

# «INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET DROIT D'AUTEUR AU PORTUGAL»<sup>1</sup>

## *Artificial Intelligence and copyright in Portugal*

**Alexandre L. Dias Pereira<sup>2</sup>**

### RÉSUMÉ

Ce rapport a été préparé pour la conférence internationale “Intelligence artificielle et droit” de l’Association “Henri Capitant”, qui se tiendra à Séoul, Corée du Sud, sur la base du questionnaire de Jean Luc Putz (Magistrat de la Cour de Luxembourg). Le texte présente un tableau général du droit d’auteur au Portugal, en indiquant comment les nouveaux défis posés par l’intelligence artificielle s’inscrivent dans ce tableau, tout en soulignant l’absence de législation ou de jurisprudence spécifique sur le sujet. Enfin, nous indiquons comment les œuvres générées par l’intelligence artificielle pourraient être protégées par les règles portugaises et européennes, sans enfreindre les principes fondamentaux de la loi actuelle sur le droit d’auteur.

**Mots-clés:** Intelligence Artificielle; Droit d’Auteur; Portugal; Données; Logiciel.

### ABSTRACT:

*This report has been prepared for the international conference “Artificial Intelligence and Law” of the Association “Henri Capitant”, to be held in Seoul, South Korea, based on the questionnaire of Jean Luc Putz (Magistrate of the Court of Luxembourg). The text presents a general picture of copyright in Portugal, indicating how the new challenges posed by artificial intelligence fit into this picture, while highlighting the lack of specific legislation or case law on the subject. Finally, we indicate how works generated by artificial intelligence could be protected by Portuguese and European rules, without violating the fundamental principles of the current copyright law.*

**Keywords:** Artificial Intelligence; Copyright; Portugal; Data; Software.

---

<sup>1</sup> Relatório elaborado, com a colaboração de PEDRO DE PERDIGÃO LANA (Advogado, Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra e Pesquisador do GEDAI), para as jornadas internacionais sobre «Inteligência Artificial e Direito» da Associação «HENRI CAPITANT», a realizar em Seul, Coreia do Sul, com base no questionário de Jean-Luc Putz (Magistrado do Tribunal do Luxemburgo).

<sup>2</sup> Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. E-mail: alexandreldiaspereira@gmail.com.

## SUMÁRIO

**0)** Partie introductive. **0.1.** Contexte législatif. **0.2.** Protection alternative. **0.3.** Législation et projets spécifiques. **1)** Les données d'entrée – exploration de données. **1.1.** Existence d'un acte de reproduction. **1.2.** Exceptions non spécifiques. **1.3.** Exceptions spécifiques. **1.4.** Équilibre et justification. **1.5.** Conception du corpus de départ. **1.6.** Étendue des données protégées. **1.7.** Gestion collective. **2)** Le système d'intelligence artificielle. **2.1.** Algorithme de départ. **2.2.** Connaissance accumulée. **2.3.** Algorithme développé (deep learning). **3)** Le produit de l'intelligence artificielle. **3.1.** Protection des créations de l'intelligence artificielle. **3.1.1.** Aspect moral. **3.1.2.** Aspect économique. **3.2.** Titulaire des droits. **3.3.** Opportunité d'une protection des produits d'intelligence artificielle. **3.3.1.** Protection par le droit d'auteur. **3.3.2.** Protection par un régime autonome. Bibliographie sur le droit d'auteur au Portugal

## 0 PARTIE INTRODUCTIVE

### 0.1 Contexte législatif.

1. La propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur et la propriété industrielle, est désignée à l'article 1303 du Code civil portugais comme un type spécial de propriété, qui protège le droit général de propriété réglementé par législation spéciale, qui se compose de deux instruments principaux: le code de la propriété industrielle et le code du droit d'auteur et des droits voisins (propriété littéraire et artistique). Les droits de propriété sont donc couverts par l'article 62/1 de la Constitution de la République portugaise, qui protège le droit général à la propriété<sup>3</sup>.

Plus directement, le droit d'auteur portugaise est expressément prévue dans la Constitution au deuxième paragraphe de l'article 42, qui

---

<sup>3</sup> Les droits moraux sont aussi compris dans le droit constitutionnel au développement de la personnalité, selon article 26, 1 de la CRP. Cf. Cour Constitutionnel, arrêt n. 577/11 du 29/11/2011, rapporteur José Borges Soeiro. Avant, cf. arrêt n. 491/2002 du 26/11/2002.

aborde la liberté de création culturelle. La source juridique principale de la propriété littéraire et artistique au Portugal c'est le code du droit d'auteur et des droits voisins (CDA), adoptée par le décret-loi n. 63/85, du 14 mars (mise à jour plusieurs fois). Au dehors du code du droit d'auteur, il-y-a d'autres législations spéciales concernant par ex. la protection juridique des logiciels (décret-loi n. 252/94, du 20 octobre) et des bases de données (décret-loi n. 122/2000, du 4 juillet), la transmission par satellite et la retransmission par câble (décret-loi n. 333/97, du 27 novembre), la compensation pour la copie privée (loi n. 62/98, du 1 septembre, mise à jour plusieurs fois), etc.

La législation portugaise reçoit au droit national des traités internationaux, comme la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, adoptée en 1886 (et mise à jour plusieurs fois), la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, ou l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC 1994). Autrement, depuis 1991, la propriété littéraire et artistique au Portugal a devenu fortement configurée par le droit d'auteur de l'Union Européenne, surtout par la transposition des directives d'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins, comme, par ex.: directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77 du 27.3.1996, p. 20); directive 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) (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1); directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (JO L 167 du 22.6.2001, p. 10); directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle (JO L 376 du 27.12.2006, p. 28); directive 2009/24/CE du Parlement européen

et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 111 du 5.5.2009, p. 16); directive 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines (JO L 299 du 27.10.2012, p. 5); directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et octroi de licences multiterritoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur (JO L 84 du 20.3.2014, p. 72), etc.

2. Portugal c'est un pays de droit civil et de droit d'auteur. Le droit d'auteur au Portugal protège des œuvres originales, c'est-à-dire les créations intellectuelles dans les domaines littéraires ou artistiques exprimées sous toute forme perceptible, quels que soient leur objet ou leurs mérites (article 1 (1) CDA). L'originalité est la base de la protection. Une œuvre est considérée comme originale si elle résulte de l'apport créatif de l'auteur et non simplement de l'appropriation de la création de la nature ou d'une autre personne. Le concept normatif des œuvres protégées est illustré par un catalogue ouvert d'exemples (art. 2 CDA), similaire à la convention de Berne. Les œuvres dérivées (par ex. traductions) et les compilations peuvent également être protégées en tant qu'œuvres originales (art. 3 CDA). La protection du droit d'auteur prend effet dès la création de l'œuvre et est indépendante de toute formalité, telle que l'enregistrement ou le dépôt (art. 12 CDA), à l'exception des titres des œuvres périodiques ou non publiées (art. 4 (3) CDA). La protection du droit d'auteur ne s'étend pas aux idées, procédures, méthodes opérationnelles ou concepts mathématiques en tant que tels (art. 1 (2) CDA), ni aux informations ou rapports de faits ou discours politiques (art. 7 (1) CDA).

3. Bien que le droit d'auteur soit configuré comme un droit unitaire comprenant à la fois des droits économiques et des droits moraux<sup>4</sup>, les

---

<sup>4</sup> Cf. arrêt n. 216/2015 du 08/04/2015, rapporteur MARTINS, Ana Guerra. Dans la doctrine, voir CANOTILHO, Joaquim José Gomes, "Liberdade e Exclusivo Na Constitui-

droits économiques peuvent être cédés, tandis que les droits moraux, à savoir le droit de paternité et le droit à l'intégrité, sont toujours attachés au créateur et ne peuvent être ni abandonnés ni cédés (arts. 9, 42 et 52 (2) CDA). Néanmoins, le droit à l'intégrité vise à protéger l'honneur et la réputation du créateur intellectuel en tant que tel (art. 56 (1) CDA), l'auteur peut convenir d'une identification de la paternité (art. 28 CDA) et il peut consentir à des modifications l'œuvre (art. 15 (2) et 59 CDA). D'autres droits moraux comprennent le droit de ne pas publier l'œuvre ainsi que le droit de retirer l'œuvre de la circulation (art. 62 CDA). Le droit de suite prévu pour certaines œuvres artistiques (art. 54 CDA) ne peut pas non plus être cédé ni supprimé.

4. Le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel de l'œuvre, c'est-à-dire l'auteur, qui est en principe la personne identifiée comme telle (art. 11 et 27 CDA)<sup>5</sup>. Cependant, dans le cas d'œuvres créées par des employés ou sous commande, les parties peuvent convenir de la transmission des droits patrimoniaux, ce qui est présumé si le nom du créateur n'est pas mentionné dans l'œuvre ou à l'endroit habituel à des fins d'identification de l'auteur (art. 14 (1) (3) CDA). En cas de transmission, le créateur intellectuel aura droit à une rémunération supplémentaire (art. 14 (4) - voir aussi art. 49 CDA). Concernant une œuvre créée par plusieurs personnes, le droit d'auteur appartient conjointement à ses créateurs, sauf s'il est considéré comme une œuvre collective, lorsque le droit d'auteur est attribué par la loi à la personne physique ou morale qui organise et dirige sa création et au nom de laquelle elle est publiée (arts 16 à 19 CDA). Certains types d'œuvres sont réputés être des œuvres en

---

ção." In *Idem*, **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**, 217–32. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>5</sup> Sur le principe du créateur dans le droit portugais, voir PEREIRA, Alexandre Dias, **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. p. 436-439, 2008a; MELLO, Alberto de Sá e, **Manual de Direito de Autor e Direitos Conexos**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2016. p. 47–48; MARQUES, João Paulo Remédio; SERENS, Manuel Nogueira, "Criações Publicitárias - a Atribuição Do Direito Patrimonial de Autor e a Utilização Das Criações Protegidas Por Parte Dos Anunciantes" In **Direito Da Sociedade de Informação**, v. VII, Coimbra: Coimbra Editora. 2008. p. 230-233.

collaboration, à savoir les œuvres cinématographiques, de sorte que la paternité est accordée à plusieurs personnes (art. 22 CDA).

5. La protection du droit d'auteur commence dès la création de l'œuvre, aucun dépôt ni enregistrement n'est requis, et dure en principe pendant la vie de l'auteur plus 70 ans *post mortem auctoris* (art. 31 CDA). Il-y-a des critères spéciaux pour certaines catégories d'œuvres, à savoir les œuvres communes et les œuvres orphelines (art. 32 à 34 CDA). Après la durée de la protection, le droit d'auteur expire et l'œuvre tombe dans le domaine public (art. 38 CDA). Toutefois, un «droit d'auteur» spécial est accordé pendant 25 ans à l'éditeur d'une œuvre non publiée pour laquelle la durée de protection a déjà expiré (art. 39 CDA).

6. Les droits patrimoniaux sont des droits exclusifs et disponibles: le titulaire du droit d'auteur a non seulement le droit exclusif d'autoriser l'utilisation de l'œuvre par des tiers, mais également le droit de transférer et d'utiliser à titre de garantie, en tout ou en partie, les droits patrimoniaux (art. 40 CDA). Les autorisations (licences) d'utiliser des œuvres protégées par le droit d'auteur doivent répondre à certaines exigences, à savoir qu'elles doivent être faites par écrit et préciser les utilisations autorisées et les conditions de temps, de lieu et de paiement de celles-ci. Malgré la réglementation du prototype normatif des contrats d'autorisation de droit d'auteur prévoyant que le contrat d'édition est nul et non avenu s'il n'est pas conclu par écrit (art. 87 CDA), il est cependant de jurisprudence stable que l'exigence de document écrit pour les autorisations de droits d'auteur n'a qu'une valeur de preuve (formalité *ad probationem*).

Des transferts partiels de droits d'auteur sont possibles pour des droits économiques spécifiques mais doivent être effectués par écrit et sont soumis à la reconnaissance notariale des signatures, sauf peine de nullité (art. 43 (1) (2) CDA). De plus, la transmission complète et définitive des droits patrimoniaux peut avoir lieu par contrat, à condition que l'œuvre et le prix soient indiqués et conclus par écriture public redigée par le notaire (formalité *ad substantiam*); sinon, elle est nulle (art. 44 CDA). La

jurisprudence portugaise n'étend pas cette exigence de forme aux œuvres réalisées sous contrat de commande, mais le cas de la transmission du droit d'auteur sur les œuvres futures n'est pas clair (art. 48 CDA)<sup>6</sup>.

7. Le droit d'auteur confère un droit exclusif et disponible d'exploitation économique de l'œuvre sous toute forme connue ou développée ultérieurement (art. 67 et 68 (1) CDA). Le droit exclusif comprend un ensemble de droits indépendants qui couvrent les utilisations les plus typiques telles que, conformément à l'article 68, paragraphe 2, du CDA, le droit de copier ou de reproduire d'une autre manière l'œuvre (a), le droit de distribuer des copies, y compris la vente, la location et le prêt public (b), le droit d'exécuter en public, notamment des œuvres musicales, dramatiques ou audiovisuelles (c), le droit de communiquer au public par câble et de diffuser, par radio, télévision ou autre moyen sans fil (d), le droit de mettre à disposition au public sur le réseau informatique (e), le droit de traduire et le droit de s'adapter (f).

La réglementation de ces droits patrimoniaux est complétée par une législation spéciale concernant des droits spécifiques tels que la location et le prêt public ainsi que la radiodiffusion par satellite et la retransmission par câble. La loi sur le droit d'auteur prévoit au chapitre III un règlement détaillé pour des utilisations spéciales, telles que l'édition, la représentation sur scène, la production d'œuvres audiovisuelles, la fixation et la publication de phonogrammes et de vidéos, la radiodiffusion, la communication au public et les traductions. Les droits patrimoniaux peuvent être exercés directement par les titulaires des droits d'auteur ou par le biais d'entités de gestion collective (art. 71 à 74 CDA). Cependant, dans certaines situations, comme le droit de retransmission par câble, la gestion collective du droit d'auteur est obligatoire (décret-loi n. 333/97, du 27 novembre).

---

<sup>6</sup> Pour les détails de cette discussion, cf. BESSA, Tiago, "Direito Contratual de Autor e licenças voluntárias de exploração da obra". **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 72, IV, 2012. p. 1185-1191.

8. Le droit exclusif répond à certaines limitations et exceptions. Tout d'abord, le droit de reproduction ne s'applique pas à l'activité de simple conduit, de mise en cache, d'hébergement, de navigation et de liaison exercée par des prestataires de services de la société de l'information agissant comme de simples intermédiaires (art. 75 (1) CDA). Ensuite, la copie privée et d'autres utilisations telles que les revues de presse, les citations, les illustrations pédagogiques sont des exemples d'utilisations libres énumérées à l'article 75 (2) CDA, c'est-à-dire qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application du droit exclusif, à condition toutefois que ces utilisations n'entrent pas en conflit avec une exploitation normale de l'œuvre et ne portent pas indûment préjudice aux intérêts légitimes du titulaire du droit (art. 75 (4) CDA). Ces utilisations libres sont considérées comme des droits obligatoires de l'utilisateur, car elles ne peuvent être dérogées par contrat (article 75 (5) CDA).

En outre, les titulaires de droits d'auteur ont droit à une compensation équitable pour certaines des utilisations libres (art. 76 CDA). En particulier, un système de compensation équitable est prévu pour les reproductions à usage privé (art. 82 CDA et loi n. 62/98, du 1 septembre, mise à jour plusieurs fois),).

9. Le titre III de la loi sur le droit d'auteur prévoit les droits dits voisins (*direitos conexos*). Les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes, les organismes de radiodiffusion et les organisateurs de spectacles bénéficient de droits voisins. Il s'agit de droits économiques similaires au droit d'auteur, mais la durée de protection est limitée à 50 ans après l'occurrence qui les a créés (art. 183 CDA). De plus, un droit moral limité est conféré aux artistes interprètes ou exécutants (art. 182 CDA).

En plus de ces droits connexes «typiques», d'autres droits connexes sont identifiés, tels que le droit de représentation conféré au promoteur de spectacles publics (art. 117 CDA). Le droit *sui generis* accordé au producteur d'une base de données pour protéger ses investissements substantiels dans la production de la base de données (chapitre III du décret-loi n. 122/2000, du 4 juillet) pourrait également être ajouté à cette



liste de droits connexes «atypiques» dans le sens où il n'est pas inclus dans le cadre d'un traité international<sup>7</sup>.

10. Les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins sont considérées comme des infractions non seulement de droit civil, mais aussi comme délits pénales: usurpation, contrefaçon, violation du droit moral et utilisation d'œuvres littéraires contrefaites (art. 195 à 202 CDA). La loi sur le droit d'auteur prévoit aussi des dispositions spéciales d'exécution concernant notamment la collecte et la conservation des preuves et des mesures provisoires (art. 209 à 211-B CDA). Il en va de même pour la protection des mesures techniques de protection et l'intégrité des informations de gestion du droit d'auteur (titre VI, art. 217 à 228 CDA). Par exemple, le fait de contourner (ou de faciliter le contournement) les mesures de protection technologiques utilisées par les titulaires de droits d'auteur et de droits voisins constitue une infraction pénale, y compris le droit sui generis du producteur de la base de données (art. 217 à 219 CDA). Cependant, la protection des mesures techniques est limitée par certains des limitations et exceptions autant que des droits obligatoires de l'utilisateur (art. 221 CDA).

## 0.2 Protection alternative

1. Les systèmes d'intelligence artificielle exigent d'autres droits de propriété intellectuelle en plus du droit d'auteur, comme c'est le cas pour les brevets d'inventions liées aux programmes informatiques dans le secteur de la robotique.

Les brevets sont réglés par le nouveau Code de la propriété intellectuelle, approuvé par le décret-loi n. 110/2018, du 10 décembre (version mise à jour). Les inventions nouvelles, qui impliquent une activité

<sup>7</sup> Certains commentateurs classent les droits voisins de manière extensive et énumèrent un éventail plus large de titulaires, y compris, par exemple, certains types d'éditeurs. Cf. SILVA, Nuno Sousa e, "Direitos Conexos (ao Direito de Autor)", **Revista Da Ordem Dos Advogados**, Ano 76, p. 355–445, 2016.

inventive et sont susceptibles d'application industrielle, sont protégées par le droit des brevets (art. 50). Les brevets concernent des inventions techniques, c'est-à-dire des œuvres de l'esprit sur des problèmes techniques et qui ne sont pas seulement des formules mathématiques ou logiques. Les inventions techniques doivent être nouvelles, au vu de l'état de la technique, et résulter d'une activité inventive, en ce sens qu'elles ne résultent pas manifestement de l'état de la technique. L'invention doit quand-même être susceptible d'application industrielle, c'est-à-dire qu'elle peut être utilisée dans l'industrie ou l'agriculture.

L'objet du brevet ne couvre pas toutes les œuvres de l'esprit. En vertu de l'article 52/1 CPI, ne peuvent pas faire l'objet du droit des brevets les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques, (a), les matières ou substances déjà existantes dans la nature et les matières nucléaires (b), les créations esthétiques (c), les projets, principes et méthodes d'exercice d'activités intellectuelles dans le domaine des jeux d'argent ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que des programmes informatiques, en tant que tels, sans aucune contribution (d), et les présentations d'informations (e). Cependant, la norme de la Convention de Munich sur le brevet européen qui sous-tend ledit régime interne n'a pas empêché l'Office européen des brevets de délivrer des brevets pour des inventions liées à des programmes informatiques, en particulier dans le secteur des dispositifs médicaux.

2. Outre les droits d'auteur et les brevets, il convient également de mentionner la protection éventuelle du logiciel comme cœur de l'intelligence artificielle<sup>8</sup>, en tant que secrets commerciaux ou savoir-faire. Les secrets commerciaux sont protégés dans Code de la propriété industrielle, qui transpose la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relative à la protection du savoir-faire et des informations commerciales confidentielles (secrets d'affaires) contre leur acquisition, leur utilisation et divulgation illégale. Les informations com-

---

<sup>8</sup> COMISSÃO EUROPEIA, "Livro Branco Sobre a Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia Virada Para a Excelência e a Confiança." COM(2020) 65 Final. 2020. p. 16.

merciales confidentielles sont considérées comme (1) des informations secrètes (en ce sens que, dans leur ensemble ou dans la configuration et la connexion exactes de leurs éléments constitutifs, elles ne sont généralement pas connues des personnes dans les cercles qui traitent normalement du type d'informations en question,); (2) ayant une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; (3) et qui ont fait l'objet d'une diligence raisonnable, compte tenu des circonstances, à garder secret par la personne qui exerce légalement leur contrôle (art. 313).

Le secret commercial est protégé contre l'accès, appropriation ou copie non autorisée de documents, objets, matériaux, substances ou fichiers électroniques, qui sont légalement sous le contrôle du détenteur du secret commercial et qui contiennent ce secret ou dont il est déductible, et contre toute autre conduite qui, dans les circonstances spécifiques dans lesquelles elle se produit, est considérée comme contraire aux pratiques commerciales honnêtes (art. 314/1). Plusieurs autres actes sont interdits, notamment d'utiliser ou de divulguer un secret commercial obtenu illégalement ou en violation d'un accord de confidentialité ou toute autre obligation de ne pas divulguer le secret commercial, ou une obligation contractuelle ou toute autre obligation de limiter l'utilisation des secrets d'affaires (art. 314/2).

Enfin, la protection des topographies de produits semi-conducteurs peut être mentionnée, ce qui au Portugal suppose un caractère *sui generis* entre le droit d'auteur et la propriété industrielle<sup>9</sup>, bien qu'il semble y avoir une plus grande approximation de cette dernière, étant prévue aux articles 153 et suivants du Code de la Propriété Industrielle.

3. Les droits de la personnalité constituent un autre domaine d'application pertinent de l'intelligence artificielle, notamment dans le domaine des données personnelles. La personnalité juridique s'acquiert au moment de la naissance et de la vie, et cesse avec la mort (art. 66 et 68 du code civil). La personnalité juridique implique immédiatement un droit général de la personnalité (art. 70) qui se déploie dans des droits spéciaux de la person-

<sup>9</sup> PEREIRA, Alexandre Dias. "Circuitos integrados: protecção jurídica das topografias de produtos semicondutores". In **Direito Industrial**, vol. II, p. 309-340, 2002.

nalité, y compris le droit au nom, le droit à l'image, le droit à la création culturelle ou le droit de réserver l'intimité de la vie toilette. Par ailleurs, une partie minoritaire de la doctrine affirme que le droit d'auteur est essentiellement un droit de la personnalité, en raison de ses aspects moraux<sup>10</sup>.

Outre la protection de ces personnalités prévue par le droit civil et le droit pénal, la protection des données des personnes physiques a été développée dans une législation autonome, qui correspond actuellement au Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 sur la protection des 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), et à la loi n. 52/2019, du 8 août, applicable à la mise en œuvre, dans l'ordre juridique interne, du règlement (EU) 2016/679.

### 0.3 Législation et projets spécifiques

Il n'existe pas de lois ou de règles spécifiques sur l'intelligence artificielle et le droit d'auteur au Portugal, et il n'y a pas non plus de décisions de justice spécifiques sur cette question. Toutefois, la note de bas n. 18 de l'arrêt de la Cour Suprême de Justice du 07/05/2012, affaire n° 855/07.8TVPRT.P1.S1, indique que «dans la mesure où les techniques de l'intelligence artificielle permettront la création de l'œuvre exclusivement par machine, nous ne traiterons naturellement pas d'œuvres protégées par le droit d'auteur, car il n'y a pas d'auteur. «Dans la mesure où les techniques de l'intelligence artificielle permettront la création de l'œuvre exclusivement par machine, nous ne traiterons naturellement pas d'œuvres protégées par le droit d'auteur, car il n'y a pas d'auteur. Dans tous les cas, cependant, lorsque c'est une personne qui est à l'origine de l'œuvre, elle peut être protégée par le droit d'auteur». La doctrine adopte presque unanimement des variantes de cette position<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Notamment, CARVALHO, Orlando de, "Direito de Personalidade de Autor." In **Num Novo Mundo Do Direito de Autor? II Congresso Ibero-Americano de Direito de Autor e Direitos Conexos**, Tomo II. Lisboa: Edições Cosmos, 1994.

<sup>11</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 76-77; VIEIRA, José Alberto, "Obras Geradas Por

Comme le Portugal fait partie de l'Union européenne, il est encore nécessaire de suivre les débats au niveau européen. Dans la résolution du Parlement européen sur les dispositions de droit civil relatives à la robotique (2015/2103(INL)<sup>12</sup>), il est recommandé à la Commission d'établir «des critères pour une «création intellectuelle propre» en relation avec les œuvres protégées par le droit d'auteur produites par des ordinateurs ou des robots». Le 20 octobre 2020, le Parlement européen a publié une nouvelle résolution (2020/2015(INI)<sup>13</sup>), qui n'indique pas encore de voie plus concrète à suivre, mais qui réitère la primauté du «niveau élevé de protection» du système européen de propriété intellectuelle et l'importance d'équilibrer les intérêts en jeu. Elle a également réaffirmé la possibilité que de telles œuvres ne soient pas protégées en raison du principe d'originalité et de son lien avec la personnalité de l'auteur en tant que personne naturelle.

## 1 LES DONNÉES D'ENTRÉE – EXPLORATION DE DONNÉES

### 1.1 Existence d'un acte de reproduction

Le droit exclusif couvre la reproduction directe ou indirecte, temporaire ou permanente, par tout moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie (art. 68/1-i) CDA). Toutefois, les actes de reproduction temporaire transitoires, épisodiques ou accessoires sont exclus du droit de reproduction s'ils font partie intégrante et essentielle d'un processus

---

Computador e Direito de Autor.” In **Direito Da Sociedade de Informação**, vol. II, 2001. p. 128–37; MELLO, Alberto de Sá e, *Op. Cit.* 2016. p. 50-61; PEREIRA, Alexandre Dias, “A Proteção Jurídica de Software Executados Por Robots (e Obras Geradas Por I.A.)” In *Idem*, **Direito Da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias**, vol. I, 25–37. Coimbra: Gestlegal, 2019; RENDAS, Tito; SILVA, Nuno Sousa e, **Direito de Autor Nos Tribunais**. 2. Ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019. p. 98; LANA, Pedro de Perdigão, “A Questão Da Autoria Em Obras Produzidas Por Inteligência Artificial.” *Estudos Doutoramento e Mestrado*. Coimbra: Instituto Jurídico da FDUC, 2019; VICENTE, Dario Moura. “Economia Criativa e Equilíbrio de Interesses no Direito Autoral.” In **Direito Autoral & Economia Criativa**, Curitiba: GEDAI, 2012; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, **Direito de Autor**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 61;

<sup>12</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_FR.html)

<sup>13</sup> [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0277_FR.html)

technologique et dont le seul but est de permettre la transmission sur un réseau entre des tiers, par un intermédiaire, ou une utilisation légitime d'une œuvre protégée et n'ont pas, en elles-mêmes, une importance économique, y compris, dans la mesure où elles remplissent les conditions fixées, les actes permettant la navigation sur les réseaux et le stockage temporaire, ainsi que ceux qui permettent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, à condition que l'intermédiaire ne modifie pas le contenu de la transmission et n'interfère pas avec l'utilisation légitime de la technologie selon les bons usages reconnus par le marché, pour obtenir des données sur le l'utilisation de l'information et, en général, les processus de transmission purement technologiques (art. 75/1 CDA).

Selon la directive 2001/29, cette exclusion couvre des actes tels que la navigation (*vide* le considérant 33, *in fine*). La directive 2001/29 inclut la reproduction temporaire dans le droit de reproduction (art. 5/1). La Cour de justice, dans l'ordonnance du 17 janvier 2012 (proc. n. C-302/10 - *Info-paq II*), a considéré exclus les actes de reproduction temporaire effectués au cours d'un processus appelé «saisie de données» qui font partie intégrante et essentielle d'un processus technologique, malgré le fait qu'ils introduisent et terminent le processus et impliquent une intervention humaine, qui ne permettent qu'une utilisation légitime de l'œuvre et qui n'ont pas de signification économique en eux-mêmes, car ils ne permettent pas de réaliser un profit supplémentaire, qui va au-delà de celui obtenu de l'utilisation légitime de l'œuvre protégée, et n'entraîne pas une altération de l'œuvre.

Il en va de même, *mutatis mutandis*, pour le droit d'extraction du producteur de la base de données. Le décret-loi n. 122/2000 transpose la directive 96/9/CE relative à la protection juridique des bases de données. Le droit *sui generis* du producteur de la base de données c'est le droit d'autoriser ou d'interdire l'extraction et / ou la réutilisation de tout ou partie substantielle, appréciée qualitativement ou quantitativement, du contenu d'un base de données, lorsque son obtention, sa vérification ou sa présentation représente un investissement substantiel d'un point de vue qualitatif ou quantitatif (art. 12/1)<sup>14</sup>. L'extraction c'est le transfert, per-

<sup>14</sup> La Cour de Justice des Communautés Européennes (qui a précédé la CJUE) fournit certains paramètres pour expliquer ce qu'est un «investissement substantiel» dans

manent ou temporaire, de tout ou partie substantielle du contenu d'une base de données à un autre support, que ce soit par des moyens ou sous quelque forme que ce soit (art. 12/2-a).

Cependant, la reproduction temporaire effectuée par l'IA peut faire une valeur économique supplémentaire et, dans cette mesure, est couverte par le droit de reproduction. Il s'agit de la «fouille de textes et de données» (prospection), définie par la directive 2019/790 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.»

Le préambule de la directive 2019/790 précise que la recherche de textes ou de données implique des actes de reproduction de matériel protégé par le droit d'auteur ou l'extraction de contenu à partir de bases de données protégées par la loi spéciale du fabricant (rec. 9). Il précise en outre que dans les cas où les chercheurs ont un accès légal au contenu, par exemple par le biais d'abonnements à des publications ou de licences en libre accès, les conditions des licences peuvent exclure la prospection de textes et de données (rec. 10). Compte tenu de l'importance de l'exploration de données pour la recherche scientifique, la directive n'inclut pas le droit de reproduction et le droit d'extraire le contenu des bases de données, ainsi que le droit de reproduction en général du droit d'auteur et des droits voisins, reproductions et extractions effectuées par des organismes de recherche et des institutions responsables du patrimoine culturel pour la prospection de textes et de données sur des œuvres ou autres matériels protégés auxquels ils ont légalement accès à des fins de recherche scientifique (art. 3/1).

L'exception n'est établie qu'en faveur des organismes de recherche et des institutions responsables du patrimoine culturel. Parmi les premiers figurent les universités, y compris leurs bibliothèques, instituts de recherche ou toute autre entité dont l'objectif principal est de mener des recherches scientifiques ou d'exercer des activités éducatives impliquant

---

les arrêts *Fixtures* (C-46/02, C-203/02, C-338/02 et C-444/02). Dans la doctrine, voir SILVA, Nuno Sousa e, *Op. Cit.* 2016. p. 393-395.

également la réalisation de recherches scientifiques à but non lucratif ou de réinvestir tous les bénéfices de la recherche scientifique, ou dans le cadre d'une mission d'intérêt public reconnue par un État membre, de sorte que l'accès aux résultats de cette recherche scientifique ne puisse, à des conditions préférentielles, bénéficier à une entreprise qui exerce une influence déterminante sur cet organisme (art. 2/1). Ces derniers comprennent les bibliothèques ou musées accessibles au public, les archives ou les institutions responsables du patrimoine cinématographique ou sonore (par exemple, la Cinémathèque portugaise).

Le recital 14 clarifie la notion d'accès legal comme englobant l'accès au contenu basé sur une politique d'accès libre ou par le biais d'accords contractuels entre les titulaires de droits et les organismes de recherche ou les institutions responsables du patrimoine culturel, tels que les abonnements, ou par d'autres canaux juridiques; l'accès légal devrait également couvrir l'accès au contenu disponible gratuitement en ligne. Par raisons de sécurité et d'intégrité du système, l'accès légal peut demander la validation des adresses IP ou l'authentification des utilisateurs (rec. 16).

L'exception ou la limitation de la fouille (prospéction) de textes ou de données à des fins d'investigation scientifique est obligatoire et impérative, et une prospection plus complète des textes et données à d'autres fins (art. 4) n'est applicable que tant que l'utilisation des œuvres et les autres éléments protégés n'ont pas été expressément réservés par les titulaires de droits respectifs de manière appropriée, en particulier par lecture optique dans le cas de contenus mis à la disposition du public en ligne (art. 4/3). Selon le recital 18, dans le cas d'un contenu qui a été rendu public en ligne, il ne devrait être considéré comme approprié de réserver ces droits qu'en utilisant des moyens de lecture optique, y compris les métadonnées et les conditions générales d'un site ou d'un service Internet.

## 1.2 Exceptions non spécifiques

La directive 2019/790 semble limiter les exceptions et limitations au droit de reproduction impliqué dans la fouille de textes et de données à la



poursuite de fins de recherche scientifique. Dans cette mesure, les exceptions ou limitations restantes, prévus à l'article 75 du code du droit d'auteur et des droits voisins<sup>15</sup>, ne bénéficieront pas de la liberté de fouille des textes ou des données, sauf si cela n'a pas été réservé par les titulaires de droits<sup>16</sup>.

### 1.3 Exceptions spécifiques

Il n'y a toujours pas de projet de transposition de la directive 2019/790 dans le droit portugais, ni de règles ayant une signification et une portée similaires dans le domaine du droit d'auteur. En tant qu'utilisation à des fins privées ou pour d'autres utilisations autorisées par la loi, l'exploration de données devrait également être soumise à une rémunération ou à une compensation, en particulier en ce qui concerne une compensation équitable pour la reproduction à usage privé. Cependant, la loi sur la copie privée ne discrimine pas ce nouvel usage. En outre, le préambule de la directive 2019/790 considère que les dommages potentiels causés par cette nouvelle exception aux titulaires de droits sont minimes, car c'est limitée à des institutions de la recherche scientifique. Cela va encore plus loin, considérant que: «Les États membres ne devraient, dès lors, pas prévoir de compensation pour les titulaires de droits en ce qui concerne les utilisations relevant des exceptions en matière de fouille de textes et de données introduites par la présente directive» (rec. 17).

### 1.4 Équilibre et justification

Le régime juridique portugais ne prévoit pas expressément l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle. Le code du droit d'auteur a été modifié pour transposer les directives de l'Union européenne, mais la directive 2019/790 n'a pas encore été transposée. En général, les exceptions ou limitations au droit d'auteur ne couvrent pas les utilisations

<sup>15</sup> Les exceptions et limitations concernant les bases de données sont prévues à l'art. 10 et à l'art. 15 (en relation avec le droit spécial du fabricant) du Décret-loi 122/2000.

<sup>16</sup> SILVA, Nuno Sousa E, "Subsídios para a transposição da Diretiva 2019/790". **Revista de Direito Intelectual**, n.1, 2020. p. 251-252.

à des fins commerciales, directes ou indirectes. En outre, le principe est que les droits sont réservés par la loi et que, par conséquent, le titulaire du droit n'a pas la charge de réserver les utilisations soumises à son autorisation<sup>17</sup>. Dans cette mesure, considérer que la prospection de textes ou de données extrait une valeur économique des reproductions qu'elle implique et imposer ensuite au titulaire de droits la charge de réserver cet usage revient à tout le moins à renverser la logique du système en faveur des utilisateurs de systèmes d'intelligence artificiel. D'autant plus que les géants de l'internet qui exploitent de grandes plateformes de partage de contenus numériques établissent dans les conditions générales du service le droit de prospector des textes et données téléchargés par les utilisateurs de leurs services. En d'autres termes, dans la pratique, le droit de s'opposer à la prospection aura peu de valeur dans la relation avec les grandes sociétés Internet (GAFA), qui finissent ainsi par bénéficier de ce droit face à une concurrence à moindre pouvoir de négociation.

D'autre part, en limitant la liberté de recherche de textes et de données à des activités de recherche scientifique à but non lucratif ou menées dans le cadre d'une mission d'intérêt public, la directive 2019/790 désavantage d'autres secteurs bénéficiant traditionnellement d'exceptions, comme les médias, qui font la concurrence des grandes entreprises Internet en ce qui concerne l'accès à la principale matière première de ce marché, à savoir l'information, le divertissement et d'autres contenus audiovisuels.

## 1.5 Conception du corpus de départ

Un ensemble de données composé spécifiquement pour servir de données d'entrée peut bénéficier de la protection juridique des bases de données, protégées par le décret-loi no. 122/2000, qui transpose la directive 96/9/CE. Base de données signifie «la collecte d'œuvres, de données

---

<sup>17</sup> Nous avons développé ce sujet en mettant l'accent sur l'équilibre intrinsèque du droit d'auteur dans le système de l'Europe continentale et du *copyright* dans PEREIRA, Alexandre Dias, "Fair use e Direitos de Autor (entre a regra e a exceção)". In **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I. Almedina: Coimbra, 2008b. p. 853-859.

ou d'autres éléments indépendants, organisée de manière systématique ou méthodique et susceptible d'accès individuel par voie électronique ou autre» (art. 1/2). Les bases de données qui, par la sélection ou la disposition des contenus respectifs, constituent des créations intellectuelles sont protégées par le droit d'auteur (art. 4/1). Ainsi, si le choix des données d'entrée est original, la structuration de ces données sera protégée par le droit d'auteur.

En revanche, le fabricant de la base de données se voit accorder un droit spécial, qui consiste en le droit d'autoriser ou d'interdire l'extraction et / ou la réutilisation de tout ou partie substantielle, appréciée qualitativement ou quantitativement, du contenu d'une base de données; données, lorsque leur collecte, vérification ou présentation représente un investissement substantiel d'un point de vue qualitatif ou quantitatif (art. 12/1).

## 1.6 Étendue des données protégées

En effet, le droit d'auteur ne protège pas les œuvres non originales, ni la simple information, ainsi que le style ou un genre littéraire ou artistique. Cependant, les possibilités d'imitation du style littéraire ou artistique apportées par l'IA peuvent justifier l'approfondissement de l'objet de protection du droit d'auteur. En plus de la forme d'expression externe, la forme interne doit également être prise en compte<sup>18</sup>. Dans tous les cas il est impératif de préserver la dichotomie idée-expression, afin de sauvegarder la liberté des idées et, finalement, la liberté de pensée elle-même et la liberté d'imagination.

Le droit spécial du fabricant ne couvre pas la création des données, mais seulement le contrôle de l'extraction ou de la réutilisation<sup>19</sup>. Un droit sur la création de données non personnelles a même été proposé dans la

<sup>18</sup> PEREIRA, Alexandre Dias, Música e electrónica: "sound sampling", obras de computador e direitos de autor na internet". In **Direito da sociedade da informação**, vol. 5, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

<sup>19</sup> IGLESIAS, Maria; SHAMULIA, Sharon; ANDERBERG, Amanda. **Intellectual Property and Artificial Intelligence - A Literature Review**. Luxembourg, European Union Publications, 2019. p. 9.

communication de la Commission «Construire une économie européenne des données» (SWD(2017) 2 final), mais a été rejeté.

Pour cette raison, il peut être plus approprié de rechercher la protection de ces éléments chez la concurrence déloyale<sup>20</sup>. L'article 311 du code de la propriété industrielle définit la concurrence déloyale comme «tout acte de concurrence contraire aux règles et usages honnêtes de toute branche d'activité économique». Le catalogue des actes illustrant une concurrence déloyale comprend, entre autres, «ceux susceptibles de créer une confusion avec la société, l'établissement, les produits ou services des concurrents, quel que soit le moyen employé», et aussi les références non autorisées faites pour bénéficier du crédit ou de la réputation d'un nom, d'un établissement ou d'une marque étranger, etc.

D'ailleurs, les droits de la personnalité, tels que le nom et l'image, au sens du code civil et du régime des données personnelles, au sens du RGPD et du droit interne, peuvent s'avérer des moyens de protection variables et efficaces contre le parasitisme par «imitation».

## 1.7 Gestion collective

Les entités de gestion collective enregistrées au Portugal n'offrent pas encore de licences spécifiques pour l'IA. Voir p.ex. <https://www.spautores.pt/usuarios/tabelas>

## 2) LE SYSTÈME D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

### 2.1 Algorithme de départ

En droit portugais, les programmes d'ordinateur sont protégés par le droit d'auteur en vertu du décret-loi n. 252/94 du 20 octobre, qui

---

<sup>20</sup> Il convient de noter que dans le monde, des propositions ont déjà été faites pour protéger les œuvres créées par l'intelligence artificielle par des régimes modifiés de concurrence déloyale IHALAINEN, Jani, "Computer Creativity: Artificial Intelligence and Copyright." *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 13, n. 9, 2018. p. 727-728.

transpose la directive 91/250/CEE (remplacée entre-temps par la directive 2009/24/CE). Les programmes d'ordinateur à caractère créatif bénéficient d'une protection similaire à celle accordée aux œuvres littéraires, le matériel de conception préliminaire du programme étant equiparé au programme d'ordinateur (art. 1/2-3). L'algorithme, en tant que racine logique du programme informatique, peut être protégé comme matériau de conception préliminaire, dans la mesure où il ne s'agit pas simplement d'une idée, d'un principe ou d'une découverte<sup>21</sup>.

## 2.2 Connaissance accumulée.

En effet, le corpus de données auquel recourt l'algorithme du système d'intelligence artificielle pour prendre une décision et donc générer son propre «savoir» et sa «connaissance» est protégé par les droits de propriété littéraire, notamment en tant que base de données.

La protection juridique des bases de données établie par le décret-loi no. 122/2000, qui transpose la directive 96/9/CE, définit como base de données «la collecte d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, organisée de manière systématique ou méthodique et susceptible d'accès individuel par voie électronique ou autre» (art. 1/2). Les bases de données qui, par la sélection ou la disposition des contenus respectifs, constituent des créations intellectuelles sont protégées par le droit d'auteur (art. 4/1). Ainsi, si la sélection ou disposition des données accumulées est originale, la structure de la base sera protégée par le droit d'auteur.

En outre, le fabricant de la base de données se voit accorder un droit spécial, qui consiste en le droit d'autoriser ou d'interdire l'extraction et / ou la réutilisation de tout ou partie substantielle, appréciée qualitativement ou quantitativement, du contenu d'une base de données; données, lorsque leur collecte, vérification ou présentation représente un investissement substantiel d'un point de vue qualitatif ou quantitatif (art. 12/1). Si l'uti-

<sup>21</sup> MARQUES, João Paulo Remédio, "Patentes de Programas de Computador de Sistemas Informáticos de Jogos Eletrônicos / Patentes de Métodos de Exercício de Atividades Econômicas?" *PIDCC*, v. 10, n. 01, 2016. p. 3-5.

lisation d'un système d'intelligence artificielle est considérée un investissement substantial, le droit sui generis du producteur sera applicable<sup>22</sup>.

## 2.3 Algorithme développé (*deep learning*)

Le développement et l'amélioration d'un algorithme à partir de l'analyse des données et des résultats par le système d'intelligence artificielle c'est une évolution du programme informatique et autant que tel c'est protégéable comme version dérivée du logiciel par le droit d'auteur s'il a du caractère créatif. Néanmoins, le «deep learning», notamment les bases de données et le code généré par la IA, semble produit de la machine elle-même et donc ne sera pas original au sens du droit d'auteur.

## 3) LE PRODUIT DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

### 3.1 Protection des créations de l'intelligence artificielle.

Le résultat produit de manière autonome par un système d'intelligence artificielle n'est pas protégé par les droits d'auteur selon la législation portugaise<sup>23</sup>. Le droit d'auteur protège les œuvres littéraires ou artistiques en tant que formes d'expression originale générées par l'auteur dans l'exercice de sa liberté de création culturelle. La création artistique digne de protection doit résulter du libre choix de l'auteur en tant que personne humaine. Les créations naturelles, telles que les sons d'animaux ou les constellations d'étoiles, ne sont pas protégées par le droit d'auteur, quelle que soit leur valeur esthétique. Seuls les humains, en tant qu'êtres dotés de conscience et de libre arbitre, ont la capacité de créer des œuvres littéraires ou artistiques aux fins de la protection du droit d'auteur<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Comme indiqué dans la note de bas n. 12.

<sup>23</sup> LANA, Pedro de Perdigão, **A Autoria das Obras Autônomamente Geradas por Inteligência Artificial e o Domínio do Público** (Dissertation de masters non publiée), Universidade de Coimbra, 2020.

<sup>24</sup> VIEIRA, José Alberto, *Op. Cit.* 2001. p. 113–45.

Cependant, à côté du droit d'auteur, la loi établit les droits voisins de l'artiste interprète ou exécutant, du producteur phonographique ou vidéographique et du diffuseur. En particulier, il nous semble que le résultat produit par un système d'intelligence artificielle peut être protégé par le droit connexe du producteur phonographique ou vidéographique, entendue comme «la personne physique ou morale qui fixe en premier les sons d'une exécution ou de toute autre, ou des images de toute source, accompagnées ou non de sons» (art. 176/3 CDA). Le droit connexe du producteur aux sons et/ou images provenant d'un système d'intelligence artificielle ne requiert qu'ils soient originaux en tant que fruits de la liberté de création culturelle<sup>25</sup>, parce que leur fixation ou leur enregistrement dans un phonogramme ou un vidéogramme c'est suffisante.

### **3.1.1 Aspect moral**

Contrairement aux œuvres littéraires ou artistiques protégées par le droit d'auteur, le produit d'intelligence artificielle n'exprime pas de personnalité et, dans cette mesure, ne justifie pas la reconnaissance de droits moraux, en tant que droits de personnalité de l'auteur fondés sur sa liberté de création culturelle. Toutefois, la protection au titre du droit du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes exige l'identification des phonogrammes et vidéogrammes dans toutes les copies autorisées et dans l'emballage respectif au moyen d'une mention constituée du symbole P (la lettre P entourée d'un cercle), accompagnée de l'indication de l'année de la première publication ainsi que l'identification du producteur ou de son représentant (art. 185 / 1-2 CDA), à supposer que c'est celui ci dont le nom ou la dénomination figure comme tel dans les exemplaires autorisés et dans l'emballage respectif ( 185/3 CDA).

### **3.1.2 Aspect économique**

Les droits patrimoniaux de l'auteur incitent à la création culturelle, en garantissant à l'auteur le droit exclusif d'exploiter ses créations intel-

<sup>25</sup> Cf. AIPPI. "Resolution - 2019 Study Question - Copyright in Artificially Generated Works." London, 2019.

lectuelles. De même façon, la protection des produits d'intelligence artificielle par le droit connexe du producteur phonographique ou vidéographique peut stimuler ou encourager l'investissement dans les systèmes d'intelligence artificielle et la production culturelle en général. Même si le système informatique n'a pas besoin d'incitations économiques, celles-ci peuvent être nécessaires pour promouvoir l'investissement dans l'IA, en conférant des droits exclusifs sur les produits artificiels à ceux qui investissent dans l'IA<sup>26</sup>.

### 3.2 Titulaire des droits

«Le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel de l'œuvre », prévoit l'article 11 du Code du droit d'auteur, en ajoutant « sauf disposition expresse au contraire ». À son tour, l'article 27/1 établit que, « sauf disposition au contraire, l'auteur est le créateur intellectuel de l'œuvre ». Ainsi, en principe, le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel de l'œuvre, c'est-à-dire à l'auteur, en présumant « l'auteur dont le nom a été indiqué comme tel dans l'œuvre, selon l'usage établi, ou annoncé sous toute forme de communication au public » (art. 27/2 CDA). Cependant, le terme auteur est utilisé plus largement dans la loi<sup>27</sup>, couvrant également, p.ex., le successeur et le cessionnaire des droits (art. 27/3 CDA).

Les conventions sur la propriété du droit d'auteur concernant des travaux réalisés sur commande ou pour le compte d'autrui sont admises, soit dans le cadre d'une obligation fonctionnelle, soit d'un contrat de travail (art. 14/1 CDA). En d'autres termes, dans le travail réalisé sur commande ou pour le compte d'autrui, il est possible de céder la propriété du droit d'auteur au mandant ou à l'employeur. En l'absence de convention, le droit d'auteur sur l'œuvre réalisée pour des tiers est présumé ap-

<sup>26</sup> Décivant plus en détail la nécessité de récompenser cet investissement, voire MC-CUTCHEON, Jani. "The Vanishing Author in Computer-Generated Works: A Critical Analysis of Recent Australian Case Law." **Melbourne University Law Review** 36 (3), 2013. p. 954-957; PEARLMAN, Russ. "Recognizing Artificial Intelligence (AI) as Authors and Inventors under U.S. Intellectual Property Law." **Richmond Journal of Law & Technology**, v. 24, n. 2, 2018. p. 1-4.

<sup>27</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *Op. Cit.* 2012. p. 105.



partenir à son créateur intellectuel (art. 14/2 CDA), à moins que son nom ne soit pas mentionné dans l'œuvre ou n'apparaisse pas à l'endroit prévu pour l'effet selon l'usage universel, car dans ce cas la présomption est inversée en faveur de l'entité pour le compte de laquelle l'œuvre est réalisée (art. 14/3 CDA).

Pour certains comentators, s'il existe une convention de propriété des droits en faveur du mandant ou de l'employeur ou si le créateur intellectuel n'est pas identifié, le droit d'auteur appartient au mandant ou à l'employeur et à titre original<sup>28</sup>. Ce serait le cas d'une disposition expressément contraire à l'appartenance originelle du droit d'auteur au créateur intellectuel. Dans cette situation, le travail subventionné et le travail collectif le seraient encore.

Neanmoins, le droit d'auteur appartient au créateur intellectuel pour le simple fait de la création intellectuelle, étant reconnu indépendamment de l'enregistrement, du dépôt ou de toute autre formalité (art. 12). Donc, à notre avis, si le droit d'auteur est concédé à une personne autre que le créateur intellectuel, il faut comprendre que seuls les droits patrimoniaux sont en jeu, puisque les droits moraux et autres droits inaliénables restent au titre du créateur intellectuel même après la transmission ou extinction des droits de propriété (art. 9/3 et art. 56 CDA)<sup>29</sup>. Une telle attribution de droits patrimoniaux peut être convenue ou présumée par la loi, comme c'est le cas pour les travaux effectués pour le compte d'autrui sans identification de l'auteur.

Mais il est important de clarifier les termes de cette attribution. S'il y a une convention, c'est une attribution par contrat. En l'absence de convention, opère une présomption légale fondée sur l'anonymat de l'œuvre, donc à notre avis le régime de l'œuvre d'un auteur anonyme est applicable, en vertu duquel quiconque «divulgue ou publie une œuvre avec le consentement de l'auteur, sous un nom qui ne le révèle son iden-

<sup>28</sup> MELLO, Alberto de Sá e, **Contrato de Direito de Autor**: a autonomia contratual na formação do direito de autor. Coimbra: Almedina, 2008a. p. 69.

<sup>29</sup> Pour les détails de la discussion, voir PEREIRA, Alexandre Dias, **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 274-302.

tité ou de manière anonyme, il se considère comme le représentant de l'auteur, lui confiant le devoir de défendre les droits respectifs devant des tiers, sauf si l'auteur exprime sa volonté contraire »(art. 30/1), e celui peut à tout moment révéler son identité et la paternité de l'œuvre, et à partir de ce moment les pouvoirs de représentation cessent (art. 30/2). Ainsi, le droit d'auteur relatif à l'œuvre d'un auteur anonyme appartient vraisemblablement au mandant ou à l'employeur en tant que représentants légaux de l'auteur. Il s'agit donc d'une attribution de portée légale et limitée, et non de la propriété originale et complète du droit d'auteur, même s'il fusse limitée aux droits économiques.

La même compréhension est valable pour l'œuvre dit collectif. Elle est considérée comme «la création d'une pluralité de personnes [ ... ] lorsqu'elle est organisée à l'initiative d'une entité singulier ou collective et diffusée ou publiée en leur nom» (art. 16/1-b CDA). C'est un type de création plurielle, avec l'œuvre réalisée en collaboration, qui consiste en ce qui est «diffusée ou publiée au nom des collaborateurs ou de l'un d'entre eux, qu'ils puissent discriminer ou non les contributions individuelles» (art. 16/1-a CDA). Les différences de mode de divulgation ou de publication de ces œuvres se reflètent dans la propriété des droits. Dans l'œuvre réalisée en collaboration, en tant qu'«unité», le droit d'auteur appartient à tous ceux qui y ont collaboré, régissant son exercice commun en copropriété et considérant les parties indivises des auteurs comme égales, sauf autrement accordé par stipulation écrite (art. 17/1-2 CDA). Cependant, si l'œuvre est divulguée ou publiée au nom d'un ou de certains des collaborateurs et si les autres ne sont pas explicitement désignés dans une partie quelconque de l'œuvre, il est supposé que les non-désignés ont cédé leurs droits à celui ou à ceux au nom desquels l'œuvre a été divulguée ou publiée (art. 17/3 CDA).

Harmonisant cette présomption de cession de droits avec ce que nous avons dit de l'attribution de droits d'auteur sur des œuvres «anonymes» réalisées pour d'autres, il nous semble également que les auteurs désignés dans l'œuvre réalisée en collaboration sont considérés comme auteurs de l'œuvre en tant que représentants légaux des auteurs «non désignés», selon les termes du régime de l'œuvre de l'auteur anonyme. De plus, la loi préserve les droits individuels des auteurs d'une œuvre ré-

alisée en collaboration sans faire de distinction entre les auteurs désignés et les auteurs non désignés, à condition que chacun d'entre eux «puisse demander la divulgation, la publication, l'exploitation ou la modification d'une œuvre réalisée en collaboration, étant, en cas de divergence, la question résolue selon les règles de la bonne foi » (art. 18/1 CDA); et, en outre, sans préjudice de l'exploitation conjointe, ils peuvent exercer individuellement les droits liés à leur contribution personnelle, quand elle peut être discriminée (art. 18/2 CDA). La loi considère comme des œuvres réalisées en collaboration l'œuvre radiodiffusée, l'œuvre cinématographique et l'œuvre phonographique ou vidéographique, en identifiant la contribution typique de chaque auteur à ces œuvres.

Alors que dans l'œuvre en collaboration, le droit d'auteur est attribué à ceux qui y ont collaboré en tant qu'auteurs, dans l'œuvre collective, le droit d'auteur «est attribué à l'entité singulière ou collective qui a organisé et dirigé sa création et au nom de celui qui a divulgué ou publié» (art. 19/1 CDA). En d'autres termes, la loi cède le droit d'auteur non aux créateurs intellectuels qui y ont collaboré, mais plutôt à l'organisateur de l'œuvre au nom duquel elle a été divulguée ou publiée et qui peut être une entité individuelle ou collective. Comme dans le contrat de copyright en faveur du mandant ou de l'employeur, ici la loi elle-même attribue le droit d'auteur à une personne autre que le créateur intellectuel, et qui peut être une personne juridique (par ex. une société commerciale).

Cependant, il est important de mieux comprendre l'œuvre collective. À ce titre, les journaux et autres publications périodiques sont présumés des œuvres collectives, et le droit d'auteur appartient aux sociétés respectives (art. 19/3 CDA). Il en va de même pour les programmes informatiques et les bases de données créés au sein d'une entreprise (art. 3/2 du décret-loi n. 252/94 et art. 5/du décret-loi n. 122/2000). Les dictionnaires et les encyclopédies sont également considérés comme des œuvres collectives.

La protection du titre de l'œuvre non publiée, ainsi que du titre des journaux et d'autres périodiques, dépend de l'enregistrement (art. 214 CDA). Lors de l'enregistrement des titres de ces œuvres, des entités naturelles ou collectives, généralement des entreprises des media, acquièrent

des «droits d’auteur» dont la logique est plus proche de celle des droits voisins. La protection des titres a des exigences qui sont étrangères au droit d’auteur classique.

Cependant, le droit d’auteur sur l’œuvre collective ne se limite pas au titre, car il couvre également le contenu de l’œuvre, par exemple articles de journaux ou entrées d’encyclopédie. La loi se réserve le droit d’auteur sur la production personnelle de certains ou de certains collaborateurs discriminables dans l’ensemble de l’œuvre collective, en les renvoyant au régime de l’œuvre réalisée en collaboration (art. 19/2 CDA). En d’autres termes, même dans l’œuvre collective, le créateur intellectuel n’est pas complètement dépouillé de son droit d’auteur, bien que son silence semble compter comme un consentement à la publication de l’œuvre sans désignation de la paternité et «cession» des droits à l’entité qui organise et publie l’œuvre<sup>30</sup>.

Cette compréhension du régime de propriété du droit d’auteur fondé sur le principe de la paternité est également valable pour les programmes informatiques et les bases de données - qui, de plus, sont présumés œuvres collectives lorsqu’elles sont créées dans une entreprise. La loi établit que les droits appartiennent au destinataire du programme (ou de la base) lorsqu’il est créé par le travailleur dans le cadre d’un contrat de travail ou par un travailleur indépendant dans le cadre d’un contrat de commande, sauf possibilité de stipulation contraire ou résultat différent selon les finalités du contrat (art. 3/2 du décret-loi n. 252/94 et art. 5/3 du décret-loi n. 122/2000; pour le travail photographique réalisé en exécution de contrat de travail ou par arrêté, le droit d’auteur est présumé appartenir à l’employeur ou au mandant - art. 165 CDA). Le droit d’auteur naît *ipso facto* avec la création intellectuelle et dans la sphère juridique du créateur de l’œuvre. Cependant, par convention ou règle légale, des droits patrimoniaux peuvent être attribués à l’employeur ou au mandant.

Dans tous les cas, l’œuvre générée par un système d’IA n’est pas protégée par le droit d’auteur car elle ne résulte pas de choix libres et créatifs, mais du fonctionnement automatique d’algorithmes et de lo-

---

<sup>30</sup> PEREIRA, Alexandre Dias, *Op. Cit.* 2008a. p. 260-261

giciels. Lors de l'enregistrement d'images ou de sons, l'œuvre peut être protégée par le droit du producteur phonographique ou viodegraphique, ou par le droit du producteur de la base de données (contre l'extraction et la réutilisation d'une partie importante des données de la base). La durée de protection de est plus courte, mais rien n'empêche le producteur d'être une personne morale, comme dans la plupart des cas.

### 3.3 Opportunité d'une protection des produits d'intelligence artificielle

#### 3.3.1 Protection par le droit d'auteur

Compte tenu de la capacité de production presque infinie de l'IA, il est possible que la protection du droit d'auteur de ces œuvres dévaste l'espace de la liberté de création intellectuelle, perturbant l'équilibre entre la création de la machine et la création humaine. Il existe, en effet, un risque que l'IA dépasse les capacités de création littéraire et artistique des humains. En ce sens, le créateur intellectuel humain peut devenir obsolète et jetable face aux capacités promises par l'IA<sup>31</sup>.

Toutefois, les œuvres artificielles peuvent déjà être protégées sous forme de vidéogrammes ou de phonogrammes, les droits sur ces enregistrements appartenant aux producteurs respectifs. En ce sens, comme le producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes, la production IA doit contenir l'identification du «producteur» à protéger par ce droit connexe, en indiquant la source respective. Le marquage des œuvres d'IA sera important dès le départ pour que le public sache s'il s'agit d'œuvres à usage gratuit ou soumises au droit du producteur. La maximisation de l'offre culturelle est importante et l'IA contribuera certainement à accroître l'offre culturelle.

<sup>31</sup> ZATARAIN, Jesus Manuel, "The Role of Automated Technology in the Creation of Copyright Works: The Challenges of Artificial Intelligence." **International Review of Law, Computers and Technology**, v. 31, n. 1, p. 91–104, 2017; MICHAUX, Benôit, "Singularité Technologique, Singularité Humaine et Droit d'auteur." In **Droit, Normes et Libertés Dans Le Cybermonde**. Bruxelles: Larcier, 2018. p. 418.

### 3.3.2 Protection par un régime autonome

Le créateur intellectuel est la raison d'être et le protagoniste du régime juridique du droit d'auteur, au moins dans la tradition juridique de l'Europe continentale. L'application des règles de droit d'auteur faites pour les humains au système d'IA n'implique pas la dénaturation de ces règles, au contraire, elle aide à clarifier le sens et les limites de la protection conférée par le droit d'auteur au sens propre<sup>32</sup>.

Cependant, autor du droit d'auteur, le système connaît les droits voisins, à savoir celui du producteur du phonogramme et / ou du vidéogramme, des éditeurs de publications de presse pour l'utilisation en ligne (article 15 de la Directive (UE) 2019/790, non encore transposée dans non encore transposée dans le droit portugais) et des bases de données. Actuellement, bien que la loi portugaise ne interdise pas la création d'un droit voisin spécifique pour les œuvres générées de manière autonome par des intelligences artificielles<sup>33</sup>, le développement de l'IA ne semble pas exiger un nouveau droit connexe, en plus de ceux que la loi prévoit déjà, sauf peut-être dans le domaine des arts plastiques (par exemple peinture, sculpture). Mais même dans le domaine de ce dernier, le travail de l'IA peut être assimilé au travail de la nature ou au travail généré par des animaux, qui ne sont protégés par le droit d'auteur, ni comme d'art aléatoire, sauf dans la mesure où l'animal est un élément du processus de création esquissé par l'auteur (humain)<sup>34</sup>.

En outre, le Code civil spécifie comme cas de spécification «l'écriture, la peinture, le dessin, la photographie, l'impression, la gravure et autres actes similaires, réalisés avec l'utilisation d'autres matériaux» (art. 1338). Le fait que ces activités soient menées par IA n'empêche pas l'application du Code civil, qui distingue la spécification de bonne foi de la

<sup>32</sup> LANA, Pedro de Perdigão, *Op. Cit.* 2020. p. 142-148

<sup>33</sup> Cependant, les États membres de l'Union européenne ne peuvent pas créer de nouveaux droits voisins nationaux, et il existe plusieurs exigences pour la création d'un nouveau droit connexe dans le droit d'auteur communautaire. Cf. RAMALHO, Ana, "Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers", **IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law**, v. 48, n. 1, p. 71-91, 2017.

<sup>34</sup> VIEIRA, JOSÉ ALBERTO, *op. Cit.*, 2001. p. 132.

spécification de mauvaise foi. Dans la première situation, la personne qui donne une nouvelle forme, à travers son travail, à une chose mobile appartenant à une autre personne, fait sienne la chose transformée, si elle ne peut pas être restaurée à sa forme originale ou ne peut être restaurée sans perdre la valeur créée par la spécification, ayant le propriétaire de la matière, dans ce dernier cas, le droit de conserver la chose, si la valeur de la spécification ne dépasse pas celle de la matière. En tout cas, si celui qui garde la chose est obligé de compenser l'autre de la valeur qui lui appartient (art. 1336). Dans la seconde situation, la chose spécifiée est restituée à son propriétaire dans l'état dans lequel elle se trouve, avec dommages et intérêts, sans que le propriétaire soit obligé d'indemniser le prescripteur, si la valeur augmentait de plus du tiers de la valeur de la chose spécifiée; si l'augmentation est plus élevée, le propriétaire de la chose doit remplacer ce qui excède ledit tiers (art. 1337).

Le cadre juridique actuel n'a pas empêché le développement de nouvelles technologies et, par conséquent, à notre avis, une harmonisation plus poussée au niveau européen ou international n'est pas encore nécessaire, sauf peut-être en ce qui concerne la protection des œuvres d'art générées par l'IA (par ex. logiciel créatif avec autonomie d'impression 3D). Mais, le droit connexe du producteur semble capable d'assurer un certain niveau de protection et de rémunération pour plusieurs productions de l'IA<sup>35</sup>. En le combinant avec d'autres formes de monétisation caractéristiques de la société de l'information, en plus d'autres droits de propriété intellectuelle (tels que la concurrence déloyale et les secrets d'affaires), l'objectif de stimuler économiquement le développement de ce type de technologie semble être suffisamment rempli, sans qu'il soit nécessaire de modifier les éléments structurels du droit d'auteur.

## BIBLIOGRAPHIE SUR LE DROIT D'AUTEUR AU PORTUGAL

AA.VV. - **Direito de autor**: que futuro na era digital? Lisboa : Guerra e Paz, 2016.

AA.VV - **Revista de Direito Intelectual**, APDI (2014-).

<sup>35</sup> RAMALHO, Ana, "Beyond the Cover Story – An Enquiry into the EU Competence to Introduce a Right for Publishers." **IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law** 48/ (2017), p. 71–91.

AA.VV. – **Direito da Sociedade da Informação**, 10 vols., Coimbra Editora, 1999/2012.

AA.VV. - **Num Novo Mundo do Direito de Autor?** 2 Tomos, Cosmos, 1994.

AKESTER, Patrícia - **Direito de Autor em Portugal, nos PALOP, na União Europeia e nos Tratados Internacionais**, Almedina, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira - **Direito Civil - Direito de Autor e Direitos Conexos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992 - **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**, Almedina, 2001.

CORDEIRO, Pedro - **Direito de Autor e Radiodifusão**, Almedina, 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – **Manual de Direito de Autor**, 3.<sup>a</sup> ed. Almedina, 2020.

MELLO, Alberto de Sá e - **Manual de Direito de Autor**, 4.<sup>a</sup> ed. Almedina, 2020 - **Contrato de Direito de Autor A autonomia contratual na formação do direito de autor**, Almedina, 2008.

PEREIRA, Alexandre L. Dias - **Direito da propriedade intelectual & novas tecnologias - Estudos**, vol. 1, Gestlegal, 2019 - **Direitos de Autor e Liberdade de Informação**. Almedina: Coimbra, 2008 - **Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica**, Coimbra Editora, 2001.

REBELLO, Luiz Francisco – **Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos Anotado**, 3.<sup>a</sup> ed., Âncora, 2006 - **Introdução ao Direito de Autor**, Vol. I. D. Quixote: Lisboa, 1994.

RENDAS, Tito, SILVA, Nuno Sousa e - **O Direito de Autor nos Tribunais**, Lisboa, 2.<sup>a</sup> ed., UCP, 2019.

TRABUCO, Cláudia - **O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital**, Coimbra Editora, 2006.

VICENTE, Dário Moura – **A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual**, 2.<sup>o</sup> ed. Almedina, 2019.

VIEIRA, José Alberto – **A Protecção dos Programas de Computador pelo Direito de Autor**, Lex, 2005.

VITORINO, António de Macedo - **A Eficácia dos Contratos de Direito de Autor**, Almedina, 2005.

**Recebido:** 28/01/2021

**Aprovado:** 13/03/2021