

Creativiteit moet voortaan worden bewezen

Opinie

prof. mr. D.J.G. Visser¹

‘Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen’. Dat overwoog de Hoge Raad in 2008 over de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste mate van creativiteit.² Door het gebruik van AI-systemen is de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creativiteit echter niet meer uit het voortbrengsel zelf te kennen. In deze bijdrage wordt de stelling verdedigd dat deze overweging daarom niet langer houdbaar is en wordt onderzocht wat dat betekent.

De zaak waarin de Hoge Raad deze uitspraak deed ging over de vraag of de achterbankgesprekken die Willem Endstra voerde met de recherche auteursrechtelijk beschermd waren. Het Hof Amsterdam³ had geoordeeld dat daarvoor vereist is “dat het werk door de maker als een coherente creatie is geconcipeerd en door hem bewust in een bepaalde vorm(geving) is gegoten”.⁴

De Hoge Raad oordeelde evenwel dat de eisen van ‘coherente creatie’ en ‘bewuste vormgeving’ niet mogen worden gesteld, omdat deze niet uit het voortbrengsel zelf zijn te kennen.⁵ En omdat een dergelijke eis ‘betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen’. Die eisen van ‘coherente creatie’ en ‘bewuste vormgeving’ zouden inderdaad voor nogal chicaneuze verweren aanleiding kunnen geven: schilder, bewijs maar dat je je schilderij bewust vorm hebt gegeven. Componist, bewijs maar dat je een coherente creatie op het oog had. Het is dus niet vreemd dat de Hoge Raad daar destijds het vereiste van ‘uit het voortbrengsel zelf te kennen kenmerk’ voor introduceerde.

Van oudsher is voldoende dat wanneer iemand een voortbrengsel als zijn werk presenteert en er auteursrecht op claimt, hij volstaat met het aanwijzen

van de kenmerken van het voortbrengsel waar de benodigde creativiteit, het ‘persoonlijk stempel van de maker’, uit zou moeten blijken.⁶ In de praktijk is dat een kenmerk of een combinatie van kenmerken waardoor het voortbrengsel zich duidelijk onderscheidt van wat er al was en die naar het oordeel van de (feiten-)rechter blijk geven van de vereiste creativiteit. Bij voorwerpen van toegepaste kunst,⁷ waar de kwestie het meest speelt, gaat de feitenrechter af op zijn eigen kennis van wat er al is en op al het bewijs dat een beweerdelijk inbreukmaker aandraagt en eventueel wat een (‘onvoldoende weersproken’) deskundige hier over verklaart. De feitenrechter velt vervolgens zijn tamelijk subjectieve rechtsoordeel, waarbij zijn motiveringsplicht beperkt is.⁸ Hij verdiept zich daarbij niet in het totstandkomingproces. En dat hoefde ook niet.

Maar die tijd is voorbij. In het Endstra-arrest uit 2008 bevestigde de Hoge Raad ook dat voor auteursrechtelijke bescherming “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*).⁹ Ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU blijkt dat het geharmoniseerde werkbegrip menselijke creatieve inbreng vereist.¹⁰

1. Dirk Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam. Deze opinie vormt een uitwerking van een eerder verkondigde stelling, o.a. in ‘AI kunst, auteursrecht, bewijslast en informatieplicht’, IE-forum.nl, 6 maart 2023. De auteur is dank verschuldigd voor commentaar op een eerdere versie van deze opinie van mrs. P.J. Kreijger, J. Torenbosch, M.A. Smit en D.W.F. Verkade.
2. HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556 m.nt. Dommering, AMI 2008, p. 139 m.nt. Senftleben, IER 2008, 58 m.nt. Seignette, AA20080819 m.nt. Hugenholtz (Endstra / Nieuw Amsterdam), r.o. 4.5.2.
3. Hof Amsterdam 8 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ8071 (Endstra/Nieuw Amsterdam).
4. HR Endstra / Nieuw Amsterdam, r.o. 4.4.
5. Bij het HvJ EU is thans een drietal zaken aanhangig die mogelijk meer duidelijk gaan maken over de Europese vereisten voor auteursrechtelijke bescherming: C-580/23 (Mio), C-649/23 (Institutul G. Călinescu) en C-795/23 (Konektra).
6. Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, par. 3.18.

7. Art. 10 lid 1 Aw sub 11.
8. Vgl. HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2391, NJ 2001/602 m.nt. DWFV, AMI 2001/15 (met ill.) m.nt. PBH, IER 2001/41 (met ill.) m.nt. HMHS (*Vijf spellen*): “[Het oordeel van het Hof] berust op waarneming door het Hof van de ter Griffie van het Hof gedeponeerde uitvoering van Jenga. Kennelijk heeft het Hof geoordeeld dat degene die het spel waarneemt kan zien dat het uiterlijk voldoende oorspronkelijk is om auteurs rechtelijk te worden beschermd. Dit oordeel geeft niet van een onjuiste opvatting omtrent de vereiste oorspronkelijkheid blijk. Het is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering, in het bijzonder niet nu het hier gaat om een beslissing in kort geding”. Mijn samenvatting: Het Hof had gezien dat iemand die het ziet kan zien dat het voldoende oorspronkelijk is om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.
9. HR Endstra / Nieuw Amsterdam, r.o. 4.5.1.
10. Het is nog nooit met zo veel woorden door het HvJ EU gezegd, maar het volgt uit de vereisten van menselijke

Hetzelfde geldt waarschijnlijk voor het werk- en auteursbegrip zoals dat vast ligt in de Berner Conventie.¹¹ Dit kan m.i. niet anders betekenen dan dat een op basis van een simpele ‘prompt’ door een AI-systeem gegenereerd voortbrengsel (tekst, afbeelding of geluid), niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt, omdat de vereiste *menselijke* creatieve inbreng ontbreekt. Dit terwijl het betreffende voortbrengsel wel de indruk kan wekken het resultaat te zijn van menselijke creativiteit. En daarom is het al dan niet ontbreken van die menselijke creativiteit niet meer ‘een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen’.

Dit staat los van de vraag of een ingewikkelde, gedetailleerde en (daardoor?) ‘creatieve’ prompt misschien wel de basis kan vormen voor auteursrecht op de op basis daarvan vervaardigde output.¹² Het Amerikaanse Copyright Office oordeelde vooralsnog consequent dat dit niet kan,¹³ een Chinese rechter achtte dit wel mogelijk.¹⁴ Maar zodra we ons moeten verdiepen in de ‘prompt’ is er al geen sprake meer van ‘een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen’. Dan moet de betrokkene stellen en bewijzen wat die ‘prompt’ was, dat die inderdaad heeft geleid tot de betreffende output, wat er creatief is aan die prompt en in hoeverre die creativiteit in het voortbrengsel tot uitdrukking komt.

De consequenties van het feit dat de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creativiteit niet meer een kenmerk is ‘dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen’, zijn ingrijpend. Het gevaar bestaat dat het tot ‘onoverkomelijke bewijsproblemen’ leidt, hetgeen natuurlijk niet de bedoeling is.

Het betekent dat steeds als het vermoeden bestaat dat een voortbrengsel geheel of in belangrijke mate met AI is vervaardigd, de betrokkene zal moeten stellen en zo nodig bewijzen waar zijn menselijke crea-

tiviteit in zit. Maar wanneer bestaat dat vermoeden en wie draagt daarvan de bewijslast? Het is goed verdedigbaar dat bij alle tekst, beeld en muziek van na pakweg 2021 het risico bestaat dat het voortbrengsel met AI is gegenereerd. Het valt niet uit te sluiten dat de kans daarop binnenkort zelfs zeer groot is. Voorlopig zullen makers die in het verleden vergelijkbaar werk hebben gemaakt nog wel het voordeel van de twijfel krijgen. Maar nieuwkomers met plotseling een imponerende output zullen snel verdacht (kunnen) worden van het gebruik van AI.

Interessant is dat er op grond van de AI Act,¹⁵ de in maart 2024 goedgekeurde EU ‘verordening artificiële intelligentie’, een plicht bestaat om het gebruik van AI te melden. ‘Aanbieders van AI-systemen, [...], die synthetische audio-, beeld-, video- of tekstinhoud genereren, zorgen ervoor dat de outputs van het AI-systeem worden gemarkeerd in een machine leesbaar formaat en detecteerbaar zijn als kunstmatig gegenereerd of gemanipuleerd’.¹⁶ ‘Operatoren van een AI-systeem dat beeld-, audio- of video-inhoud genereert of bewerkt die een deep fake¹⁷ vormt, maken bekend dat de inhoud kunstmatig is gegenereerd of gemanipuleerd’.¹⁸ En: de betreffende ‘informatie wordt uiterlijk op het moment van de eerste interactie of blootstelling op duidelijke en te onderscheiden wijze aan de betrokken natuurlijke personen verstrekt’.¹⁹

Zodra het gebruik van AI is gemeld volgt vanzelf de verplichting om de benodigde menselijke creativiteit te bewijzen als de betrokkene auteursrecht wil inroepen op het voortbrengsel.

Maar als het gebruik van AI wordt verzwegen, is, zoals ik hierboven aanduidde, ook goed denkbaar dat de menselijke creativiteit bewezen moet worden, waarbij dit anders moet dan door verwijzing naar kenmerken van het voortbrengsel zelf die de indruk

11. 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 beschermd, waarbij het niet van belang is of de betrokkene bij die arbeid een technisch hulpmiddel, zoals een fotocamera, heeft gebruikt”.

12. Zie S. Ricketson en J. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights, The Berne Convention and beyond*, 3e druk, OUP 2022, p.370-371.

13. Die (overigens niet eenduidig beantwoorde) vraag is al tientallen jaren geleden opgekomen ten aanzien van het gebruik door mensen van door hen zelf gemaakte computerprogramma’s voor het ontwikkelen van andere objecten: met producten van de door een dichter of beeldend kunstenaar ontwikkelde ‘toevalsgenerator’ als aansprekende voorbeelden.

14. Copyright Registration Guidance: Works Containing Materials Generated by Artificial Intelligence, 88 Fed. Reg. 16190 (Mar. 16, 2023), <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>

15. Zie ‘Kroniek van de intellectuele eigendom’, NJB 26 april 2024, p. 1121 met afbeeldingen en zie <https://english.bjint.ernetcourt.gov.cn/pdf/BeijingInternetCourtCivilJudgment112792023.pdf>.

16. Verordening (EU) 2024/** tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (verordening artificiële intelligentie), meestal aangeduid als de ‘AI Act’.

17. Artikel 50 lid 2 AI Act. “Wanneer de inhoud deel uitmaakt van een kennelijk artistiek, creatief, satirisch of fictief analoog werk of programma, zijn de transparantieplichtingen van dit lid beperkt tot de openbaarmaking van het bestaan van dergelijke gegenereerde of bewerkte inhoud op een passende wijze die de weergave of het genot van het werk niet belemmert”. Maar dat doet er niet aan af dat het gebruik van AI ergens moet worden vermeld.

18. Hierbij moet bedacht wordt dat de definitie van ‘deep fake’ ruim is. Zij betreft ‘door AI gegenereerd of gemanipuleerd beeld-, audio- of videomateriaal dat een gelijkheid vertoont met bestaande personen, voorwerpen, plaatsen of andere entiteiten of gebeurtenissen, en door een persoon ten onrechte voor authentiek of waarheidsgetrouw zou worden aangezien’ (artikel 3 sub 60 AI Act.).

19. Artikel 50 lid 4 AI Act.

20. Artikel 50 lid 5 AI Act.

geven van creativiteit. De vraag is dan ook op wie de bewijslast komt te liggen. Denkbaar is dat de gedaagde in een inbreukzaak het verweer voert dat het (beweerd) beschermd voortbrengsel met AI is vervaardigd. Is dat slechts een (al dan niet gemotiveerde) betwisting, of is het een bevrijdend (“ja maar”) verweer, waarvoor degene die het voert de bewijslast draagt?

Het bewijs van menselijke creativiteit zal dan vermoedelijk geleverd moeten worden aan de hand van het vervaardigingsproces.²⁰ Het tonen van bestanden, opnames en eerdere versies waaruit het proces van totstandkoming blijkt, zal kunnen en moeten bijdragen aan het bewijs dat van menselijke creativiteit sprake is geweest.²¹ Maar hoe?

Wat betreft het makerschap van een voortbrengsel ligt een bewijsvermoeden al 112 jaar vast in artikel 4 Auteurswet.²² “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”. Maar dit bewijsvermoeden geldt m.i. alleen voor het makerschap in de betekenis van wie het voortbrengsel vervaardigd heeft, niet voor de vraag of het voortbrengsel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komt.²³ Daarvoor zal in de toekomst dus vaak indirect bewijs ten aanzien van het vervaardigingsproces nodig zijn. Vervolgens is de vraag wat voor soort en hoeveel bewijs ten aanzien van het vervaardigingsproces nodig is en hoe dat bewijs moet worden gewogen, alvorens de rechter tot het oordeel komt dat voldoende aannemelijk is dat er sprake is van menselijke creativiteit van de beweerdelijke maker en de bewijslast weer kan en moet verschuiven naar de beweerdelijk inbreukmaker die dan moet gaan bewijzen dat er (toch) geen sprake is van voldoende menselijke creativiteit.

In de voor zover mij bekend eerste Europese zaak over de auteursrechtelijke bescherming van een met

AI vervaardigde afbeelding ging de eiser ook op dat punt nat. De eiser stelde dat gedaagde inbreuk maakte op zijn auteursrecht op een afbeelding waarvan eiser stelde dat hij die had vervaardigd met behulp van het programma Dall-E en de volgende ‘prompt: “maak een visuele weergave van twee partijen die een zakelijk contract sluiten in een zakelijke omgeving, bijvoorbeeld in een besprekingsruimte in een advocatenkantoor in Praag. Toon alleen de handen”. Het resultaat staat hieronder afgebeeld. De rechtbank in Praag wees het auteursrecht op de afbeelding af.²⁴ De rechtbank was van oordeel dat de afbeelding gemaakt met AI niet voldeed aan de vereisten voor een auteursrechtelijke beschermd werk, te weten de creatieve activiteit van een natuurlijk persoon. Bovendien had de eiser niet bewezen dat hij degene was die met deze prompt deze afbeelding had vervaardigd.

Wanneer we inzoomen op de handen in kwestie dan zie we dat daaraan van alles niet klopt aan de vingers en de duimen. In dit geval bleek het ontbreken van menselijke keuzes, althans het gebruik van nog niet helemaal perfecte AI, dus ook nog wel uit de afbeelding zelf.²⁵ Maar dat zal in de toekomst steeds minder het geval zijn. Creativiteit moet voortaan worden bewezen.

20. Er is bij het HvJ EU een Zweedse zaak, C-580/23 ‘Mio e.a.’ aanhangig met een vraag waarin ook het ‘creatieve proces wordt genoemd: “Hoe moet in het kader van de beoordeling of een voorwerp van toegepaste kunst de ruime auteursrechtelijke bescherming als werk geniet [...] het onderzoek worden verricht of het voorwerp de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt door uitdrukking te geven aan zijn vrije en creatieve keuzes, en welke factoren moeten daarbij in aanmerking worden genomen? Moet met name het onderzoek van de originaliteit zich toespitsen op factoren die verband houden met het creatieve proces en op de uitleg door de auteur van de daadwerkelijke keuzes die hij bij het creëren van het voorwerp heeft gemaakt, dan wel op factoren die verband houden met het voorwerp zelf en het eindresultaat van het creatieve proces en op de vraag of het voorwerp zelf een artistiek effect weergeeft?”.
21. De Franse rechter lijkt in zaken over toegepaste kunst ook bewijs ten aanzien van het creatieve proces te eisen. Zie bijvoorbeeld Hof van beroep van Versailles 30 maart 2023, n° 21/03995 (La Semelle Moderne) online vindbaar op www.courdecassation.fr en aangehaald in ‘Round-up of national decisions on copyright protection of works of

- applied art 2023’, *JiPLP* Volume 19, Issue 3, March 2024, p. 217–233.
22. Artikel 4 Auteurswet is gebaseerd op artikel 15 Berner Conventie.
23. Verdedigbaar is dat ‘makerschap’ indirect het bestaan van een beschermd werk impliceert en dat bewijs van makerschap ook (weerlegbaar) bewijs van auteursrechtelijke bescherming omvat, maar dit lijkt mij op basis van de wetsgeschiedenis niet de meest voor de hand liggende uitleg. In de MvT 1912 staat: De strekking van het artikel, [...] is duidelijk: de uitoefening en de handhaving van het auteursrecht zou bovenmate worden bezwaard, indien de rechthebbende steeds zou moeten bewijzen, dat het werk inderdaad door hem, en niet door een ander, vervaardigd was’. (*Parl. Gesch. Aw*, p. 4.3).
24. Rechtbank Praag 11 oktober 2023, No 10 C 13/2023-16 (S. Š./Taubel Legal).
25. De afbeelding suggereert immers een fotografische weergave te zijn; zou het de vorm van bijvoorbeeld een schilderij hebben, dan zou natuurlijk eerder aannemelijk kunnen zijn dat de vervormde handen juist een creatieve – menselijke – keuze zijn.



Afbeelding vervaardigd met Dall-E met behulp van de 'prompt': "maak een visuele weergave van twee partijen die een zakelijk contract sluiten in een zakelijke omgeving, bijvoorbeeld in een besprekingsruimte in een advocatenkantoor in Praag. Toon alleen de handen". Onderwerp van vonnis Rechtbank Praag 11 oktober 2023, No 10 C 13/2023- 16 (S. Š./Taubel Legal).