

Robotkunst en auteursrecht

Dirk Visser¹

Afbeeldingen en teksten gemaakt door kunstmatige intelligentie staan de afgelopen maanden sterk in de belangstelling door de programma's DALL-E, Stable Diffusion en ChatGPT. In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van auteursrechtelijke en aanverwante vragen die deze programma's oproepen.

Robotkunst' en 'robottekst' bestaan al minstens een halve eeuw en de daarmee samenhangende juridische vragen worden al even zolang bestudeerd en beantwoord.² Nieuw is de kwaliteit, de plotselinge beschikbaarheid en laagdrempeligheid en het massale gebruik van DALL-E³ en ChatGPT⁴ van OpenAI⁵ en Stable Diffusion⁶ van Stability AI.⁷ Iedereen wordt nu geconfronteerd met het potentieel vervreemdende, misleidende of parasitaire karakter van deze technologie en de mogelijke bedreiging voor echte schrijvers en kunstenaars. Hoe zit dat auteursrechtelijk?

Plan van behandeling

In deze bijdrage ligt de nadruk op door kunstmatige intelligentie vervaardigde tekst en stilstaand beeld.⁸ Centraal staan het auteursrecht en de daar aan verwante rechten en zorgvuldigheidsnormen.⁹ Na een beschrijving van wat de bewuste programma's ongeveer doen en wie daarbij betrokken zijn, wordt besproken wat en waartegen auteursrecht beschermt. Vervolgens wordt geconstateerd dat de programma's zelf beschermd zijn en wordt kort naar het octrooirecht verwezen. Daarna begint het echte werk: Is robotkunst beschermd? Bij wie ligt de bewijslast van menselijke inbreng? Wat zijn de gevolgen? Minstens even belangrijk is vervolgens de vraag: wanneer maakt een individueel 'robotkunstwerk' inbreuk op auteursrechten van anderen? Dan komt de vraag waarover in de VS inmiddels procedures aanhangig zijn: Wordt er in het (voorbereidende) samenstellingsproces inbreuk gemaakt door de robot

op de auteursrechten van anderen? In de EU is de vraag of sprake is van toegestane 'tijdelijke reproductie' of 'tekst- en datamining', in de VS moet worden onderzocht of sprake is van 'fair use'. Daarna worden de in de EU (en niet in de VS) bestaande aan het auteursrecht 'naburige' rechten besproken die rusten op databanken en perspublicaties, beschermingsvormen die geen menselijke creativiteit vereisen. Ook de bescherming van bepaalde geluids- en bewegende beeldopnames, die evenmin menselijke creativiteit vereisen, komt even aan de orde. Vervolgens worden de wetenschappelijke en maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen kort besproken (bedriegen en misleiden mag niet), en is er bijzondere aandacht voor eventuele bescherming tegen stijl nabootsing ('maak een tekst of een kunstwerk in de stijl van (nog levende) kunstenaar X'). Er wordt afgesloten met een samenvatting, met de vraag of het waarschijnlijk is dat de wetgever gaat ingrijpen en met de open vragen wat wenselijk is: meer of minder kunstmatig intelligente kunst? En is verzet zinvol?

Terminologie, betrokkenen en fases in het proces

Het woord 'robot' wordt in dit artikel gebruikt als synoniem voor een bepaalde toepassing van kunstmatige intelligentie. Deze robot kan ook gekwalificeerd worden als een computerprogramma¹⁰ dat geprogrammeerd is door de makers ervan. We gaan er daarbij vanuit dat deze programmeurs in dienst zijn van de eigenaar van de robot of hun rechten aan die eigenaar hebben overgedragen.

De robot is 'zelflerend' op basis van allerlei informatie die wordt ingevoerd, bestaande uit miljoenen teksten en afbeeldingen, die hier 'trainingsdata' of 'bestaand materiaal' wordt genoemd. Op dat bestaand materiaal rusten rechten van rechthebbenden. Uitgevers en fotobureaus zoals Getty Images zijn voorbeelden van grote rechthebbenden op bestaand materiaal, maar er zijn ook talloze individuele schrijvers, fotografen en beeldend kunstenaars rechthebbenden. Zij worden soms vertegenwoordigd door belangenorganisaties als Pictoright.¹¹

Iedereen wordt nu geconfronteerd met het potentieel vervreemdende, misleidende of parasitaire karakter van deze technologie



Een door Dall_E 2 vervaardigde afbeelding van 'a professor of copyright law at Leiden University in The Netherlands'. De letters op de revers zijn mogelijk een verhaspeling van 'Getty Images'.

Auteur

1. Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendom in Leiden, advocaat in Amsterdam en medewerker van dit blad. Dit artikel is tot stand gekomen zonder gebruik te maken van ChatGPT, maar met de hulp van een aantal Leidse studenten die over dit onderwerp een scriptie willen schrijven: Hidde Couperus, Iris Toepoel, Maurits van der Veer, Pieter Bonenkamp, Stan van Veen, Thomas Goedkoop en Thomas Houkes. De auteur is verder dank verschuldigd aan Auke Knigge, Paul Kreijger, Luna Schumacher, Feer Verkade en Fenna Visser voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

Noten

2. Zie P.B. Hugenoltz & J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021, afl. 2, p. 47 e.v. en de daar genoemde literatuur; en P.B. Hugenoltz, D. Gervais, J.P. Quintais, C. Hartmann & J. Allan, 'Trends and Developments in Artificial Intelligence: Challenges to the Intellectual Property Rights Framework: Final

Report', rapport in opdracht van de Europese Commissie, september 2020, ISBN: 97892762244488. Zie ook D.J.G. Visser, 'Sluiterij, fotoauteursrecht en kunstmatige intelligentie', in: C.G. Breedveld-de Voogd; A.G. Castermans; H.B. Krans & A. Wissink (red.), *Sluiterij – Reflecties op het werk van Jaap Hijma*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 13-21. En zie bijvoorbeeld: D.W.F. Verkade & J.H. Spoor, *Auteursrecht*, (par. 23, 'Werken, gemaakt met een technisch hulpmiddel') Deventer: Kluwer 1985 (1^e dr.); W.G.B. van Offeren, 'Auteursrecht en met behulp van een computer gemaakte werken', *Computerrecht* 1989, afl. 1, p. 2-10; M. de Cock Buning, 'Computer generated works, een test voor de grondslagen van het auteursrecht?', *Computerrecht* 1993, afl. 1, p. 10-15, en de daargenoemde literatuur waaronder de vroegste: Alan Turing, 'Computer Machinery and Intelligence', *Mind* 59, 1950, p. 235-237. De Cock Buning concludeerde in 1993 (toen terecht): 'Bij de stand van de techniek is de bescherming van door computers gegenereerde werken een non-existent probleem'.

3. openai.com/dall-e-2/: 'DALL-E 2 is a new AI system that can create realistic images and art from a description in natural language'.

4. openai.com/blog/chatgpt/: 'ChatGPT: Optimizing Language Models for Dialogue. We've trained a model called ChatGPT which interacts in a conversational way. The dialogue format makes it possible for ChatGPT to answer followup questions, admit its mistakes, challenge incorrect premises, and reject inappropriate requests. ChatGPT is a sibling model to InstructGPT, which is trained to follow an instruction in a prompt and provide a detailed response'. GPT staat voor 'Generative Pre-trained Transformer'.

5. OpenAI is een Amerikaans onderzoekslaboratorium voor kunstmatige intelligentie. Het bedrijf bestaat uit een niet-commerciële moedermaatschappij OpenAI Inc. en het commerciële bedrijf OpenAI LP.

6. stablediffusionweb.com/: 'Stable Diffusion is a latent text-to-image diffusion model capable of generating photo-realistic images given any text input, cultivates autonomous freedom to produce incredible

imagery, empowers billions of people to create stunning art within seconds.'

7. Stability AI is een Britse onderneming die kunstmatig intelligente toepassingen ontwikkelt en aanbiedt.

8. Bij film en geluid spelen uiteraard vergelijkbare vragen. Zie bijvoorbeeld: MusicLM van Google, 'a model generating high-fidelity music from text descriptions such as "a calming violin melody backed by a distorted guitar riff"'.
9. Het octrooirecht wordt slechts kort besproken en het portretrecht en de privacy blijven helemaal buiten beschouwing, hoewel ook de verhouding van kunstmatige intelligentie tot die rechten belangrijke vragen opwerpt.

10. Als bedoeld in art. 10 lid 1 sub 12 en hoofdstuk VI Auteurswet.

11. Op de website van Pictoright staat een instructieve Frequently Asked Questions rubriek over AI & auteursrecht: pictoright.nl/faq/faq-ai-auteursrecht/.

De eigenaar biedt zijn robot online aan 'gebruikers' aan, waarbij specifieke contractuele gebruiksvoorwaarden van toepassing kunnen zijn.¹² Die gebruikers geven vervolgens bepaalde, al dan niet gedetailleerde opdrachten aan de robot, of gaan zelfs een hele dialoog aan met die robot. In reactie daarop levert de robot een bepaald resultaat, bestaande uit een tekst of een afbeelding.

Gebruikers of derden kunnen dat resultaat vervolgens, al dan niet na verdere bewerking, op verschillende manieren gebruiken. Dat gebruik van zowel onbewerkt als bewerkt resultaat kan intern zijn, voor 'eigen oefening, studie of gebruik' of voor 'familie-, vrienden- of daar gelijk aan te stellen kring'. Dan zal er vaak weinig aan de hand zijn en, zoals hierna zal blijken, is dergelijk gebruik in de regel auteursrechtelijk ook toegestaan. Het gebruik kan echter ook de vorm aannemen van externe openbaarmaking met of zonder winst oogmerk. Die openbaarmaking vindt plaats in een bepaalde context, met of zonder naams- of bronvermelding, waarbij wel of juist niet duidelijk wordt gemaakt dat het geheel of gedeeltelijk gaat om werk van een robot

Auteursrecht rust op 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst' waarvan de vormgeving blijk geeft van een zekere mate van menselijke creativiteit

en wat de opdracht was die aan de robot werd gegeven, met of zonder de pretentie van de gebruiker om bepaalde rechten op het resultaat te kunnen doen gelden.

Auteursrecht

Auteursrecht rust op 'werken van letterkunde, wetenschap of kunst'¹³ waarvan de vormgeving blijk geeft van een zekere mate van menselijke creativiteit. Het gaat om bescherming van vormgeving, oftewel van uitdrukking: er rust geen auteursrecht op ideeën of feiten, noch op vormgeving die louter technisch is bepaald.¹⁴ Er moet in de formulering van de Hoge Raad sprake zijn van een 'eigen oorspronkelijk karakter', hetgeen volgens de Hoge Raad betekent dat er niet is ontleend: wie werk kopieert van een ander kan daar geen eigen auteursrecht op claimen. Daarnaast moet er sprake zijn van een 'persoonlijk stempel', een criterium dat volgens de Hoge Raad gelijk is aan het inmiddels op Europees niveau gehanteerde vereiste van een 'eigen intellectuele schepping' zoals ontwikkeld door het Hof van Justitie van de EU.¹⁵ Zoals het Hof het formuleert: 'Een intellectuele schepping is een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen.'¹⁶ De Hoge Raad maakt duidelijk dat het moet gaan om *menselijke* creativi-

teit: 'De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende *menselijke* arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de *menselijke* geest' (curs. toegevoegd D.V.).¹⁷ Ook naar Europees auteursrecht is menselijke creativiteit vereist.¹⁸ Hier wordt verder gesproken van de vereiste 'creativiteit'.

Het auteursrecht geeft de maker het recht zich te verzetten tegen iedere vorm van geheel of gedeeltelijk reproduceren, bewerken of openbaar maken van diens werk, behoudens de toepasselijkheid van wettelijke beperkingen. Uiteraard valt een-op-een kopiëren (plagiaat, piraterij) daaronder, maar het is ruimer. Er is sprake van een inbreuk makende bewerking wanneer er sprake is van 'ontlening' en 'het beweerdelijk inbreukmakende werk in zodanige mate de auteursrechtelijk beschermde trekken van het eerdere werk vertoont dat de totaalindrukken die de beide werken maken te weinig verschillen voor het oordeel dat het eerstbedoelde werk als een zelfstandig werk kan worden aangemerkt'.¹⁹ Oftewel: dat er zoveel creativiteit van het oorspronkelijke werk in te herkennen is dat de rechter het een inbreuk vindt.

Zoals voor elk recht geldt ook voor het auteursrecht dat het niet verabsoluteerd kan worden en dat er situaties denkbaar zijn waarin de belangen van gebruikers van beschermde werken voorgaan boven die van de rechthebbenden. Het in Nederland geldende grotendeels Europees geharmoniseerde auteursrecht kent een gesloten systeem van beperkingen²⁰ dat geen ruimte laat voor ongeschreven beperkingen op basis van een open norm zoals de Verenigde Staten dat kennen, het hierna te bespreken principe van 'fair use'.²¹ De in dit verband meest relevante wettelijke beperkingen zijn die ten gunste van de 'tijdelijke reproductie' voor een 'rechtmatig gebruik' 'zonder zelfstandige economische waarde',²² voor gebruik voor 'eigen oefening, studie of gebruik',²³ voor gebruik binnen de 'familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring',²⁴ voor ' citeren',²⁵ voor gebruik 'voor de klas' of voor 'een wetenschappelijke doel'²⁶ en voor 'tekst- en datamining'.²⁷ Het privégebruik, het gebruik in de klas en het recht om te citeren (alleen functioneel en ondergeschikt aan de context en mét bronvermelding) worden hier verder niet besproken.

De robot zelf

Niet omstreden is dat de robot zelf, oftewel computerprogramma's als DALL-E en ChatGPT, auteursrechtelijk beschermd zijn. Sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw wordt aangenomen dat computerprogramma's als zodanig voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen, ondanks het technische karakter ervan.²⁸ Die bescherming beperkt zich wel tot het kopiëren van de computerprogrammatuur als zodanig. De robots zelf mogen dus niet worden gekopieerd. Het staat anderen uiteraard wel vrij om vergelijkbare robots te ontwikkelen. Het auteursrecht op de robots zelf laten we hier verder rusten.

Octrooirecht

De robots zelf zouden ook octrooirechtelijk beschermd kunnen zijn als er sprake is van een nieuwe en inventieve toepassing die tijdig is geoctrooieerd. Computerprogramma's als zodanig zijn niet octrooieerbaar,²⁹ maar de toe-

passing ervan in combinatie met een apparaat is dat wel. Ook een octrooi op de robot als zodanig leidt niet tot aanspraken op de vormgeving van de tekst of de afbeeldingen die de robot voortbrengt. Het is denkbaar dat in een geproduceerde tekst een nieuwe technische toepassing beschreven wordt die als inventief beschouwd zou kunnen worden. Dat leidt tot de zeer interessante vraag of dergelijke robotuitvindingen octrooieerbaar zouden kunnen zijn en de daaruit voortvloeiende vraag of de rechten dan toekomen aan de programmeurs van de robot of aan zijn gebruikers en opdrachtgevers. Hierover ging de oratie van Peter Blok³⁰ en deze vraag laten we hier verder rusten.

Is robotkunst auteursrechtelijk beschermd?

Komt het onbewerkte resultaat van een tekst- of kunstrobot voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking? Het antwoord luidt vermoedelijk 'nee, tenzij'. Een door een computerprogramma gegenereerde tekst of afbeelding geeft geen blijk van creatieve menselijke keuzes. Dat is zelfs een van de wezenlijke kenmerken ervan. De robot maakt 'kunstmatig intelligente' keuzes waarbij hij bestaande informatie, zoals woorden en beeldelementen, combineert tot een nieuwe tekst of afbeelding zonder menselijke tussenkomst. Hoe nieuw, origineel of verrassend de tekst of de afbeelding ook is, er is geen sprake van menselijke creatieve keuzes. *Tenzij* de menselijke betrokkenheid zodanig concreet en gedetailleerd is dat de robot als het ware onder menselijke 'leiding en toezicht' een tekst of een afbeelding maakt, waarbij de menselijke creativiteit blijkt

uit de concrete vormgevingskenmerken van het resultaat. De menselijke betrokkenheid kan, zowel aan de *input*-kant als aan de *output*-kant zitten: het resultaat dat de robot produceert kan zowel worden gedictieerd door de ontwerper van de robot, die zijn creativiteit als het ware 'meegeeft' als door de gebruiker, wiens instructies en opdrachten in het resultaat tot uitdrukking komen. Als in het resultaat letterlijk de creatieve input van de gebruiker terugkomt, rust daar auteursrecht op van die gebruiker.³¹ Wanneer en hoe vaak daar sprake van is, is wegens te weinig ervaring voorlopig moeilijk te zeggen en zal vermoedelijk hoe dan ook tamelijk casuïstisch zijn. Daar komt bij dat als de gebruiker de robotkunst ook maar een beetje nabewerkt, die bewerking ertoe kan leiden dat het bewerkte resultaat weer blijk geeft van menselijke keuzes en dus auteursrechtelijk beschermd is.³² Als voorbeeld kan worden verwezen naar de foto's die de NASA maakt in de ruimte: die foto's worden volledig automatisch gemaakt zonder menselijke keuzes, maar de NASA zorgt altijd voor een nabewerking, bijvoorbeeld met kleuren, om vervolgens toch auteursrecht te kunnen claimen.

Bewijsrecht

Als een gebruiker het onbewerkte resultaat van een kunst- of tekstrobot als zijn eigen creatieve werk presenteert, zal het voor derden vaak onmogelijk zijn om vast te stellen of er creatieve keuzes zijn gemaakt bij de opdracht aan de robot of bij eventuele nabewerking – voor zover de gebruiker al duidelijk maakt dat hij een robot heeft gebruikt.

12. De invloed van die gebruiksvoorwaarden wordt hier verder niet besproken, maar dat is wel een belangrijk onderwerp voor nader onderzoek.

13. Art. 1 en 10 Auteurswet. De aanduiding 'letterkunde, wetenschap of kunst' is slechts een domeinafbakening en geen juridische drempel voor bescherming.

14. Bescherming van techniek is het domein van het octrooirecht.

15. HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq I*). In dit arrest besliste het HvJ EU voor het eerst dat het creativiteitsvereiste voor auteursrechtelijke bescherming een Europees geharmoniseerd begrip is.

16. HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*), punt 88-89.

17. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, *NJ* 2008/556, m.nt. E.J. Dommering, *AMI* 2008/12, m.nt. M.R.F. Sentleben, *IER* 2008/58, m.nt. J.M.B. Seignette (*Endstra/Nieuw Amsterdam*). In zijn *Stokke*-arresten oordeelde de Hoge Raad in 2013 dat dit Nederlandse 'persoonlijke stempel'-vereiste op hetzelfde vereiste neerkomt als het Europese *Infopaq*-criterium: HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3 Products*); HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*)

en HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533 (*Hauck/Stokke*), *NJ* 2013/501-503, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2013/8, m.nt. K.J. Koelman en *IER* 2013/50 (alleen *Stokke/Fikszo*), m.nt. P.G.F.A. Geerts.

18. Het is nog nooit met zo veel woorden door het HvJ EU gezegd, maar het volgt uit de vereisten van menselijke creatieve keuzes vastgelegd in tal van arresten sinds HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, *NJ* 2011/288, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2009/20, m.nt. K.J. Koelman, *IER* 2009/78, m.nt. F.W. Grosheide (*Infopaq 1*). In C-145/10, ECLI:EU:C:2011:239 (*Painer*) schrijft A-G Trstenjak in punt 121: 'uniquement le résultat d'une activité créatrice humaine qui est protégé, activité créatrice qui n'est pas exclue du seul fait que l'auteur se serve d'un moyen technique tel qu'un appareil photo'. In het Engels: 'only human creations are... protected.' In de Nederlandse taalversie wordt de mens echter niet genoemd: 'slechts het resultaat van de creatieve arbeid is beschermd, waarbij het niet van belang is of de betrokkene bij die arbeid een technisch hulpmiddel, zoals een fotocamera, heeft gebruikt'.

19. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8456, *NJ* 2003/17,

AMI 2003/1, m.nt. DJGV, *IER* 2003/17, m.nt. FWG (*Accordo/Tros; Una voce particolore*), r.o. 3.5.

20. HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*)

21. *Tekst & Commentaar Intellectuele Eigendom*, inleiding op § 6 Auteurswet, aant. 3 sub c.

22. Art. 13a Auteurswet.

23. Art. 16b en 16c Auteurswet

24. Art. 12 lid 4 Auteurswet

25. Art. 15a Auteurswet

26. Art. 12 lid 5 Auteurswet.

27. Art. 15n en 15o Auteurswet.

28. Dit blijkt uit art. 10 lid 1 sub 12 en hoofdstuk VI Auteurswet.

29. Art. 2 lid 2 sub c Rijsoctrooiwet.

30. P.H. Blok, *Echte rechten voor kunstmatige creaties. Moeten we octrooien blijven verlenen als slimme systemen het uitvindwerk overnemen?* (Rede Utrecht), Amsterdam: deLex 2018.

31. Zie hetgeen in Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht* (2019) in par. 2.6 over dit onderwerp wordt gemeld: 'Zolang er sprake is van een aanwijsbare persoon die zich weliswaar van computertechnologie bedient, maar wiens persoonlijk stempel aanwezig geacht kan worden in het resultaat van de samenwerking tussen mens en machine, zal er nog steeds sprake zijn van

een werk in de zin van het auteursrecht. [...] waar een computergeheugen geladen is met enerzijds een thesaurus van combineerbare woorden of grafische voorstellingen en anderzijds een zgn. toevalsgenerator [...] is betwistbaar dat 'de druk op de knop' überhaupt een werk doet ontstaan, hoe uniek, opmerkelijk of zelfs 'fraai' het resultaat ook zou zijn; verdedigbaar is ook dat gesproken moet worden van een werk zonder (menselijke) auteur, zodat het resultaat om die reden in het publiek domein valt.' Wanneer de 'toevalsgenerator' in dit citaat wordt vervangen door of aangevuld met 'kunstmatige intelligentie' en de 'druk op de knop' door 'het invoeren van een simpele vraag of opdracht' is er m.i. überhaupt geen sprake van een werk of, zo men wil, van een niet-beschermd werk zonder maker dat in het publieke domein valt.

32. In de rechtspraak van het HvJ wordt de nabewerking van foto's nadrukkelijk genoemd als een van de handelingen waardoor de maker zijn persoonlijk stempel op een foto kan drukken: 'Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken'. HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Eva Maria Painer*), punt 91.

We gaan er traditioneel van uit dat de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creativiteit uit het werk zelf moet blijken

Dat brengt ons direct bij het grootste bewijstechnische probleem. We gaan er traditioneel van uit dat de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creativiteit uit het werk zelf moet blijken. 'Het gaat [bij de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creativiteit] om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen', aldus de Hoge Raad in zijn *Endstra*-arrest.³³ Bij robotkunst lijkt hierdoor voor degene die een in zijn opdracht gemaakt uniek robotkunstwerk als zijn eigen intellectuele schepping presenteert een 'onoverkomelijk bewijsgemak' te ontstaan. Het is niet vereist om een buiten het werk gelegen bewijs van creatieve bedoeling te leveren. Maar bij robotkunst of robottekst is het juist heel moeilijk om vast te stellen of de in dat werk belichaamde creativiteit van menselijke herkomst is. Op internet zijn berichten te vinden dat er software zou bestaan die dit kan vaststellen.³⁴ Het is evenwel niet duidelijk hoe dat zou moeten werken, althans niet opnieuw omzeild zou kunnen worden.

Wanneer iemand een nieuwe, niet bewijsbaar ontleende, complexe tekst of een nieuwe, niet bewijsbaar ontleende, visueel aantrekkelijke afbeelding als zijn eigen creatieve werk presenteert (en niet aantoonbaar is dat het een product van een robot is), kan hij iemand anders het kopiëren daarvan proberen te verbieden. De zeer moeilijke bewijslast dat er geen sprake is van auteursrechtelijk beschermd werk zal dan waarschijnlijk bij de kopiërende wederpartij liggen. Vervolgens geldt ook nog eens:

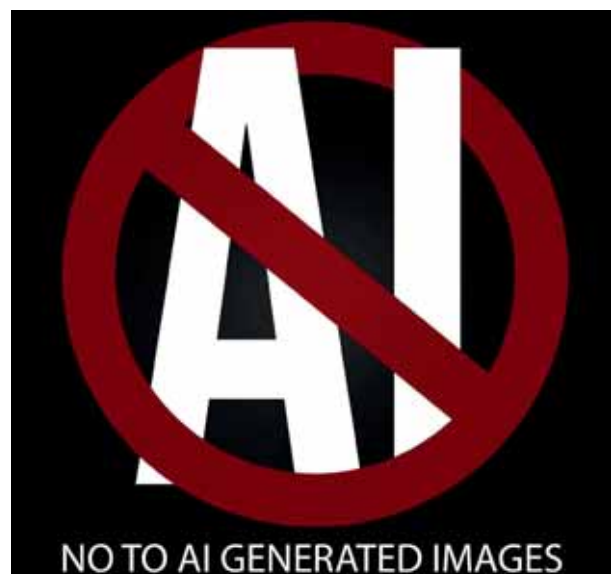
'Behoudens bewijs van het tegendeel wordt voor den maker gehouden hij die op of in het werk als zoodanig is aangeduid, of bij gebreke van zulk eene aanduiding, degene, die bij de openbaarmaking van het werk als maker daarvan is bekend gemaakt door hem, die het openbaar maakt.'³⁵

Gevolgen

Een reeks vragen kan gesteld worden over de gevolgen. Hoe bezwaarlijk is het als iemand zich als auteursrechthebber kan presenteren ten aanzien van robotkunst? Wie heeft er last van? Waarom zou iemand *andermans* robottekst of robotkunst *willen* kopiëren als hij of zij zonder veel moeite zelf zijn *eigen* unieke robottekst of robotkunst kan laten maken (of, natuurlijk, er eer in scheidt zelf werken te maken)? Hoe aantrekkelijk is robotkunst als iedereen het op ieder moment kan maken? Als robotkunst niet van echte kunst is te onderscheiden, heeft robotkunst dan ook impact op de aantrekkelijkheid van echte kunst? Zijn mensen dan minder bereid te betalen voor echte kunst, en zijn

echte (menselijke) kunstenaars dan minder geneigd kunst te maken? Met deze vragen raken we aan het fundament van het auteursrecht dat er is om het maken van kunst te erkennen, te belonen en aan te moedigen. Wordt dat fundament aangetast als robots iets ook of beter kunnen, zonder erkenning, aanmoediging of beloning? Andere technische ontwikkelingen tonen aan dat de impact aanzienlijk kan zijn: het is evident dat de komst van 'intelligente' camera's in mobiele telefoons en 'intelligente' vertaalssoftware de vraag naar professionele foto's en de werkgelegenheid voor vertalers sterk heeft beïnvloed. Die invloed had de komst van de fotografie overigens ook op de (portret)schilderkunst en de komst van de grammofonplaat op de werkgelegenheid van de muzikant.³⁶

Het is ook duidelijk dat tekst- en beeldmakers zich momenteel bedreigd voelen door deze nieuwe robots. Zie bijvoorbeeld het online protest tegen AI-gegenereerde afbeeldingen, gestart door Alexander Nanitchkov (zie afbeelding) en de tweet van Jon Moisan, acquisitieredacteur bij een stripuitgever die in een tweet AI-kunst 'fraude' noemt.³⁷ (zie afbeelding). De verontwaardiging is inmiddels groot. Op de wenselijkheid van de AI-robot(hulp)midelen wordt aan het slot van dit artikel teruggekomen. Nu wordt de analyse naar geldend auteursrecht vervolgd.



Maakt robotkunst inbreuk?

Kan het (individuele) resultaat van een tekst- of kunstrobot inbreuk maken op het auteursrecht op bestaand werk? Het begint ermee dat alle resultaten van robotkunst technisch gezien in ieder geval indirect 'ontleend' zijn aan bestaand werk dat als trainingsdata wordt ingevoerd. Aan het vereiste van ontlening voor auteursrechtinbreuk is dus snel voldaan. Een robot combineert immers op basis van wat hij heeft 'geleerd'. Nu doen menselijke kunstenaars dat natuurlijk ook, maar daarbij spreken we toch van autonome menselijke creatie. Bij robots noemen we het meestal nog kopieergedrag, al is de kunst-

Alle resultaten van robotkunst zijn technisch gezien in ieder geval indirect 'ontleend' aan bestaand werk dat als trainingsdata wordt ingevoerd

matige intelligentie dat stadium misschien al ontgroeit. Bij robottekst lijkt de kans inmiddels kleiner dat er hele zinnen worden gekopieerd uit beschermd bestaand materiaal. Dit omdat de tekstrobots tegenwoordig vermoedelijk zo 'intelligent' zijn dat ze uit zoveel verschillende schriftelijke bronnen putten dat er niet meer bewijsbaar uit één bepaalde bron een auteursrechtelijk beschermd fragment wordt overgenomen. Misschien zijn kunstrobots ook al zover, maar vermoedelijk is het risico daar toch wat groter dat er gelijkenis met bepaalde bestaande werken ontstaat die als inbreuk kan worden gekwalificeerd. De gelijkenis kan op 'toeval' berusten, maar als de totaalindrukken overeenstemmen en er zijn overeenstemmende beschermde trekken aan te wijzen dan zal van auteursrechtinbreuk kunnen worden gesproken. Voor het maken van inbreuk is immers geen 'opzet' vereist. Onbewuste ontlening is ook ontlening. En als er nog een, vaak enigszins 'verknijpte', vermelding of een watermerk van een rechthebbende zichtbaar is, zoals 'Getty Images', dan is inbreuk ook snel aannemelijk (zie afbeelding).

Mocht het resultaat op grond van een te grote gelijkenis met bestaand werk inbreuk maken, dan is er wat het gebruik van dat resultaat betreft nog geen probleem zolang dat resultaat is verkregen voor 'eigen oefening, studie of gebruik'³⁸ of voor gebruik binnen de 'familie-, vrienden- of daaraan gelijk te stellen kring'.³⁹ Openbaarmaking



Een afbeelding gemaakt door/met Stable Diffusion waarin 'Getty Images' watermerk zichtbaar is. Beeld: The Verge/Stable Diffusion

van het resultaat anders dan 'voor de klas' of voor 'een wetenschappelijk doel'⁴⁰ of buiten de 'besloten kring' levert wel echt auteursrechtinbreuk op, waartegen kan worden opgetreden.

Wordt er in het (voorbereidende) samenstellingsproces inbreuk gemaakt door de robot?

Het is niet verbazend dat de *output* van robots veel aandacht trekt: kunstmatig gecreëerde beelden en teksten die 'net echt' lijken en zeer authentiek overkomen zijn een spectaculair en tastbaar bewijs van wat kunstmatige intelligentie vermag. Dat roept dan meteen vragen op over of die resultaten inbreukmakend zijn en of het tonen daarvan openbaarmaking is, zoals hiervoor besproken. Maar dat laat onverlet dat op dit moment misschien wel de belangrijkste vraag is of in het aan die productie voorafgaande proces, met name door het verwerken van gigantische hoeveelheden bestaand materiaal als trainingsdata, inbreuk wordt gemaakt op het auteursrecht op dat materiaal. Dit is deels een feitelijke vraag (wat wordt er nu precies gekopieerd, hoe gaat dat precies en hoe lang wordt wat bewaard en in welke vorm?), maar voor een belangrijk deel een vraag van juridische kwalificatie. Levert het verwerken van al dat bestaand materiaal als trainingsdata een reproductie op, die op grond van het auteursrecht kan worden verboden of waarvoor een schadevergoeding kan worden gevraagd? Het auteursrecht is immers niet alleen een exclusief openbaarmakingsrecht, maar evenzeer een exclusief reproductierecht. Het is aannemelijk dat er in het voorbereidende samenstellingsproces sowieso sprake is van een reproductie, gezien de zeer ruime definitie: 'de directe of indirecte, tijdelijke of duurzame, volledige of gedeeltelijke reproductie van dit materiaal, met welke middelen en in welke vorm ook'.⁴¹

Toegestane 'tijdelijke reproductie'?

Van het reproductierecht zijn naar EU-auteursrecht uitgezonderd: 'tijdelijke reproductiehandelingen, [...], die van

33. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556, m.nt. E.J. Dommering, AMI 2008/12, m.nt. M.R.F. Senftleben, IER 2008/58, m.nt. J.M.B. Seignette (Endstra/Nieuw Amsterdam), r.o. 4.5.2.
34. De app GPTZero pretendeert bij voor-

beeld een robot teksten te kunnen laten detecteren en Open AI heeft begin februari 2023 ook zijn eigen AI-tekst-detector gelanceerd, waarvan de (grote) tekortkomingen direct door haarzelf werden toegegeven.
35. Art. 4 Auteurswet, zoals de spelling verraadt al sinds 1912 onderdeel van de

Auteurswet.
36. Vgl. Visser, 'Ontschrijving, onttekening en ontkenning', ie-forum.nl, 30 januari 2023 IEF 21201.
37. Bron: Villamedia 23 januari 2023, villa-media.nl/artikel/zorgen-om-ai-ik-hoop-toch-dat-kranten-en-tijdschriften-gebruik-

blijven-maken-van-authentiek-werk.
38. Art. 16b en 16c Auteurswet.
39. Art. 12 lid 4 Auteurswet.
40. Art. 12 lid 5 Auteurswet.
41. Art. 2 Arl. (Richtlijn 2001/29/EG van 22 mei 2001 betreffende het auteursrecht in de informatiemaatschappij).

voorbijgaande of incidentele aard zijn, en die een integraal en essentieel onderdeel vormen van een technisch procédé en die worden toegepast met als enig doel: [...] een rechtmatig gebruik van een werk of ander materiaal mogelijk te maken, en die geen zelfstandige economische waarde bezitten.⁴² Is hier sprake van *tijdelijke* reproductiehandelingen? Is hier sprake van een *rechtmatig gebruik*? Is hier sprake van 'geen *zelfstandige* economische waarde'? Het HvJ EU heeft over een enigszins vergelijkbaar, maar economisch veel minder 'bedreigend' proces geoordeeld dat dit inderdaad reproductiehandelingen behelst, waarbij in dat specifieke geval echter aan de voorwaarden van deze uitzondering werd voldaan. Het ging om het scannen en doorzoeken van krantenartikelen om daar op basis van bepaalde zoekwoorden fragmenten van elf woorden uit te halen om nieuwssignaleringen voor klanten te maken.⁴³

Daarbij kwamen ook aan de orde de voorwaarden die in het auteursrecht voor alle wettelijke beperkingen gelden, ingevolge de zogenaamde driestappentoets⁴⁴ die onder meer voorschrijft 'dat de reproductiehandelingen geen afbreuk mogen doen aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk mogen schaden'. In de zaak over het doorzoeken van kranten en het weergeven van elf woorden oordeelde het HvJ EU dat aan die voorwaarden was voldaan, onder meer omdat de opslag in dat geval inderdaad louter tijdelijk was en ook geen zelfstandig economisch voordeel opleverde. Maar gezien de reacties in de markt is verdedigbaar dat de reproductiehandelingen door de huidige robots wél afbreuk doen aan de 'normale exploitatie' van werken en de wettige belangen van de rechthebbenden wél onredelijk worden geschaad. Enerzijds is deze driestappentoets nooit bedoeld om nieuwe technische ontwikkelingen tegen te houden, maar anderzijds beoogt zij het opofferen van legitieme belangen van rechthebbenden aan commerciële belangen van gebruikers niet zonder meer te faciliteren. Omdat het gaat om de interpretatie van bestaande regelgeving in de EU zal het HvJ EU zich hier uiteindelijk over moeten uitspreken, waarbij het Hof zich volgens zijn eigen regels zal baseren op een uitlegging van deze en andere auteursrechtelijke beperkingen die, 'met volledige inachtneming van de bewoordingen en behoud van de nuttige werking ervan, volkomen in overeenstemming is met de door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie gewaarborgde fundamentele rechten'.⁴⁵ Dat heeft weinig voorspellende kracht, en het Hof kan ook nog eventueel doorslaggevende kwantiteitsvragen als 'feitelijk' terugschuiven naar de nationale rechter, ten koste van rechtseenheid en rechtszekerheid.

Toegestane tekst- en datamining?

Er is nog een andere beperking op het auteursrechtelijk verbodsrecht van belang. Sinds 2021 is het reproducieren van werken in het kader van 'tekst- en datamining' toegestaan, 'mits degene die de tekst- en datamining verricht rechtmatig toegang heeft tot het werk en het auteursrecht door de maker of zijn rechtverkrijgenden niet uitdrukkelijk op passende wijze is voorbehouden, zoals door middel van machinaal leesbare middelen bij een online ter beschikking gesteld werk'.⁴⁶ 'Tekst- en datamining' is 'een geautomatiseerde analysetechniek die gericht is op de ontleding van tekst en gegevens in digitale vorm om informatie te genereren zoals, maar niet uitsluitend, patronen, trends en onderlinge verbanden'.⁴⁷ 'Dankzij tekst- en datamining kunnen grote hoeveelheden informatie worden verwerkt om nieuwe kennis te verwerven en nieuwe tendensen te ontdekken. Technologieën voor tekst- en datamining spelen een grote rol in de digitale economie; evenwel wordt in brede kring erkend dat tekst- en datamining in het bijzonder gunstig kan zijn voor de onderzoeksgemeenschap en op die wijze innovatie kan ondersteunen', aldus de overweging bij de EU-richtlijn die deze nieuwe uitzondering heeft geïntroduceerd.⁴⁸ De uitzondering was primair bedoeld voor non-profit onderzoekinstellingen, maar commerciële tekst en datamining mag ook, tenzij de rechthebbende het auteursrecht uitdrukkelijk op passende wijze heeft voorbehouden (zoals door middel van machinaal leesbare middelen bij een online ter beschikking gesteld werk).⁴⁹ Dit roept de vraag op of de activiteit van de tekst- en kunstrobots onder deze beperking ten gunste van tekst- en datamining vallen. Ook die vraag zal het HvJ EU moeten gaan beantwoorden. Dat geldt ook voor de vraag wanneer 'degene die de tekst- en datamining verricht rechtmatig toegang heeft tot het werk'. Alles wat in open access staat zal daar hoogstwaarschijnlijk wel onder vallen,⁵⁰ maar geldt dat ook voor alles dat achter een betaalmuur staat maar wel door zoekmachines doorzocht mag worden om het vindbaar te maken?

Een volgende vraag is of rechthebbenden nu massaal hun auteursrecht gaan voorbehouden, waardoor commerciële tekst- en datamining misschien sowieso niet mag naar EU-auteursrecht:

'©! Auteursrecht nadrukkelijk voorbehouden. Verwerking door kunstmatige intelligentie niet toegestaan.'

Het voorbehoud zal overigens in een voor een machine leesbare vorm bij het materiaal zelf moeten worden geplaatst, om vervolgens ook effect te hebben.⁵¹ Ten aanzien van deze beperking en het vereiste voorbehoud geldt ook dat deze op grond van de driestappentoets 'geen

Wordt het fundament van het auteursrecht dat er is om het maken van kunst te erkennen, te belonen en aan te moedigen aangetast als robots iets ook of beter kunnen, zonder erkenning, aanmoediging of beloning?

afbreuk mogen doen aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk mogen schaden, maar 'met volledige inachtneming van de bewoordingen en behoud van de nuttige werking' van de betreffende beperking, 'volkomen in overeenstemming' is met de grondrechten, waaronder de informatievrijheid.

Op de vraag of het wenselijk is dat een dergelijk voorbehoud massaal wordt gemaakt, wordt aan het slot teruggekomen.

Verenigde Staten

In de Verenigde Staten bestaan geen gedetailleerde wettelijke beperkingen op het auteursrecht ten aanzien van 'tijdelijke reproductie' of 'tekst- en datamining'. Aldaar gaat het om (de interpretatie van) de algemene *fair use*-beperking:

'the fair use of a copyrighted work, [...], for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for non profit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.'⁵²

In San Francisco loopt sinds 3 november 2022 een *class action* tegen onder andere OpenAI waarin aan de orde is of er sprake is van auteursrechtinbreuk of van *fair use*.⁵³ Daar wordt onder meer het volgende verweer geciteerd:

42. Art. 5 lid 1 Arl., geïmplementeerd in art. 13a Auteurswet.

43. HvJ EU 17 januari 2012, C-302/10, ECLI:EU:C:2012:16, *AMI* 2011, p. 75-80, m.nt. J.H. Spoor (*Infopaq II*).

44. Opgenomen in art. 5 lid 5 Arl. en art. 9 lid 2 Berner Conventie. De eerste stap schrijft voor dat beperkingen 'slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast', maar die voorwaarde stelt in de praktijk niks voor. Het gaat om de andere twee voorwaarden.

45. HvJ EU 29 juli 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 (*Spiegel Online*).

46. Er is ook een exceptie voor tekst- en datamining specifiek door wetenschappelijke instellingen die niet met een voorbehoud kan worden uitgesloten, maar commerciële proposities als ChatGPT zullen daar niet van profiteren.

47. Art. 2 lid 2 DSM-richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en

naburige rechten in de digitale eengemaakte markt.

48. Overweging 8 bij de DSM-richtlijn.

49. Opmerkelijk is dat commerciële partijen gebruik zouden maken van databases aangelegd door wetenschappelijke instituten, als de Computer Vision & Learning research group van de LMU München. waxy.org/2022/09/ai-data-laundry-how-academic-and-nonprofit-researchers-shield-tech-companies-from-accountability/.

50. Hoewel daar ook weer (algemene) voorwaarden op van toepassing kunnen zijn.

51. 'Er zijn verschillende manieren om dit te doen. Allereerst kan dit bijvoorbeeld door het gebruiken van het zogenaamde 'robots.txt'-protocol' op je website. LAION, de database achter Stable Diffusion AI, heeft aangegeven dat diens *crawler* het robots.txt-protocol respecteert. Online kun je meer vinden over hoe je dit precies kunt doen.

'Training machine learning models on publicly available data is considered fair use across the machine learning community . . . OpenAI's training of Codex is done in accordance with global copyright laws which permit the use of publicly accessible materials for computational analysis and training of machine learning models, and do not require consent of the owner of such materials. Such laws are intended to benefit society by enabling machines to learn and understand using copyrighted works, much as humans have done throughout history, and to ensure public benefit, these rights cannot generally be restricted by owners who have chosen to make their materials publicly accessible.'

De eisers noemen dit pure speculatie en wijzen erop dat nog geen rechtbank heeft geoordeeld dat het verwerken van trainingsdata als *fair use* moet worden gekwalificeerd. Dat klopt, maar wetenschappers in de VS hebben inderdaad gepleit voor 'fair (machine) learning' als onderdeel van *fair use*.⁵⁴ Een commentator⁵⁵ merkt terecht op dat het in de VS gaat om de vraag of er sprake is van *fair use*, maar dat ook daar toetsing aan de eerder genoemde driestappentoets vereist is omdat die in het internationale auteursrechtverdrag, de Berner Conventie, is vastgelegd. Andere relevante 'global copyright laws' bestaan niet, en in de EU moeten we het doen met de besproken specifieke beperkingen. In de VS gaan de rechters daar beslissen,⁵⁶ in de EU is het laatste woord aan het HvJ EU. In het Verenigd Koninkrijk, waar ook al een (proef) procedure is aangekondigd⁵⁷ proberen ze sinds Brexit hun eigen plan te trekken, zoals we aan het slot van deze bijdrage zullen zien.

Aanverwante rechten

Databankenrecht

Het is ook interessant om even te kijken naar de in de EU bestaande aan het auteursrecht verwante rechten die geen

Waar mogelijk kun je daarnaast gebruik maken van vaste instellingen op platforms waar veel beeldend werk wordt gedeeld. Zo hebben ArtStation en DeviantArt inmiddels een 'tag' ontwikkeld, de zogenaamde NoAI of NoImageAI-tags, die je kunt selecteren bij het uploaden van je werk op deze platforms. Hiermee geef je aan dat je dit specifieke werk uitzondert van de mogelijkheid om het voor TDM te gebruiken. Dit wordt geïntegreerd in de HTML, en is leesbaar voor crawling software.' bron: pictoright.nl/faq/faq-ai-auteursrecht/.

52. 17 U.S. Code § 107.

53. githubcopilotlitigation.com/. Er is sinds 13 januari 2023 ook een procedure in San Francisco van drie beeldende kunstenaars tegen Stability AI.

54. Mark A. Lemley & Bryan Casey, 'Fair Learning', *Texas Law Review* 2021, vol 99, iss. 4.

55. Neil Turkewitz, 'Searching for global

copyright laws in all the wrong places: An examination of the legality of OpenAI's data scraping', 13 december 2022, medium.com/@nturkewitz_56674/searching-for-global-copyright-laws-in-all-the-wrong-places-an-examination-of-the-legality-of-cec358492285.

56. Het Supreme Court gaat zich binnenkort uitspreken over 'transformative' *fair use* in een zaak over een door Andy Warhol bewerkte foto van Prince gemaakt door fotograaf Goldsmith. Mogelijk zullen in die uitspraak overwegingen voorkomen die relevant zijn voor robotkunst. De pleidooien in die zaak vonden op 12 oktober 2022 plaats.

57. In het Verenigd Koninkrijk heeft Getty Images een procedure bij het High Court of Justice aangekondigd tegen Stability AI. (Persbericht van Getty Images van 17 januari 2023).



Beeld: Dall_E 2 Instructie: 'A graphic designer afraid of the alleged unfair competition by artificial intelligence in the style of Co Westerik'.

creativiteit vereisen, omdat het in essentie investeringsbeschermingsrechten zijn. Dan hebben we het bijvoorbeeld over het databankenrecht, dat databanken waarin substantieel is geïnvesteerd beschermt tegen het opvragen of hergebruiken (vergelijkbaar met auteursrechtelijk reproduceren en openbaarmaken) van substantiële delen ervan.⁵⁸ Het is goed verdedigbaar dat het gebruik van trainingsdata door tekst- en kunstrobots gepaard gaat met het massaal opvragen en hergebruiken van substantiële delen van sommige beschermde databanken. Ook voor het databankenrecht geldt echter een tekst- en datamining-uitzondering met de mogelijkheid van een voorbehoud om de commerciële variant toch te kunnen verbieden.⁵⁹ Daarnaast schrijft het HvJ EU in zijn databankrecht-rechtspraak over zoeken, kopiëren en indexerend van vrij op internet toegankelijke databanken inmiddels een oneerlijke mededinging-achtige afweging voor, waarbij getoetst moet worden of de aangevallen handelingen 'schade berokkenen aan [de] investering in de verkrijging, de controle of de presentatie van die inhoud, dat wil zeggen het risico meebrengen dat deze investering niet met een normale exploitatie van de betrokken databank kan worden terugverdiend'.⁶⁰ Want:

'Er moet een juist evenwicht tot stand worden gebracht tussen, enerzijds, het legitieme belang van de fabrikanten van databanken om hun substantiële

investering te kunnen dekken en, anderzijds, dat van de gebruikers en de concurrenten van die fabrikanten om toegang te krijgen tot de in die databanken vervatte informatie en om innovatieve producten te creëren die op deze informatie zijn gebaseerd'.⁶¹

Waar bij het gebruik voor en door tekst- en kunstrobots het 'juiste evenwicht' ligt, mag het HvJ EU uiteindelijk gaan beslissen of gaan benaderen. Wat betreft het databankenrecht verdient ook nog opmerking dat de eigenaar van tekst- en kunstrobots vermoedelijk geen bescherming kan claimen op de verzameling van alle tekst en kunst die ermee door gebruikers kan worden vervaardigd. Dit omdat de substantiële investering zit in het creëren van de robots of de eventuele output, niet in het verzamelen of presenteren daarvan. Als de gebruiker van een tekstrobot daarentegen substantieel investeert om met behulp van een tekst- of datarobot weer waardevolle databanken aan te leggen, zou die gebruiker mogelijk wel databankrecht hebbende op het resultaat kunnen zijn. Maar dan moet hij of zij wel bewijzen zelf ook nog substantieel in het bijeenbrengen van die verzameling te hebben geïnvesteerd. Een simpele opdracht aan een robot volstaat dan zeker niet. Tot slot nog één bijzonderheid: databankenrecht geldt alleen voor databankproducenten uit de EU, niet uit de VS.⁶²

Perspublicaties

Sinds 2021 is er een nieuw naburig recht voor uitgevers van perspublicaties (een eigen recht, los van de auteursrechten op de individuele perspublicaties zelf).⁶³ De uitgevers hebben een ruim reproductierecht en een openbaarmakingsrecht ten aanzien van 'het onlinegebruik van hun perspublicaties door aanbieders van diensten van de informatiemaatschappij'. Dit recht duurt overigens maar twee jaar (na de eerste januari van het jaar volgend op dat waarin de perspublicatie openbaar is gemaakt). Dit recht is om twee redenen interessant. Het biedt nieuwsuitgevers mogelijk een extra grondslag om zich te verzetten tegen het gebruik van hun publicaties als trainingsdata voor tekstrobots. Daarbij is de eerste vraag of de aanbieder van de robots 'aanbieder van diensten van de informatiemaatschappij' is. Dat is zeer waarschijnlijk het geval, want het gaat om 'elke dienst die gewoonlijk tegen vergoeding, langs elektronische weg, op afstand en op individueel verzoek van een afnemer van diensten wordt verricht'.⁶⁴ Vervolgens geldt dat dit recht dezelfde wettelijke beperkingen kent als het auteursrecht ten aanzien van 'tijdelijke reproductie'⁶⁵ én ten aanzien van tekst- en datamining.⁶⁶ Maar, en dat is misschien nog wel interessanter, dit persuitgeversrecht kan ook bescherming bieden aan het resultaat dat tekstrobots voortbrengen. Dit recht kent geen creativiteitsvereiste. Het geldt voor 'literaire werken van journalistieke aard maar [kan] ook andere werken of andere materialen (...) omvatten'. Voorwaarde is dat het in een (nieuws) 'medium wordt gepubliceerd op initiatief en onder redactionele verantwoordelijkheid en controle van een dienstverlener'.⁶⁷ Dus als een nieuwsuitgever ervoor kiest een door een tekstrobot vervaardigd nieuwsbericht te publiceren, verkrijgt hij daarmee dit ruim twee jaar durende naburige recht op dit bericht. Raar maar waar.

Ook voor het databankenrecht geldt echter een tekst- en datamining-uitzondering met de mogelijkheid van een voorbehoud om de commerciële variant toch te kunnen verbieden

En dit brengt ons bij wege van een geschiedkundig terzijde tot de signalering dat de output van tekstrobots naar alle waarschijnlijkheid onder de zogenaamde niet-oorspronkelijke *geschriftenbescherming* zou zijn gevallen als we die vorm van pseudo-auteursrecht niet per 1 januari 2015 hadden afgeschaft.⁶⁸

Andere aanverwante rechten

Het is ook aardig om even stil te staan bij het feit dat ten aanzien van *geluid* en *bewegend beeld* in de EU drie naburige rechten bestaan die geen creativiteit vereisen en die zowel een obstakel als een bescherming voor film- en geluidsrobots zouden kunnen zijn. De naburige rechten van 'producenten van eerste vastleggingen van films', 'omroeporganisaties' en 'fonogrammenproducenten' beschermen ook tegen reproductie en (online) openbaarmaking, zonder dat enige creativiteit vereist is. Ook hiervoor gelden de beperkingen ten aanzien van 'tijdelijke reproductie'⁶⁹ en (commerciële) tekst- en datamining met mogelijkheid van het uitdrukkelijk voorbehoud.⁷⁰ Van het recht dat rust op 'iedere opname van geluiden' heeft het HvJ EU bepaald dat de fonogrammenproducent op grond hiervan 'kan beletten dat een geluidsfragment van zijn fonogram, hoe kort dan ook, door een derde wordt overgenomen en op een ander fonogram wordt vastgelegd, tenzij dat fragment in een gewijzigde en voor het oor onherkenbare vorm op laatstgenoemd fonogram wordt vastgelegd'.⁷¹ Bij de beschermingsomvang van dit soort naburige rechten is dus kennelijk van belang of het (menselijk) oor kan waarnemen of iets is gekopieerd. Het ligt voor de hand dat dit ook voor het (menselijk) oog zal gelden. Dat betekent dat alle robotkunst die op grond van menselijke visuele waarneming is gekopieerd, onder

de beschermingsomvang van deze aanverwante rechten kan vallen.

Wetenschappelijke en maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen

Het gebruik van tekstrobots om docenten of examinatoren te misleiden is zonder twijfel fraude of plagiaat en in strijd met de regels die gelden in het onderwijs.⁷² Wanneer die fraude moeilijk te bewijzen is, zullen de toetsmethodes moeten worden aangepast. Ook in het algemene maatschappelijk verkeer (denk aan sollicitaties, gepersonaliseerde advertenties, kennismakingsadvertenties, verzoeken om donaties) zal het gebruik van tekst- of kunstrobots om anderen te misleiden over de eigen kwaliteiten onzorgvuldig en onrechtmatig of zelfs strafbaar kunnen zijn. Dat geldt ook voor het gebruik om opzettelijk zeer betrouwbaar uitzijnde desinformatie te verspreiden. Denk aan alle spam en misleidende reclame die er steeds menselijker en geloofwaardiger uit gaat zien. Er zijn nog tal van situaties te bedenken die we hier niet allemaal kunnen bespreken. We bespreken één gebruiksvorm die dicht tegen de auteursrechtinbreuk aan zit: de stijlnabootsing.

Stijlnabootsing

Het is mogelijk om een tekst- of kunstrobot de volgende opdracht te geven: 'maak een tekst of een kunstwerk in de stijl van kunstenaar X'. Mag dat?⁷³

'Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad brengt het gebruik van hetzelfde materiaal, het bewerken daarvan volgens dezelfde, een bepaald artistiek effect opleverende methode, of het volgen van dezelfde stijl, nog niet mee dat sprake is van

Het gebruik van tekstrobots om docenten of examinatoren te misleiden is zonder twijfel fraude. Wanneer die fraude moeilijk te bewijzen is, zullen de toetsmethodes moeten worden aangepast

58. Vastgelegd in de Databankenwet uit 1999 en gebaseerd op de Databanenrichtlijn in 1996.

59. Art. 4a sub b Databankenwet.

60. HvJ EU 3 juni 2021, C-762/19, ECLI:EU:C:2021:434, (*CV-Online Latvia/Melons*), *Auteursrecht* 2021/4, nr. 9, m.nt. Krikke.

61. Idem, punt 41. Opmerking verdient nog dat naar verluidt Italiaanse persuitgevers het Italiaanse Hof van Cassatie in januari 2023 aan hun zijde hebben gevonden in hun strijd tegen ongeautoriseerd gebruik van hun online content als input voor mediamonitoring producten (simpel gesteld: de moderne variant van de digitale knipselkrant), overigens op basis van het auteurs- en databankenrecht, [dirittoedinformazione.it/stop-alla-pirateria-giornalistica/](https://www.dirittoedinformazione.it/stop-alla-pirateria-giornalistica/).

62. Zie art. 7 Databankenwet.

63. Dit recht ligt sinds 2021 vast in art. 7b WNR en is gebaseerd op art. 15 DSM-richtlijn.

64. Art. 2 lid 5 DSM-richtlijn verwijst naar art. 1 lid 1 onder b van Richtlijn (EU) 2015/1535 (betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij).

65. Zie art. 7b jo. art. 1 sub f Wet op de naburige rechten.

66. Zie art. 10 sub q Wet op de naburige rechten.

67. Art. 1 sub r Wet op de naburige rechten.

68. Wet van 5 november 2014 tot wijziging van de Auteurswet in verband met de afschaffing van bescherming van geschrif-

ten zonder oorspronkelijk karakter of persoonlijk stempel van de maker, *Stb.* 2014, 428.

69. Art. 1 sub f Wet op de naburige rechten.

70. Art. 10 sub q Wet op de naburige rechten.

71. HvJ EU 29 juli 2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 (*Pelham/Hütter; Metall auf Metall*). De zaak ging over het in de muzikwereld bekende fenomeen van de 'sound sampling', i.c. uit een bekend nummer van Kraftwerk.

72. 'Ieder handelen of nalaten dat het op de juiste wijze vormen van een oordeel over iemands kennis, inzicht, vaardigheden, (beroeps)houding of reflectie geheel of gedeeltelijk onmogelijk maakt', wordt gekwalificeerd als fraude. En 'het gebruik-

maken dan wel overnemen van anderomsketen, gegevens of ideeën zonder volledige en correcte bronvermelding' en 'het indienen van werkstukken die al dan niet tegen betaling door een ander zijn geschreven' is plagiaat. Zo staat het in de 'Regels en richtlijnen tentamens en examens van de examencommissie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid betreffende de bacheloropleidingen' in Leiden en in min of meer dezelfde bewoordingen in de regels van alle andere universiteiten.

73. Ten overvloede: als de kunstenaar in deze opdracht langer dan 70 jaar geleden is overleden, is diens auteursrecht sowieso verlopen en is de hiernavolgende discussie niet aan de orde.

nabootsing van een werk als bedoeld in art. 13 Aw.⁷⁴ De Auteurswet geeft geen exclusief recht aan degenen die volgens een – hem kenmerkende – stijl werkt. Aan deze rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat de auteursrechtelijke bescherming van abstracties als stijlkenmerken een ontoelaatbare beperking van de vrijheid van creatie van de maker zou meebrengen, en aldus een rem op culturele ontwikkelingen zou vormen. Tegen deze achtergrond dient te worden geoordeeld dat het recht geen ruimte laat voor aanvullende bescherming van de maker van een werk op grond van art. 6:162 BW tegen zogenoemde slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken. Een ander oordeel zou meebrengen dat langs die weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de hiervoor [...] vermelde rechtspraak beoogt te voorkomen. Het vorenstaande sluit niet uit dat slaafse nabootsing van een stijl of van stijlkenmerken onder bijkomende omstandigheden onrechtmatig kan zijn, maar daartoe is niet toereikend dat die nabootsing nodeloos is en bij het publiek verwarring wekt.⁷⁵

Stijl is dus in beginsel vrij en nabootsing ervan mag zelfs nodeloos verwarring wekken, vond de Hoge Raad tien jaar geleden in een zaak over het nabootsen van een schilderij met gezellige dikke mensen, veelal met een glaasje wijn, als geschilderd door mevrouw Duijsens en nagedaan door de heer Broeren. Het Hof Den Bosch was van oordeel dat er wél sprake was van nodeloos verwarring wekken en daarmee onrechtmatige stijlnabootsing. De Hoge Raad was het daar in 2013 dus niet mee eens.



Schilderijen van Duijsens (links) en Broeren (rechts). Auteursrechtinbreuk of (toegestane) stijlnabootsing?

Het valt niet uit te sluiten dat de Hoge Raad desgevraagd zijn rechtspraak zou kunnen verfijnen door in het ‘parasitaire’ gebruik van kunstrobots bij stijlnabootsing een onrechtmatige ‘bijkomende omstandigheid’ te zien.

Bovendien geldt in het auteursrecht dat de enkele omstandigheid dat het werk of bepaalde elementen daarvan, passen binnen een bepaalde mode, stijl of trend niet betekent dat het werk of deze elementen zonder meer onbeschermd zijn. Onderzocht moet worden of de vormgeving van de (combinatie van de) verschillende elementen zodanig is dat aangenomen kan worden dat met het

ontwerp door de maker op een voldoende eigen wijze uiting is gegeven aan de vigerende stijl, trend of mode.⁷⁶ Als er ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’ worden overgenomen en dat leidt tot een overeenstemmende totaalindruk dan kan de feitenrechter gewoon auteursrechtinbreuk aannemen.

De grens tussen onbeschermd stijl en auteursrechtelijk beschermde trekken is dun en vaag, en biedt veel ruimte voor interpretatie.



Paintings in the style of Gerdine Duijsens volgens Dall_E 2 (die totaal niet lijken op haar werk).

Samenvatting huidig EU- en Nederlands recht

Alles overziend kunnen we de huidige auteursrechtelijke stand van zaken als volgt samenvatten.

De *resultaten* van tekst- en kunstrobots zijn naar *huidig recht* in de regel *niet auteursrechtelijk beschermd*, maar herkenbare menselijke input of nabewerking kan deze resultaten eenvoudig wél beschermd doen zijn. Daarnaast heeft de gebruiker die het resultaat als zijn eigen creatieve werk presenteert een zeer gunstige bewijspositie. Als het resultaat *de indruk wekt* blijkt te geven van menselijke creativiteit zal het tegendeel moeilijk te bewijzen zijn en degenen die zich als maker presenteert wordt dan ook nog beschermd door wettelijke bewijsvermoedens.

Het *proces* waarbij tekst- en kunstrobots grote hoeveelheden bestaand materiaal als trainingsdata verwerken, *kan* inbreuk maken op auteursrecht, zeker als daarbij structureel en niet-tijdelijk reproducties van beschermde werken (digitaal) worden vastgelegd en *afhankelijk van de interpretatie* van Europees geharmoniseerde beperkingen op het auteursrecht. Het gaat dan met name om de beperkingen ten aanzien van ‘tijdelijke reproductie’ en ‘tekst- en datamining’ en het meer algemene overkoepelende principe dat een exceptie geen afbreuk mag doen aan normale exploitatie. Daarbij zal het HvJ EU ‘het juiste evenwicht’ moeten gaan bepalen (dan wel de nationale rechter nadere aanwijzingen geven om in voorliggende zaken de afwijging te kunnen maken). In de VS zal het Supreme Court dat moeten gaan doen door interpretatie van de aldaar geldende ‘fair use’ beperking.

Of het *resultaat* van tekst- en kunstrobots *inbreuk* maakt op *bestaand werk* hangt af van de mate van overeenstemming met individueel bestaande werken. De rechter heeft een ruime beoordelingsmarge bij de vraag of sprake is van een overeenstemmende ‘totaalindruk’ als gevolg van overgenomen ‘auteursrechtelijk beschermde trekken’.

Stijlnabootsing door of met behulp van tekst- en kunstrobots is naar huidig Nederlands recht vermoedelijk niet snel onrechtmatig, maar de opvattingen daarover zouden kunnen wijzigen en het gebruik van tekst- en kunstrobots zou als ‘bijkomende onrechtmatige omstandigheid’ kunnen worden aangemerkt.



Beeld: Dall_E 2 Instructie (wederom): 'A graphic designer afraid of the alleged unfair competition by artificial intelligence in the style of Co Westerik' (de erven van Westerik hoeven zich nog geen zorgen te maken).

Gaat de wetgever ingrijpen?

De Nederlandse wetgever kan niet veel doen omdat het auteursrecht Europees geharmoniseerd is. De Europese wetgever zou de regels kunnen aanpassen om het gebruik van tekst- en kunstrobots makkelijker of juist minder makkelijk te maken. De in 2021 ingevoerde beperking ten gunste van tekst- en datamining, inclusief de mogelijkheid om een voorbehoud te maken om de commerciële variant tegen te gaan, biedt rechthebbers in de EU, in ieder geval theoretisch, de mogelijkheid om zelf invloed uit te oefenen op wat er met hun werk gebeurt. Dat zou een reden kunnen zijn voor de EU wetgever om voorlopig niet in te grijpen en eerst eens te kijken hoe het in de praktijk gaat lopen en wat de rechter er van vindt. Het kan ook zijn dat men in de recente onrust aanleiding ziet om in de voorgestelde Europese 'AI Act'⁷⁷ ook iets over dit onderwerp op te nemen.⁷⁸

74. Vindplaatsen in het arrest: HR 28 juni 1946, NJ 1946/712 (Van Gelder/Van Rijn), vgl. voorts HR 29 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1942, NJ 1996/546 (Decaux/Mediamax).
75. HR 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, NJ 2013/504, IER 2013/40, m.nt. F.W. Eijsvogels, AMI 2013/3, m.nt. J.C.S. Pinckaers (Broeren/Duijsens), r.o. 3.5 en 3.6. Zie ook A.A. Quaadvlieg, 'Ideeën, techniek en stijl als dark matter van de auteursrechtelijke beschermingsomvang', AMI 2015/2, p.

29-37.
76. HR 23 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (Stokke/H3 products), r.o. 3.4 sub e.
77. artificialintelligenceact.eu/. Zie S.E.M.A. Abbady, J. van Roosmalen & M.J. Geus, 'De nieuwe AI-verordening: past het?', Mediaforum 2022, afl. 1, p. 2-16.
78. euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/generative-ai-keeps-creative-industries-on-their-toes/.
79. Zie Nordemann & Pukas 'Copyright exceptions for AI training data – will there

Wat is wenselijk?

Is het *wenselijk* dat auteursrechthebbers in de EU massaal het anti-commercieel tekst- en datamining voorbehoud gaan maken?

Stel dat de Amerikaanse rechter oordeelt dat de dataverwerking door de tekst- en kunstrobots in de VS wel mag op grond van de aldaar geldende 'fair use' uitzondering, dan zal de nieuwe AI-industrie in de VS meer ruimte krijgen en meer tot bloei komen dan in de EU.⁷⁹

In het Verenigd Koninkrijk had de regering eind juni 2022 voorgesteld om na Brexit *niet* de mogelijkheid van een auteursrechtvoorbehoud tegen tekst- en data mining, '[which] can be used when training AI systems', in de wet op te nemen:

'This data mining provision will take advantage of the UK's ability to set its own copyright laws now that we have left the EU and will put the UK's copyright framework among the most AI and research friendly in the world. It will help make the UK a location of choice for data mining and AI development, supporting the Government's ambition for the UK to be a global leader in AI innovation and research.'⁸⁰

Op dat voorstel werd kritisch gereageerd in the House of Lords:

'The Intellectual Property Office's proposed changes to intellectual property law are misguided. They take insufficient account of the potential harm to the creative industries.'⁸¹

Inmiddels heeft de Britse regering op 1 februari 2023 laten weten dat de voorstellen niet worden doorgezet.⁸²

Willen we meer datamining en meer kunst en tekst door robots of willen we minder datamining en minder kunst en tekst door robots? Willen we een 'AI and research friendly copyright framework' of willen we een auteursrechtelijk systeem dat menselijke makers probeert te beschermen tegen 'oneerlijke concurrentie' door robots? Is het wenselijk dat het gebeurt op basis van bestaand auteursrechtelijk materiaal zonder enige vorm van financiële compensatie aan de makers daarvan? Is het tegen te houden? Is het wenselijk dat te proberen? Die discussie moet de komende tijd gevoerd worden. •

be an international level playing field?', JIPLP 2022, vol. 17, iss. 12, p. 973.

80. gov.uk/government/news/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents.

81. 'The Intellectual Property Office should pause its proposed changes to the text and data mining regime immediately. It should conduct and publish an impact assessment on the implications for the creative industries. If this assessment finds negative effects on businesses in the creative industries, it should pursue alternative approaches, such as those employed by the Euro-

pean Union. The Intellectual Property Office should write to us confirming its plans and timelines in response to this report'. House of Lords, Communications and Digital Committee. *At risk: our creative future*, 2nd Report of Session 2022-23 – published 17 January 2023 – HL Paper 125.
82. musicbusinessworldwide.com/british-government-scraps-plan-for-ai-text-and-data-mining-copyright-exception/.