « Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland », *op. cit.*).

¹²⁶ Le principe d'effectivité signifie que si un droit est reconnu à un particulier par le droit de l'Union européenne, les États membres ont la responsabilité d'en assurer la protection effective, ce qui implique l'existence d'un recours juridictionnel.

¹²⁷ Liant ces principes d'équivalence et d'effectivité, CJUE, 21 juin 2017, *op. cit.*, pt. 25 : « il revient, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, et sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les modalités d'administration de la preuve, les moyens de preuve recevables devant la juridiction nationale compétente ou encore les principes régissant l'appréciation, par cette juridiction, de la force probante des éléments de preuve qui lui sont soumis ainsi que le niveau de preuve requis (voir, par analogie, arrêt du 15 octobre 2015, Nike European Operations Netherlands, C-310/14, EU:C:2015:690, points 27 et 28, ainsi que arrêt du 21 janvier 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, points 30 et 32) » (nous soulignons).

¹²⁸ La présomption a été consacrée par Civ. 1^{re}, 24 mars 1993, « Aréo [2^e arrêt] », n° 91-16.543 : *RTD com.* 1995, p. 418, obs. Françon ; *JCP* 1993. II. 22085, note Greffe ; *RIDA* oct. 1993. 191, obs. Kéréver. L'arrêt énonçait « qu'en l'absence de toute revendication de la part de la ou des personnes physiques ayant réalisé les clichés, ces actes de possession étaient de nature à faire présumer, à l'égard des tiers contrefacteurs, que la société [exploitante] était titulaire sur ces œuvres, quelle que fût leur qualification, du droit de propriété incorporelle de l'auteur ».

¹²⁹ V. not. Civ. 1^{re}, 29 mai 2001 : *Bull. civ.*, I, n° 154 ; *D.* 2001, p. 1952 ; *Prop. intell.* 2001, n° 1, p. 71, obs. P. Sirinelli ; *Comm. com. électr.* 2002, comm. 84, note C. Caron : « la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété qui y sont attachés ». Dans le même sens, Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008 : *Bull. civ.*, I, n° 258 : « la contrefaçon est caractérisée indépendamment de toute faute ou mauvaise foi ». *Comp. Civ.* 1^{re}, 3 déc. 2002, n° 00-20.332, *Bull. civ.* I, n° 292 ; *Prop. intell.* 2003, n° 6, p. 45, obs. P. Sirinelli : « dans ses rapports avec le titulaire des droits méconnus, la bonne ou la mauvaise foi du contrefacteur est indifférente ».

¹³⁰ Sur la présomption simple de mauvaise foi devant le juge pénal, v. déjà *Crim.*, 11 avr. 1889 et 13 mars 1890 : *Ann. prop. ind.* 1892, p. 189 et 190. Surtout *Crim.*, 1^{er} févr. 1912, dans lequel la Cour de cassation pose explicitement le principe : « si le délit de contrefaçon d'une œuvre artistique est soumis comme les autres délits à la double condition de l'existence d'un fait matériel et de l'intention coupable de son auteur, la bonne foi de l'inculpé ne se présume pas ; c'est à lui qu'incombe d'en apporter la preuve » : *Gaz. Pal.* 1912, I, p. 437 ; *Crim.*, 28 févr. 1956 : *JCP G* 1956, II, 9520. Pour une application de la présomption dans le cadre d'une atteinte aux droits voisins, v. *Crim.*, 13 déc. 1995, « Mlle Chante le blues », n° 93-85.256, *Bull. crim.* n° 378 ; *RIDA* 1996, n° 169, p. 279.

Ainsi, le mécanisme de la présomption est familier en la matière et souvent utilisé pour protéger les intérêts des titulaires de droits.

Au-delà : la preuve par présomption judiciaire. Au-delà des cas connus en jurisprudence, et conformément à l'article 1382 du Code civil, « *les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* ». En l'état du droit positif, le juge pourrait aussi décider que les indices soumis à l'occasion d'un contentieux permettent de présumer l'usage non autorisé de contenus culturels par un SIA. Il appartiendrait alors à la personne qui se prétend victime de rapporter la preuve d'indices suffisants pour qu'une telle présomption judiciaire soit mise en œuvre.

Comparaison : proposition de loi américaine. Une proposition de loi américaine, dite « proposition PADRA » (*Preventing abuse of digital replicas act*)¹³¹ va dans un sens similaire. Certes, elle concerne davantage la réplique numérique des caractéristiques d'une personne (voix, apparence, etc.). Une réflexion par analogie demeure toutefois pertinente, d'autant plus que la proposition embrasse également l'hypothèse de la reprise par l'IA « *d'une caractéristique des œuvres de la personne concernée, qui lui est propre de telle sorte que l'utilisation de cette caractéristique est susceptible d'être associée à la personne concernée* »¹³², ce qui peut notamment renvoyer aux interprétations couvertes par le droit voisin des artistes-interprètes. Or cette proposition prévoit que « *dans une action civile intentée [...] pour l'utilisation d'une réplique numérique par une personne sur ou en relation avec des biens ou services, il existe une présomption simple selon laquelle une telle utilisation est susceptible de créer une confusion ou d'induire en erreur quant à l'affiliation, le lien ou l'association de cette personne avec une autre personne, ou quant à l'origine, le parrainage ou l'approbation de ses biens, de ses services ou de ses activités commerciales par une autre personne* »¹³³. Si la proposition a vocation à modifier la loi sur les marques – et non celle sur le *copyright* –, son existence vient néanmoins conforter l'intérêt du recours aux mécanismes présomptifs dans le champ de l'IA.

¹³¹ La proposition, sur laquelle v. déjà *supra*, introduction, pt. 1.2, a été déposée en décembre 2024 devant la Chambre des représentants et accessible au lien suivant : <https://issa.house.gov/sites/evo-subsites/issa.house.gov/files/evo-media-document/PADRA%20Final.pdf>

¹³² *Ibid.*, nous traduisons. Le texte original énonce : « *the term 'digital replica' means computer generated representation of an identifying characteristic of a subject person, who at the time of the use of the representation is a living individual human being, where — (i) the identifying characteristic is an image, voice, likeness, or other characteristic of the subject person, or a characteristic of the creative works of the subject person, that is distinctive to the subject person such that the use of such characteristic is likely to be associated with the subject person and no other person by reasonable and ordinary participants in the relevant industry or market* ».

¹³³ *Ibid.*, nous traduisons. Le texte original de la proposition énonce que : « *In a civil action brought pursuant to paragraph (1)(A) for the use of a digital replica by a person on or in connection with any goods or services, or any container for goods there shall be a rebuttable presumption that such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person* ».

Evaluation de la présomption. La présomption d'utilisation paraît soutenable, à condition qu'elle soit fondée sur des indices et, comme toutes les présomptions, qu'elle repose sur le *plerumque fit* (ce qui advient le plus souvent). Ce dernier point ne pose pas de difficulté particulière : il est désormais très documenté que les contenus culturels ont été utilisés en très grand nombre par les fournisseurs d'IA, notamment à travers les bases d'entraînement librement à disposition sans autorisation aucune.

Pareil mécanisme doit toutefois être expertisé.

D'abord, la condition *sine qua non* de cette facilité serait que le mécanisme soit limité à une fonction exclusivement probatoire qui ne préjugerait en rien des modèles de rémunération à retenir. La présomption ne devrait ainsi en aucun cas être reliée à un quelconque modèle particulier de rémunération (notamment une licence légale ou une exception compensée). En d'autres termes, elle devrait constituer une simple facilité probatoire et non une fiction juridique aboutissant à la mise en œuvre d'un mode de rémunération prédéterminé, comme ce qui existe en matière de copie privée. La facilité probatoire que représente la présomption ne saurait être détournée de sa finalité. A défaut, la conformité au droit de l'Union serait douteuse.

Ensuite, le critère des ressemblances, présent dans le débat public, pourrait être inclus dans un ensemble d'indices plus large, dans la mesure où il est plus ou moins pertinent en fonction des secteurs. Par ailleurs, le contenu généré peut n'avoir emprunté que le style ou le courant artistique : dès lors, soit le degré d'exigence de la ressemblance est faible et il existe un risque que la présomption devienne systématique (puisque'il n'y aurait plus réellement de condition de mise en œuvre), ce qui serait sans doute contraire aux exigences de la Cour de justice quant à la libre appréciation laissée au juge, soit le degré d'exigence est élevé et il s'agirait presque alors de caractériser la contrefaçon elle-même, de sorte que l'utilité du mécanisme serait très résiduelle. En outre, plus le nombre de contenus dont s'est nourrie l'IA est important, plus « l'empreinte » propre de chacun de ceux-ci tend à s'effacer – à tout le moins à se fondre – dans le résultat produit. La présomption pourrait alors avoir un effet pervers, incitant à l'utilisation d'un plus grand nombre de contenus pour que les ressemblances soient moins évidentes à déceler. Des filtres peuvent également limiter le niveau de ressemblance. Enfin, la ressemblance pourrait être inefficace en matière de droits voisins pour les multiples interprétations d'une même œuvre.

Il ne s'agit pas d'exclure le critère des ressemblances, mais de le nuancer, en y accolant d'autres critères alternatifs. Il peut parfois apparaître comme pertinent : l'enjeu n'est pas d'identifier l'*output* comme nécessairement contrefaisant du contenu culturel concerné, mais de démontrer, par l'existence de ressemblances (même insuffisantes pour caractériser la contrefaçon dans l'*output*), qu'il est vraisemblable que le contenu ait été reproduit par l'IA pour parvenir à la génération des contenus. Et c'est cet acte de reproduction premier, intervenu sans autorisation, qui relève de la contrefaçon.

Il est donc nécessaire d'ouvrir la présomption à d'autres critères de déclenchement qui rendent l'utilisation du contenu protégé probable.

Finalité et justification de la proposition. L'objectif de la réflexion est de réintégrer les titulaires dans leurs droits en l'absence d'une transparence suffisante. Un tel mécanisme pourrait avoir un double effet : le plus évident, au stade contentieux, impliquerait sa mise en

œuvre et donc un renversement de la charge de la preuve. Mais la présomption pourrait aussi avoir des effets implicites en amont, en phase pré ou non contentieuse : le fournisseur d'IA, sachant que la charge de la preuve de l'absence d'utilisation pèsera sur lui, pourrait être plus réceptif à envisager une solution avant la naissance du contentieux, par la conclusion de licences.

S'agissant du texte proposé, quatre précisions sont d'importance. D'abord, le fait d'envisager que le contenu protégé soit présumé « avoir été utilisé », et non « reproduit », semble opportun, pour deux raisons qui se conjuguent. D'une part, l'utilisation implique une reproduction en amont. Le considérant 105 du RIA¹³⁴ opère un rapprochement explicite entre les deux notions. D'autre part, l'évolution extrêmement rapide des techniques invite ici à la prudence. S'il est assez évident à ce jour que l'utilisation envisagée vise la reproduction, tel ne sera peut-être pas le cas demain. Dès lors et puisque le terme d' « utilisation » renvoie aisément à la mise en œuvre du monopole s'agissant du droit de reproduction, il apparaît plus avisé d'opter pour ce terme plus neutre et souple, qui pourrait à terme inclure d'autres actes d'exploitation.

Ensuite, cette utilisation prend place à une ou plusieurs étapes de la chaîne d'approvisionnement en données du système, que cet approvisionnement soit direct ou intermédiaire.

En outre, l'exigence d'indices « sérieux » semble suffisante pour que la présomption soit conforme aux exigences du droit de l'Union. L'expression présente l'intérêt supplémentaire d'être déjà connue dans des lois relevant d'autres branches du droit en France¹³⁵.

Enfin, la mission considère judicieux, à tout le moins à ce stade de la réflexion, de ne pas se contenter de l'énoncé d'une présomption mais d'adosser à celle-ci une liste d'indices. Cette dernière ne semble pas présenter d'inconvénient particulier, dès lors que son caractère illustratif ne limite pas le juge, qui demeure libre d'en ajouter au gré de l'évolution des usages et des techniques. Au contraire, s'agissant d'une question relativement nouvelle dans les prétoires, une telle liste non exhaustive présente l'intérêt de fournir au juge des indications, facilitant ainsi l'identification des indices pertinents le cas échéant.

Proposition. La présomption pourrait être formulée ainsi :

« L'objet protégé par un droit d'auteur ou par un droit voisin est présumé, sauf preuve contraire, avoir été utilisé pour aboutir à la génération d'un ou plusieurs contenus par le système d'IA, dès lors qu'il existe des indices sérieux en faveur de cette utilisation. »

Peuvent notamment être considérés comme des indices permettant de présumer de l'utilisation :

1°. Le passage de robots d'indexation sur des contenus protégés tels que visés à l'alinéa 1^{er} du présent article ;

2°. Le constat de la présence de contenus protégés relevant du même genre dans des bases de données publiques utilisées pour l'entraînement ou la spécialisation des modèles ;

3°. L'existence de ressemblances entre l'objet protégé et le contenu généré ;

¹³⁴ Sur lequel v. déjà *supra*, ce point.

¹³⁵ V. par. ex. les articles 171-4 et 175-2 Code civil en matière de nullité du mariage.

- 4°. La mention d'un crédit, même erroné, à un titulaire de droits dans le contenu généré ;
- 5°. Les aveux réalisés dans une procédure tierce ou les déclarations publiques reconnaissant l'utilisation de contenus protégés ou d'ensembles de données comportant des contenus protégés ;
- 6°. La possibilité de générer des contenus « à la manière » d'un objet protégé ou d'un titulaire de droits ;
- 7°. Le refus opposé par le défendeur à la divulgation de preuves devant le médiateur de l'IA ».

Intérêt de la présomption. Une telle formulation permettrait de préserver le droit (processuel comme substantiel) du titulaire, tout en ménageant, pour le fournisseur d'IA, la possibilité de rapporter la preuve contraire. La liste illustrative de critères susceptibles de déclencher la présomption semble par ailleurs donner suffisamment de garanties pour assurer la solidité du mécanisme. Et, puisqu'il existerait des indices sérieux quant à la réalité de l'utilisation, le renversement de la charge de la preuve serait donc justifié.

Le principe selon lequel la preuve pèse sur la victime est préservée, puisqu'il appartiendra au titulaire de caractériser les critères de déclenchement (*via* les aveux extra-judiciaires ou dans d'autres procédures parfois réalisés par les fournisseurs d'IA eux-mêmes, les études relatives aux modes d'entraînement, des expertises portant sur les ressemblances, *etc.*). Par ailleurs, la jurisprudence pourrait développer ensuite des critères propres à chaque secteur, voire adopter des lectures spécifiques et sectorielles des critères. Par exemple, dans le domaine de la presse, l'appréciation des ressemblances pourrait découler de la mise en lumière d'une récurrence anormale des termes, expressions ou structures propres à certains médias.

La présomption aurait enfin l'intérêt, comme avant elle l'article 17 de la directive de 2019¹³⁶, d'inciter à la négociation par le retour à l'opposabilité des droits, à tout le moins sur le terrain probatoire.

Identification des limites de la présomption. Il pourrait être ici opposé que la preuve contraire attendue du fournisseur d'IA équivaut à la preuve d'un fait négatif, le fournisseur devant apporter la preuve qu'il *n'a pas* utilisé le contenu pour renverser la présomption. La fourniture de la liste des contenus utilisés permettra toutefois, par une lecture en creux, d'apporter une réponse. Rappelons que la procédure judiciaire peut permettre de créer les conditions de la confidentialité au besoin, afin que cette liste ne puisse être révélée.

Une autre limite identifiée est d'ordre quantitatif : chaque titulaire de droits isolé pourrait-il invoquer le bénéfice de la présomption ? Il existe, ici, un risque de « sur-engorgement » des juridictions. Pour autant, il est peu probable que des titulaires isolés agissent tant l'action contentieuse représente un coût.

Proposition d'une action de groupe. Une solution pourrait être de prévoir une action conjointe de plusieurs titulaires. À titre de comparaison, le Règlement général pour la protection des

¹³⁶ Sur cet article, et le levier de négociation qu'il représente, v. *supra*, introduction, pt. 3.

données¹³⁷ (RGPD) prévoit, en son article 80, la faculté d'opter pour une action de groupe¹³⁸. L'article 37 de la loi Informatique et libertés¹³⁹ propose une liste limitative des entités susceptibles d'introduire l'action¹⁴⁰. Il serait alors possible de s'inspirer du mécanisme reconnu dans le RGPD pour instaurer ce type d'action au bénéfice des titulaires de droits, afin de favoriser – à défaut de pouvoir contraindre – les actions groupées.

En s'inspirant de l'article susmentionné de la loi Informatique et libertés, la disposition pourrait être ainsi rédigée :

« I. Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales, placées dans une situation similaire, subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature à leur droit d'auteur ou à leur droit voisin par un fournisseur d'intelligence artificielle, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile compétente au vu des cas individuels présentés par le demandeur.

II. Cette action peut être exercée en vue de faire cesser le manquement mentionné au I, ou d'engager la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis.

III. Peuvent exercer cette action :

1° Les organismes de gestion collective ;

2° Les organisations syndicales ou professionnelles représentant des titulaires de droits ;

3° Les associations de défense des droits ».

¹³⁷ Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

¹³⁸ *Ibid.*, art. 80 : « I. La personne concernée a le droit de mandater un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la protection des droits et libertés des personnes concernées dans le cadre de la protection des données à caractère personnel les concernant, pour qu'il introduise une réclamation en son nom, exerce en son nom les droits visés aux articles 77, 78 et 79 et exerce en son nom le droit d'obtenir réparation visé à l'article 82 lorsque le droit d'un État membre le prévoit. 2. Les États membres peuvent prévoir que tout organisme, organisation ou association visé au paragraphe 1 du présent article, indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée, a, dans l'État membre en question, le droit d'introduire une réclamation auprès de l'autorité de contrôle qui est compétente en vertu de l'article 77, et d'exercer les droits visés aux articles 78 et 79 s'il considère que les droits d'une personne concernée prévus dans le présent règlement ont été violés du fait du traitement ».

¹³⁹ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁴⁰ *Ibid.*, art. 37, IV : « IV.- Peuvent seules exercer cette action : 1° Les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant dans leur objet statutaire la protection de la vie privée ou la protection des données à caractère personnel ; 2° Les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du code de la consommation, lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs ; 3° Les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du code du travail ou du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, lorsque le traitement affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre ».

Quoi qu'il en soit, l'existence de cette action de groupe n'empêcherait en aucun cas l'action d'un titulaire ou de son mandataire. D'autant que certaines actions, notamment lorsqu'elles portent sur un catalogue, sont par nature « collectives ».

2.2.2. Les autres voies procédurales

Inspirations. D'autres voies pourraient être envisagées afin d'asseoir les garanties procédurales offertes au titulaire de droits pour sauvegarder son droit à la preuve dans le cadre contentieux. Ces voies, issues du droit américain à titre de comparaison ou du droit de l'Union (parfois dans des propositions finalement avortées), viennent utilement enrichir la réflexion.

Droit américain. Une piste intéressante consiste à s'inspirer de la procédure de *discovery* consacrée en droit américain. Celle-ci permet, dans le cadre d'une recherche de preuves appelées à être utilisées dans le cadre contentieux, de contraindre une partie à fournir tout élément d'information (actes, documents, *etc.*) qui serait pertinent pour la résolution du litige même si cet élément est défavorable à la personne qui le communique et quels que soient la localisation, la forme et le contenu de celui-ci.

Le refus opposé par la partie concernée peut avoir pour celle-ci de graves conséquences : sanctions d'ordre pécuniaire, incidences sur l'issue du contentieux (puisque les faits allégués peuvent être considérés comme établis en cas de refus), *etc.*

Au surplus, la procédure présente un avantage incontestable : une juridiction étrangère peut en effet faire une demande de *discovery* aux États-Unis¹⁴¹, ce qui peut s'avérer très utile lorsque le fournisseur d'IA est établi sur ce territoire.

Une transposition de la procédure de *discovery* en France pourrait toutefois être complexe, dans la mesure où les fournisseurs auront la tentation d'invoquer le secret des affaires, les décisions de justice étant publiques. Mais là encore, il serait possible de sanctuariser un cercle de confidentialité dans les contentieux de ce type : par exemple, seuls des experts désignés et

¹⁴¹ U.S. Code, titre 28, §1782 : « Assistance aux tribunaux étrangers et internationaux et aux plaideurs devant ces tribunaux (a) Le tribunal de district du district où une personne réside ou bien où elle se trouve peut lui ordonner de témoigner ou de produire une attestation ou un document ou toute autre chose susceptible d'être utilisée dans une procédure devant un tribunal étranger ou international, y compris dans le cadre d'enquêtes criminelles menées avant une mise en accusation formelle. L'ordonnance peut être faite à la suite d'une commission rogatoire délivrée par, ou sur requête faite par, un tribunal étranger ou international, ou à la demande de toute personne ayant intérêt à agir, et peut indiquer que le témoignage ou l'attestation sera fournie, ou le document ou toute autre chose sera remise, en présence d'une personne désignée par le tribunal de district. En vertu de cette désignation, la personne désignée a le pouvoir de recueillir tout serment nécessaire et de recevoir le témoignage ou l'attestation. L'ordonnance peut prescrire la pratique et la procédure, qui peuvent être en tout ou en partie la pratique et la procédure du pays étranger ou du tribunal international, pour le recueil du témoignage ou de l'attestation ou pour la production du document ou de toute autre chose. A moins que l'ordonnance n'en prescrive autrement, le témoignage ou l'attestation doit être recueillie, et le document ou toute autre chose doit être produite, dans le respect des Règles Fédérales de Procédure Civile. Une personne ne peut pas être contrainte à témoigner ou faire une attestation ou produire un document ou toute autre chose en violation d'un quelconque secret professionnel applicable en vertu de la loi. (b) Ce chapitre n'interdit à aucune personne, sur le territoire des États-Unis, de témoigner ou fournir une attestation, ou produire un document ou toute autre chose volontairement, aux fins de son usage dans le cadre d'une procédure devant un tribunal étranger ou international, en présence de n'importe quelle personne et d'une manière qu'elle considère acceptable » (nous traduisons).

soumis à des règles strictes de confidentialité pourraient avoir accès aux pièces et les décisions seraient expurgées des parties portant atteinte au secret des affaires.

Droit européen. Des réflexions sur la mise en place de mécanismes de facilitation probatoire en raison de la technicité de la preuve ont été menées à l'échelle européenne.

Une première réflexion a avorté. En effet, la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA¹⁴² prévoyait un mécanisme autorisant les juridictions nationales à solliciter la divulgation des éléments de preuve pertinents concernant un système d'IA dès lors que le demandeur potentiel présentait des faits ou des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité d'une action en réparation¹⁴³. Le secret des affaires était ménagé, puisque la disposition prévoyait que « *les juridictions nationales soient habilitées, à la demande dûment motivée d'une partie ou de leur propre initiative, à prendre les mesures spécifiques nécessaires pour préserver la confidentialité lorsque ces éléments de preuve sont utilisés ou mentionnés au cours d'une procédure judiciaire* »¹⁴⁴. Enfin, le texte envisageait les conséquences d'un refus exprimé par le défendeur : un tel refus emportait présomption simple de non-respect du devoir de vigilance¹⁴⁵. En raison du contexte géopolitique compliqué, la proposition de directive a malheureusement été discrètement abandonnée en février 2025 par la Commission dans son programme de travail pour 2025¹⁴⁶.

Une seconde réflexion a quant à elle été menée à terme et sa traduction dans la norme interne est attendue *via* transposition. La directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux du 23 octobre 2024¹⁴⁷ vise notamment à adapter le régime actuel aux évolutions liées aux technologies émergentes comme l'intelligence artificielle. Elle prévoit ainsi, en son article 9, que le défendeur puisse être, lorsque la demande de réparation apparaît étayée et plausible, contraint à la divulgation d'éléments probatoires qui joueraient contre lui¹⁴⁸. La

¹⁴² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (Directive sur la responsabilité en matière d'IA), 28 sept. 2022.

¹⁴³ *Ibid.*, art. 3.1

¹⁴⁴ *Ibid.*, art. 3.4, al. 3.

¹⁴⁵ *Ibid.*, art. 3.5.

¹⁴⁶ https://commission.europa.eu/document/download/7617998c-86e6-4a74-b33c-249e8a7938cd_en?filename=COM_2025_45_1_annexes_EN.pdf&ref=thetack.technology

¹⁴⁷ Dir. 2024/2853 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2024 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et abrogeant la directive 85/374/CEE du Conseil.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 9 : « 1. Les États membres veillent à ce que, sur sollicitation d'une personne, qui demande réparation lors d'une procédure devant une juridiction nationale du dommage causé par un produit défectueux (ci-après dénommé «demandeur») et qui a présenté des faits et des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité de sa demande en réparation, le défendeur soit tenu de divulguer les éléments de preuve pertinents dont le défendeur dispose, sous réserve des conditions prévues dans le présent article. 2. Les États membres veillent à ce que, à la demande d'un défendeur qui a présenté des faits et des éléments de preuve suffisants pour démontrer qu'il a besoin de preuves aux fins de s'opposer à une demande en réparation, le demandeur soit tenu, conformément au droit national, de divulguer les éléments de preuve pertinents dont il dispose. 3. Les États membres veillent à ce que la divulgation des éléments de preuve en vertu des paragraphes 1 et 2, et conformément au droit national, soit limitée à ce qui est nécessaire et proportionné. 4. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'elles déterminent si la divulgation d'éléments de preuve demandée par une partie est nécessaire et proportionnée, les juridictions nationales tiennent compte des intérêts légitimes de toutes les parties concernées, y compris des tiers, notamment pour ce qui est de la protection des informations confidentielles et des secrets d'affaires. 5. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un défendeur est tenu de divulguer des informations qui sont un secret d'affaires ou un secret d'affaires allégué, les juridictions nationales soient habilitées, à la demande

transposition à venir de la directive offrira donc l'occasion au législateur français de renforcer les outils de recueil de la preuve dans ce champ spécifique, ce qui pourrait être une source d'inspiration en matière d'utilisation de contenus culturels utilisés par des IA.

Cette procédure d'injonction de divulgation de preuve s'inscrirait dans le prolongement de l'article 144 du Code de procédure civile¹⁴⁹. L'article 788 du Code de procédure civile¹⁵⁰ pourrait être le lieu possible d'une évolution de la norme : c'est en effet une disposition qui intervient pendant le contentieux, et qui permet au juge de la mise en état d'investiguer et d'obtenir la communication de pièces. Des précisions pourraient y être apportées dans le cadre de la transposition afin d'intégrer au droit positif cette nouvelle procédure.

Preuve, divulgation et présomption. Ces dispositions européennes – consacrées ou abandonnées – montrent une prise de conscience du législateur s'agissant du fardeau de la preuve dans certains environnements. À cet égard, le fait que la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA envisagée un temps ait posé une présomption de non-respect d'une obligation en cas de non-divulgation de preuves est extrêmement utile. Une réflexion similaire pourrait donc être suggérée pour aboutir à une règle procédurale spécifique s'agissant de l'utilisation des contenus culturels.

Proposition. Considérant la technicité de la preuve, il pourrait être utile d'instaurer une procédure d'injonction de divulgation de preuves inspirée des textes européens susmentionnés :

« Si le demandeur – titulaire de droit d'auteur ou de droits voisins, organisme de gestion collective ou mandataire desdits titulaires, organisation professionnelle ou syndicale démontrant un intérêt à agir – présente des faits ou éléments de preuve rendant plausible l'utilisation, par un fournisseur d'IA, de ses contenus protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin, sans autorisation, le juge est habilité à solliciter dudit fournisseur, ou de toute personne susceptible de lui avoir procuré de tels contenus, la divulgation d'éléments de preuve pertinents au soutien de la demande.

dûment motivée d'une partie ou sur leur propre initiative, à prendre les mesures spécifiques nécessaires pour préserver la confidentialité de ces informations lorsqu'elles sont utilisées ou mentionnées au cours ou à la suite de la procédure judiciaire. 6. Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une partie est tenue de divulguer des éléments de preuve, les juridictions nationales soient habilitées, à la demande dûment motivée de la partie adverse ou lorsque la juridiction nationale concernée l'estime approprié et en conformité avec le droit national, à exiger que ces preuves soient présentées d'une manière facilement accessible et compréhensible, si cette présentation est jugée proportionnée par la juridiction nationale en termes de coûts et d'efforts pour la partie concernée. 7. Le présent article n'affecte pas les règles nationales relatives à la divulgation des preuves préalable au procès, lorsque de telles règles existent ».

¹⁴⁹ Art. 144 CPC : « Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer ».

¹⁵⁰ Art. 788 CPC : « Le juge de la mise en état exerce tous les pouvoirs nécessaires à la communication, à l'obtention et à la production des pièces ».

Cette divulgation est limitée à ce qui est nécessaire et proportionné pour étayer une action. Si le secret des affaires est invoqué par le défendeur de façon motivée, le juge prend des mesures pour préserver la confidentialité de ces éléments.

Le juge tire les conséquences de l'absence de réponse du défendeur ».

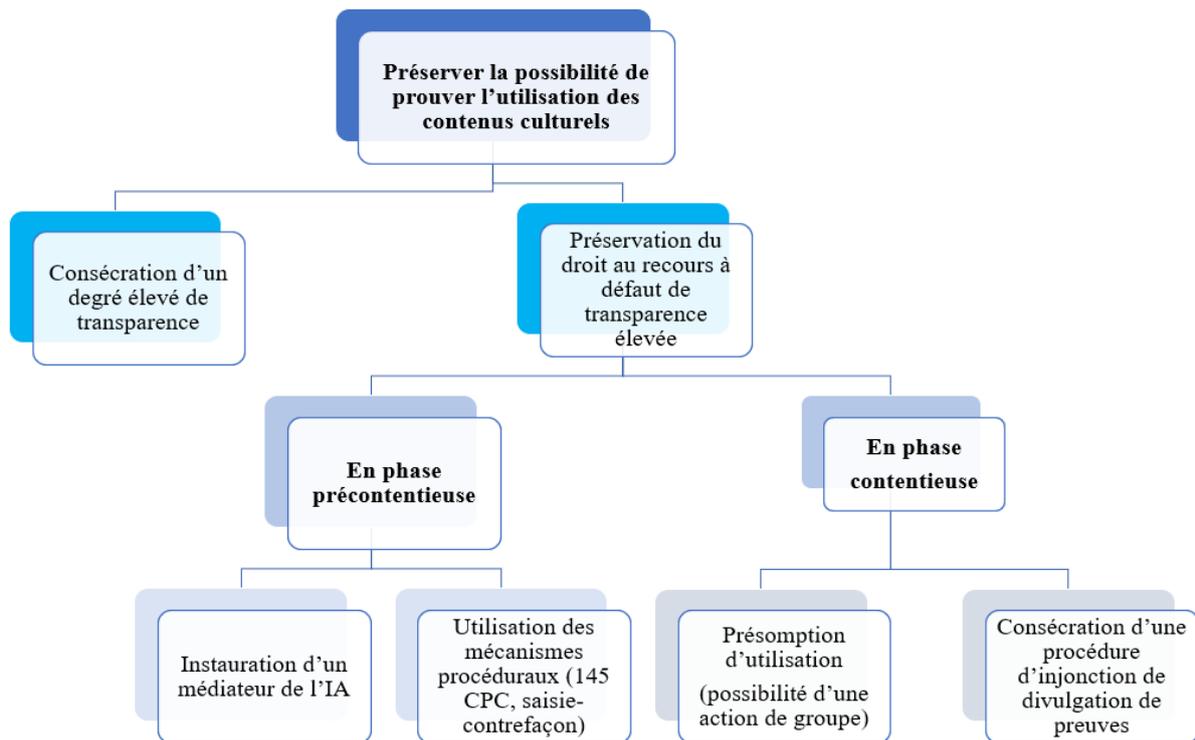


Schéma récapitulatif des solutions préservant le droit au recours

Ces différentes propositions ont chacune une utilité. Il appartiendra au pouvoir politique d'en évaluer la pertinence, alternative ou cumulative.

2.2.3. Le lieu de la consécration des mécanismes

Faisabilité d'une réforme nationale. La faisabilité technique d'une réforme nationale semble vérifiée tant qu'il n'est pas identifié de contrariété avec le droit de l'Union européenne. En l'espèce, le principe d'autonomie procédurale semble laisser une marge de manœuvre suffisante

aux États pour instaurer ce type de mécanismes, notamment présomptifs dès lors que ceux-ci sont susceptibles d'être anéantis par la preuve contraire.

Dans ce cadre, l'ensemble des mécanismes proposés par la mission vise à restaurer le droit au recours dans des conditions satisfaisantes, notamment en préservant le secret des affaires.

Pertinence d'une réforme européenne. Toutefois, la mission, consciente de la force qu'acquiert une solution coordonnée au niveau européen, envisage l'opportunité d'une réforme européenne, afin d'offrir une pleine efficacité au mécanisme dans un environnement technologique où les règles doivent avoir un large effet territorial. Reste alors à identifier un véhicule législatif.

Parce que les dommages ne seront pas uniquement liés à des violations de droits de propriété littéraire et artistique et que les difficultés de preuve seront donc partagées, la proposition de directive « *AI Liability* »¹⁵¹ aurait sans doute été le siège le plus indiqué, notamment pour la présomption d'utilisation comme pour l'injonction de divulgation de preuves. Elle a cependant été retirée de l'agenda de la Commission¹⁵², mais certains députés européens défendent toujours l'idée de remettre pareil texte à l'ordre du jour. La régulation proposée par la RIA est en effet un tout autre sujet que celui de la réparation d'un préjudice, qui se situe en aval de la réalisation d'un dommage.

A défaut, il pourrait être envisagé de réformer la directive IPRED¹⁵³. Ce texte s'impose en effet comme le *corpus* normatif le plus adapté dans le droit spécial, dans la mesure où la difficulté identifiée ne concerne pas un problème de droit substantiel – même si l'incapacité à prouver équivaut à l'impossibilité d'exercer le droit –, mais relève davantage d'une question probatoire.

Une telle suggestion apparaît d'autant plus pertinente qu'il s'agit d'un texte ayant aujourd'hui plus de vingt ans, qui mériterait sans doute d'être actualisé. Il pourra certes être opposé ici qu'il est ardu d'imaginer la réouverture de cette directive dans la mesure où elle met en jeu des libertés individuelles, dont la mise en balance avec la protection des droits n'est jamais aisée et relève d'un travail d'orfèvre.

Malgré tout, une révision de la directive de 2004, au regard des nouveaux enjeux en matière de défense des droits de propriété littéraire et artistique, apparaîtrait adaptée, *a fortiori* si elle venait consacrer l'un des outils probatoires déjà envisagé par le législateur européen dans d'autres sources et en lien avec l'opacité technologique.

Le considérant 20 du texte milite d'ailleurs en ce sens, qui énonce notamment qu'« *étant donné que la preuve est un élément capital pour l'établissement de l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, il convient de veiller à ce que des moyens de présenter, d'obtenir et de conserver les éléments de preuve existent effectivement* ».

¹⁵¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (Directive sur la responsabilité en matière d'IA), 28 sept. 2022.

¹⁵² Commission work program 2025, « Moving forward together : a bolder, simpler, faster Union », COM(2025) 45 final, 11 févr. 2025.

¹⁵³ Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

De la nécessité à la possibilité d'un marché. Les différents mécanismes permettant de sauvegarder le droit au recours, notamment le médiateur de l'IA, la présomption d'utilisation, l'action de groupe et l'injonction de divulgation de preuves, pourraient donc s'avérer utiles et constituer un levier supplémentaire vers la création d'un marché. L'émergence de ce marché suppose la mise en place d'un cadre égalitaire de négociation.

PARTIE 2. LA POSSIBILITE D'UN MARCHE

La mise en place d'un cadre de confiance équilibré. Les conditions sont réunies pour accompagner l'émergence d'un marché. Or celui-ci ne pourra naître que si l'ensemble des parties y trouvent un intérêt, de sorte que l'instauration d'un cadre de confiance mutuelle est ici décisive.

Cette affirmation est plus essentielle encore lorsqu'il s'agit d'évoquer les contreparties à l'utilisation des contenus culturels, véritable « nerf de la guerre ». En substance, la donnée culturelle n'est pas donnée. Elle a une valeur et donc un prix.

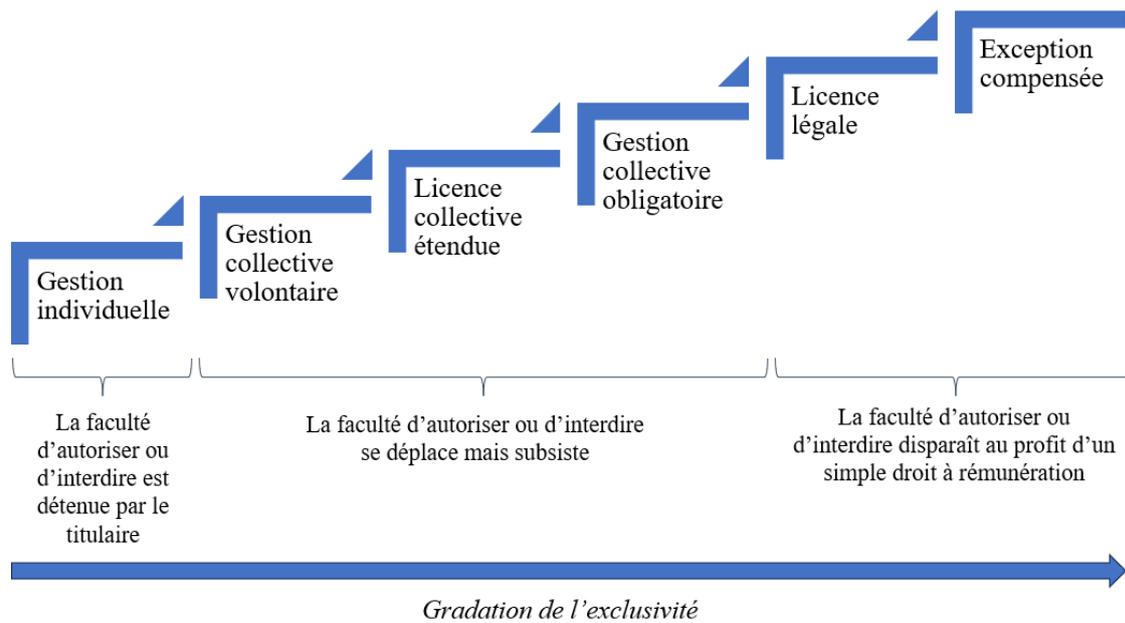
Reste à déterminer le modèle de rémunération. Or l'analyse exhaustive du champ des possibles (1.) amène la mission à formuler une proposition équilibrée, sans que l'un des intérêts ne soit sacrifié au bénéfice de l'autre (2.).

1. Le champ des possibles

Cadre général. Les solutions proposées par le droit de la propriété littéraire et artistique sont variées. Parmi les modèles existants (1.1.), plusieurs solutions doivent, selon la mission, être exclues (1.2.).

1.1. Les modèles existants

Diversité des mécanismes. L'existence d'un marché suppose que les titulaires de droits soient rémunérés lorsque les contenus culturels sont utilisés. Différents modèles sont possibles, de la pleine liberté contractuelle à la mise en place d'un marché réglementé (certains ayant même pu évoquer une idée de « prix unique ») : gestion collective volontaire, licence collective étendue, gestion collective obligatoire, licence légale ou encore exception compensée.



Absence de justification de l'expropriation. Plus le curseur se déplace vers la droite et plus le mécanisme met en sommeil le droit d'autoriser ou d'interdire. Certes, la rémunération est en toute hypothèse sauvegardée (encore que le montant attribué puisse faire l'objet de débats), mais elle n'est pas, pour être décisive, suffisante en elle-même. La faculté d'autoriser ou d'interdire, intrinsèque au modèle juridique et économique des titulaires de droits, doit autant que possible être également préservée. Le droit reconnu sur les contenus culturels est un droit de propriété sur un bien immatériel. En d'autres termes, la consécration d'un mécanisme expropriant – en ce qu'il écarterait le droit exclusif au profit d'un unique droit à rémunération – est particulièrement délicate à envisager, *a fortiori* s'agissant d'une utilisation des contenus pour une finalité commerciale.

Si un tel mécanisme est parfois consacré (ainsi la licence légale en matière de droit de prêt, ou encore l'exception compensée pour la copie privée), son incidence est relative, en raison d'un préjudice limité, parfois compensé, et précisément justifié au-delà des facilités techniques qu'il implique. Notamment, le fonctionnement du droit de prêt en bibliothèque s'explique par la prise en compte de l'intérêt général et par l'objectif d'accès à la culture et à la connaissance, l'exception compensée de copie privée trouve notamment sa justification dans le respect du droit à la vie privée et familiale qui s'oppose à ce que le titulaire puisse contrôler l'usage privé que l'utilisateur fait du support licitement acquis de l'œuvre, *etc.*

Or, s'agissant de l'utilisation de contenus culturels par des IA, une telle justification est plus difficile à concevoir. Il s'agit finalement de faciliter le développement d'une activité économique. Dès lors, une solution ayant pour effet d'exproprier les titulaires de droits pourrait être censurée par le juge supranational (la Cour de justice au niveau de l'Union comme la Cour européenne des droits de l'Homme), car considérée comme disproportionnée en ce qu'elle interviendrait sans motif légitime. Les solutions dérogoires retenant le droit à rémunération au détriment du monopole ne sont en effet jamais fondées sur la nécessité de laisser se développer une activité commerciale. La consécration d'un mécanisme mettant en sommeil le

consentement préalable reste exceptionnelle et doit être justifiée¹⁵⁴. Partant, la consécration d'un droit à rémunération en ce domaine constituerait une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Au surplus, une atteinte à la liberté d'entreprise¹⁵⁵ pourrait également être caractérisée, dès lors que la création d'un tel mécanisme réduirait à néant toute tentative de création d'un nouveau marché.

1.2. Les modèles exclus

Analyse des solutions au regard de la sauvegarde de la volonté du titulaire. Si la mission considère que les modalités de négociation et la détermination de la rémunération peuvent varier selon les hypothèses (en fonction du secteur concerné mais aussi des utilisations des contenus culturels envisagées, avec une modulation des prix en contemplation de la valeur des données à chaque phase par exemple), tel n'est pas nécessairement le cas des modèles de rémunération à prescrire. En effet, la synthèse des intérêts et inconvénients propres à chaque grande catégorie de solution permet de mettre en lumière un élément qui, même s'il ne relève pas de la réflexion juridique *stricto sensu*, paraît décisif pour une bonne acceptation – et donc une bonne application – des règles prescrites à l'avenir : les titulaires de droit se sentent aujourd'hui privés de leur libre arbitre quant à l'utilisation de leurs contenus culturels par les acteurs de l'IA.

L'exercice massif de l'*opt-out* est ainsi le symbole d'une volonté non pas – à tout le moins pas systématiquement – de refuser purement et simplement l'utilisation, mais de s'opposer à l'utilisation non-maîtrisée des contenus.

Dans cette perspective, la sauvegarde du libre arbitre – et, partant, de l'exclusivité – devrait être aussi grande que possible. La présentation des solutions pourrait alors être faite à rebours, au regard de ce critère de la volonté préservée :

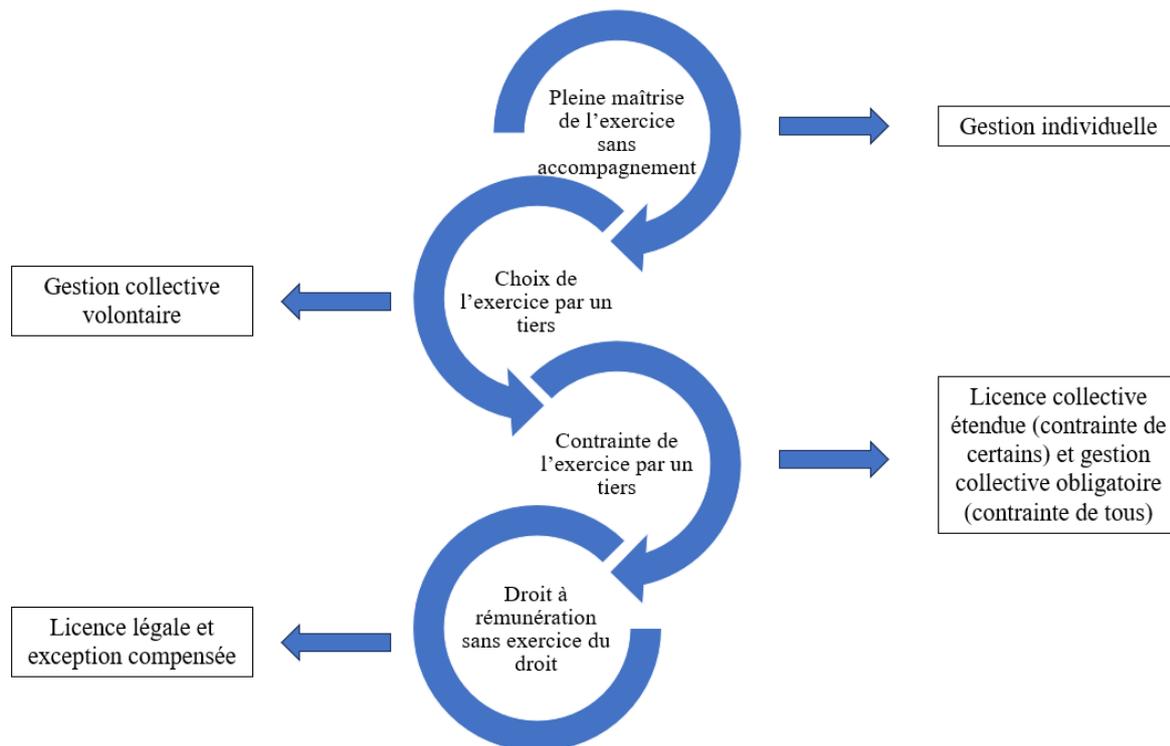
- L'exception compensée et la licence légale apparaissent inadaptées, dans la mesure où elles occultent toute manifestation de volonté quant à l'utilisation des contenus. Le consentement serait en effet tantôt inutile (dans le cas de l'exception, dans laquelle le préjudice subi du fait de l'acte est compensé), tantôt automatiquement accordé (dans le cas de la licence légale). De sorte que le titulaire de droits n'aurait aucune possibilité de s'opposer à certains usages, par exemple la génération « à la manière de ».
- La licence collective étendue et la gestion collective obligatoire, si elles préservent l'existence d'une manifestation de volonté, déplacent celle-ci sur la tête d'un tiers (un organisme de gestion collective) que les titulaires de droits peuvent ne pas avoir choisi de solliciter. C'est partiellement le cas s'agissant de la licence collective étendue, puisque le contrat conclu par l'organisme de gestion collective étendra ses effets à ses

¹⁵⁴ En ce sens, v. not. CJUE, 6 mars 2025, n° C-575/23, « Orchestre national de Belgique » et les conclusions de l'avocat général, C-575/23, EU:C:2024 923. Sur ces éléments, v. aussi *infra*, Partie 2, pt. 1.2.

¹⁵⁵ Il s'agit là d'un droit fondamental, consacré par l'article 16 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour de justice a d'ailleurs considéré que ce droit fondamental comprenait la liberté d'exercer une activité économique, la libre concurrence, mais également la liberté contractuelle : CJUE, 22 janv. 2013, C-283/11, « Sky Österreich », pt. 42.

non-membres ; c'est pleinement le cas pour la gestion collective obligatoire, qui s'impose à tous¹⁵⁶.

- La gestion collective volontaire et la gestion individuelle : la volonté des titulaires de droits est alors préservée dans ces deux modèles. Les ayants droit peuvent directement choisir ou non de conclure des contrats avec les fournisseurs d'IA (gestion individuelle) ou opter, pour des raisons pratiques, pour une gestion collective, mais qui ne leur serait alors ni étendue, ni *a fortiori* imposée.

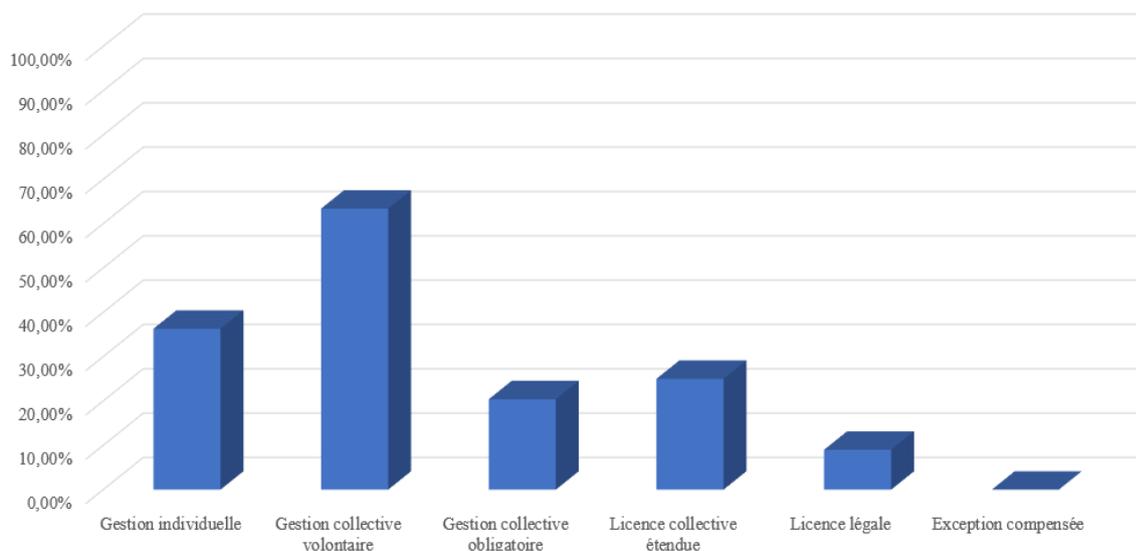


Synthèse des avis des répondants au questionnaire diffusé en mai 2024. La mission a recueilli les avis consultatifs des acteurs du secteur *via* un questionnaire diffusé en mai 2024¹⁵⁷. Les réponses reçues, qui ont été apportées par l'ensemble des parties concernées, confirment cette préférence pour des solutions ménageant la manifestation d'une volonté.

¹⁵⁶ Le juge européen a d'ailleurs limité la possibilité d'instaurer des mécanismes de gestion collective obligatoire : CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, « Soulier et Doko ».

¹⁵⁷ V. annexe, tableau de synthèse des réponses au questionnaire diffusé en mai 2024, *infra*, rubrique Annexes.

Préférences exprimées par les répondants au questionnaire diffusé en mai 2024
(plusieurs réponses possibles)



Exclusion des solutions intermédiaires. La gestion collective obligatoire apparaît inadaptée, en droit¹⁵⁸ comme en pratique (si des secteurs en sont très familiers, d'autres ne la pratiquent pas du tout). Elle peut dès lors être utilement substituée par une gestion collective qui ne serait que volontaire.

S'agissant de la licence collective étendue, l'exemple espagnol avorté témoigne du fait qu'elle est ardue à mettre en place en ce domaine. Il n'est à cet égard pas acquis qu'un tel mécanisme serait valable. Notamment, la condition de « *market failure* » de l'article 12.2 de la directive de 2019¹⁵⁹ ne semble pas pouvoir être remplie en ce domaine : le marché est en cours d'éclosion, de sorte qu'il serait tout à fait prématuré d'identifier dès maintenant une défaillance du marché justifiant la mise en place d'une licence collective étendue.

¹⁵⁸ Rejetant la solution de la gestion collective obligatoire s'agissant de la distribution des contenus numériques en ligne et du *peer to peer*, v. déjà *La distribution des contenus numériques en ligne*, rapport CSPLA, prés. P. Sirinelli, J.-A. Benazeraf et J. Farchy, 2005, p. 68 et s. : « la possibilité d'imposer le principe d'une gestion collective obligatoire lorsque la Directive du 22 mai 2001, la Convention de Berne et les autres traités internationaux susvisés auxquels la France est partie ne prévoient pas la possibilité de limiter la liberté de l'auteur dans l'exercice de son droit exclusif apparaît à tout le moins très contestable ; au surplus, [...] et à la différence des mécanismes mis en place dans le cadre, par exemple, de la reprographie ou de la câblodistribution, la société de gestion collective obligatoire se voit imposer des contraintes telles que le droit qui lui est dévolu perd son caractère exclusif. Il en résulte une incontestable limitation au principe du droit exclusif incompatible avec la Directive du 22 mai 2001, la Convention de Berne et les traités susvisés auxquels la France est partie ».

¹⁵⁹ Dir. 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, art. 12.2 : « Les États membres veillent à ce que le mécanisme d'octroi de licences visé au paragraphe 1 ne s'applique que dans des domaines d'utilisation bien définis, lorsque l'obtention d'autorisations auprès des titulaires de droits sur une base individuelle s'avère habituellement onéreuse et difficile à mettre en œuvre dans une mesure qui rend improbable la transaction nécessaire à l'octroi d'une licence, en raison de la nature de l'utilisation ou des types d'œuvres ou d'autres objets protégés concernés, et veillent à ce que ce mécanisme d'octroi de licences préserve les intérêts légitimes des titulaires de droits ».

Mieux vaut donc choisir de préserver pleinement l'approche monopolistique, en écartant les solutions incertaines comme ce type de licences.

Exclusion du simple droit à rémunération. Les solutions reposant sur un simple droit à rémunération (licence légale, exception compensée) doivent être précisément encadrées, avec une base juridique expresse ou être fondée sur une exigence établie par le droit de l'Union. Or tel ne serait pas le cas pour une hypothèse aussi large que l'utilisation par des systèmes d'intelligence artificielle. Le droit exclusif ne peut être transformé en droit à rémunération que dans des hypothèses exceptionnelles et nettement définies¹⁶⁰.

La Cour de justice a d'ailleurs très récemment eu l'occasion de se prononcer sur la cession, par la voie réglementaire, des droits voisins d'artistes-interprètes ou exécutants en l'absence de consentement préalable¹⁶¹. Elle énonce le principe avec une grande clarté et l'analogie est ici utile. Après avoir rappelé que « *les droits garantis [par les directives européennes] sont de nature préventive, en ce sens que l'utilisation de [l'exécution du contenu protégé] requiert [le] consentement préalable [des titulaires], [... de sorte que] toute utilisation de tels objets protégés effectuée par un tiers sans un tel consentement préalable doit être regardée comme portant atteinte aux droits du titulaire* »¹⁶², elle considère que les règles du droit européen « *s'opposent, en l'absence de consentement préalable des titulaires de droits, à la cession, par voie réglementaire, des droits exclusifs qui y sont visés, à moins qu'une telle cession ne relève de l'une des exceptions ou limitations prévues par ces directives, qui revêtent un caractère exhaustif* »¹⁶³.

La Cour fait donc du consentement le levier premier de la licéité de l'utilisation des contenus protégés, sauf dans les cas exceptionnels prévus par la directive. La création d'une exception compensée ne serait enfin possible qu'au niveau de l'Union européenne, les États membres n'étant pas compétents pour créer de nouvelles dérogations aux droits.

Au-delà des arguments purement juridiques qui permettent d'exclure les mécanismes relevant du seul droit à rémunération, la mission considère également utile de relever qu'une solution en ce sens aurait pour effet pervers de nier la valeur intrinsèque de chaque œuvre. En effet, l'utilisation d'une œuvre peu recherchée ou de peu de valeur impliquerait *de facto* la même

¹⁶⁰ En ce sens, v. conclusions de l'avocat général Szpunar dans l'affaire, C-575/23, « Orchestre National de Belgique », EU:C:2024 923, pt. 36 et 37 : « 36. Les directives 2001/29 et 2006/115 prévoient des exceptions et limitations aux droits exclusifs des artistes interprètes et exécutants. Ainsi, l'article 5, paragraphes 2 et 3, de la directive 2001/29 fixe une liste exhaustive des exceptions aux droits protégés en vertu de cette directive, que les États membres sont en droit de prévoir dans leur législation. De la même manière, l'article 10 de la directive 2006/115 établit une courte liste d'exceptions possibles aux droits protégés en vertu de cette directive, à laquelle peuvent s'ajouter les exceptions analogues à celles prévues dans le droit interne de chaque État membre en ce qui concerne le droit d'auteur (17). Par ailleurs, les droits de radiodiffusion et de communication au public des artistes interprètes et exécutants sont limités dans certaines situations en vertu de l'article 8, paragraphes 1 et 2, de ladite directive. Notamment, ce paragraphe 2 introduit une licence obligatoire pour la radiodiffusion et la communication au public lorsqu'il s'agit d'exécutions enregistrées sur un phonogramme publié à des fins de commerce, moyennant une rémunération équitable pour les titulaires. 37. Ces exceptions et limitations ne permettent cependant pas de transformer la totalité des droits exclusifs d'une catégorie ou d'un groupe d'artistes interprètes ou exécutants, par voie d'une cession obligatoire, en un droit à rémunération ».

¹⁶¹ CJUE, 6 mars 2025, n° C-575/23, « Orchestre national de Belgique ».

¹⁶² *Ibid.*, pt. 106.

¹⁶³ *Ibid.*, pt. 107. – Sur les implications que pourrait avoir cette décision sur certains mécanismes en France, v. P. Kamina, CCE avr. 2025, comm. 30.

rémunération automatique qu'une œuvre très prisée, de grande valeur. Or si le mérite a vocation à demeurer en dehors des critères d'accès au droit¹⁶⁴, il est, au contraire, susceptible d'avoir une incidence aussi naturelle que fréquente sur le succès – et donc sur la valeur – de l'œuvre au stade de l'exploitation. La consécration d'une solution reposant sur la licence légale ou l'exception compensée reviendrait à nier cet élément clé de l'exploitation des œuvres, alors même que la valeur de la donnée a une place centrale dans la structuration de l'IA.

Enfin, l'existence de licences, certes limitées, dans le monde (en France, en Allemagne, aux Etats-Unis...) ne peut être ignorée. Adopter un système opposé reviendrait au surplus à imposer une solution limitée à la France pour une problématique qui agite le monde entier.

2. Le choix formulé par la mission

Déclinaison. À l'aune des différents éléments précédemment énoncés, la mission considère qu'un modèle peut être retenu (2.1.), qui préserve la liberté contractuelle tout en offrant la possibilité de l'autorisation de masse. Cette proposition formulée, reste à déterminer de nombreux aspects intrinsèques à la rémunération : ainsi des critères de la rémunération (2.2.) et des modalités de celle-ci (2.3.). Au surplus, la question de la valeur de la donnée (2.4.) est naturellement centrale et pourra être prise en compte *in concreto* grâce à la gestion individuelle. Enfin, si ces propositions se concentrent sur le présent et l'avenir, la mission ne néglige toutefois pas pour autant le passé (2.5.).

2.1. Le modèle retenu

Intérêt de la solution proposée. La nécessité de création d'un marché pérenne et sécurisée, l'existence de relations fournisseurs/clients devant s'épanouir dans un cadre de négociation égalitaire, la juste contrepartie de l'utilisation faite des contenus : tous ces éléments font que la recommandation serait, aujourd'hui, celle de la sauvegarde du consentement et donc de la liberté contractuelle (ce qui implique un mécanisme de principe reposant sur la gestion individuelle) adossée à de la gestion collective volontaire pour accompagner ceux des titulaires de droits qui ne seraient pas en capacité d'accorder des autorisations, ou qui trouveraient seulement plus aisé de s'adresser à un organisme¹⁶⁵. La solution aurait un double avantage, préservant le principe décisif et central du droit de la propriété littéraire et artistique qu'est la faculté d'autoriser ou d'interdire, tout en ménageant la possibilité (et non l'obligation) de solliciter l'accompagnement des organismes de gestion collective, le cas échéant. D'autres voix

¹⁶⁴ Art. L. 112-1 CPI.

¹⁶⁵ *Contra* : V.-L. Benabou, « Comment associer les créateurs à la valeur produite par l'utilisation de leurs œuvres par les systèmes d'intelligence artificielle ? », CCE avril 2025, étude 7, n° 28 : « Une voie à explorer consisterait à combiner une liberté d'usage avec le paiement obligatoire d'une rémunération, à l'instar de la licence légale en matière de radiodiffusion ou des systèmes d'exceptions compensées (copie privée) », ce qui permettrait « d'imposer la gestion collective obligatoire ».

s'élèvent d'ailleurs actuellement, y compris à l'international, pour plaider en faveur de la sauvegarde de la négociation individuelle¹⁶⁶.

Au surplus, la préservation de cette liberté apparaît essentielle, à plus forte raison dans certains secteurs : ainsi par exemple, dans le domaine de l'audiovisuel, le droit aux recettes des producteurs, après que ceux-ci se sont fait céder les droits, est un outil puissant pour la négociation, notamment – mais non exclusivement – à l'égard des diffuseurs. Ces revenus, qui découlent en grande partie des contrats de licence conclus (y compris avec des fournisseurs d'IA), permettent ensuite de réaliser des investissements dans de nouveaux projets. La perte de cette exclusivité serait donc éminemment dommageable.

Enfin, le modèle proposé apparaît conforme à la Convention de Berne et aux autres engagements internationaux auxquels la France est partie.

Maintien du principe de la rémunération proportionnelle. A priori, il n'existe pas de justification à une remise en cause du principe de la rémunération proportionnelle, dont bénéficient l'auteur et l'artiste-interprète. Certaines voix se sont ainsi exprimées en faveur d'une application de l'article 18 de la directive 2019/790 et de la rémunération appropriée et proportionnelle « à toutes les étapes pertinentes des modèles d'IA »¹⁶⁷.

Toutefois, une telle application de la rémunération proportionnelle, si elle est opportune dans son principe, peut parfois se heurter à des difficultés de deux ordres.

Sur le terrain du périmètre d'abord, une rémunération proportionnelle consacrée indifféremment de l'étape concernée pourrait être difficile à appliquer en pratique : d'une part, quelle serait, par exemple, la rémunération proportionnelle et ses modalités de calcul dans des *data sets* titanesques au stade du pré-entraînement ? Comment pourrait être déterminée l'assiette de la rémunération ? D'autre part, la mission rappelle que cette proportionnalité de la rémunération, prévue par l'article 18, ne vise que les auteurs et les artistes-interprètes et ne permettrait donc pas d'appréhender le cas des autres titulaires de droits voisins, tout aussi légitimes à percevoir une rémunération.

Sur le terrain de la mise en œuvre technique ensuite, certaines solutions peuvent aujourd'hui permettre un calcul de la proportion des contenus utilisés pour en déduire un prix également proportionnel. Certaines nuances doivent cependant être apportées, qui limiteront parfois l'intérêt d'une telle approche. D'abord, ces outils techniques, qui se fondent sur des calculs de proximité ou de similarité¹⁶⁸, supposent de connaître la base d'entraînement, ce qui sera

¹⁶⁶ En ce sens, v. not., récemment, IFPI, *Generative AI Models at the Gate Licensing frameworks for the effective and efficient protection of copyright protected content in an AI world*, 3 avr. 2025, disponible au lien suivant : <https://compass-lexecon.files.svcdcdn.com/production/editorial/2025/04/Generative-AI-Models-at-the-Gate-Report-for-IFPI-Compass-Lexecon.pdf?dm=1743758320> qui relève tout à la fois la faisabilité et la flexibilité de la négociation individuelle.

¹⁶⁷ CREATE working paper 2025/1, *Copyright and generative AI: Opinion of the European copyright society*, p. 12 : « Art. 18 of the CDSM Directive mandates, as a general principle, that authors and performers receive an appropriate and proportionate remuneration for acts of exploitation of their works and performances in all relevant stages of operation of generative AI models and systems (from training to post-training commercial exploitation of generative AI models, as well as exploitation of generated content similar to their works or performances) ».

¹⁶⁸ Ces développements sont assis sur les travaux du PEReN : « Contenu artistique généré et original : une approche pour identifier leur similarité dans un jeu de données d'images », <https://www.peren.gouv.fr/perenlab>.

rarement le cas en pratique. En outre, ces méthodes permettent aujourd'hui d'identifier ceux des éléments (même ponctuels), qui se retrouvent dans l'*output* (par un score de proximité), mais elles peinent à identifier la reprise d'un style, d'un genre, *etc.* Si ces derniers ne sont naturellement pas protégés *per se* par le droit de la propriété littéraire et artistique, leur présence témoigne toutefois du fait que les contenus culturels ont en tout état de cause été absorbés par l'IA au stade de l'entraînement, de sorte qu'une reproduction a bien eu lieu. Ainsi de l'IA générative d'images qui « imite » le style des studios Ghibli. Il n'y aura pas nécessairement de reprise, dans l'image générée, d'un arbre représenté dans *Princesse Mononoké* ou d'un royaume issu du *Château ambulant*, éléments que l'outil pourrait reconnaître. Pourtant, le contenu généré est le fruit de l'absorption et de la fusion des contenus de ce studio pour produire un résultat tout à la fois différent et similaire. Dès lors, une telle méthode montre ses limites, tant sur le montant auquel pourraient prétendre les titulaires de droits que sur les méthodes possiblement mises en œuvre pour évaluer les proportions de « reprise ».

Enfin, comment contrôler le nombre de fois où les utilisateurs d'une IA générative obtiendront un résultat qui ressemblera (et à quel pourcentage, la copie n'étant jamais servile avec l'IA) au contenu culturel protégé ? Et, même si un tel constat était réalisable en pratique, quelle serait la base de calcul de cette rémunération ? Comment celle-ci serait-elle répartie ? La situation sera parfois perçue par certains titulaires comme inutilement complexe, pour permettre finalement au titulaire qui aurait surmonté tous les obstacles de percevoir un pourcentage réduit d'une très petite somme.

Partant, si elle demeure légitime dans son principe, la rémunération proportionnelle n'est pas la seule voie possible et la rémunération forfaitaire, qui relève de l'exception, pourrait dans certaines hypothèses représenter une solution préférable.

Opportunité sectorielle de la rémunération forfaitaire. Au regard de la complexité du système et de la masse de données utilisées, sans pouvoir évaluer l'impact précis contenu par contenu, il pourrait être opportun de déroger au principe de la proportionnalité au profit de l'exception d'une rémunération forfaitaire, plus aisée à fixer et parfois plus rentable pour les titulaires de droits.

Si la rémunération forfaitaire relève certes de l'exception s'agissant de l'auteur¹⁶⁹ comme de l'artiste-interprète¹⁷⁰, elle est autorisée notamment lorsque la base de calcul de la participation proportionnelle ne peut être pratiquement déterminée ou lorsque les moyens de contrôler l'application de la participation font défaut. Or il apparaît à la mission que ces situations exceptionnelles sont effectivement constituées s'agissant de l'utilisation de contenus culturels par des IA, de sorte que cette forme de rémunération est possible sur le plan du droit. La rémunération forfaitaire apparaîtra même parfois plus protectrice des intérêts du titulaire de droits. Elle pourrait être calculée distinctement selon une multitude de critères (phase concernée, mode d'utilisation, poids économique du contractant, *etc.*)¹⁷¹. Il pourrait aussi s'agir d'une série de rémunérations forfaitaires (par exemple annuelles, tant que le modèle est exploité ou à chaque réentraînement ou nouvelle version de modèle – le contrat devrait déterminer les récurrences). Par ailleurs, la rémunération forfaitaire est, pour certains droits voisins, le principe

¹⁶⁹ Art. L. 131-4 CPI.

¹⁷⁰ Art. L 212-3 CPI.

¹⁷¹ Sur les critères envisageables, v. *infra*, Partie 2, pt. 2.2.

même. En ce cas, le forfait est une source majeure de rémunération et de (pré)financement des œuvres (notamment audiovisuelles).

Aussi, à ce stade de maturation du marché, une rémunération forfaitaire peut présenter des avantages à ne pas négliger. Dans ce cadre, il est même envisageable que la rémunération forfaitaire soit « provisoire », le temps que les modèles d'affaires se stabilisent.

Pertinence d'une rémunération polymorphe. Les deux formes de rémunération – proportionnelle ou forfaitaire – présentent des intérêts variables en fonction de chaque circonstance d'espèce qu'il reviendra aux parties d'analyser afin de déterminer la solution adaptée. La liberté contractuelle permet aux parties de choisir celle qui apparaît la plus pertinente dans chaque cas. Elle autorise d'ailleurs non seulement à procéder à un choix entre ces deux formes, mais encore à envisager une combinaison de celles-ci.

Ainsi, il ne serait pas impossible de retenir une rémunération polymorphe, avec une part de forfait et une part de rémunération proportionnelle¹⁷². Des mécanismes combinant minimum garanti en-deçà d'un certain seuil de revenus et rémunération proportionnelle au-delà de ce seuil sont déjà mis en œuvre dans quelques accords existants (hors IA).

Le curseur sera donc placé en contemplation de la volonté des parties ; si la mission considère utile de mettre en exergue les intérêts ponctuels de la solution dérogatoire qu'est la rémunération forfaitaire, elle ne propose aucune forme de rémunération préférablement à une autre et considère que la décision doit naturellement être négociée contrat par contrat.

Absence de précédent. Enfin, *a fortiori* dans un marché en cours de maturation, il paraît essentiel de rappeler que les conditions de rémunération qui commenceraient à émerger ne sauraient constituer des précédents de nature à lier les acteurs pour les années à venir. À ce titre et par analogie, l'article L. 324-6 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en son dernier alinéa que les conditions d'octroi des autorisations d'exploitation à un fournisseur des nouveaux services en ligne diffusés dans l'Union européenne depuis moins de trois ans ne peuvent constituer des précédents pour déterminer les conditions d'octroi d'autres autorisations¹⁷³. La disposition ne concerne certes que les sociétés de gestion collective mais pourrait voir son périmètre étendu afin de garantir que ces précédents ne puissent être opposés à d'autres autorisations. La liberté contractuelle serait ainsi pleinement préservée.

¹⁷² Sur les différentes modalités de rémunération, v. *infra*, Partie 2, pt. 2.3.

¹⁷³ Art. L. 324-6, al. 4 CPI : « Lorsque les autorisations d'exploitation sont octroyées par un organisme de gestion collective à un utilisateur fournissant un nouveau type de service en ligne mis à la disposition du public de l'Union européenne depuis moins de trois ans, les conditions d'octroi de ces autorisations ne sauraient constituer des précédents pour déterminer les conditions d'octroi d'autres autorisations d'exploitation. Le délai de trois ans court à compter du premier contrat concernant le service considéré ».

2.2. Les critères de la rémunération

Influence de la substitution du contenu humain par un contenu synthétique sur la rémunération. La possible substitution des contenus humains par des contenus synthétiques représente un enjeu existentiel pour certains secteurs de la culture. La menace est réelle et contemporaine : par exemple, Deezer a révélé qu'en 2025, 18% des musiques téléversées chaque jour sur sa plateforme sont entièrement générées par IA, soit plus de 20 000 morceaux quotidiens. L'entreprise a choisi de développer un outil de détection des morceaux synthétiques, aux fins d'exclusion des recommandations algorithmiques et des playlists, afin de protéger les droits et revenus des artistes humains.

Le marché pourrait en outre trouver intérêt à se déporter vers la production générée par IA, plus rapide et moins coûteuse.

En plus de nécessiter des politiques publiques, cette substitution potentielle pourrait constituer un critère d'influence de la rémunération. Certains proposent même de faire payer ce déport vers des productions artificielles au détriment des créations humaines¹⁷⁴.

On peut par ailleurs identifier un sous-critère de caractérisation de cette substitution, qui concerne la destination du SIA. En effet, une IA servant au secteur de la santé ou de l'assurance n'a pas le même impact qu'une IA dont les contenus générés entrent directement en concurrence avec les contenus culturels humains. Ce critère pourrait toutefois s'avérer difficile à borner, pour plusieurs raisons. Le critère peut-il être pris en compte à toutes les étapes identifiées (pré-entraînement, réglage fin, RAG) et, si oui, faut-il lui donner une valeur plus ou moins importante selon les phases ? Comment traiter les IA à usage général (sans fonction spécifique) ? *Quid* dans l'hypothèse d'un changement de la destination originare de l'IA ?

Ce sous-critère sera donc difficile à manier, mais il semble toutefois utile à ce stade de la réflexion de le mentionner pour enrichir l'idée de substitution des contenus.

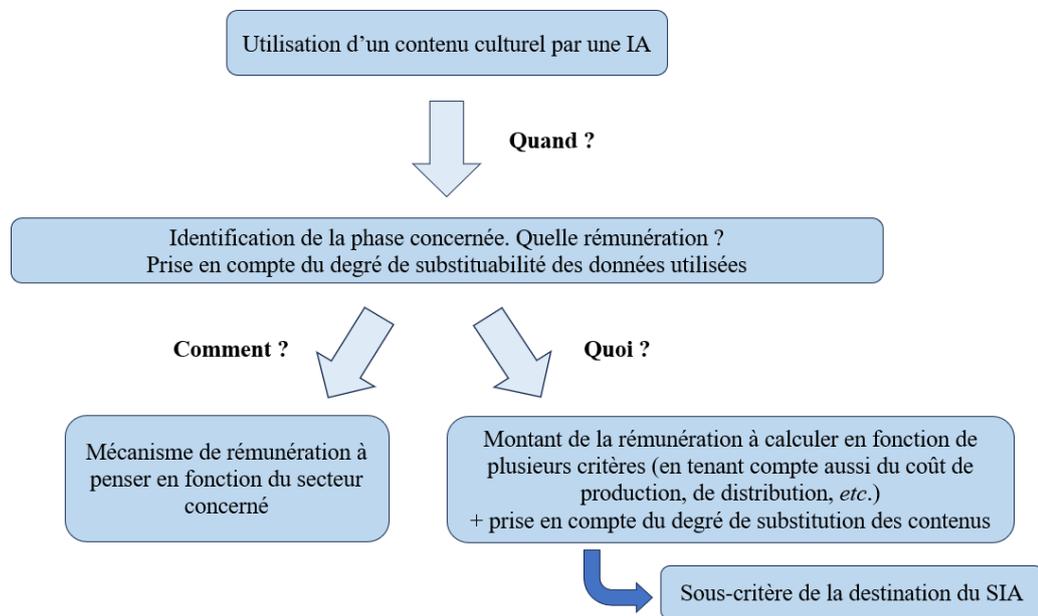
Critères envisageables. Les trois critères identifiés dans la note d'étape¹⁷⁵ (phase concernée, organisation du secteur et substitution/destination) ont des valeurs différentes. Le critère principal semble être celui des phases d'utilisation ou étapes conduisant à la génération d'un contenu par une IA. Sur ce point, si l'établissement de la valeur des données suppose une analyse du volet économique de la mission, il est probable que moins les données utilisées sont substituables¹⁷⁶ entre elles, plus leur valeur augmente. Or le degré de substituabilité des données est variable en fonction de la phase concernée. Il y aurait alors un critère surplombant qui déterminerait le moment de la rémunération, permettant de répondre à la question du « quand ? », et des critères spécifiques une fois qu'il est acquis que la phase concernée donne lieu à rémunération. Le critère de la substitution des contenus s'intégrerait à la question du

¹⁷⁴ Proposant une nouvelle application de l'idée de « domaine public payant » de Victor Hugo : V.-L. Benabou, « Du test en trois étapes au domaine public payant - Quelques idées pour mieux associer les titulaires de droit à la production des Intelligences Artificielles génératives dans le champ de la création intellectuelle », déc. 2023 : <https://vlbenabou.blog>. – Comp. M. Sentfleben, « Generative AI and Author Remuneration ». IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law, nov. 2023, vol. 54, p. 1535, disponible en ligne.

¹⁷⁵ Note d'étape juridique, *Mission sur la rémunération des contenus culturels utilisés par des intelligences artificielles*, CSPLA, déc. 2024, *op. cit.*, p. 12 et s.

¹⁷⁶ Attention, il est question ici de la substituabilité des données d'entraînement et non de la substitution des contenus humains par des contenus synthétiques.

« quoi ? » (quelle est la mesure de la rémunération envisagée ?) quand celui de l'organisation du secteur répondrait à la question du « comment ? » (comment peut être pensée la rémunération ?).



2.3. Exemples de modalités de la rémunération

Propositions. Quelques modèles contractuels commencent à émerger du côté des titulaires de droits.

Au Royaume-Uni par exemple, la Copyright Licensing Agency (CLA), qui est dirigée par le Publishers' Licensing Services (PLS) et l'Authors' Licensing and Collecting Society (ALCS), représentant les éditeurs et les auteurs, a récemment annoncé qu'une licence « pionnière » sera mise à la disposition des développeurs d'IA à l'été 2025, permettant aux titulaires de droits d'auteur « *qui ne sont pas en mesure de négocier des accords de licence directs avec les développeurs d'IA* » d'être rémunérés pour l'utilisation de leurs œuvres¹⁷⁷.

En Allemagne également, la société pour les droits sur la représentation musicale et la reproduction mécanique (GEMA) a proposé un modèle de rémunération assis sur deux composantes¹⁷⁸, prenant en compte d'une part l'utilisation des contenus pour l'entraînement des IA et d'autre part la valeur générée par le contenu produit par l'IA. Les bénéfices économiques générés par l'IA devraient donc être en partie partagés avec les titulaires de droits dont les contenus sont utilisés. Les contrats de licence conclus permettraient alors non seulement de couvrir la phase d'entraînement mais également « *tous les avantages*

¹⁷⁷ <https://www.theguardian.com/books/2025/apr/23/collective-licence-to-ensure-uk-authors-get-paid-for-works-used-to-train-ai>

¹⁷⁸ La proposition de la GEMA est accessible au lien suivant : <https://www.gema.de/en/w/generative-ai-licensing-model>

économiques pouvant découler de l'utilisation ultérieure de contenus musicaux générés par l'intelligence artificielle », ce qui autoriserait notamment que « les titulaires de droits reçoivent une part appropriée des revenus générés par les chansons produites par l'IA, cette part devant être au moins équivalente à ce qui aurait été versé pour des œuvres purement humaines »¹⁷⁹. Cette dualité de l'approche repose en quelque sorte sur une double rémunération « à l'absorption/à la régurgitation ».

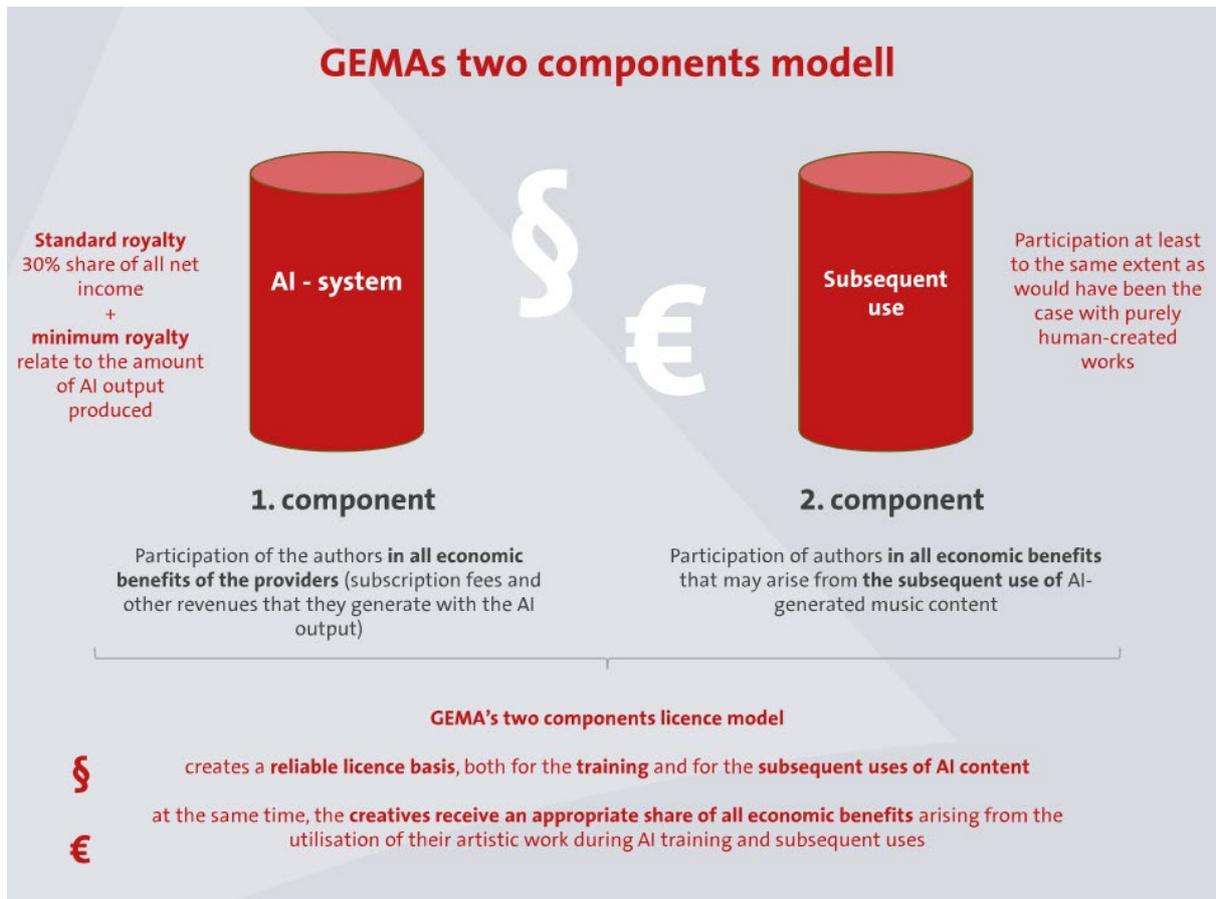


Schéma de rémunération proposée par la GEMA et disponible sur son site internet

Analyse critique de la proposition de la GEMA. Le raisonnement fondé sur une part des bénéfices générés par l'IA devra nécessairement faire l'objet d'un dialogue entre les parties, qui sera traduit par le contrat. La proposition est originale en ce qu'elle identifie une dualité de moments d'intervention de la rémunération.

Le fait que le choix de ces temps déclencheurs de rémunération demeure entre les mains des parties semble toutefois nécessaire et ne saurait faire l'objet d'une approche globale et indifférenciée, dans la mesure où chaque cas est différent : ainsi, le contrat pourrait opter pour une rémunération due au stade de la formation, au stade de la génération ou aux deux stades¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Pour les deux citations, *ibid.* Nous traduisons.

¹⁸⁰ En ce sens, v. aussi IFPI, *Generative AI Models at the Gate Licensing frameworks for the effective and efficient protection of copyright protected content in an AI world*, op. cit. : « D'un point de vue économique, ce qui compte pour le bien-être du consommateur final, c'est que les créateurs de contenu soient correctement rémunérés pour

Cependant, il pourrait s'avérer très compliqué d'exercer ce « droit de suite » sur le contenu synthétique. Dès lors, le choix d'une rémunération – au moins partiellement – forfaitaire, déterminée par exemple par référence au chiffre d'affaires du fournisseur d'IA, avec une évolution croissante du montant en même temps que la valeur et la rareté de la donnée, pourrait paraître judicieux et sans doute plus rentable pour les titulaires de droits. Mais là encore, les parties pourraient demeurer libres : certaines pourraient trouver le forfait plus approprié pour l'ensemble, d'autres ne retenir que la rémunération proportionnelle, d'autres enfin choisir le forfait pour la formation et la rémunération proportionnelle pour la génération. L'un des intérêts du contrat réside précisément dans cette grande malléabilité, ce que les autres solutions ne permettent pas.

Autres modalités. D'autres modèles de valorisation se font jour en pratique. A côté de la licence classique, qui privilégie la propriété et le contrôle sur les conditions d'utilisation, des plateformes proposent des accès à des jeux de données via des API, en contrepartie d'abonnements ou de forfaits. On retrouve cette modalité de « *Data as a Service* » (DaaS), soutenant une logique de consommation fluide et continue des données, par exemple sur Infogreffe¹⁸¹. Par ailleurs, la contrepartie pourrait elle-même être en partie liée à l'utilisation de la solution IA. La presse pourrait par exemple y avoir intérêt.

2.4. L'appréciation de la valeur

Double approche. L'appréciation de la valeur est naturellement centrale dans l'établissement de la rémunération. La question, qui relève majoritairement de l'étude économique du sujet, ne sera abordée ici que sous l'angle qui intéresse le droit. Dans cette perspective, il apparaît que cette valeur devrait être analysée par le prisme de la donnée elle-même (2.4.1.) mais aussi par celui de l'utilisation de celle-ci (2.4.2.).

2.4.1. La valeur de la donnée

Difficulté à établir la valeur de la donnée. Parce que la donnée est un bien non rival (qui ne s'épuise pas par son utilisation), sa valeur peut sembler ardue à déterminer avec précision. Une donnée peut se multiplier sans pour autant nécessairement perdre de la valeur, du fait de son ubiquité. Au contraire, son exploitation lui permet généralement d'acquérir une valeur supérieure.

leurs investissements générateurs de valeur, quel que soit le ou les niveaux de la chaîne de valeur bénéficiant de ces investissements. La rémunération perçue par les titulaires de droits d'auteur devrait être indépendante du niveau de licence : elle pourrait être accordée au niveau de la formation, du déploiement, voire répartie entre les deux. Le choix du niveau de licence devrait plutôt viser à minimiser les coûts de transaction. Ceux-ci sont invariablement spécifiques aux conditions techniques, juridiques et de marché, et le niveau approprié devrait donc être déterminé au cas par cas » (nous traduisons).

¹⁸¹ <https://datainfogreffe.fr/>

Il point une difficulté supplémentaire, désormais bien connue des économistes. L'essentiel des services numériques aujourd'hui proposés par les fournisseurs d'IA sont, en apparence, « gratuits », même si des versions dites *premium* sont également disponibles sur abonnement – payant – annuel ou mensuel. En d'autres termes, l'utilisateur a bien souvent accès, sans contrepartie pécuniaire directe, aux services proposés par l'IA¹⁸², ce qui ajoute à la complexité d'un calcul du prix.

Importance de la donnée. Toutefois, si l'activité d'une entreprise est fondée sur l'exploitation de la donnée, alors cela signifie que celle-ci possède une valeur centrale pour l'exploitant. Le rapport de la Direction générale du Trésor affirme à cet égard sans ambages que « *d'un point de vue économique, l'utilité et la valeur d'un modèle d'IA reposent sur l'accès et la mobilisation de données nombreuses et de qualité* »¹⁸³. Le premier constat est donc celui du caractère incontournable de l'accès à des données et, partant, à des contenus culturels faisant l'objet d'une protection, pour que le modèle puisse non seulement se construire mais encore être performant. Toutefois, le volume de données requis rend complexe le calcul d'un prix à payer. Le développement croissant des petits modèles spécialisés pourrait toutefois renforcer la valeur intrinsèque et individuelle de la donnée. Celle-ci, devenant plus rare, devrait acquérir une valeur plus grande.

Variabilité de la valeur. Un premier critère de variation du prix de la donnée consiste dans le modèle de rémunération adopté. Il semblerait en effet que la négociation permette, de manière générale, une meilleure rémunération¹⁸⁴. Ensuite, une distinction selon les phases d'utilisation de la donnée semble inévitable. En phase de pré-entraînement, un grand modèle s'entraîne sur des masses de données non spécialisées, avec un enjeu important quant à la diminution des coûts de transaction. Dès lors, la valeur des données est plus réduite. À l'inverse, en phase de réglage fin (*fine tuning, grounding, RAG*), la qualité se substitue à la quantité : les modèles ont besoin de moins de données et celles-ci sont alors plus spécialisées et dotées d'une valeur supérieure. Le prix sera donc plus important, car les titulaires retrouveront alors un fort pouvoir de marché.

Il ne s'agit toutefois nullement de considérer que les données fournies en masse n'ont aucune valeur. Celles-ci sont utilisées et nécessaires pour le préapprentissage des modèles. Or, sans fondation solide, l'édifice s'écroule. La distinction concerne donc seulement l'évaluation de la valeur, non l'existence de la valeur en elle-même.

La fixation du prix devra être établie par le dialogue et la négociation, quitte à ce que des discussions puissent être menées par secteur, mais il est évident que le prix de la licence

¹⁸² Il faut toutefois rappeler que cette « gratuité » n'est que d'apparence, puisque l'utilisateur « paie » par un autre moyen qu'une contrepartie financière, *via* le recueil et l'exploitation de ses données personnelles notamment.

¹⁸³ Direction générale du Trésor, *La chaîne de valeur de l'intelligence artificielle : enjeux économiques et place de la France*, déc. 2024, p. 7.

¹⁸⁴ V. en ce sens, identifiant la variabilité des coûts selon le type de mécanisme retenu, le plus élevé étant celui de la négociation individuelle, USCO, *Identifying the Economic Implications of Artificial Intelligence for Copyright Policy Context and Direction for Economic Research*, févr. 2025, p. 53 : « *The option that presents the lowest transaction costs is unrestricted access, followed by a statutory licensing system. Systems that require private negotiation will have the highest transaction costs. However, as previously discussed, some of that can be mitigated through collective intermediation* ».

augmentera concomitamment avec la valeur du contenu¹⁸⁵. Au surplus, cette valeur peut s'évaluer au regard du succès de l'œuvre, de l'auteur, de l'artiste-interprète, la complétude d'un catalogue, *etc.* Tous ces éléments seront donc pris en compte au cas par cas dans chaque contrat pour déterminer la valeur intrinsèque des données.

2.4.2. La valeur de l'utilisation

Coût de la négociation. Si la gestion individuelle affiche de nombreux avantages, elle présente toutefois l'inconvénient d'avoir un coût plus élevé. Aussi, la licitation de l'utilisation par la rencontre des volontés induirait des coûts qui pourraient décourager certaines entités. Cet obstacle n'est toutefois pas insurmontable. Certaines analyses soulignent ainsi que le coût plus élevé que représente la négociation par rapport à une utilisation libre ou une licence légale peut être en partie réduit par le rôle endossé par les sociétés de gestion collective du fait de la centralisation des négociations que celles-ci permettent¹⁸⁶.

Une telle analyse conforte l'intérêt de la piste d'une mise en commun des forces des titulaires de droits qui auraient ainsi la capacité de proposer des catalogues importants, de qualité, ce qui leur permettrait d'acquérir un pouvoir de marché plus grand.

Adaptation des prix. Au-delà, les titulaires de droits pourraient adapter le prix à chaque circonstance. Là encore, alors que les solutions les plus réductrices de l'expression du consentement (comme la licence légale) ont pour effet d'uniformiser le montant dû, le contrat s'impose au contraire comme « *le législateur des cas particuliers* »¹⁸⁷. Cette adaptation serait d'autant plus aisée qu'une telle souplesse n'est pas étrangère à l'exercice des droits de propriété littéraire et artistique. Les titulaires de droits sont d'ores et déjà coutumiers de l'exercice qui consiste à adapter le prix en fonction des hypothèses de l'utilisation envisagée (finalité de l'utilisation, importance économique du cocontractant, *etc.*). À titre illustratif, le coût facturé pour l'utilisation d'une œuvre graphique sur un support de communication d'une association ne sera pas le même que si la même œuvre est insérée dans une campagne publicitaire organisée par une entreprise du secteur de la mode et placardée dans toutes les villes. La modulation des prix est donc de l'essence même de l'exercice des droits, et les titulaires – directement ou par l'intermédiaire des organismes de gestion collective agissant sur mandat – pourraient naturellement la pratiquer s'agissant de l'utilisation des contenus culturels par les IA.

La conclusion de licences non-exclusives permet au surplus d'adapter le prix, pour un même contenu, en fonction de l'interlocuteur et du type d'utilisation envisagée. L'Autorité de la

¹⁸⁵ En ce sens not., v. France digitale, *IA générative et droit d'auteur : quelle place pour les données européennes protégées à l'ère de l'IA ?*, déc. 2024, p. 26 : « plus le contenu est convoité, plus le prix de cette licence augmente ».

¹⁸⁶ USCO, *Identifying the Economic Implications of Artificial Intelligence for Copyright Policy Context and Direction for Economic Research*, févr. 2025, p. 49. *Adde.* p. 53 : « Transaction costs should play a central role in policy comparisons. These costs are likely the largest barrier to the endogenous formation of licensing markets. The option that presents the lowest transaction costs is unrestricted access, followed by a statutory licensing system. Systems that require private negotiation will have the highest transaction costs. However, as previously discussed, some of that can be mitigated through collective intermediation ».

¹⁸⁷ L'expression, empruntée au Doyen Ripert, vise originellement le juge. Elle est toutefois également adaptée au contrat, loi des parties.

concurrence a d'ailleurs, à ce sujet, récemment relevé que ces différences de prix étaient parfaitement possibles¹⁸⁸.

Adaptation des prix et informations. Toutefois, si le titulaire des droits – ou son représentant agissant sur mandat – veut adapter le prix, notamment parce que la valeur peut varier selon la phase d'utilisation concernée, encore faut-il qu'il dispose des informations nécessaires pour le faire. En effet, la modulation ne peut être réalisée qu'avec une connaissance suffisante des utilisations concrètes. Or, le silence gardé par les fournisseurs d'IA sur ce point est susceptible d'empêcher les organismes de gestion collective de remplir leurs obligations.

La directive du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins¹⁸⁹ énonce sur ce point, en son article 16.2, alinéa 2 que « *Les titulaires de droits perçoivent une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs droits. Les tarifs appliqués pour les droits exclusifs et les droits à rémunération sont raisonnables, au regard, entre autres, de la valeur économique de l'utilisation des droits négociés, compte tenu de la nature et de l'ampleur de l'utilisation des œuvres et autres objets, ainsi qu'au regard de la valeur économique du service fourni par l'organisme de gestion collective. Les organismes de gestion collective informent l'utilisateur concerné des critères utilisés pour fixer ces tarifs* »¹⁹⁰. L'opacité empêche à ce titre l'adaptation.

Plus encore, le juge européen a eu l'occasion d'affirmer qu'une législation nationale peut prévoir qu'une entité chargée par un organisme de gestion collective de la gestion des remboursements de la compensation pour copie privée puisse « *demandeur accès aux informations nécessaires à l'exercice des compétences de contrôle dont elle est investie à ce titre, sans qu'il soit, notamment, possible de lui opposer le secret de la comptabilité commerciale prévue par le droit national, cette personne morale étant obligée de sauvegarder le caractère confidentiel des informations obtenues* »¹⁹¹. Partant, une solution identique devrait pouvoir être envisagée s'agissant de la rémunération des contenus culturels par les IA : lorsque les contrats sont conclus par les organismes de gestion collective, ceux-ci doivent pouvoir accéder à toutes les informations pertinentes pour fixer un prix adapté.

¹⁸⁸ Autorité de la concurrence, *Avis 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative*, pt. 258 : « *Les données numériques constituent économiquement un bien non rival : en d'autres termes, vendre des données à un acteur ne limite a priori pas la capacité de vendre les mêmes données à un autre acteur, le cas échéant à un prix différent. La question de l'incitation des fournisseurs de contenus à conclure de tels accords différenciés se pose néanmoins, et à la connaissance de l'Autorité aucun éditeur de presse n'a, à ce jour, signé d'accord avec plusieurs développeurs de modèles et à des prix différents* ». L'avis est accessible au lien suivant :

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2024-07/24a05_merged.pdf

¹⁸⁹ Directive 2014/26 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

¹⁹⁰ *Adde.*, pour la transposition, art. L. 324-6 CPI. Cette disposition renforce d'ailleurs la nécessité de transparence attendue des fournisseurs d'IA. Sans cette transparence en effet, il est impossible d'établir la rémunération en contemplant des différents critères évoqués (valeur économique de l'utilisation, nature et ampleur de celle-ci, etc.).

¹⁹¹ CJUE, 8 sept. 2022, aff. C-263/21, « Ametic ».

Multiplicité des critères d'établissement du prix. Le prix est donc susceptible de varier selon les utilisations envisagées, à charge pour les fournisseurs d'IA de jouer la transparence en fournissant des informations suffisantes à ce sujet. Mais d'autres éléments sont susceptibles d'exercer une influence sur le prix. Des études proposent par exemple des modèles de tarification dynamiques¹⁹², avec des critères multiples, portant sur les attentes des utilisateurs (ce qui inclut la satisfaction de leurs besoins et la valeur que représente les données pour eux), les caractéristiques des données, la structure et la maturité du marché, l'objectif organisationnel et la réputation du fournisseur.

Cette variété d'éléments permettant d'aboutir à la fixation du prix vient également conforter la spécificité propre à chaque situation. En conséquence, le recours au contrat (directement avec le titulaire sur un système de gestion individuelle ou par l'intermédiaire d'organismes de gestion collective agissant sur mandat) semble être la solution la plus adaptée pour structurer le marché de la donnée.

Difficulté à inclure les effets sur l'emploi. Au-delà de ces solutions, une piste pourrait consister dans le fait d'inclure dans le calcul de la rémunération les effets du recours à l'IA sur l'emploi. Ces effets néfastes s'entendent comme une externalité négative¹⁹³, laquelle est très difficilement susceptible d'être prise en compte dans le contrat de licence. Celui-ci ne peut en effet permettre d'appréhender largement les effets négatifs de l'utilisation de l'IA sur l'emploi des créateurs de contenus culturels.

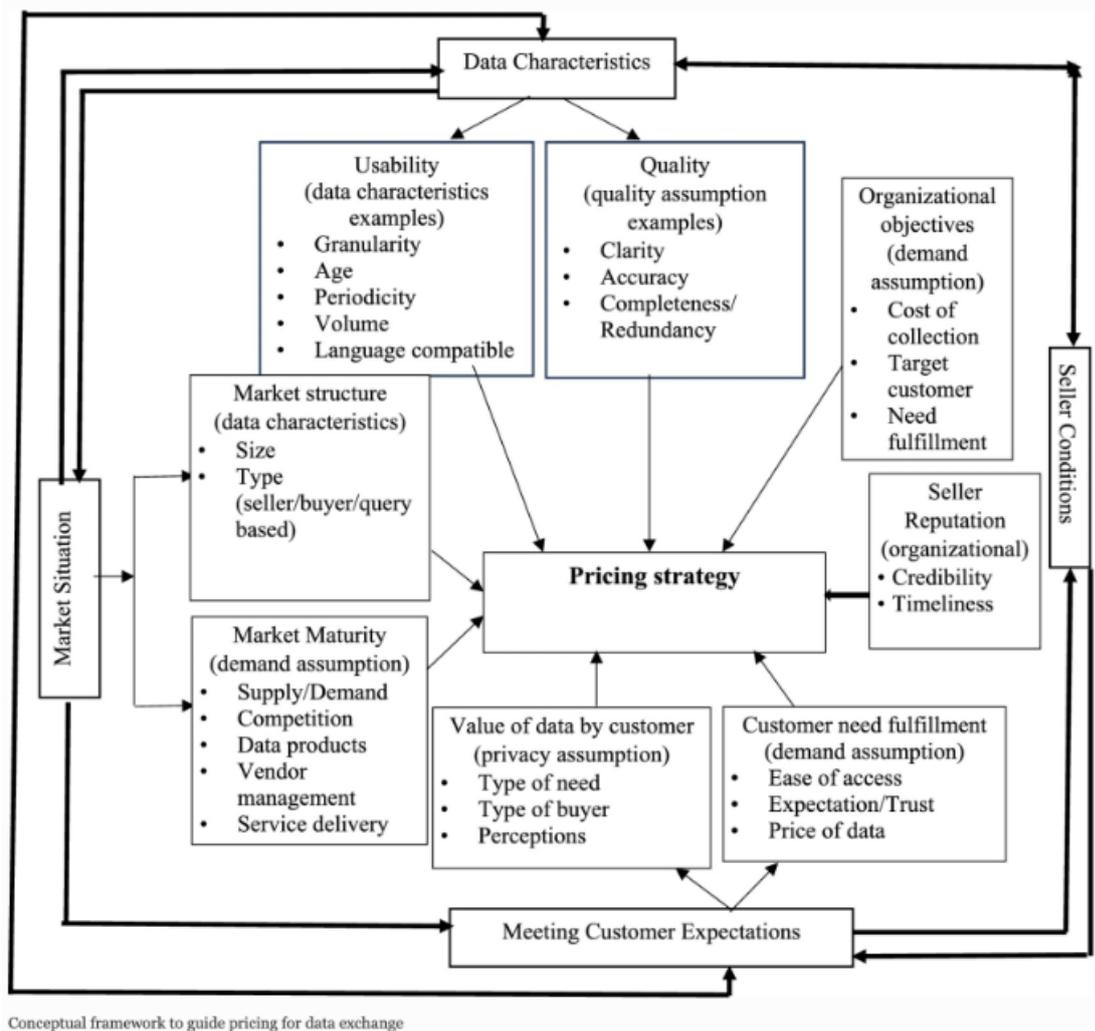
Toutefois, ce constat d'échec pourrait être relativisé par la possibilité d'une internalisation : le contrat peut ainsi encadrer les effets que produit l'utilisation de l'IA sur le contractant lui-même. Dans ce cadre, chaque contractant pourra négocier, dans les modalités de rémunération, la prise en compte de ces effets.

Ce constat conforte l'importance de négociations d'ampleur, avec des titulaires regroupés, ou par l'intermédiaire de sociétés de gestion collective ou de fournisseurs techniques de données¹⁹⁴ : si le contractant ne porte pas la seule voix d'un titulaire mais celle de nombreux ayants droit, l'internalisation par le contrat des effets négatifs sur l'emploi pourra sans doute être prise en compte plus largement.

¹⁹² Sur cette question, v. not. R. Majumdar, A. Gurtoo, et M. Maileckal, « Developing a data pricing framework for data exchange », *Futur Bus J* 11, 4 (2025), accessible au lien suivant : <https://fbj.springeropen.com/articles/10.1186/s43093-025-00422-z>

¹⁹³ L'externalité négative renvoie, en économie, au concept permettant de décrire les conséquences négatives d'une activité donnée sur d'autres acteurs, sans que celles-ci ne soient compensées.

¹⁹⁴ Sur ces solutions, v. *infra*, Partie 3, pt. 3.



*Developing a data pricing framework for data exchange*¹⁹⁵

2.5. Le prix du passé

Voies possibles pour régler les utilisations passées. La mission tient à rappeler que ces propositions sont fondées sur l'idée que le prix payé est la contrepartie de l'utilisation des contenus. Or on sait que pour les modèles existants, les données ont déjà été utilisées, sans autorisation, par les fournisseurs d'IA, ce qui soulève alors des questions différentes notamment quant à la temporalité des solutions présentées. Comment régler ces situations d'illicéité passées ? Il est en effet impossible, en l'état de la technique, de demander à la machine de

¹⁹⁵ Le schéma est emprunté à R. Majumdar, A. Gurtoo, et M. Maileckal, « Developing a data pricing framework for data exchange », *op. cit.*, accessible au lien suivant : <https://fbj.springeropen.com/articles/10.1186/s43093-025-00422-z#Fig2>

désapprendre, à tout le moins s’agissant des phases du pré-entraînement et du *fine tuning*¹⁹⁶, de sorte que le passé ne peut être effacé. Comment, dans ce cadre, réparer le préjudice et faire cesser l’atteinte ?

Trois voies paraissent envisageables :

- La voie contentieuse : des actions, sur le terrain de la contrefaçon, sont d’ores et déjà initiées ou annoncées. Il serait alors possible pour les titulaires de droits de solliciter l’intégration, dans le calcul des dommages-intérêts, des « *bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte aux droits, y compris les économies d’investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l’atteinte aux droits* »¹⁹⁷, dans la mesure où la faute commise par les fournisseurs d’IA dans cette hypothèse est incontestablement une faute source de bénéfices. Cette possibilité de dommages-intérêts restitutoires, dérogeant au principe de réparation intégrale, a été autorisée par le droit de l’Union européenne.
- La voie contractuelle : la conclusion de contrats rétroactifs, qui couvriraient les utilisations antérieures à l’émergence d’un nouveau marché, pourrait également être soutenue. Plus subtilement, la conclusion d’accords pour l’avenir pourrait contenir une clause de validation négociée du passé.
- La voie d’une indemnisation par un fonds : la mise en place d’un fonds d’indemnisation, alimenté par les fournisseurs d’IA, pourrait venir compenser les utilisations antérieures non autorisées. Il pourrait à ce titre être envisagé une obligation de négociation indemnitaire, pour compenser les utilisations antérieures non autorisées. Cela étant, la solution reste imparfaite en ce qu’elle ne règle pas la question de l’absence de consentement à l’utilisation des contenus protégés.

Au-delà, s’agissant des éléments incorporés au modèle à partir d’opérations d’entraînement couvertes par l’exception de fouille de textes et de données, il semblerait que, suivant le principe d’effet utile, souvent invoqué par la CJUE, l’*opt-out* prévu à l’article 4 pourrait avoir pour effet de prohiber non seulement les actes de reproduction des œuvres ou objets concernés pour l’avenir – sauf autorisation des titulaires de droits –, mais également l’utilisation des éléments issus des actes de reproduction passés. Sur ce point, si l’exigence d’une reconstruction complète du modèle expurgé des contenus non autorisés paraît disproportionnée, il n’en va pas de même de celle du versement d’une rémunération aux titulaires de droits.

La position européenne ? À la date du rapport, la position européenne ne semble pas figée au sujet de la prise en compte du passé. La Commission a cependant ouvert, le 22 avril 2025, une consultation publique aux fins de rédiger des lignes directrices sur les modèles d’IA à usage général, annoncées comme complémentaires au Code de bonnes pratiques (dont la publication est en conséquence différée). Le document indique que les modèles mis sur le marché avant l’entrée en application du RIA (2 août 2025 pour l’article 53, 1, c et d, respectivement sur l’obligation de *compliance* et sur le *template* pour le résumé suffisamment détaillé) doivent être mis en conformité avant le 2 août 2027. Cependant, la démarche ne nécessite pas de

¹⁹⁶ Il semble à l’inverse en effet plus aisé de s’assurer que l’IA ne puisse plus avoir recours aux contenus culturels protégés en phase de RAG, dans la mesure où il ne s’agit alors pas réellement d’une absorption mais d’une consultation en temps réel de ces contenus.

¹⁹⁷ Art. L. 331-1-3 CPI.

« réentraînement » des modèles antérieurs, « lorsque la mise en œuvre des mesures de respect du droit d’auteur n’est pas possible pour des actions réalisées dans le passé, lorsque certaines des informations relatives aux données d’entraînement ne sont pas disponibles ou lorsque leur récupération entraînerait une charge disproportionnée pour le fournisseur »¹⁹⁸.

Si le document ajoute que ces hypothèses devront être clairement justifiées et divulguées dans la politique de conformité et le résumé du contenu utilisé pour l’entraînement du modèle, il faudra aussi s’interroger sur la contrepartie de cette « licitation » du passé.

La nécessité de politiques publiques. Au-delà, le risque de disparition de la création humaine au profit des contenus générés par les IA doit être identifié et connaît déjà des manifestations dans certains secteurs¹⁹⁹. Le risque de la substitution ne doit certes pas reléguer au second plan la réflexion décisive menée sur le terrain du respect des droits de propriété littéraire et artistique, mais devrait toutefois être pris en considération et corrigé autant que possible par des politiques publiques d’accompagnement (certains titulaires proposent de conditionner l’obtention de certains financements publics au recours à l’humain et non à l’IA, *etc.*), le cas échéant sur le plan économique. Si l’atteinte subie du fait de la substitution ne pourra jamais être pleinement compensée, ce mécanisme aurait malgré tout une utilité réelle.

Une telle action ne relève pas du champ de la mission, mais il semblait essentiel d’attirer l’attention sur cet enjeu supplémentaire, *a fortiori* parce que le RIA rappelle que la « diversité culturelle »²⁰⁰ fait partie des sept principes éthiques dressés par le GEHN IA dans ses lignes directrices, afin que l’IA soit digne de confiance et saine sur le plan éthique. Or il ne saurait y avoir de diversité culturelle si la création humaine est appelée à s’étioiler au bénéfice des contenus synthétiques, générés par des IA²⁰¹.

De la possibilité d’un marché à son implémentation. Le marché est nécessaire et possible. Mais ce n’est toujours pas suffisant. Encore faut-il faciliter son implémentation.

¹⁹⁸ https://ec.europa.eu/eusurvey/runner/GPAI_Guidelines_Consultation_2025 ; Targeted consultation in preparation of the Commission Guidelines to clarify the scope of the obligations of providers of general-purpose AI models in the AI Act, p. 17 : « For general-purpose AI models that have been placed on the market before 2 August 2025, providers must take the necessary steps to comply with their obligations by 2 August 2027. This does not require re-training or unlearning of models already trained before 2 August 2025, where implementation of the measures for copyright compliance is not possible for actions performed in the past, where some of the information for the training data is not available, or where its retrieval would cause the provider disproportionate burden. Such instances must be clearly justified and disclosed in the copyright policy and the summary of the content used for training ».

¹⁹⁹ V. par exemple l’annonce d’Amazon Prime en mars 2025 de générer par IA le doublage de certains contenus audiovisuels disponibles dans son catalogue.

²⁰⁰ Règlement sur l’intelligence artificielle, *op. cit.*, cons. 27 : « “Diversité, non-discrimination et équité” renvoient au fait que les systèmes d’IA sont développés et utilisés de manière à inclure des acteurs divers et à promouvoir l’égalité d’accès, l’égalité de genre et la diversité culturelle, tout en évitant les effets discriminatoires et les biais injustes, qui sont interdits par le droit de l’Union ou le droit national ».

²⁰¹ V. par ex. la communication presse de la Commission européenne saluant « une nouvelle initiative visant à soutenir la diversité culturelle et linguistique européenne dans le domaine de l’intelligence artificielle » accessible au lien suivant : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/news/commission-welcomes-new-initiative-support-european-cultural-and-linguistic-diversity-artificial>

PARTIE 3. L'IMPLEMENTATION D'UN MARCHÉ

Inciter au marché. L'implémentation d'un marché compétitif implique avant tout d'identifier les risques concurrentiels, pour les éviter (1.). Reste ensuite à définir des mesures facilitatrices opérationnelles. Dans cette optique, la fluidité de la transaction facilitera l'émergence du marché. Aussi, une série d'outils de simplification permettra de soutenir cet objectif (2.). Si, malgré ces précautions, des tensions devaient persister, certains suggèrent le soutien d'une autorité dans la négociation (3.).

1. Les risques concurrentiels actuels

Le droit de la concurrence a naturellement un rôle à jouer dans la mise en place du marché. Ici, plusieurs questions peuvent se poser par ce prisme, notamment s'agissant de la théorie des facilités essentielles (1.1.), de l'abus de position dominante (1.2.) et des ententes (1.3.).

1.1. Le rejet de la mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles

Présentation de la théorie des facilités essentielles. Les fournisseurs d'IA pourraient être tentés d'invoquer la théorie des facilités essentielles afin d'obtenir l'accès aux données culturelles.

Ce mécanisme mérite d'être ici brièvement rappelé. Une facilité essentielle est un ensemble d'éléments (matériels ou non) détenus par un acteur dominant, qui n'est pas aisément reproductible et qui doit être accessible aux tiers pour que ceux-ci puissent développer leur activité sur un marché. Si la théorie s'est historiquement développée à propos d'infrastructures matérielles, elle a ensuite été étendue par le juge européen aux contenus protégés par des droits de propriété littéraire et artistique : ainsi, avec les arrêts « Magill »²⁰², « IMS Health »²⁰³ puis « Microsoft »²⁰⁴, les instances européennes ont considéré que « *l'exercice du droit exclusif par le titulaire [pouvait], dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* »²⁰⁵. La caractérisation de ce comportement est toutefois soumise à des conditions cumulatives : le droit doit porter sur un élément indispensable, exclure la concurrence sur un marché dérivé, n'être justifié par aucune considération objective et empêcher l'apparition d'un produit nouveau sur le marché, pour lequel il existait une demande potentielle de la part des consommateurs. La Cour de justice a par la suite confirmé que ces conditions étaient cumulatives²⁰⁶ et que la dernière condition de produit nouveau devait être entendue ainsi : « *le refus d'une entreprise en position dominante de donner accès à un produit protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que ce produit est indispensable pour agir sur un marché*

²⁰² CJCE, 6 avr. 1995, aff. C-241/91, « Magill », à propos de grilles de programmes télévisés.

²⁰³ CJUE, 29 avr. 2004, aff. C-418/01, « IMS Health », à propos de bases de données de santé.

²⁰⁴ TPICE, 17 sept. 2007, aff. T-201/04, « Microsoft » et Comm. UE, déc. 2007/53/UE, 24 mars 2004, « Microsoft », COMP/C-3/37.792 : JOUE n° L 32, 2007, p. 23, à propos de systèmes d'exploitation.

²⁰⁵ Arrêt « Magill », *op. cit.*, pt. 50.

²⁰⁶ Arrêt « IMS Health », *op. cit.*, pt. 38.

dérivé, ne peut être considéré comme abusif que dans le cas où l'entreprise qui a demandé la licence n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou des services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs »²⁰⁷.

Justification de l'exclusion de la théorie des facilités essentielles. Or, à l'analyse de la situation, il semble possible d'exclure une quelconque mise en œuvre de la théorie des facilités essentielles, au regard des critères d'abord, et au regard de la situation ensuite.

Au regard des critères d'abord, les « *circonstances exceptionnelles* » dans lesquelles le refus du titulaire serait constitutif d'un abus ne sont pas nécessairement caractérisées dans la présente hypothèse. En effet, les critères d'appréciation dégagés par le juge peuvent faire l'objet d'une analyse nuancée : ainsi, les contenus culturels peuvent effectivement apparaître comme un élément essentiel, les fournisseurs d'IA le reconnaissant eux-mêmes²⁰⁸. Par ailleurs, le critère de l'exclusion de la concurrence du marché dérivé pourrait être considéré comme rempli – même si l'étude devrait être davantage approfondie –, dès lors que les fournisseurs d'IA proposent des outils générant automatiquement des contenus à la demande de l'utilisateur, ce qui permet possiblement de caractériser le marché dérivé. Il pourrait toutefois être opposé ici que le refus de certains titulaires n'est pas le refus de tous : libre aux fournisseurs d'IA de négocier des licences avec ceux des titulaires qui y sont favorables, de sorte que le marché n'est pas réellement inaccessible, tout au plus limité à l'heure actuelle²⁰⁹. Le quatrième critère pose également question : la définition du produit nouveau proposé dans l'affaire « IMS Health » suppose que le fournisseur d'IA « *doit avoir l'intention d'offrir des produits ou des services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle* ». Or le caractère « nouveau » n'est pas évident, dans la mesure où la génération de contenus repose sur la compilation de contenus préexistants. Disons que la compilation emporte peut-être la nouveauté, surtout lorsqu'elle est associée à la méthode nouvelle (l'utilisateur demandant directement à l'IA de produire un résultat en contemplation des *prompts* qu'il lui soumet). En tout état de cause, le troisième critère permet à lui seul de conclure en faveur d'une exclusion de la théorie, dès lors que les critères sont cumulatifs : en effet, il faut que le refus ne soit justifié par aucune considération objective. Or en ce domaine, le refus est justifié par l'enjeu capital de la préservation de la création humaine (laquelle ne saurait être remplacée par la génération de contenus artificiels). Le refus est donc objectivement fondé.

Au regard de la situation ensuite, plusieurs éléments doivent être relevés, confortant la nécessité d'écarter la théorie : d'abord, le juge européen n'a fait application de celle-ci qu'à des œuvres très spécifiques (grilles de programmes télévisés, bases de données de santé, systèmes

²⁰⁷ *Ibid.*, pt. 49.

²⁰⁸ V. not. la réponse d'OpenAI à la consultation lancée par la Maison Blanche dans la perspective d'un futur plan d'action sur l'IA, accessible au lien suivant : <https://cdn.openai.com/global-affairs/ostp-rfi/cc680b75-d539-4653-b297-8bcf6e5f7686/openai-response-ostp-nsf-rfi-notice-request-for-information-on-the-development-of-artificial-intelligence-ai-action-plan.pdf>.

²⁰⁹ Là encore, le critère de l'écoulement du temps pourrait en effet jouer un rôle. À l'instar du *streaming* musical, à l'égard duquel de nombreux titulaires de droits étaient très frileux pour changer d'avis après avoir constaté le bon fonctionnement de ce mode de consommation, il n'est pas exclu que les titulaires de droits frileux aujourd'hui soient plus ouverts à la discussion demain, si les conditions de la confiance sont réunies.

d'exploitation)²¹⁰. Or s'agissant de l'absorption de données par des IA, les contenus concernés sont tout à la fois informationnels et culturels et ne ressemblent pas à ceux concernés par les affaires dont a eu à traiter le juge européen. Il n'est donc absolument pas acquis que la théorie serait étendue aux biens culturels et la mission considère que cette dernière devrait au contraire demeurer limitée aux seules œuvres « à la marge ». Ensuite, la théorie elle-même repose sur l'idée que les titulaires de droits refusent de conclure des contrats de licence et que le mécanisme permet de les y contraindre. Or, la situation actuellement observée est plutôt dans le sens opposé : si certains titulaires refusent, d'autres, nombreux, ne sont pas hostiles à l'utilisation de leurs contenus par les IA, à condition que celle-ci soit maîtrisée et rémunérée. Il y aurait donc à tout le moins une forme de paradoxe à voir les fournisseurs d'IA invoquer la théorie des facilités essentielles pour obtenir des licences forcées, alors même qu'ils refusent pour beaucoup d'entrer en négociation pour conclure des licences.

Tous ces éléments amènent la mission à considérer que la théorie des facilités essentielles ne saurait être invoquée à l'encontre des titulaires de droits.

1.2. La possible caractérisation d'un abus de position dominante

Abus caractérisé par le non-respect de certaines obligations. D'autres risques concurrentiels existent et doivent être identifiés, parmi lesquels l'abus de position dominante, susceptible d'être sanctionné. Un raisonnement par analogie s'avère à cet égard précieux. L'Autorité de la concurrence a en effet eu l'occasion d'affirmer que la société Google commettait un abus de position dominante en imposant des conditions de transaction inéquitable aux éditeurs et agences de presse pour éviter d'avoir à rémunérer la reprise et l'affichage de contenus protégés au titre du droit voisin des éditeurs de presse²¹¹. L'autorité a ainsi constaté un détournement de la loi induit par le refus de rémunération opposé, alors même que l'objectif du législateur était le partage de la valeur. Elle a relevé à cet égard que Google avait refusé de communiquer les informations permettant de déterminer le montant de la rémunération²¹². Ces constats ont permis à l'autorité de prononcer des mesures d'injonction à l'encontre de la société, contraignant celle-ci à se mettre en conformité avec la loi de transposition de la directive 2019/790 en ce qu'elle est relative aux droits voisins des éditeurs de presse. Elle a, au surplus,

²¹⁰ V. toutefois, en droit interne, et faisant application de la théorie à des œuvres musicales : TGI Paris, réf., 5 sept. 2011 : « le refus de fourniture du catalogue faute d'accepter les conditions de la société Universal Music France [...] constitue à lui seul un abus de position dominante car le refus porte sur un produit qui est objectivement nécessaire pour exercer une concurrence efficace sur le marché, que le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché ».

²¹¹ ADLC, déc. n° 20-MC-01, 9 avr. 2020, relative à des demandes de mesures conservatoires présentées par le Syndicat des éditeurs de la presse magazine, l'Alliance de la presse d'information générale e.a. et l'Agence France-Presse, pt. 260, 307 et injonctions p. 71.

²¹² *Ibid.*, pt. 253 et 254 : « 253. Enfin, l'absence de communication par Google des informations spécifiques prévues par l'article L. 218-4, alinéa 3 du CPI, et indispensables à toute négociation commerciale entre éditeurs et agences de presse et services de communications au public en ligne paraît, en l'état de l'instruction, en contradiction avec la lettre et l'objet de la Loi sur les droits voisins. 254. Ce contournement de la Loi sur les droits voisins est rendu possible par la position dominante dont bénéficie Google en particulier sur le marché des services de recherche généraliste, et le poids que celle-ci représente dans le trafic sur les sites des éditeurs de presse. Pour les mêmes raisons, Google par son seul comportement, paraît en capacité de priver la Loi sur les droits voisins d'une grande partie de son effectivité. Un tel comportement est donc susceptible de constituer une pratique contraire aux articles L. 420- 2 du code de commerce et 102 du TFUE ».

elle-même fait le lien entre cette affaire et les solutions envisageables sur le terrain du droit de la concurrence en matière d'IA générative, ce qui conforte l'intérêt d'un raisonnement par analogie²¹³.

Abus et violation d'une obligation de conformité. Plus largement, le juge européen a pu considérer que la violation d'une obligation de conformité peut constituer un « *indice important* » dans la qualification d'un abus de position dominante²¹⁴. La Cour de justice affirme à cet égard que, dans l'examen d'un tel abus, une autorité nationale de concurrence peut être amenée à statuer sur la conformité de l'entreprise concernée au RGPD ou à d'autres règles qui ne relèvent pas du droit de la concurrence. En pareille hypothèse, l'examen du respect de ces règles se limite aux seules fins de constater un abus anticoncurrentiel et d'imposer des mesures permettant de faire cesser cet abus.

Si la décision concerne la violation d'une obligation de conformité, la réflexion peut aisément être transposée à d'autres types d'obligations²¹⁵. La violation répétée de l'obligation de conformité au droit d'auteur et aux droits voisins de l'article 53, 1, c du RIA pourrait dès lors constituer un abus.

Les autorités nationales investissent d'ailleurs ce champ, à l'instar de l'Autorité de la concurrence française qui recommande de vérifier que le marché des données se construit en assurant un « *équilibre entre juste rémunération des ayants droit et accès des développeurs de modèles aux données nécessaires pour innover, en prenant en compte la diversité des cas d'usage des données* »²¹⁶.

Abus caractérisé par la fixation de prix élevés ou par l'obtention de licences exclusives. Par ailleurs, un abus pourrait être identifié dans le fait d'imposer un prix de marché excessivement élevé afin d'exclure de fait les concurrents. Un tel comportement serait le cas échéant susceptible d'être sanctionné sur le terrain du droit de la concurrence²¹⁷.

²¹³ ADLC, avis 24-A-05 du 28 juin 2024, relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative, *op. cit.*, pt. 340 et s.

²¹⁴ CJUE, 4 juill. 2023, aff. C-252/21, « Meta Platforms e.a. c/ Bundeskartellamt », pt. 47.

²¹⁵ Adde Cass. Com., 27 sept. 2023, n° 21 21.995 jugeant que le fait pour une entreprise de manquer à ses obligations légales de conformité peut être constitutif d'un acte de concurrence déloyale. Et CJUE (Grande chambre), 4 oct. 2024, C-21/23, « Lindenapotheke », qui juge que le RGPD ne s'oppose pas à ce que les Etats membres prévoient dans leur droit national la possibilité pour les concurrents de l'auteur présumé d'une violation à ce règlement de se prévaloir de cette violation devant les juridictions civiles en tant que pratique commerciale déloyale.

²¹⁶ Avis 24-A-05 du 28 juin 2024, relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative, p. 95.

²¹⁷ L'Autorité de la concurrence a d'ailleurs identifié ce risque. *Ibid.*, pt. 257 : « *Le refus d'accès aux données pourrait prendre des formes plus subtiles. Des opérateurs puissants pourraient ainsi chercher à acquérir ou à consolider une position dominante dans le secteur de l'IA générative en proposant le versement de rémunérations importantes aux créateurs de contenus, en particulier pour exclure des acteurs concurrents moins établis ou de potentiels entrants. Ainsi, selon certaines parties prenantes, la rémunération élevée pourrait être compensée par un pouvoir de marché accru du fait de la marginalisation ou de l'exclusion des acteurs moins établis. Une*

Il en est de même de l'exigence de licences exclusives alors que les licences non exclusives semblent être la forme contractuelle la plus adaptée au regard de l'utilisation envisagée par les fournisseurs²¹⁸. Il est par ailleurs parfaitement naturel pour les titulaires de droits de ne conclure que des licences non exclusives pour les exploitations secondaires. L'Autorité de la concurrence n'a pas manqué d'identifier ce risque²¹⁹, qui permettrait une réservation de fait du marché aux acteurs ayant le pouvoir d'imposer ces conditions. La mission n'a pour l'heure connaissance que de licences non exclusives conclues entre des fournisseurs d'IA et des titulaires de droits.

1.3. Le risque peu probable d'une entente

Absence d'actions coordonnées. Enfin, du côté des titulaires de droits, un risque d'entente pourrait être identifié si ces derniers décidaient de se positionner de manière coordonnée pour imposer une négociation qui les inclurait tous et qui impliquerait une fixation du prix concerté.

Toutefois, l'analyse de la situation actuelle témoigne plutôt d'un mouvement non coordonné : l'ADN même de l'exploitation des contenus culturels va davantage dans le sens de négociations sectorielles, non harmonisées, et discutées en fonction de nombreux critères (poids économique du cocontractant, finalité de l'utilisation des contenus, *etc.*). Cette affirmation théorique est confortée par une observation pratique : la conclusion de contrats épars et non coordonnés, au point d'ailleurs que cette disparité renforce le sentiment que les titulaires de droits auraient besoin du soutien de l'autorité publique pour offrir un cadre serein à la négociation.

La mission pense donc pouvoir conclure que le risque de caractérisation d'une entente est aujourd'hui plus que résiduel.

2. Les outils de simplification

Importance de la simplification. La simplification de l'accès licite aux données est l'une des clés de voûte de l'émergence d'un marché. En effet, pour l'heure, la défense de certains fournisseurs d'IA est l'absence de faisabilité pratique et économique de l'obtention d'une licence sur de si larges jeux de données²²⁰. D'évidence, il ne s'agit pas d'imposer une négociation avec chaque auteur ou titulaire pris individuellement. Le coût serait en effet trop

rémunération élevée des créateurs de contenus pourrait donc, potentiellement, constituer un abus de position dominante ».

²¹⁸ V. not US District Court for the District of Columbia, Case No. 1:20-cv-03010-APM, Nov. 2024, p. 7 : « *Exclusionary Agreements with Publishers Prohibited: Google must not enter into a contract or other agreement with any Publisher to license data from any Publisher, website, or content creator, which provides Google exclusivity or otherwise restricts the Publisher's ability to license or otherwise make available the data to any other GSE or AI Product developer. This includes, for example, any agreement with a "most favored nation" or any similar provision that would require the Publisher to give Google the best terms it makes available to any other buyer or licensee* ».

²¹⁹ Autorité de la concurrence, Avis 24-A-05 du 28 juin 2024 relatif au fonctionnement concurrentiel du secteur de l'intelligence artificielle générative, pt. 259 : « *De telles clauses [d'exclusivité], mises en œuvre par des opérateurs puissants, seraient en effet susceptibles d'empêcher leurs concurrents d'accéder aux données dans les mêmes conditions. Ces accords seraient ainsi susceptibles de verrouiller les fournisseurs de données, limitant ainsi les opportunités des concurrents* ».

²²⁰ <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.cand.415175/gov.uscourts.cand.415175.489.0.pdf>, p. 43.

élevé. Il est en revanche essentiel d'offrir une voie claire et licite pour l'accès à des contenus de qualité, qui permette tout à la fois aux innovateurs de développer des technologies d'IA générative tout en respectant le droit d'auteur et les droits voisins, et aux titulaires de droits d'obtenir une contrepartie à l'utilisation de leurs contenus.

Dans ce cadre, la simplification pourrait aussi bien porter sur l'obtention des autorisations (2.1.) que sur l'accès aux contenus lui-même (2.2.). La mission précise que ces mesures ne constituent pas des mesures autonomes mais doivent être appréhendées comme des **modalités de mise en œuvre de la solution de marché retenue, à savoir la licence.**

2.1. La simplification de l'obtention des autorisations

Variété des interlocuteurs. L'un des sujets fondamentaux de la rémunération des contenus culturels tient à la nécessité de simplifier l'obtention des autorisations. Il est en effet compliqué, en pratique, que le fournisseur d'IA ait à s'adresser individuellement à de multiples titulaires de droits sur les contenus qu'il utilise, au regard de la masse de ceux-ci. Plusieurs entités ont toutefois la capacité de fournir ces autorisations de masse.

D'abord, le titulaire de droits lui-même peut donner l'autorisation d'utilisation de ces contenus par contrat, dans l'hypothèse où il dispose d'un catalogue suffisamment dense pour que cela puisse présenter un intérêt aux yeux du fournisseur d'IA. C'est le cas de nombreuses entreprises, dans le domaine de la musique, de la presse, de l'audiovisuel, *etc.*

Ensuite, les organismes de gestion collective sont aussi capables de fournir ces autorisations, pour les titulaires qu'ils représentent (et sur le fondement d'une gestion collective qui serait volontaire)²²¹. Un exemple en ce sens est en construction en Allemagne : la VG Wort, équivalent de la Sofia en France, a annoncé le 1^{er} juin 2024 une licence qui permettrait aux entreprises une utilisation des catalogues pour l'entraînement et l'application des IA. Le champ est certes aujourd'hui réduit, puisqu'il s'agit d'une licence réservée à un usage interne, qui ne peut donc être utilisée pour des SIA destinés à être commercialisés. Toutefois, la piste de réflexion conforte par analogie le rôle que pourraient être appelés à jouer les organismes de gestion collective. Les contrats de gestion passés avec la VG Wort à partir du 1^{er} juin 2024 emportent le transfert automatique, par les adhérents, de leurs droits nécessaires à l'octroi de licences (à charge pour l'ayant droit de manifester un refus le cas échéant) ; pour les contrats de gestion antérieurs, le mécanisme peut être ajouté *a posteriori* si l'ayant droit a reçu une information détaillée. Les licences conclues – de manière non-exclusive, de sorte que les titulaires ne perdent pas leur faculté de négocier individuellement en parallèle – seront distribuées par RightsDirect, qui aura pour mission de gérer les droits IA de la société de gestion collective.

Rapprochement des forces. Au-delà, il pourrait être envisagé que différents organismes se rapprochent, afin de conclure des contrats de licences communs. Il s'agirait alors d'une logique « gagnant-gagnant » : d'un côté, les fournisseurs d'IA auraient un accès licite à des catalogues

²²¹ Sur cette préférence accordée à la gestion collective volontaire, v. *supra*, Partie 2, pt. 2.1.

de contenus très vastes, avec des économies d'échelle importantes et une plus grande accessibilité. De l'autre, les titulaires de droits accroîtraient leur pouvoir de négociation.

En effet, le regroupement permet une meilleure valorisation – qui se traduit par un prix plus élevé pour la masse de données – et un plus grand pouvoir sur le marché par l'acquisition d'une position plus oligopolistique, ce qui permettra aussi une meilleure répartition, puisque le prix est plus élevé. Comme dans tout modèle de négociation monopsonne standard en effet, l'organisation efficace des offrants accroît considérablement la capacité de ces derniers à être rémunérés équitablement.

Fournisseur technique. Enfin, un fournisseur technique de données²²², qui aurait obtenu en amont les autorisations nécessaires et qui servirait d'interface, pourrait aussi endosser ce rôle. Il agirait sur mandat confié par les titulaires de droits et pourrait conclure au nom et pour le compte de ces derniers des contrats de licence auprès des fournisseurs d'IA.

Intérêt d'une pluralité de solutions. Ces différentes solutions ne s'excluent pas entre elles. La liberté contractuelle guidera le mouvement et les fournisseurs d'IA s'adresseront, selon leurs besoins, à tel(s) ou tel(s) interlocuteur(s). Cette affirmation est confortée par le fait que les fournisseurs d'IA peuvent avoir besoin de masses de données (ce qui les orientera sans doute plus volontiers vers les organismes de gestion collective ou les fournisseurs techniques de données). Mais ils peuvent également rechercher un accord avec un acteur ayant un pouvoir de marché : tel sera le cas lorsque les contenus de ce dernier seront rares, ou qu'ils présenteront un caractère très identifiant. Il en est ainsi pour les IA proposant des contenus générés « à la manière de », à l'instar du récent exemple de l'IA imitant le style des Studios Ghibli, qui lui a été réalisé sans autorisation.

2.2. La simplification de l'accès aux contenus

La volonté de faciliter l'accès à des données de qualité. En avril 2025, la Commission a dévoilé son plan d'action pour que l'Europe devienne le « *continent de l'IA* »²²³. Précisément, la stratégie pour « *l'Union des données* », qui doit faciliter l'accès à des « *données de qualité* », indique le besoin de simplifier les règles sur l'IA « *dans un processus inclusif* », tout en respectant le droit d'auteur.

La réalisation de cet objectif, à visée commerciale, implique la fourniture de fichiers en très haute définition, à défaut de quoi ils ne seraient pas exploitables en l'état par les fournisseurs d'IA. L'objectif est de pouvoir fournir des *sets* de données « techniquement clés en main ».

²²² Sur le fournisseur technique de données, v. *infra*, pt. 3.2.

²²³ Communication de la Commission, « AI Continent Action Plan », COM(2025) 165 final, 9 avril 2025.

Par ailleurs, ces *sets* doivent être complétés de métadonnées de qualité²²⁴ : le processus doit donc être piloté – ou à tout le moins laisser une place importante – aux ayants droit, à défaut de quoi les métadonnées risquent d’être partiellement erronées, de sorte que les autorisations fournies ne seront pas licites et que la rémunération ne pourra pas se répercuter. L’autorisation des ayants droit doit donc intervenir en amont, et pas une fois que la base est constituée. Il y a là un enjeu essentiel de traçabilité.

Cet accès facilité peut s’opérer par une relation directe entre les parties ou en faisant appel à un intermédiaire.

Fourniture directe des données. La relation peut d’une part s’établir directement : rien ne justifie que cette première solution soit écartée au bénéfice exclusif d’intermédiaires. Les titulaires doivent, s’ils en ont la capacité – notamment d’un point de vue technique –, pouvoir proposer eux-mêmes leurs contenus organisés. Certains titulaires détiennent à cet égard les supports et pourraient donc les fournir.

Fourniture indirecte des données. La relation peut d’autre part s’instaurer indirectement, grâce au recours à des intermédiaires, notamment pour ceux des titulaires qui ne seraient pas en mesure de proposer eux-mêmes leurs contenus. L’utilité de l’intervention d’un fournisseur tiers serait double : du côté des titulaires de droits, le fournisseur technique de données pourrait pallier les difficultés techniques rencontrées dans la constitution de *sets* de données organisées et de qualité et dans la mise à disposition de ces derniers. Du côté des fournisseurs d’IA, cet intermédiaire permettrait de réduire les coûts²²⁵ comme la difficulté – voire l’impossibilité – intrinsèque à des négociations strictement individuelles²²⁶.

Physionomie du fournisseur technique de données. À cette fin, il serait possible de se tourner vers des institutions du patrimoine comme l’INA ou la BNF, comme le proposait déjà le rapport de la Commission de l’IA, remis au Président de la République en mars 2024²²⁷, ce qui implique d’expertiser aussi bien le contenu susceptible d’être mis à disposition que les modalités

²²⁴ Sur la question des métadonnées liées aux images fixes, v. le rapport du CSPLA, T. Azzi, *Métadonnées et images fixes*, 2021, accessible au lien suivant : <https://www.culture.gouv.fr/fr/content/download/293446/file/CSPLA%20-%20Rapport%20m%C3%A9tadonn%C3%A9es%20li%C3%A9es%20aux%20images%20fixes%20-%20juillet%202021.pdf?inLanguage=fr-FR&version=3>

²²⁵ Cet enjeu a également été identifié par le Bureau américain du *copyright*. V. USCO, *Identifying the Economic Implications of Artificial Intelligence for Copyright Policy Context and Direction for Economic Research*, févr. 2025, p. 46 : « *Policies should be crafted to fix the existing market failures, facilitating transactions and an efficient market outcome. This may entail, for example, clearly defining rights, establishing institutions to ease transactional frictions, or appropriately compensating for externalities* » (nous soulignons).

²²⁶ Sur le coût de la négociation purement individuelle, v. not. Direction générale du trésor, *La chaîne de valeur de l’intelligence artificielle : enjeux économiques et place de la France*, déc. 2024, *op. cit.*, p. 7 : « *D’un point de vue économique, l’utilité et la valeur d’un modèle d’IA reposent sur l’accès et la mobilisation de données nombreuses et de qualité. Dans ce cadre, négocier individuellement avec chaque propriétaire de données ou ayant droit peut constituer un coût important pour les producteurs d’IA, quand bien même le maintien d’une incitation à créer du contenu francophone de qualité est bénéfique à la fois pour les ayants droit et pour les producteurs d’IA* ».

²²⁷ V. rapport précité de la Commission interministérielle de l’IA, *IA : notre ambition pour la France*, p. 103.

d'autorisation, lesquelles ne devraient pas impliquer de réforme du dépôt légal²²⁸. Une solution consisterait par exemple à s'inspirer de ce qui est d'ores et déjà mis en place par les éditeurs et la BNF dans le cadre de l'exception en faveur des personnes en situation de handicap ; une autre voie serait de mettre en place une convention tripartite entre le ministère, les institutions du patrimoine et les titulaires de droits, afin de donner des fondations solides aux négociations qui s'ensuivraient. Cette convention servirait alors de cadre et serait suivie de conventions d'application.

Ces deux acteurs présentent l'avantage d'être habitués à une exploitation transparente des contenus et d'être rompus à l'exercice de la conclusion d'accords avec les sociétés de gestion collective. L'amplitude de leurs pouvoirs, qui pourraient intervenir sur mandat spécifique des titulaires ou de leurs représentants, devrait également être expertisée : ces acteurs doivent-ils être limités à un rôle de plateforme technique de mise à disposition des contenus, ou peuvent-ils à l'extrême endosser le rôle d'intermédiaire capable de négocier et de conclure des licences au nom et pour le compte des titulaires (toujours avec leur autorisation en amont) ? La première hypothèse semble pour l'heure la plus raisonnable.

Au-delà, des acteurs privés pourraient également endosser le rôle d'orchestrateur de la mise à disposition licite des données aux fournisseurs d'IA, ce qui permettrait de favoriser l'émergence d'un nouvel écosystème de fourniture de contenus culturels²²⁹. Des questions intrinsèques à la constitution du marché, notamment quant à la possibilité pour de nouveaux acteurs de faire surface sans que les plus grands acteurs ne puissent y faire obstacle, se poseront nécessairement, comme pour tout nouveau marché. À titre d'exemple, des acteurs comme Cairn seraient susceptibles d'intervenir comme intermédiaires. Cet acteur se définit comme une plateforme spécialisée dans la diffusion de publications académiques francophones, principalement en sciences humaines et sociales (SHS), mais aussi, plus récemment, en sciences, techniques et médecine (STM). Les contenus culturels que peut proposer cet intermédiaire sont donc spécifiques et, partant, potentiellement adaptés aux demandes intrinsèques au réglage fin des fournisseurs d'IA.

De manière plus large, certains courtiers en données (*data brokers*), déjà implantés sur le marché et qui ont donc une expertise assurée, pourraient avoir intérêt à élargir leur spectre pour intégrer les contenus culturels. Des initiatives existent déjà à l'échelle internationale, par exemple *Data Providers Alliance*²³⁰.

Le développement de *data spaces*. Enfin, le développement d'espaces de données à l'échelle européenne pourrait jouer un rôle stratégique dans l'émergence du marché en facilitant l'accès à un large contenu, y compris spécialisé, et de qualité. En ce sens, le projet TEMS, porté par 43 organisations des secteurs des technologies et des médias, vise à concevoir et à mettre en œuvre un espace commun de données pour le secteur des médias en Europe²³¹. Plus largement, ces solutions font apparaître l'intérêt des *data spaces*, qui pourraient assumer une fonction

²²⁸ Une réforme du dépôt légal pourrait d'ailleurs contrarier le droit européen – V. art. 6 de la dir. 2019/790, relatif à la conservation du patrimoine culturel.

²²⁹ Sur le sujet, v. not la conférence GF2I, *Data and business day*, accessible au lien suivant : <https://www.youtube.com/watch?v=BqUbwouTcks> (et not. à 1h21min sur le sujet des nouveaux écosystèmes).

²³⁰ <https://www.thedpa.ai/>

²³¹ La présentation du projet est accessible au lien suivant : <https://cst.fr/tems/>.

d'interface. La récente stratégie européenne sur les données mentionne à ce titre l'accès à ces espaces communs, grâce à des intermédiaires dits Data Labs²³².

Sur ce point, la qualité des données sera sans aucun doute essentielle. Celles-ci devront, comme déjà indiqués, être fiables et documentées (métadonnées). Par ailleurs, l'interopérabilité²³³ sera un gage d'efficacité de la circulation effective des données. Ces espaces devront encore impliquer les acteurs concernés dans leur gouvernance pour inspirer la confiance nécessaire à leur déploiement. Enfin, ces régulations techniques doivent recevoir le soutien public.

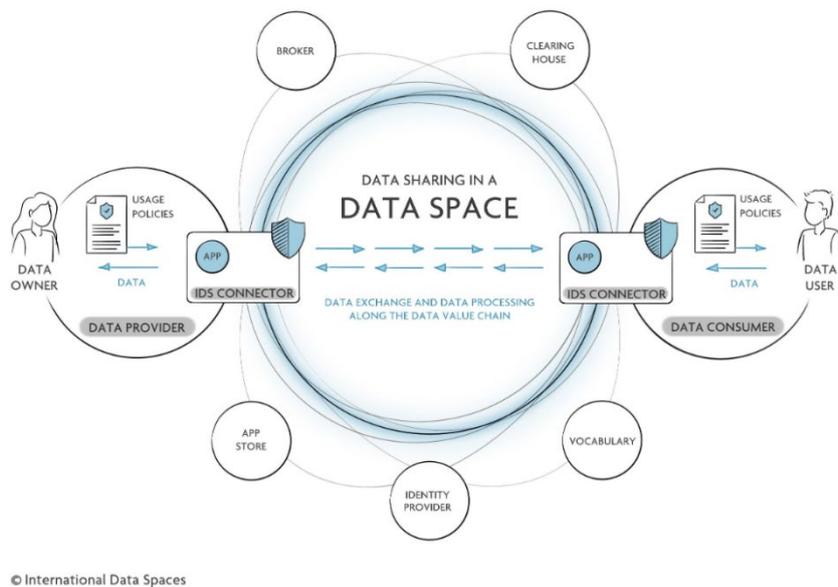


Schéma proposé par International data spaces²³⁴

La nécessité de soutenir l'accès aux données. Enfin, parce que l'accès aux données est essentiel au développement de l'IA, de nombreuses initiatives visant à la facilitation se font jour.

Ainsi en est-il notamment de CurrentAI, association dont la création a été annoncée lors du Sommet de l'IA en février dernier. À la fois fondation et incubateur, l'entité n'aspire pas à être un fournisseur technique de données, mais pourra le cas échéant apporter son aide dans la structuration du secteur, en agissant comme un facilitateur pour l'expérimentation et l'accompagnement de la rencontre entre l'offre et la demande.

²³² Communication de la Commission, « AI Continent Action Plan », COM(2025) 165 final, 9 avril 2025.

²³³ Sur ce sujet en général, v. le *Rapport de mission au CSPLA sur l'interopérabilité*, prés. F. Masmi-Dazi, déc. 2024.

²³⁴ Le schéma est accessible au lien suivant : <https://www.imec.be/nl/articles/wat-zijn-data-spaces>.

Par ailleurs, au niveau européen, a été officiellement lancé en mars 2025 le premier consortium pour une infrastructure numérique européenne (Edic, en anglais) censé faciliter l'accès aux données multilingues pour l'entraînement d'IA, dit ALT-Edic, pour Alliance pour les technologies des langues²³⁵. Coordonnée par la France, l'entité a son siège statutaire dans le site historique du Château de Villers-Cotterêts. Les conséquences concrètes pour les industries culturelles restent encore à identifier.

Intérêt de la diversité des interlocuteurs techniques. La diversité des interlocuteurs susceptibles d'endosser le rôle de fournisseur technique de données est le signe tout à la fois de la faisabilité pratique d'une mise en place de ce tiers de confiance et de la capacité de répondre aux différentes demandes des acteurs de l'IA (grands catalogues pour le pré-entraînement des modèles, catalogues spécialisés pour le réglage fin, *etc.*). Ces différents intervenants ne s'excluraient pas mutuellement mais auraient au contraire tous vocation à se positionner sur le marché, afin que des offres variées répondent aux demandes diverses des fournisseurs d'IA.

Complémentarité des interlocuteurs. Ces deux voies de mise à disposition des contenus – directe ou indirecte – peuvent au surplus se combiner : comme précédemment indiqué, la valeur des données évolue selon les phases de l'IA. Le rôle de l'intermédiaire est également susceptible de varier au fil des étapes : sa place pourrait être plus importante au stade du pré-entraînement (fourniture directe de *sets* de données massives et non spécialisées sur mandat des titulaires) qu'au stade du réglage fin, où il se muerait plutôt en accompagnateur des titulaires qui pourraient contracter directement. En effet, plus la donnée a de la valeur, plus le titulaire peut avoir la volonté de contracter sans solliciter l'intermédiaire du fournisseur technique de données. Le rôle de ce dernier pourrait donc aller en se réduisant au fur et à mesure que la spécialisation du modèle est grande. Il convient de rappeler que lorsque le besoin de données est massif, les titulaires de droits peuvent se retrouver dans l'incapacité technique de répondre à la demande : seules les entités en capacité de fournir des autorisations plurielles (les organismes de gestion collective, mais aussi les titulaires de grands catalogues, *etc.*) seront capables de proposer une offre maîtrisée, avec des données de qualité et un accès sécurisé. De même, si les producteurs détiennent les *masters* des œuvres et peuvent donc négocier avec les fournisseurs d'IA, il n'en est pas de même pour les auteurs ou les artistes-interprètes pris isolément. À l'inverse, en phase de spécialisation, le besoin d'échanges ciblés (voire directs) est plus grand. La fourniture de petits *data sets* très spécialisés serait alors au cœur de la demande.

En d'autres termes, l'approche collective est essentielle dans les phases de pré-entraînement, mais l'approche individualisée demeure pertinente – voire centrale – pour le réglage fin. Là encore donc, tout est question de nuance et de mesure dans la gradation des solutions envisagées.

²³⁵ Décision d'exécution (UE) 2024/458 de la Commission du 1^{er} février 2024 portant création du consortium pour une infrastructure numérique européenne dénommé « Alliance pour les technologies du langage » (ALT-EDIC).

3. Le soutien éventuel d'une autorité dans la négociation ?

Place de l'autorité. Une dernière piste susceptible d'être envisagée pour implémenter le marché serait celle d'un éventuel soutien assumé par une autorité pour faciliter la négociation entre les fournisseurs d'IA et les titulaires de droits. La mission identifie, à cet égard, les potentialités d'une réflexion par analogie avec ce qui existe actuellement en matière de droit voisin des éditeurs de presse quant à la détermination de la rémunération équitable due en contrepartie de l'utilisation des contenus²³⁶. Ainsi par exemple, le législateur belge a consacré la compétence de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT), autorité administrative indépendante, pour intervenir comme une sorte de médiateur lorsque les parties ne parviennent pas à trouver un accord s'agissant du montant de la rémunération. De même, en Italie, l'AGCOM se voit confier une fonction équivalente. Cette autorité a approuvé, par une décision du 19 janvier 2023²³⁷, un règlement définissant des critères de référence pour déterminer le montant de la compensation équitable pour l'utilisation en ligne de publications de presse.

Analyse critique. Le bienfondé de ces nouveaux mécanismes a été contesté devant les juges nationaux, qui ont transmis deux questions préjudicielles actuellement pendantes devant la Cour de justice de l'Union européenne. Les conclusions de l'avocat général sont attendues pour le 12 juin 2025. La question se pose notamment du caractère contraignant des décisions de ces autorités quant à la rémunération équitable, mais les autorités italiennes ont confirmé au juge européen qu'il ne s'agissait que d'une portée consultative, dans un simple objectif de facilitation du dialogue et de la négociation entre les parties, sans lier ces dernières. C'est la raison pour laquelle la mission trouve plus à propos de parler ici d'un soutien assumé par une autorité dans le cadre des négociations, l'expression n'impliquant pas, contrairement à des notions comme l'arbitrage, de caractère contraignant s'agissant de l'avis qui serait formulé par l'autorité.

Ce cadrage administratif des négociations semble pour l'heure trop incertain pour constituer une voie possible selon la mission. Par ailleurs, le recours à une autorité n'est pas soutenue par les titulaires qui dénoncent des rémunérations inférieures dans ce cadre. D'une manière générale, la fixation de la rémunération de droits exclusifs ne relèvent pas de la compétence du juge et/ou d'une autre autorité. Un tel système peut être envisageable en présence d'une licence légale, mais pas lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un droit exclusif, y compris en cas de gestion collective obligatoire comme en matière de retransmission. Par ailleurs, un tel dispositif piloté par une autorité française serait, dans tous les cas, strictement limité à une exploitation en France. Or les licences négociées avec les fournisseurs d'IA seront par nature multi-territoriales comme c'est le cas avec toutes les plateformes numériques avec lesquelles les titulaires de droits contractent.

²³⁶ La France ne s'est pour l'heure pas dotée d'un mécanisme similaire, mais le sujet est à l'étude. V. la proposition de loi visant à renforcer l'effectivité des droits voisins des éditeurs et des agences de presse, n° 991, 18 févr. 2025.

²³⁷ Déc. AGCOM n° 3/23/CONS du 19 janv. 2023, Règlement relatif à l'identification des critères de référence pour déterminer la rémunération équitable pour l'utilisation en ligne des publications de presse tels que prévus à l'article 43-bis de la loi n° 633 du 22 avr. 1941, accessible au lien suivant : https://www.agcom.it/sites/default/files/migration/attachment/Allegato%2030-5-2023_0.pdf.

PARTIE 4. RECAPITULATIF DES PROPOSITIONS

Dualité des propositions. À l'issue du présent rapport, la mission, pour son volet juridique, peut formuler quelques recommandations en faveur de l'évolution du cadre juridique (1.), lesquelles sont adossées à des outils opérationnels de mise en œuvre (2.).

1. Les recommandations en faveur de l'évolution du cadre juridique

Soft law-hard law. Les recommandations permettant de rendre aux droits leur effectivité seraient doubles. D'une part, le droit mou, instrument de souplesse qui recueille l'adhésion des parties sans contrainte, pourrait constituer une première marche permettant la mise en place anticipée d'un cadre de confiance (1.1.). D'autre part, à défaut de transparence et en l'absence d'avancées sur le retour à l'effectivité des droits, le droit légiféré devrait prendre sa part et orienter le débat pour imposer l'émergence d'un marché respectueux de la chaîne de valeur (1.2.).

1.1. L'anticipation du droit mou

Place de l'éthique. La *soft law* ne doit pas être négligée en ce qu'elle est susceptible de précéder la norme et parfois de la dépasser. Des sessions de dialogues, arbitrées par les pouvoirs publics, peuvent permettre de rasséréner et de rapprocher les esprits, dans une perspective constructive. Elles pourraient idéalement donner naissance à un engagement non contraignant, sous forme de charte, dans laquelle les parties prenantes s'accorderaient sur les grands principes des négociations qui s'ensuivraient : une négociation de bonne foi, une exigence de transparence, mais encore des éléments indicatifs pour déterminer l'objet des contrats (les contenus, les types d'utilisation, les contreparties, *etc.*).

À cet égard, la concertation lancée le 23 avril 2025 entre les développeurs de modèles d'IA générative et les ayants droit culturels²³⁸, sous l'égide des ministres de la Culture et de l'IA, est une opportunité bienvenue d'initier l'échange.

La place de l'éthique dans l'environnement numérique est importante et la charte s'imposerait alors comme un tremplin vers des négociations permettant de liciter l'utilisation des contenus culturels.

1.2. Le relais du droit dur

Présentation. Si le marché ne se construit pas et que la concertation ne permet pas d'aboutir à des résultats suffisants, il appartiendra au législateur, seul garant de l'intérêt général, de fixer

²³⁸ Sur cette concertation, v. *supra*, Partie 1, pt. 2.1.1.

les orientations. Les recommandations concernent aussi bien le champ procédural (1.2.1.) que le champ substantiel (1.2.2.) de l'exercice des prérogatives des titulaires de droit.

1.2.1. Droit processuel

Sauvegarde du droit au recours comme fil rouge. La mission considère que le droit au recours des titulaires de droits doit être sanctuarisé, prioritairement par la transparence attendue des fournisseurs d'IA et, à défaut d'un degré de transparence suffisant, par des garanties connexes. L'enjeu est de sauvegarder la possibilité effective d'identifier l'utilisation de contenus culturels protégés sans que ne puisse être invoqué le secret des affaires comme une sorte de paravent préservant l'opacité.

La mission fait à cet égard quatre propositions de règles qui pourraient être envisagées, l'une dans la phase précontentieuse, les autres en phase contentieuse :

Dans la phase précontentieuse, voire en l'absence de tout contentieux, un **médiateur de l'IA** pourrait être instauré, à l'instar de ce qui existe s'agissant du médiateur de la musique, du livre ou du cinéma. Il aurait pour mission d'aboutir à une conciliation entre les parties, évitant ainsi un contentieux, long et coûteux.

Proposition de texte

« I. Le médiateur de l'IA est chargé d'une mission de conciliation pour tout litige relatif à l'utilisation d'un contenu protégé par un droit d'auteur ou un droit voisin par un fournisseur d'intelligence artificielle. Cette intervention est sans préjudice du droit des parties à saisir le juge.

Le médiateur de l'IA peut être saisi par tout titulaire de droit d'auteur ou de droits voisins, les organismes de gestion collective et les mandataires desdits titulaires, ainsi que par une organisation professionnelle ou syndicale démontrant un intérêt à agir, ou le ministre chargé de la culture.

Le médiateur de l'IA peut, dans et pour les besoins de l'exercice de sa mission, procéder à des auditions et solliciter auprès des parties toute information considérée comme nécessaire. Le secret des affaires ne peut lui être opposé. Les éléments, documents et informations confidentiels transmis dans ce cadre ne peuvent être rendus publics. Les parties sont tenues à la confidentialité.

Le médiateur de l'IA peut saisir l'Autorité de la concurrence si les faits qui lui sont révélés lui apparaissent constitutifs de pratiques anticoncurrentielles. Il peut également saisir cette autorité pour avis. Inversement, l'Autorité de la concurrence peut solliciter le médiateur pour toute question relevant de sa compétence et lui communiquer dans ce cadre toute saisine entrant dans le champ de sa mission.

Le médiateur dispose d'un délai de trois mois, à compter de la réception des observations des parties ou de l'expiration du délai imparti pour les produire, pour tenter de concilier les parties.

En cas d'accord des parties, un procès-verbal de conciliation est dressé, précisant les mesures à mettre en œuvre. Il est signé par les parties et fixe un délai pour son exécution.

À défaut d'un tel accord dans le temps imparti, un procès-verbal de non-conciliation est établi, soit qu'il y ait un refus d'entrer en médiation, soit qu'il y ait eu absence de réponses aux demandes de production d'informations. Il peut être produit en justice dans le cadre d'une procédure contentieuse. Le médiateur peut aussi émettre une recommandation quant aux mesures qui permettraient de mettre fin au litige.

Le médiateur peut rendre publique sa décision de conciliation ou de non-conciliation ou sa recommandation, sous réserve des informations couvertes par le secret des affaires.

II. Le médiateur de l'IA a pour mission de favoriser le dialogue entre les parties. À cet égard, il peut aussi formuler des propositions au ministre chargé de la culture. Il prend part et favorise l'adoption de codes des bonnes pratiques entre les titulaires de droits et les fournisseurs d'IA.

Le médiateur de l'IA adresse chaque année un rapport sur son activité au ministre chargé de la culture. Ce rapport est public. Une copie en est adressée aux présidents des commissions permanentes de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées de la culture.

III.-Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions d'application du présent article ».

En phase contentieuse, la mission propose d'une part de réfléchir à l'opportunité d'une **présomption d'utilisation** (et, partant, de reproduction) dans le cadre d'une action en contrefaçon, afin non seulement de restaurer les titulaires dans l'exercice de leurs prérogatives mais encore d'inciter les fournisseurs d'IA à conclure des licences. Cette présomption pourrait sans doute intégrer le droit positif interne mais encore, de manière plus ambitieuse, être envisagée par le législateur européen, par exemple *via* une révision de la directive de 2004. L'environnement technologique de l'IA invite en effet à anticiper un large effet territorial des règles – comme en témoigne le RIA – de sorte que la piste du droit de l'Union est sans doute la plus adaptée pour donner une pleine efficacité au mécanisme.

Proposition de texte

« L'objet protégé par un droit d'auteur ou par un droit voisin est présumé, sauf preuve contraire, avoir été utilisé pour aboutir à la génération d'un ou plusieurs contenus par le système d'IA, dès lors qu'il existe des indices sérieux en faveur de cette utilisation.

Peuvent notamment être considérés comme des indices permettant de présumer de l'utilisation :

- 1°. *Le passage de robots d'indexation sur des contenus protégés tels que visés à l'alinéa 1^{er} du présent article ;*
- 2°. *Le constat de la présence de contenus protégés relevant du même genre dans des bases de données publiques utilisées pour l'entraînement ou la spécialisation des modèles ;*
- 3°. *L'existence de ressemblances entre l'objet protégé et le contenu généré ;*
- 4°. *La mention d'un crédit, même erroné, à un titulaire de droits dans le contenu généré ;*
- 5°. *Les aveux réalisés dans une procédure tierce ou les déclarations publiques reconnaissant l'utilisation de contenus protégés ou d'ensembles de données comportant des contenus protégés ;*
- 6°. *La possibilité de générer des contenus « à la manière » d'un objet protégé ou d'un titulaire de droits ;*
- 7°. *Le refus opposé par le défendeur à la divulgation de preuves devant le médiateur de l'IA ».*

La mission propose d'autre part d'envisager une disposition permettant **l'action de groupe dans le cadre d'une action en contrefaçon intentée contre un fournisseur d'IA**. Cette disposition viendrait utilement réguler l'action intentée par les personnes susceptibles d'invoquer le bénéfice de la présomption.

Proposition de texte

« I. Lorsque plusieurs personnes physiques ou morales, placées dans une situation similaire, subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature à leur droit d'auteur ou à leur droit voisin par un fournisseur d'intelligence artificielle, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile compétente au vu des cas individuels présentés par le demandeur.

II. Cette action peut être exercée en vue de faire cesser le manquement mentionné au I, ou d'engager la responsabilité de la personne ayant causé le dommage afin d'obtenir la réparation des préjudices subis.

III. Peuvent exercer cette action :

1° Les organismes de gestion collective ;

2° Les organisations syndicales ou professionnelles représentant des titulaires de droits ;

3° Les associations de défense des droits ».

Enfin, une **disposition d'injonction de divulgation de preuves** pourrait être soutenue. Il s'agirait là d'une règle d'équilibre, qui participerait au mouvement facilitateur sur le terrain probatoire, tout en préservant le secret des affaires le cas échéant.

Proposition de texte

« Si le demandeur – titulaire de droit d'auteur ou de droits voisins, organisme de gestion collective ou mandataire desdits titulaires, organisation professionnelle ou syndicale démontrant un intérêt à agir – présente des faits ou éléments de preuve rendant plausible l'utilisation, par un fournisseur d'IA, de ses contenus protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin, sans autorisation, le juge est habilité à solliciter, dudit fournisseur, ou de toute personne susceptible de lui avoir procuré de tels contenus, la divulgation d'éléments de preuve pertinents au soutien de la demande.

Cette divulgation est limitée à ce qui est nécessaire et proportionné pour étayer une action. Si le secret des affaires est invoqué par le défendeur de façon motivée, le juge prend des mesures pour préserver la confidentialité de ces éléments.

Le juge tire les conséquences de l'absence de réponse du défendeur ».

1.2.2. Droit substantiel

Contours de la rémunération. La mission insiste sur la nécessité de préservation du monopole, indissociable de la rémunération qui découle de l'exercice de ce dernier. Dès lors, la consécration de la **gestion individuelle adossée, le cas échéant, à une gestion collective volontaire** apparaît comme la solution la plus pertinente, faisant du contrat la clé de voûte de la structuration de la relation entre les acteurs du marché.

À cet égard, la souplesse permise par l'outil contractuel (s'agissant des types d'utilisation autorisées, du montant de la rémunération, de la durée de l'autorisation, *etc.*) est un atout décisif dans un marché en germe. Le prix serait négocié en fonction d'une pluralité de critères (destination du SIA, phase, substitution, *etc.*) et pourrait couvrir les utilisations des contenus culturels protégés aux différentes phases.

La négociation individuelle, qui se traduirait par la conclusion de licences non exclusives, laisserait tout à la fois la possibilité aux titulaires de droits d'avoir plusieurs cocontractants et la faculté d'adapter le prix en fonction de chaque situation, en prenant en compte le cas échéant la taille économique du fournisseur d'IA.

2. Les outils de mise en œuvre

Recommandations simplificatrices. La mission formule également des recommandations simplificatrices visant à accompagner la relation naissante entre les fournisseurs d'IA et les titulaires de droits.

Deux champs sont ici explorés : l'obtention des **autorisations** et l'**accès aux données**. Les enjeux sont nombreux et le marché reste à construire : la mission entend l'impossibilité pratique à la conclusion de contrats contenu par contenu, ce qui serait tout à la fois extrêmement onéreux et fastidieux. Si les autorisations doivent pouvoir être fournies directement par le titulaire, un rapprochement des forces en présence pourrait s'avérer utile, par le **regroupement d'acteurs ou organismes culturels** ou par l'intervention d'un **fournisseur technique de données** mandaté par les ayants droit. Le rôle de ce fournisseur aurait d'ailleurs vocation à se prolonger s'agissant de l'accès aux données, lesquelles devraient être fournies en nombre et dans une **qualité** suffisante pour en permettre l'exploitation. Ici encore, le regroupement des forces pourrait être une opportunité, même si la fourniture directe reste toujours envisageable. Enfin, la création de **data sets de qualité** et annotés pourraient redonner aux titulaires un pouvoir de marché.

Ces mesures ne doivent pas être négligées. La simplification permettra en effet aux acteurs qui s'inscrivent dans une démarche vertueuse d'être soutenus dans cette voie.

Annexes

Synthèse des réponses au questionnaire diffusé en mai 2024

Préférences formulées par les répondants au questionnaire de mai 2024

NB : de nombreux répondants proposent plusieurs solutions sans trancher entre elles ; il n'est donc pas possible d'attribuer à chaque répondant un choix unique

Par ordre décroissant des solutions emportant le plus de suffrages :

- **63,4%** des répondants sont favorables à la **gestion collective volontaire**.
- **36,3%** des répondants sont favorables à la **gestion individuelle**. Cette solution n'est toutefois envisagée comme solution unique que par deux répondants. La majeure partie des sondés en ce sens semblent en réalité manifester un attrait pour la gestion individuelle davantage pour rappeler l'importance de préservation de l'exclusivité en droit d'auteur, mais sans pour autant s'opposer à d'autres solutions (surtout la gestion collective volontaire).
- **25%** des répondants sont favorables à la **licence collective étendue**.
- **20,4%** des répondants sont favorables à la **gestion collective obligatoire**.
- **9%** des répondants sont favorables à la **licence légale**.
- **Aucun répondant** n'est favorable à l'**exception compensée**, même si certains envisagent parfois un parallèle avec le mécanisme de la rémunération pour copie privée.

Liste des interlocuteurs de la mission juridique – personnes auditionnées, contributeurs ou répondants au questionnaire

Alexandra Bensamoun et Julie Groffe-Charrier remercient l'ensemble des interlocuteurs pour ces échanges riches et constructifs.

ADAGP
ADAMI
Aday
ADLC – Autorité de la concurrence
Adobe
Adullact
Afnum
AI disclosure project (Ilan Strauss, Tim O'Reilly)
AI Collaborative (Martin Tisné)
AIE (Associazione italiana editori)
ALT-Edic
APIG
Association des traducteurs littéraires de France
Association Les Voix
Axel Springer
Banijay France
Bauer media
Bergeaud, Antonin (HEC)
BNF
Bourreau, Marc (Telecom Paris)
Brison, Fabienne (Cabinet Hoyng Rokh Monegier)
Cafeyn
Cairn
CFC
CNC
Collectif En chair et en os
Combe, Julien (Ecole Polytechnique)
Condé Nast
Controv3rse
Ekhoscènes
EMMA-ENPA
Eurocinéma
Eviden
FEE/FEP (Fédération des éditeurs européens)
France digitale
France télévisions
French flair entertainment
GEMA

Geste
GF2I
Ginsburg, Jane (Columbia University)
IFPI
Imatag
INA
INRIA
International Publishers Association (IPA)
Lagardère news et info
L'Express
Les échos-Le Parisien
Ligue des auteurs professionnels
Linkup
Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Cabinet
Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Direction générale des entreprises
Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Service de l'économie numérique
Ministère de la culture, Cabinet
Ministère de la culture, Service des affaires juridiques et internationales
Miso.ai (Lucky Gunasekara)
Mistral
NAC
NRCO
Netflix
Panneau, Fabienne (Cabinet DLA Piper)
Perchet, Vianney (ENSAE)
PEReN
Prisma Media
Procirep
Radio France
Rolling Stone
Roux Steinkühler, Marie-Avril (Cabinet MARS-IP)
SACD
Sacem
SAIF
SCAM
SCFP
SEPM
SFA-CGT
SGDL
SIPA – Ouest France
SNAC
SNAM-CGT
SNE
SNEP
SNJ
Sofia
Sommet de l'IA, envoyés spéciaux (Anne Bouverot et Arno Amabile)

SPEDIDAM

SNE

SNEP

SPILL

TF1

Trustmycontent

Treppoz, Edouard (Université Paris 1)

UVA – United Voice Artists

Madame Alexandra BENSAMOUN
Madame Joëlle FARCHY
Professeures des universités

Paris, le 12 avril 2024

OBJET : Mission relative à la rémunération des contenus culturels utilisés par les systèmes d'intelligence artificielle

Mesdames,

Les technologies d'apprentissage automatique qui sont au cœur des systèmes d'intelligence artificielle (IA) reposent sur d'importantes masses de données culturelles.

S'agissant des données protégées par des droits de propriété littéraire et artistique, les titulaires de droits français, confrontés à l'utilisation croissante de leurs œuvres et prestations, décident de plus en plus souvent d'exercer leur droit d'opposition (« *opt out* »). S'il constitue une avancée notable en matière de protection du droit d'auteur dans un contexte en forte évolution, l'*opt out* est insuffisant, et s'il est mobilisé à grande échelle, peut conduire à affaiblir la fiabilité des résultats produits par les IA, ainsi que la présence de contenus français.

Le principe de transparence des sources, consacré par le projet de règlement européen établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (RIA), offre un premier fondement légal qui permettra aux titulaires de droits non seulement de vérifier la prise en compte de leur opposition à l'usage de leurs œuvres et prestations mais aussi, et surtout, d'en tirer les conséquences économiques en termes de rémunération.

Sur le plan économique, l'accès aux données culturelles représente en effet un enjeu essentiel pour assurer le respect des modèles économiques et des chaînes de valeur. L'aspiration de ces données étant de nature à bousculer les équilibres des secteurs concernés, leur valorisation devra impérativement être assurée dans un souci de soutenabilité des modèles d'affaires de l'ensemble des acteurs tout en respectant des enjeux de politique publique comme celui de la diversité culturelle.

Sur le plan juridique, les conditions paraissent désormais réunies pour qu'émerge un marché des données équilibré, veillant tout à la fois à une juste rémunération des ayants droit et à une sécurité

juridique pour les fournisseurs de modèles d'IA. La négociation d'une licence ou le paiement d'une rémunération au profit des ayants droit devront donc s'inscrire à la fois dans le cadre légal européen et dans la faisabilité économique des solutions proposées.

Dans ce contexte, la ministre de la Culture a souhaité que le CSPLA, d'une part, analyse les enjeux économiques sous-jacents à l'accès aux données protégées par des droits de propriété littéraire et artistique lorsque celles-ci sont utilisées par les IA et, d'autre part, examine les mécanismes juridiques envisageables pour chaque secteur visant à garantir aux ayants droit l'effectivité de leurs droits lors de l'utilisation des œuvres par les fournisseurs d'IA.

Je vous propose de conduire cette mission dans le prolongement de vos précédents travaux effectués dans le cadre du CSPLA (rapport sur les enjeux juridiques et économiques de l'intelligence artificielle dans les secteurs de la création culturelle, de janvier 2020, et rapport sur les exceptions de fouille de textes et de données – « *text and data mining* » – de décembre 2020), et en complémentarité avec ceux menés parallèlement sur l'obligation de transparence prévue par le projet de règlement européen.

Pour mener cette mission, vous serez assistées d'un rapporteur. Vous veillerez à consulter les services du ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique, et vous pourrez vous appuyer sur les services du ministère de la culture, et en particulier le secrétariat général (service des affaires juridiques et internationales). Vous procéderez aux auditions des membres du CSPLA ainsi que des entités et personnalités dont vous jugerez les contributions utiles.

Il serait souhaitable que l'état d'avancement de vos travaux puisse être présenté lors d'une séance plénière du CSPLA en 2024, et que votre rapport final soit présenté courant 2025, après avoir fait l'objet d'échanges avec les membres du CSPLA intéressés.

Je vous remercie d'avoir accepté cette mission et vous prie de croire, Mesdames, à l'expression de mes sentiments les meilleurs.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'O. JAPIOT'.

Olivier JAPIOT
Président du CSPLA