



# Contre la protection du droit d'auteur pour les productions de l'intelligence artificielle dans l'UE

Entretiens Jacques Cartier, Musée des Beaux-Arts de Lyon, 14 novembre 2018

Julien Cabay

Chargé de recherches F.R.S-FNRS

Professeur ULB

Chargé de cours ULiège

[jcabay@ulb.ac.be](mailto:jcabay@ulb.ac.be)



I AM AI



- Nombreux exemples de productions de l'IA
  - Œuvre d'art mais aussi « petites monnaies »
- Distinction créations assistées par ordinateur/créations générées par ordinateur
  - *Continuum* plutôt que dichotomie (McCutcheon, p. 929)
- Similitude (aspect qualitatif) => **protection par le droit d'auteur ?**
  - « As humans beings recede from direct participation in the creation of many works, continued insistence on human authorship as a prerequisite to copyright threatens the protection – and, ultimately, the production- of works that are **insistinguishable in merit and value** from protected works created by human beings » (Denicola, p. 269)
- Différence (aspect quantitatif) => **pas de protection par le droit d'auteur !**
  - « AI-generation of new creation based on a training set can be **unleashed** with little marginal costs, and can explore any kind of combinations and variations » (Sartor *e.a.*, p. 12)



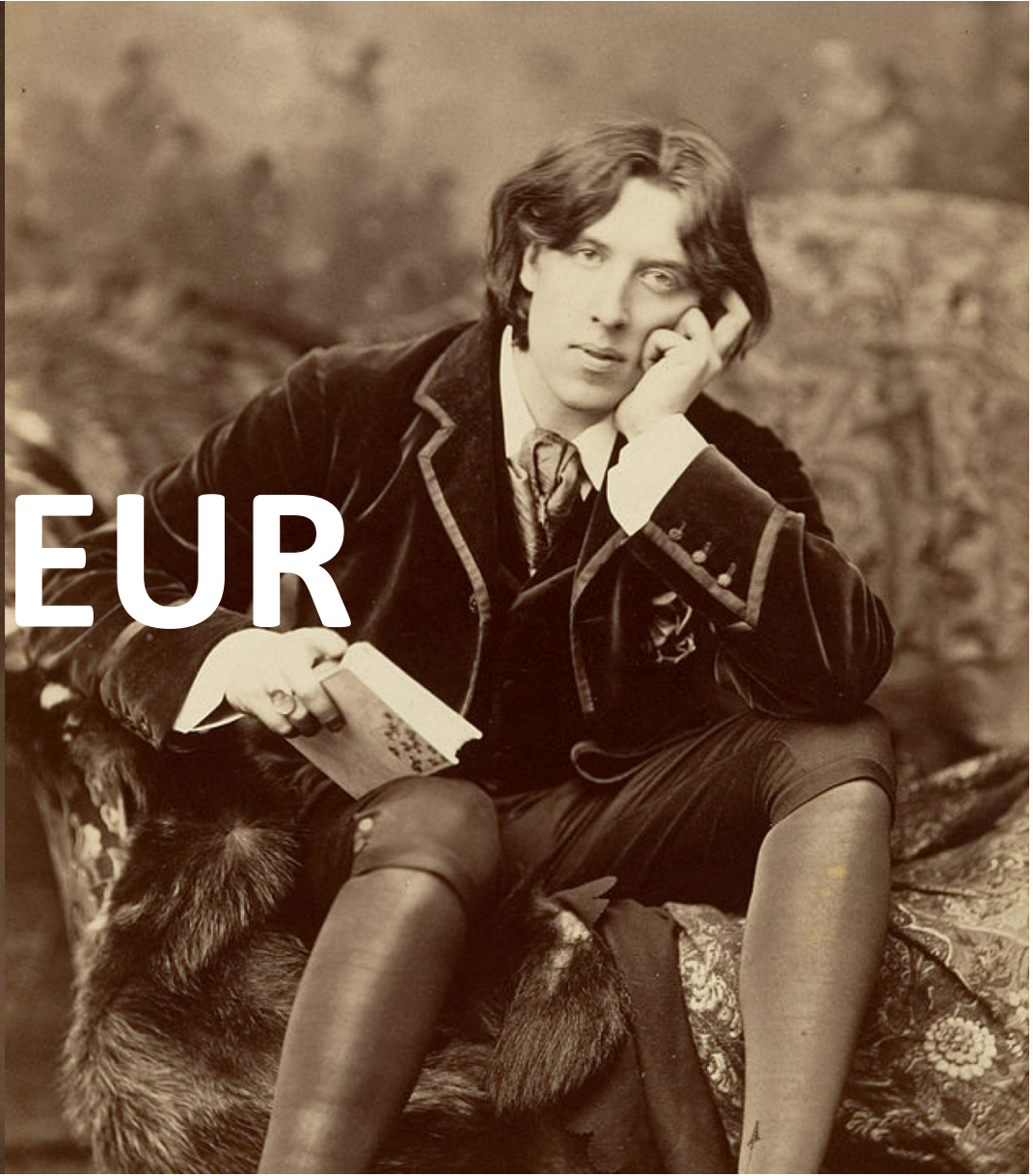
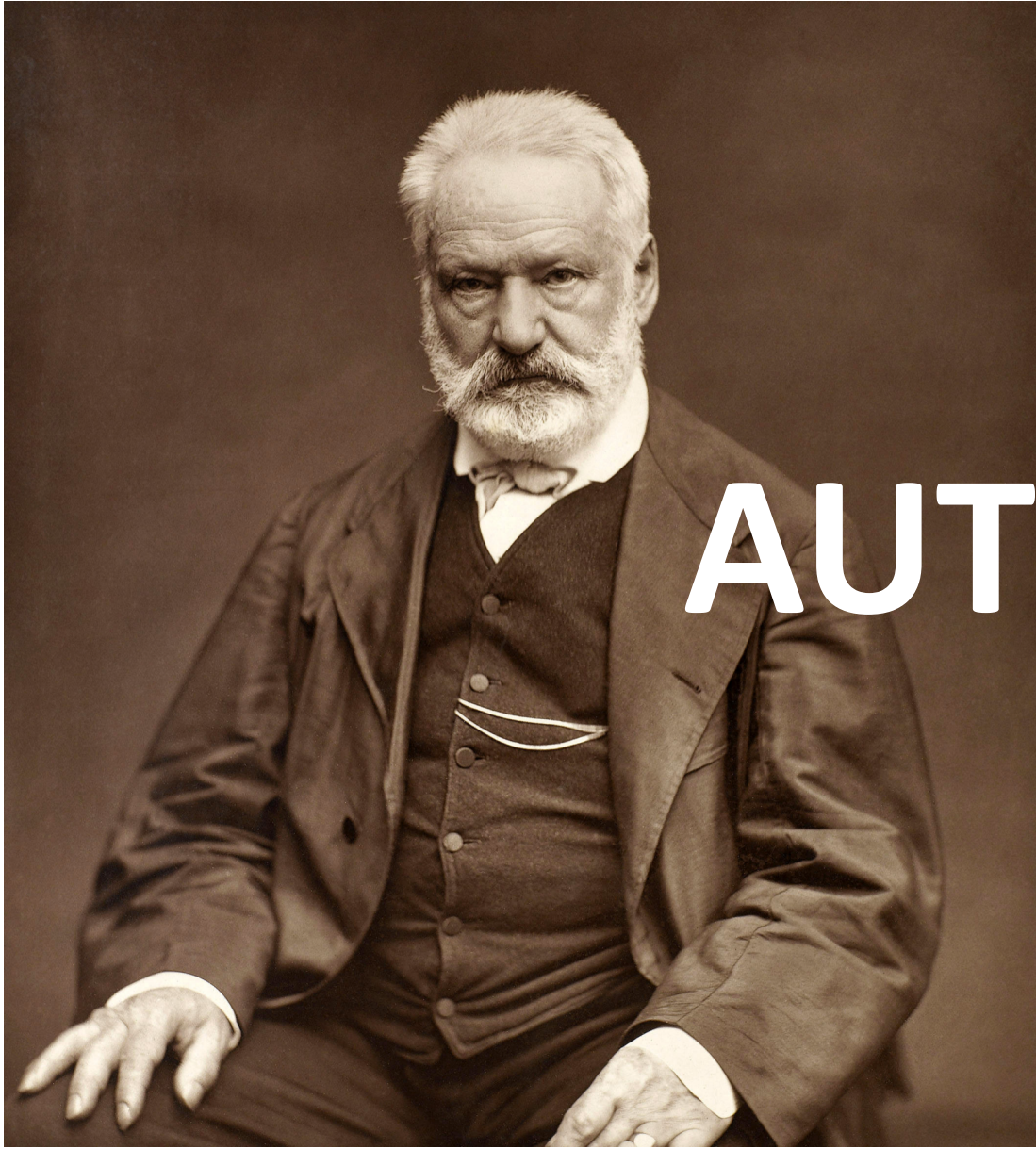
**ORIGINALITE**

- Unicité du critère de l'originalité
  - « Création intellectuelle propre à son auteur » (*Infopaq*, C-5/08, § 37)
    - Voy. toutefois question préjudicielle, *Cofemel*, C-683/17
  - Parlement UE, *Rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique* (2015/2103(INL))
    - Exposé des motifs : « (...) la définition de critères de 'création intellectuelle propre' applicables aux œuvres protégées par le droit d'auteur créées par des ordinateurs ou des robots est exigée »
    - Pas retenu dans la résolution, pas suivi par la Commission
- Critères CJUE
  - « Choix libres et créatifs », « touche personnelle » (*Painer*, C-145/10, §§ 87-94)
  - Pas d'originalité lorsque choix « dictés par des considérations techniques, des règles ou des contraintes qui ne laissent pas de place pour une liberté créative » (*Football Dataco*, C-604/10, § 39)
  - « lorsque l'expression desdites composantes est dictée par leur fonction technique, le critère de **l'originalité n'est pas rempli**, car **les différentes manières de mettre en œuvre une idée sont si limitées que l'idée et l'expression se confondent** » (CJUE, *BSA*, C-393/09, § 49)

- « Choix libre » selon *BSA = merger doctrine US*
  - « **When the ‘idea’ and its ‘expression’ are (...) inseparable, copying the ‘expression’ will not be barred**, since protecting the ‘expression’ in such circumstances would confer a monopoly of the ‘idea’ upon the copyright owner free of the conditions and limitations imposed by the patent law » (*Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian* (9th Cir. 1971))
- *Merger doctrine US*, exclusion de la protection lorsque :
  - Une seule manière d’exprimer une idée
    - Cf. *Herbert Rosenthal Jewelry Corp. v. Kalpakian (supra)*
  - Un nombre limité d’exprimer une idée
    - « When the uncopyrightable subject matter is very narrow, so that ‘the topic necessarily requires’, **if not only one form of expression, at best only a limited number**, to permit copyrighting would mean that a party or parties, by copyrighting a mere handful of forms, **could exhaust all possibilities of future use of the substance**. In such circumstances it does not seem accurate to say that any particular form of expression comes from the subject matter. However, it is necessary to say that the **subject matter would be appropriated by permitting the copyrighting of its expression**. We cannot recognize copyright as a game of chess in which the **public can be checkmated** » (*Morrissey v. Procter & Gamble Co.* (1st Cir. 1967))

- Comp. droit des marques et dessins et modèles UE, exclusion de la protection lorsque :
  - Une seule manière de concrétiser une fonction technique
    - Art. 7(1)(e)(ii) règlement 2017/1001 (marques)
    - Art. 8(1) règlement n° 6/20002 (dessins et modèles)
  - Un nombre limité de concrétiser une fonction technique
    - Rejet du critère de la multiplicité des formes
      - CJUE, 14 septembre 2010, *Lego Juris c. OHMI*, C-48/09 P, §§ 53-60 ; CJCE, 18 juin 2002, *Koninklijke Philips Electronics c. Remington Consumer Products*, C-299/99, §§ 81-83 (marques)
      - CJUE, 8 mars 2018, *DOCERAM*, C-395/16, § 30 (dessins et modèles)
        - « (...) **si la seule existence de dessins ou modèles alternatifs** permettant de réaliser la même fonction que celle du produit concerné était **suffisante pour écarter** l'application de l'article 8, paragraphe 1, du règlement n° 6/2002, **il ne pourrait être exclu qu'un opérateur économique fasse enregistrer**, en tant que dessin ou modèle communautaire, **plusieurs formes concevables** d'un produit incorporant des caractéristiques de l'apparence de celui-ci qui sont exclusivement imposées par sa fonction technique (...) » (CJUE, 8 mars 2018, *DOCERAM*, C-395/16, § 30)
- *Ratio legis* : éviter que toutes les formes permettant d'exprimer une idée/concrétiser une fonction technique soient protégées
- Or, « AI-generation of new creation based on a training set can be **unleashed** with little marginal costs, and **can explore any kind of combinations and variations** »
- **CCL** : la *ratio legis* du critère du « choix libre » n'est probablement pas rencontrée par la production de l'IA



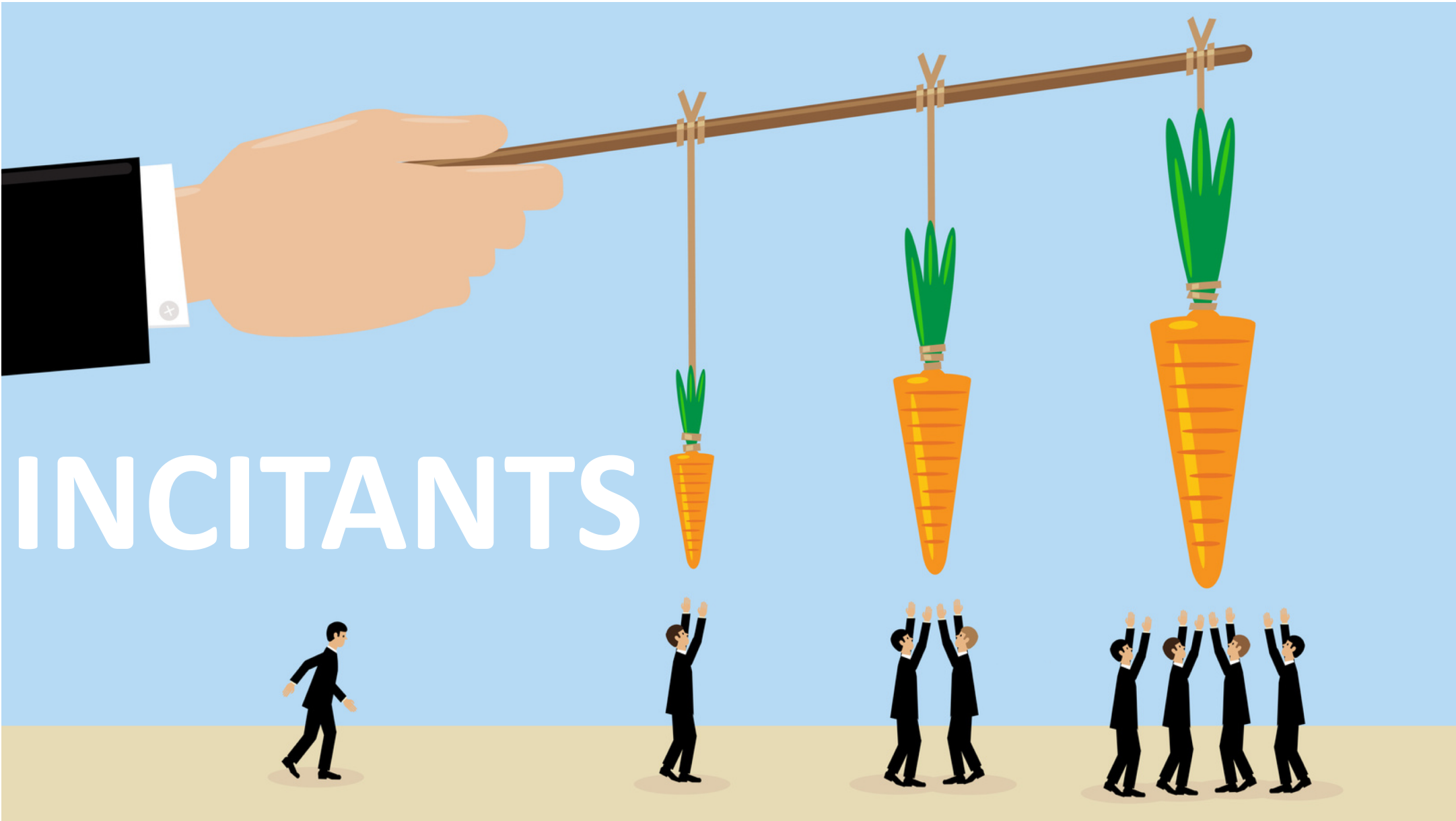


AUTEUR

- Auteur = être humain
  - « (...) an author is a human being who exercises subjective judgment in composing the work and who controls its execution » (Ginsburg 2003, p. 1066)
    - Ex. Belgique : « Le titulaire originaire du droit d'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre » (art. XI.170 CDE)
    - Ex. US : « To qualify as a work of 'authorship' a work must be created by a human being » (section 313.2 Compendium of US Copyright Office Practices) (avec référence à S.Ct., *Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony*, 111 U.S. 53 (1884))
- Machine = pas un auteur
  - Ex. UE : Résolution Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL))
    - « personnalité juridique spécifique aux robots »
    - Proposition non suivie par la Commission
  - Ex. US
    - « (...) the Office will not register works produced by a machine or mere mechanical process that operates randomly or automatically without any creative input or intervention from a human author » (section 313.2 Compendium of US Copyright Office Practices)



- Contours du droit d'auteur dessinés en fonction des capacités d'un être humain
  - Durée est fonction de la vie d'un être humain
    - *Contra* : inapplicable
  - Droits moraux intimement liés à la personne
    - *Contra* : inapplicable
  - Système de droits exclusifs d'exploitation destiné à couvrir les coûts (not. en temps) de la création
    - *Contra* : « AI-generation of new creation based on a training set can be **unleashed with little marginal costs**, and can explore any kind of combinations and variations »
- **CCL : les contours du droit d'auteur ne sont probablement pas adaptés à la production de l'IA**



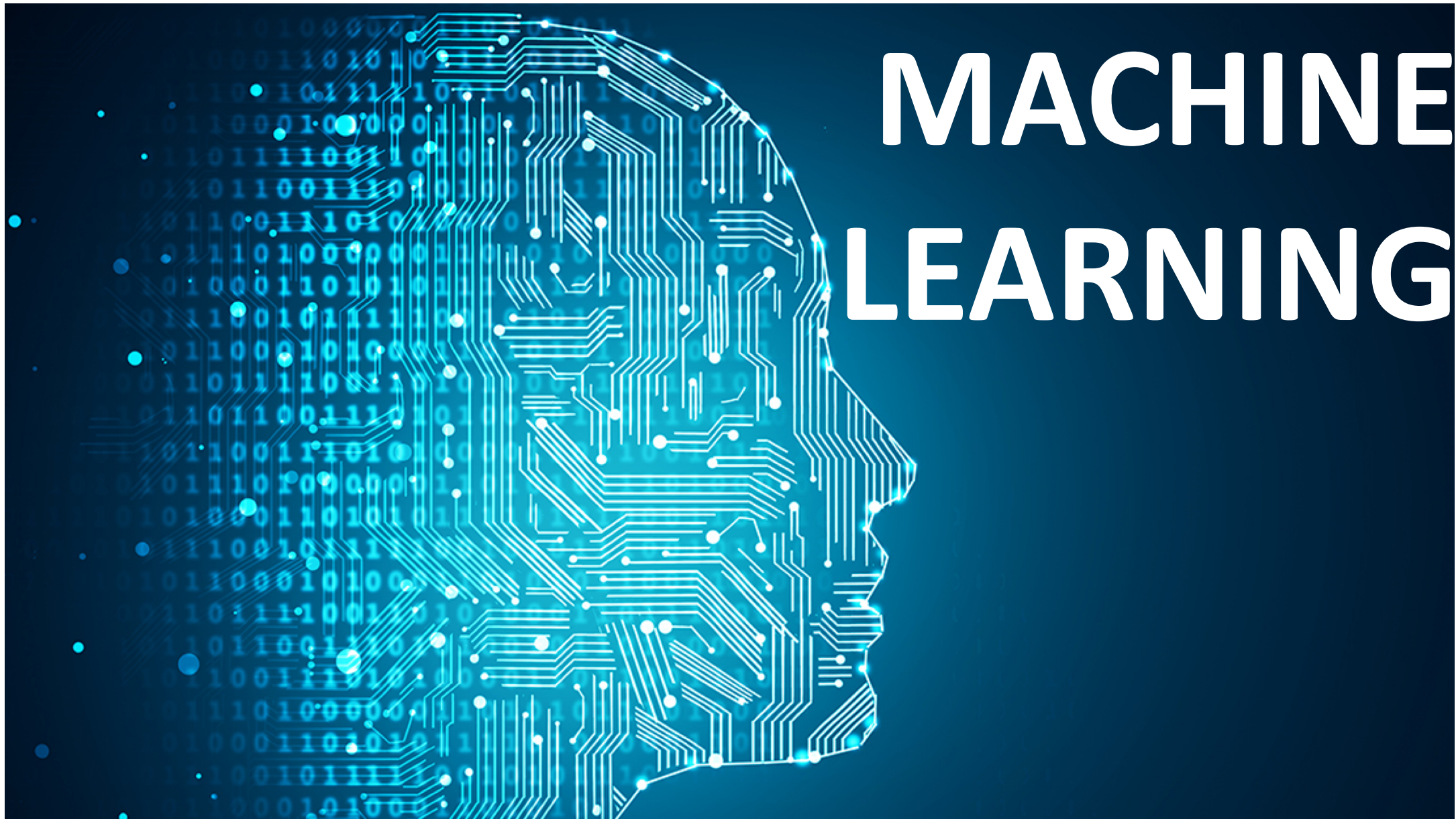
INCITANTS

- Justification utilitariste droit d'auteur UE
  - Considérant 2 directive 2001/29 : « Le **droit d'auteur** et les droits voisins jouent un rôle important dans ce contexte, car ils protègent et **stimulent** la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif »
- Double postulat
  - Besoin d'incitant pour investissement
    - *Contra* : Communication Commission UE, « L'intelligence artificielle pour l'Europe » (COM(2018) 237 final)
  - PI bon incitant pour investissement
    - *Contra* : Commission Staff Working Document, « Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases » (SWD(2018) 146 final)
- Doutes car nombreux droits intellectuels disponibles (Ginsburg 2018, p. 134)
  - « **The premise underlying incentive justifications** – that without a property right, desirable works will not be produced – **however requires substantiation**. One must inquire whether computer-generated outputs in fact need the impetus of exclusive rights, or instead if sufficient other incentives already exist, for example higher up the chain, through copyright or patent protection of the software programs, patent protection of the specialized machinery to produce works of fine and applied art, and copyright or (in the EU) sui generis protection of the database the software consults »
- Justifications utilitariste du droit d'auteur inapplicables à l'IA (Yanisky-Ravid, pp. 699-707 ; Ramalho, pp. 18-20)
  - Car « AI-generation of new **creation** based on a training set can be **unleashed** with little marginal costs, and can explore any kind of combinations and variations »
- **CCL : doutes sur le besoin d'un incitant et s'il devait être vérifié, d'autres voies que le droit d'auteur pourraient être envisagées**



- Suggestions d'un droit sui generis
  - Incitant investissement IA
    - // droits *sui generis* fabricant bases de données (Cruquenaire *e.a.*, p. 233)
    - // Section 9(3) CDPA (UK) (Guadamuz, p. 19)
      - « In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken »
      - 50 ans depuis la création (sect. 12(7)) ; pas de droit de paternité (sect. 79(2)(c)) ; pas de droit au respect de l'intégrité (sect. 81(2))
  - Incitant diffusion création IA
    - // article 4 Directive 2006/116/CE (durée) (Ramalho, p. 22)
      - « Toute personne qui, après l'extinction de la protection du droit d'auteur, publie licitement ou communique licitement au public pour la première fois une œuvre non publiée auparavant bénéficie d'une protection équivalente à celle des droits patrimoniaux de l'auteur. La durée de protection de ces droits est de vingt-cinq ans à compter du moment où, pour la première fois, l'œuvre a été publiée licitement ou communiquée licitement au public »

# MACHINE LEARNING



- « Artistic works become **inputs** for a data-mill » (Sartor *e.a.*, p. 3)
- Machine Learning = reproduction ?
  - Comp. CJUE, *Infopaq*, C-5/08, § 51
    - « (...) un acte effectué au cours d'un procédé d'acquisition de données, qui consiste à mettre en mémoire informatique un extrait d'une œuvre protégée composé de onze mots ainsi qu'à imprimer cet extrait, est susceptible de relever de la notion de reproduction partielle au sens de l'article 2 de la directive 2001/29, si – ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier – les éléments ainsi repris sont l'expression de la création intellectuelle propre à leur auteur »
- Machine learning = contrefaçon ?
  - US : 17 USC 107 (fair use) potentiellement applicable
    - « Uses involving robotic readers are fast-tracked for fair use » (Grimmelmann, p. 667)
  - UE : **art. 5(1) directive 2001/29 (reproduction transitoire) probablement inapplicable**
    - Spéc. CJUE, *Infopaq II*, C-302/10, §§ 47-54 (pas de signification économique indépendante)
- Or, productions de l'IA, potentiels entrants (inputs) !

- Objectif de promotion de l'innovation
  - Droit d'auteur
    - CJUE, *SAS Institute*, C-406/10, § 40
      - « (...) admettre que la fonctionnalité d'un programme d'ordinateur puisse être protégée par le droit d'auteur reviendrait à offrir la possibilité de monopoliser les idées, au détriment du **progrès technique** et du **développement industriel** (...) »
    - CJUE, *Football Association Premier League*, C-403/08 et C-429/08, § 164 (à propos de l'exception de reproduction transitoire)
      - « (...) cette exception doit donc rendre possible et **assurer le développement et le fonctionnement de nouvelles technologies**, ainsi que maintenir un juste équilibre entre les droits et les intérêts de titulaires
  - « Droit des données »
    - Communication Commission UE, « L'intelligence artificielle pour l'Europe » (COM(2018) 237 final)
      - « Il conviendra de **réfléchir aux interactions entre l'IA et les droits de propriété intellectuelle** (...) en vue de **favoriser l'innovation** et la sécurité juridique de manière équilibrée » (p. 17)
    - Communication Commission UE, « Créer une économie européenne fondée sur les données » (COM(2017) 9 final)
      - « (...) objectifs suivants: **Améliorer l'accès aux données anonymes produites par des machines**: le partage, la réutilisation et l'agrégation font des données produites par des machines une **source** de création de valeur, **d'innovation** et de diversité des modèles d'entreprise » (p. 13)
- **CCL : l'application du droit d'auteur aux productions de l'IA, en tant qu'ils peuvent constituer des entrants au machine learning, est contraire à l'objectif de promotion de l'innovation**



LIBERTE





- Prisme des droits fondamentaux
  - CJUE, 26 février 2013, *Fransson*, C-617/10, § 21
    - « (...) il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »
  - Cf. récemment conclusions av. gén. Spuznar, *Funke Medien*, C-469/17, § 40
- Charte des droits fondamentaux
  - Art. 17, § 2 (propriété intellectuelle)
  - Art. 11 (liberté d'expression et d'information)
  - Art. 16 (liberté d'entreprise)
  - Art. 52(1) (limitations)
- Respect du « juste équilibre »
  - CJUE, *Promusicae*, C-275/06
    - « conciliation nécessaire des exigences liées à la protection des différents droits fondamentaux » (§ 65)
    - « juste équilibre » (§ 66)
- Protection du « choix libre » conflictuel avec *ratio legis*, système de droits exclusifs dessiné en fonction des capacités d'un être humain, limitation du machine learning
  - = limitation de la liberté d'expression et d'information
  - = limitation de liberté d'entreprise
- **CCL : il n'est pas établi que la protection de la production de l'IA par le droit d'auteur soit compatible avec les exigences du « juste équilibre »**

# CONCLUSION



**KEEP CALM**

**AND LEAVE  
AI WORKS IN  
THE PUBLIC DOMAIN**

- Un travail de réflexion doit être mené pour trouver les équilibres appropriés
  - « (...) caution against a natural urge and intuition to assign copyright to computer-generated workd created by intelligent agents without having first made careful deliberation » (Shoyama, p. 138)
- Ce qui me paraît certain : la production de l'IA, considérée isolément, doit rester dans le domaine public
- Ce qui me paraît douteux : la combinaison de la production de l'IA et de l'être humain peut être protégée par le droit d'auteur
  - En principe, oui : « Ce n'est qu'à travers le choix, la disposition et la combinaison de ces [productions de l'IA] qu'il est permis à l'auteur [humain] d'exprimer son esprit créateur de manière originale et d'aboutir à un résultat constituant une création intellectuelle » (comp. CJUE, *Infopaq*, C-5/08, § 45)
  - Mais doutes (spéc. l'impact de l'importance quantitative de la production de l'IA sur la preuve de l'originalité ; opportunité d'un enregistrement)



# Sources citées

- A. Cruquenaire, A. Delforge, J.-B. Hubin, M. Knockaert, B. Muchaux, T. Tombal, « Droit d'auteur et œuvres générées par machine », in H. Jacquemin, A. de Streel (sous la coord. de), *L'Intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 189
- R. C. Denicola, « Ex Machina: Copyright Protection for Computer Generated Works », *69 Rutgers University Law Review* 251 (2016)
- A. Guadamuz, « Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works », 2017, disponible sur SSRN
- J. C. Ginsburg, « The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law », *52 DePaul Law Review* 1063 (2003)
- J. C. Ginsburg, « People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention », *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2018, p. 131
- J. Grimmelman, « Copyright for Literate Robots », *101 Iowa Law Review* 657 (2016)
- A. Ramalho, « Will Robots Rule the (Artistic) World?: A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems », *Journal of Internet Law*, 2017, p. 1
- J. McCutcheon, « The Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law », *36 Melbourne University Law Review* 915 (2013)
- G. Sartor, F. Lagioia, G. Contissa, « The use of copyrighted works by AI Systems: Art works in the data mill », 2018, disponible sur SSRN
- R. M. Shoyama, « Intelligent Agents: Authors, Makers, and Owners of Computer-Generated Works in Canadian Copyright Law », *Canadian Journal of Law and Technology*, 2005, p. 129
- S. Yanisky-Ravid, « Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era – The Human-like Authors Are Already Here – A New Model », *2017 Michigan State Law Review* 659 (2017)