



Bundel ter nagedachtenis van
prof. mr. Antoon Quaedvlieg

Redactie:

Mr. R. Leuyerink
Mr. P. Teunissen.
Prof. mr. C.J.S. Vrendenburg

Volledige citeerwijzel: R. Leuyerink, P. Teunissen, C.J.S. Vrendenburg (red.), *Quaadvlieg-bundel*, Amsterdam: deLex 2025.

Verkorte citeerwijze: R. Leuyerink e.a. (red.), *Quaadvlieg-bundel*, [paginanummer].

© 2025 deLex/de auteurs

ISBN: 9789086921065

NUR: 820

Lay-out: az grafisch serviceburo, Den Haag

Ontwerp en verzorging omslag: Valetti, Den Haag

Uitgeverij deLex

www.delex.nl

Deze uitgave is mede mogelijk gemaakt door Klos c.s., Radboud Universiteit en de Vereniging voor Auteursrecht.

22 De mens, AI en bewijs van makerschap

Jacqueline Seignette*

1. Inleiding

Of het nu gaat om tekst, grafisch ontwerp, beeldende kunst, fotografie, video, film, muziek, games, software of architectonisch ontwerp: generatieve AI is steeds vaker onderdeel van het maakproces. De rol van generatieve AI varieert van het fungeren als inspiratiebron tot het volledig vervangen van de menselijke creatie. En alles daar tussenin. In de meeste gevallen is het eindresultaat een combinatie van menselijke creativiteit en AI output. Niet alle originele elementen zijn daarbij eenduidig terug te voeren op de persoon die de AI tool gebruikte. Deze realiteit dwingt ons om na te denken over de betekenis van het makerbegrip in de Auteurswet. Kan de mens maker zijn van het resultaat van creatieve samenwerking met generatieve AI? Of staan onze opvattingen over makerschap hieraan in de weg?

2. Gen AI als co-author

Generatieve AI (GenAI) is de aanduiding voor AI modellen die zijn ontworpen om nieuwe content te genereren in de vorm van tekst, beeld, audio, video en graphics. De gebruiker geeft in een scherm instructies (prompts), waarna de AI tool output genereert. Dit proces herhaalt zich totdat de gebruiker stopt met het invoeren van prompts. Gebruikers kunnen uiteenlopende motieven hebben om GenAI te gebruiken, variërend van het vinden van informatie, het *pimpen* van eigen teksten of presentaties, het uitlokken van creatieve content (al dan niet te presenteren als AI kunst) of het gebruiken van de AI tool als instrument om een zelf bedachte vormgeving uit te voeren.

In 2021 lukte het de Indiase IE advocaat Ankit Sahni om een door AI gegenereerde afbeelding geregistreerd te krijgen door de Indiase en Canadese autoriteiten. Als *co-authors* werden geregistreerd Sahni zelf en de door hem gebruikte RAGHAV Artificial Intelligence Painting App.¹ Sahni gebruikte de app als volgt: hij maakte een foto van een zonsondergang met een gebouw ervoor, laadde deze in RAGHAV, laadde vervolgens een afbeelding van het schilderij 'Sterrennacht' van Vincent van Gogh en gaf opdracht aan RAGHAV om met de foto van Sahni een beeld in de stijl van Sterrennacht te creëren. Daarbij koos hij "*a variable value determining the amount of style transfer.*"²

* Mr. dr. J.M.B. Seignette is adviseur bij Seignette Legal.

1 Canadian Copyright Database, registration no. 1188619.

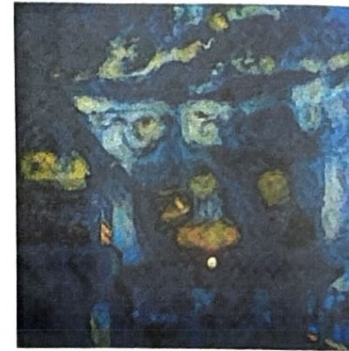
2 Copyright Review Board, United States Copyright Office, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register SURYAST, (SR # 1-11016599571; Correspondence ID: 1-5PR2XKJ), p. 2.



Foto Ankit Sahni

Bron: US Copyright Office³

Sterrennacht, Vincent van Gogh



Suryast

Hoewel de registratie van Suryast enige stof deed opwaaien, kwam de discussie over de auteursrechtelijke implicaties pas echt op gang met de komst van ChatGPT in november 2022. Intussen is er wereldwijd vrij brede consensus dat AI output alleen auteursrechtelijk beschermd kan zijn als het een voortbrengsel van menselijke, geestelijke arbeid is.⁴ De Praagse rechtbank overwoog in 2023 dat een door AI gegenereerde afbeelding niet auteursrechtelijk beschermd kan zijn “omdat het geen uniek resultaat is van de creatieve activiteit van een natuurlijk persoon – de auteur.”⁵ In Canada is Suryast inmiddels onderwerp van een procedure waarin primair wordt gevorderd dat de registratie van Suryast ongedaan wordt gemaakt en subsidiair, dat de vermelding van RAGHAV als *co-author* wordt verwijderd.⁶

In de VS is het Sahni niet gelukt om Suryast geregistreerd te krijgen. In zijn registratieverzoek van december 2021 stelde hij, anders dan in zijn Canadese verzoek, dat hij de enige author is. Het US Copyright Office wees dit in twee instanties van de hand omdat de “*expressive elements of pictorial authorship*” niet afkomstig zijn van Sahni. Sahni oefende onvoldoende controle uit over de creatie van het werk door RAGHAV om het zijn werk te kunnen noemen. Het enkel definiëren van de mate van stijlnavolging was daartoe onvoldoende.⁷

In 2023 registreerde het US Copyright Office een auteursrecht op een roman die de auteur Elisa Shupe had geschreven met gebruikmaking van een groot aantal door AI gegenereerde teksten.⁸ Shupe wilde het boek als geheel registreren, maar dat werd geweigerd. De registratie vermeldt Shupe als de (enige) *author* en omschrijft het werk als “[s]election, coordination, and arrangement of text generated by artificial intelligence”. Deze en soortgelijke registraties nadien worden gezien als teken dat het US Copyright meer open staat om *AI assisted* content als werk te registreren.

³ Id.

⁴ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Overheidsbrede Visie Generatieve AI*, januari 2024, p. 21; US Copyright Office, *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, 16190 Federal Register Vol. 88, NO. 51, p. 2-3. Voorts ALAI, *Resolution Concerning the Impact of Artificial Intelligence on Copyright*, 17 februari 2024, <https://www.alai.org/en/resolutions-and-positions/>. Voorts J.C. Ginsburg & L.A. Budiardjo, ‘Authors and Machines’, 34 *Berkeley Tech. L. J.* 343 (2019), p. 363, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2323; P.B. Hugenholtz & J.P. Quintais, ‘Auteursrecht en artificiële creatie’, *Auteursrecht* 2021-2, p. 48.

⁵ Rechtbank Praag 11 oktober 2023, 10 C 13/2023-16 (*Rozsudek Městského soudu v Praze*), ov. 12 (Word vertaling).

⁶ *CIPPC v. Sahni*, verzoekschrift 8 juli 2024, op <https://www.cippic.ca/our-work/litigation>.

⁷ Copyright Review Board, United States Copyright Office, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register SURYAST, 11 december 2023, p. 7-8.

⁸ US Copyright Office registration TX0009377452, 10 oktober 2023.

Vooralsnog trekt het US Copyright Office wel de grens bij de menselijke schepping. De beschermingsomvang is daardoor noodzakelijkerwijs beperkt tot die menselijke schepping. Shupe zal dus kunnen optreden tegen overname van haar selectie en rangschikking van de met AI gegenereerde teksten, maar niet tegen overname van die teksten los daarvan.

Hoe zou zoiets naar Nederlands recht uitpakken? Beantwoording van deze vraag leidt ons langs een aantal interessante observaties over makerschap in het tijdperk van kunstmatige intelligentie. De focus daarbij is op creatieve professionals die GenAI gebruiken als instrument bij het creatieve proces en niet als middel om de eigen creativiteit te vervangen.

3. Bewijs van makerschap

Nederland kent geen registratievereiste. Er geldt dus niet zoals in de VS en Canada een bewijsvermoeden op grond van registratie. De creatief die AI gebruikt zal moeten stellen en, bij betwisting, bewijzen dat hij maker is van een auteursrechtelijk beschermd werk. Deze bewijslast zal zwaarder zijn dan wanneer hij geen AI zou gebruiken. Bij een werk dat zonder AI is vervaardigd, volstaat het om voldoende aannemelijk te maken dat er sprake is van een werk en dat men daar een scheppende bijdrage aan heeft geleverd. Men hoeft niet aan te tonen dat die bijdrage de enige of de grootste was. Dit vloeit voort uit het leerstuk van medemakerschap. Als twee of meer personen een scheppende bijdrage aan een werk hebben geleverd en hun bijdragen zijn niet scheidbaar ("geen voorwerp van afzonderlijke beoordeling"),⁹ dan gelden zij als medemakers van het werk.¹⁰ Dit geldt ook als de bijdrage van de één kleiner is dan dat van de ander.¹¹ Men kan dus met andere woorden gebruik maken van de creatieve inbreng van de ander om te bewijzen dat men zelf medemaker is.

Dit ligt anders als de andere bijdrage door AI is geleverd in plaats van door een mens. Een auteursrechtelijk beschermd werk is naar Nederlands recht het resultaat van menselijk scheppen.¹² Gaat men hiervan uit, dan kan de AI tool niet als medemaker worden gezien.¹³ Dit betekent dat de creatief zijn makerschap niet kan aantonen door te wijzen op de gezamenlijke creatieve inbreng van hemzelf en van de AI tool. Hij zal voldoende aannemelijk moeten maken dat zijn eigen bijdrage zelfstandig als werk valt aan te merken. Dit is een behoorlijke bewijslast. De creatief maakt in het iteratieve proces van prompts en output ongetwijfeld creatieve keuzes, maar of daarmee kan worden bewezen dat dit op zichzelf heeft geresulteerd in een werk waarvan hij de maker is, is de

9 HR 25 maart 1949, NJ 1950/643 (*La belle et la bête*).

10 Zie bijv. Hof Amsterdam 12 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2582 (*Apollo Fintech/Jelurida*).

11 Zie bijv. Hof Amsterdam 7 november 2023, ECLI:NL:GHAMS:2023:3318 (*Nordisk/curator*), r.o. 4.3.2.

12 Zie expliciet 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*), r.o. 4.5.1: "(...) 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. (...)". Voorts HvJ EU 12 september 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 (*Cofemel*), r.o. 30: "Wat dit eerste element betreft, volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat het, om een voorwerp als oorspronkelijk te kunnen beschouwen, zowel noodzakelijk als voldoende is dat dit voorwerp een intellectuele schepping van de auteur is die de persoonlijkheid van deze laatste weerspiegelt en tot uiting komt door de vrije creatieve keuzen van die auteur bij de totstandkoming ervan (zie in die zin arresten van 1 december 2011, Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punten 88, 89 en 94, en 7 augustus 2018, Renckhoff, C-161/17, EU:C:2018:634, punt 14).".

13 De ontwikkelaar van het AI model zal ook niet als medemaker kunnen gelden. Zijn creatieve arbeid ligt in de ontwikkeling van het model, niet in de totstandkoming van concrete AI output naar aanleiding van een prompt van een gebruiker. Zie P.B. Hugenholtz & J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021-2, p. 51.

vraag.¹⁴ Hij moet daarvoor in feite aantonen dat de prompts zodanig specifiek waren dat de AI tool weinig tot geen ruimte voor vrije, creatieve keuzes had. In zo een geval zou men naar analogie van artikel 6 Auteurswet kunnen stellen dat de AI output aan de creatief moet worden toegerekend.¹⁵ Het bewijs hiervoor zal niet eenvoudig te leveren zijn.

Uit deze analyse blijkt dat het eenvoudiger is om makerschap te bewijzen als men heeft samengewerkt met een ander mens, dan wanneer men zelfstandig heeft gewerkt met behulp van GenAI. Creëren met GenAI is daarmee een risico, met name als men alle creativiteit stopt in het invoeren van prompts en de AI output als *het* werk wil presenteren. In veel gevallen zal het maakproces echter meer inhouden dan het verkrijgen van één enkele AI output. De creatief genereert diverse AI output, selecteert en rangschikt deze, bewerkt het resultaat van deze selectie en combineert het met zelfstandig gecreëerde elementen (denk aan de roman van Shupe).¹⁶ Als dit proces van selectie, rangschikking en bewerking ruimte biedt voor creatieve keuzes, kan het resultaat een auteursrechtelijk beschermd werk opleveren waarvan de creatief de maker is.¹⁷ De bescherming ziet dan op de selectie, rangschikking en bewerking en niet op de AI output als zodanig.

4. Selectie en rangschikking door invoeren prompts?

Het makerschap in de hiervoor besproken situatie is gebaseerd op het uitgangspunt dat de selectie en rangschikking van op zichzelf niet beschermde elementen een werk kan opleveren.¹⁸ De vraag is of dit ook aanknopingspunten biedt voor de creatief die zijn makerschap wil ontleen aan de AI output zelf, dus zonder dat hij deze combineert met andere AI output of zelfgemaakte elementen. Men kan zich hier iets bij voorstellen: als men met een reeks van creatieve prompts (soms wel honderden) toewerkt naar een eindresultaat, kan dat eindresultaat voelen als een eigen creatie. De vraag is of dit iteratieve proces van prompts en output kan worden gezien als een auteursrechtelijk beschermde selectie en rangschikking door de creatief. Hij bepaalt na iedere output met welke elementen in de output hij verder wil en hoe. Op basis hiervan formuleert hij de volgende prompt. Dit proces kan men zien als het selecteren en rangschikken van op zichzelf niet beschermde elementen (de niet auteursrechtelijk te beschermen bijdrage van de AI tool). De creatieve keuzes in de prompts zijn echter niet altijd zichtbaar in het eindresultaat waarop men auteursrecht claimt.¹⁹ Iedere prompt wordt immers weer gevolgd door een output van de AI tool. De bijdragen van de creatief en de AI tool zijn daardoor in het eindresultaat verweven, wat het moeilijk maakt om de menselijke bijdrage als zelfstandig werk uit dat eindresultaat te distilleren. Bescherming stuit in dat geval vermoedelijk ook af op het vereiste dat de creatieve keuzes uit het te beschermen voort-

14 Vgl. *Overheidsbrede visie*, p. 21: "Als er sprake is van samenwerking tussen een mens en een AI-systeem kan het voortbrengsel onder omstandigheden wel voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking komen. Daarvoor moeten creatieve keuzes zijn gemaakt bij de uitwerking van het idee in de prompt. Waarschijnlijk is de menselijk invloed op het uiteindelijke resultaat nog niet voldoende om van een werk in de auteursrechtelijke betekenis van het woord te kunnen spreken. Dat kan wel veranderen door later creatieve keuzes toe te voegen tot het uiteindelijk werk dat openbaar wordt gemaakt."

15 Vgl. HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8537, *RvdW 1990/115 (Kluwer/Lamoth)*. Zie voorts D.J.G. Visser, 'Artificial art, copyright, evidence and disclosure', *Leiden Law Blog* 9 maart 2023, www.leidenlawblog.nl; D.J.G. Visser, 'Robotkunst en auteursrecht', *NJB* 2003, afl. 7, p. 507.

16 Zie P.B. Hugenholtz & J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021-2, p. 47-52 voor een uitvoerige beschrijving van dit maakproces.

17 HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq I*), r.o. 45; HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529, *NJ 2013/501*, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Stokke/H3 Products*), r.o. 3.4. Voorts *Overheidsbrede visie*, p. 21.

18 Id.

19 Zie ook D.J.G. Visser, 'Artificial art, copyright, evidence and disclosure', *Leiden Law Blog*, 9 maart 2023, www.leidenlawblog.nl.

brengsel te kennen moeten zijn.²⁰ Het HvJ EU overwoog in *Levola/Smilde* dat het werkbegrip een uitdrukkingvorm van het voorwerp van auteursrechtelijke bescherming impliceert waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd, ook al hoeft deze uitdrukkingvorm niet per se permanent te zijn. Het is, zo overweegt het Hof, met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk dat iedere subjectiviteit bij de vaststelling van het voorwerp van bescherming wordt uitgesloten en dat autoriteiten en marktdeelnemers duidelijk en nauwkeurig kunnen onderkennen wat wordt beschermd.²¹ Het is de vraag of hieraan wordt voldaan als de creatieve keuzes kenbaar zijn uit de prompts, maar niet als zelfstandig werk in het eindresultaat te onderscheiden zijn.²²

5. Artikel 4, 5, 7 en 8 Auteurswet

Bij dit alles is nog niet aan de orde gekomen of het bewijsvermoeden van artikel 4 Auteurswet een rol kan spelen. Artikel 4 Auteurswet bepaalt dat degene die op of in het werk als maker is aangeduid of bij de openbaarmaking van het werk als maker bekend is gemaakt, voor de maker wordt gehouden, behoudens bewijs van het tegendeel. De creatief die zich bedient van Gen AI en zorgt dat zijn naam in de geclaimde content vermeld staat, kan zich hier uiteraard op beroepen. Hij zal echter nog steeds moeten bewijzen dat zijn scheppende bijdrage los van de bijdrage van de AI tool als zelfstandig werk is aan te merken.

Hetzelfde geldt voor een beroep op het fictieve makerschap van artikel 7 of 8 Auteurswet. Ook hier zal eerst moeten worden bewezen dat er sprake is van een door een mens geschapen werk. De artikelen gaan er overigens vanuit dat het werk gemaakt is door een mens. In artikel 7 is dat de werknemer: *“Indien de arbeid, in dienst van een ander verricht, bestaat in het vervaardigen van bepaalde werken van letterkunde, wetenschap of kunst, ...”*. In artikel 8 is het de natuurlijke persoon die het werk feitelijk heeft gemaakt: *“Indien eene openbare instelling, eene vereeniging, stichting of vennootschap, een werk als van haar afkomstig openbaar maakt, zonder daarbij eenig natuurlijk persoon als maker er van te vermelden, ...”*.

Naast het fictieve makerschap zou men ook nog kunnen bezien of de creatief is aan te merken als maker van een verzamelwerk. Een verzamelwerk is een als werk aan te merken verzameling van afzonderlijke werken van twee of meer personen (art. 5 lid 1 Aw). Als maker van dit verzamelwerk wordt aangemerkt degene onder wiens leiding en toezicht het gehele werk tot stand is gebracht, of bij gebreke daarvan, degene, die de verschillende werken verzameld heeft (art. 5 lid 1 Aw). Een beroep op dit artikel geeft de maker van het verzamelwerk de bevoegdheid om niet alleen op te treden tegen inbreuk op het verzamelwerk, maar ook op inbreuk op de daarin opgenomen, afzonderlijke werken (art. 5 lid 2 Aw). Ook dit artikel biedt de creatief die GenAI gebruikt geen soelaas.

20 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola/Smilde*), r.o. 40. Voorts 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*), r.o. 4.5.2: “Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen.” Vgl. voorts A.A. Quaadvlieg, ‘Auteursrecht op geklets’, in: R. Baas, T. Havinga & M.T.A.B. Laemers (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 69: “Conversaties zijn niet als ‘werk’ afgezonderd uit de mengstroom van het levensgebeuren. Een dergelijke afzondering is echter wel vereist. Om een werk te zijn moet een uiting niet alleen oorspronkelijkheid tonen maar óók over zelfstandigheid als werk beschikken.”

21 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola/Smilde*), r.o. 40-41.

22 P.B. Hugenholtz & J.P. Quintals, ‘Auteursrecht en artificiële creatie’, *Auteursrecht* 2021-2, p. 50 en 52, vermelden dat de keuzes van de gebruiker van het AI systeem tot uitdrukking moeten komen in de uiteindelijke output, maar lijken ervan uit te gaan dat dit reeds zo is als het eindresultaat het in de prompts neergelegde conceptuele kader niet te buiten gaat.

De output van de AI tool is niet als afzonderlijk werk van een persoon aan te merken en kan dus ook geen onderdeel zijn van een verzamelwerk.

6. Sahni maker naar Nederlands recht?

Terug naar Suryast. Het valt te betwijfelen of Sahni naar Nederlands recht makerschap zou kunnen bewijzen. De instructies die Sahni aan RAGHAV gaf, waren niet zo specifiek dat er voor RAGHAV nauwelijks tot geen creatieve ruimte overbleef. Sahni liet RAGHAV juist een zekere mate van vrijheid in de wijze waarop de stijl van Sterrennacht zou worden nagevolgd. Van een met artikel 6 Aw vergelijkbare situatie is dus geen sprake. Wat niet wegneemt dat Sahni een aantal creatieve elementen heeft ingebracht die terug te zien zijn in de afbeelding: de compositie volgt de foto die Sahni als *base image* in RAGHAV heeft geüpload:²³ een huis met direct boven de uitbouw een ondergaande zon en daarboven lucht. De positionering, lijnen en verhoudingen zijn die van de foto. De combinatie van de compositie met in lichtblauw, hemelsblauw en geel geschilderde streepjes naar voorbeeld van Sterrennacht is op de instructie van Sahni terug te voeren. De feitelijke vormgeving van de lijnen en streepjes, de positionering en vormgeving van de sterren en de invulling van de vlakken is echter afkomstig van RAGHAV. Ook de doorvoering van het hemelsblauw in het gebouw lijkt op RAGHAV terug te voeren. Dit maakt het niet waarschijnlijk dat de afbeelding als een zelfstandig werk van Sahni is aan te merken.²⁴ Zou RAGHAV een mens zijn geweest, dan zou de beoordeling wellicht anders zijn uitgekapt. Het is zeer wel denkbaar dat Sahni en RAGHAV in dat geval als medemakers van Suryast zouden zijn aangemerkt. Dat Sahni RAGHAV een zekere vrijheid gaf in de wijze van stijlnavolging, hoeft daaraan niet in de weg te staan.

7. Makerschap in het tijdperk van AI

Er ziet iets onbevredigends in de conclusie dat Sahni geen maker van de AI output is, maar dat mogelijk wel zou zijn geweest als de bijdrage van de AI tool door een mens zou zijn geleverd. Voor Sahni zal dit persoonlijk niet zo erg zijn. Hij heeft als IE advocaat de discussie over AI en auteursrecht willen aanzwengelen en dat is gelukt. Voor creatieve professionals die gebruik maken van AI, en dat is een steeds grotere groep, is het intussen wel lastig dat men moet kunnen aantonen dat men een zelfstandig werk heeft gemaakt los van de inbreng van de AI tool, dan wel zodanige specifieke prompts heeft ingevoerd dat daardoor de beschermde trekken in de AI output zijn gedictieerd. Dit vergt een *case by case* beoordeling en schept onzekerheid over de bescherming van *AI assisted* content en producten.

Zorg hierover wordt met name geuit in de VS. De mogelijkheid om bescherming te claimen voor *AI assisted* content wordt daar op voorhand beperkt doordat het US Copyright Office voorschrijft dat men in een registratieverzoek AI-gegenereerde content die meer dan *de minimis* is, weglaat uit

²³ Het is uit de Canadese registratie niet kenbaar of de foto gemaakt is specifiek om te fungeren als *base image* voor de instructie aan RAGHAV. Voor deze analyse wordt hier van uitgegaan.

²⁴ Vgl. in dit verband de beoordeling van de Copyright Review Board van het US Copyright Office: "As Mr. Sahni admits, he provided three inputs to RAGHAV: a base image, a style image, and a 'variable value determining the amount of style transfer.'" Sahni AI Description at 11. Because Mr. Sahni only provided these three inputs to RAGHAV, the RAGHAV app, not Mr. Sahni, was responsible for determining how to interpolate the base and style images in accordance with the style transfer value. The fact that the Work contains sunset, clouds, and a building are the result of using an AI tool that "generate[s] an image with the same 'content' as a base image, but with the 'style' of [a] chosen picture." Id. at 6. But Mr. Sahni did not control where those elements would be placed, whether they would appear in the output, and what colors would be applied to them – RAGHAV did.⁸"

de omschrijving van het werk waarop men auteursrecht claimt.²⁵ Voor creatieven die zeer intensief én creatief met AI werken, is dit problematisch.²⁶ Er gaan dan ook stemmen op om ruimhartiger te kijken naar de auteursrechtelijke bescherming van AI output en de toerekening van die output aan degene die de AI tool instrueert.²⁷

Naar Nederlands recht vergt dit een andere benadering van makerschap. Een benadering die toestaat dat de creatief makerschap kan aantonen door aan de hand van het proces van prompts en output te laten zien dat hij (op zijn minst) medemaking zou zijn van de AI output als de AI tool een mens zou zijn geweest. Laten we als voorbeeld de afbeelding “Théâtre d’Opéra Spatial” nemen. De afbeelding is door Jason Allen gegenereerd met behulp van Midjourney en nabewerkt met Adobe Photoshop.²⁸



Output Midjourney
Bron: US Copyright Office



Nabewerking Allen

Voor deze gedachtenexercitie is het met name interessant om te bezien of Allen als maker aangemerkt zou worden als hij de eerste afbeelding als werk zou hebben gepresenteerd, dus zonder zijn nabewerking. Het US Copyright Office gaat ervan uit dat de invloed van een prompt bij Midjourney beperkt is omdat Midjourney prompts niet opvat als een directe instructie om een specifiek resultaat weer te geven, omdat het grammatica, zinsbouw en woorden niet begrijpt zoals een mens dat doet. Er zijn daardoor soms wel honderden prompts nodig om het gewenste resultaat te verkrijgen.²⁹ In dit geval heeft Jason 624 prompts ingevoerd. Het is aannemelijk dat Allen daarmee een substantiële, zij het niet alles bepalende invloed heeft gehad op de afbeelding. Deze inbreng van Allen is echter in de afbeelding zodanig verweven met de creatieve inbreng van Midjourney dat niet bij voorbaat een zelfstandig werk van Allen valt te onderscheiden.³⁰ Zou Midjourney een

²⁵ Copyright Registration Guidance, p. 4-5.

²⁶ Zie voor enkele voorbeelden P.B. Hugenholtz, 'Prompts tussen vorm en inhoud: de eerste rechtspraak over generatieve AI en het werk', *Auteursrecht* 2024-3, p. 128-129.

²⁷ Zie bijv. M. Caldwell, 'What is an "Author"? – Copyright Authorship of AI Art Through a Philosophical Lens', *Hous.L.Rev.*, Vol. 61, Issue 2, 2023. Voorts M. Sag, Testimony before the U.S. Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Intellectual Property, Hearing on "Artificial Intelligence and Intellectual Property – Part II: Copyright and Artificial Intelligence" July 12, 2023, Appendix A, p. 11.

²⁸ Copyright Review Board, US Copyright Office, 5 september 2023, 1-5T5320R, p. 2.

²⁹ Copyright Review Board, supra not 30, p. 6-7.

³⁰ In zijn registratieverzoek scheidde Allen de menselijke en AI gegenereerde content niet. Het US Copyright Office weigerde daarop registratie omdat de AI gegenereerde content uit de claim moet worden weggelaten als deze meer dan de *minimis* is. Copyright Review Board, US Copyright Office, 5 september 2023, 1-5T5320R, p. 2.

mens zijn geweest, dan zou de afbeelding wel zonder meer een gemeenschappelijk werk zijn en Allen medemaker. Dit rechtvaardigt mijns inziens dat de afbeelding als geheel aan Allen wordt toegerekend.

Deze benadering waarin makerschap wordt beoordeeld als ware de AI tool een mens waarmee men heeft samengewerkt, is uiteraard een fictie. Een fictie waarbij de AI output als geheel in de werkbeoordeling wordt betrokken. Deze weg lijkt mij dan ook alleen begaanbaar in gevallen waarin de creatief aan de hand van de prompts kan onderbouwen dat hij een substantiële invloed heeft gehad op het eindresultaat (zonder deze volledig te hebben gedictieerd). In zo een geval is het vanuit de doelstelling van het auteursrecht verdedigbaar dat de AI output wordt toegerekend aan de creatief. Dit zorgt ervoor dat het auteursrecht ook in het tijdperk van AI blijft doen wat het moet doen: waarborgen dat auteurs een passende beloning krijgen voor hun creatieve arbeid ten-einde hen in staat te stellen om hun scheppende en creatieve arbeid voort te zetten.³¹

Het makerbegrip is intussen geen louter Nederlands begrip en vereist uitleg van het unierechtelijke werk- en auteursbegrip. Een hobbelt die daarbij zal moeten worden genomen is de eerdergenoemde overweging van het HvJ EU in *Levola/Smilde* dat het voorwerp van auteursrechtelijke bescherming voldoende nauwkeurig en objectief moet kunnen worden geïdentificeerd.³² Dit roept de vraag op of de creatief ten bewijs van zijn bijdrage wel mag wijzen op creatieve keuzes in de prompts die, hoewel zij hebben geleid tot het eindresultaat, daar niet duidelijk als zelfstandig werk uit te distilleren zijn. Feit is dat uitingen van de creatieve geest steeds vaker *AI assisted* zullen zijn en dat dit meebrengt dat de bijdragen van mens en machine in het eindresultaat moeilijk van elkaar te onderscheiden zullen zijn. Het HvJ EU zal zich hier desgevraagd ook rekenschap van moeten geven. Wil men recht doen aan een auteursbegrip waarin menselijke schepping centraal staat, zal men de creatief moeten toestaan om zijn makerschap te bewijzen aan de hand van de stappen in het maakproces.

Hugenholtz bekritiseert het *Levola* vereiste en betoogt dat toepassing ervan in AI context niet voor de hand ligt. Uitgaande van de traditionele ratio van het auteursrecht, de bescherming van de scheppende mens, zou men moeten aanknopen bij het creatieve proces en niet, met het oog op de rechtszekerheid, bij de vraag of de hand van de schepper kenbaar in het voortbrengsel aanwezig is.³³ Vanuit deze gedachte acht Hugenholtz het mogelijk dat de mens maker van AI output is als hij in het iteratieve proces van prompts en output zodanige conceptuele en redactionele keuzes heeft gemaakt dat zijn vingerafdrukken overal te vinden zijn op de AI output waaraan hij zijn naam verbindt. Als voorbeeld noemt Hugenholtz onder meer het hiervoor besproken "Théâtre d'Opéra Spatial".³⁴ Aldus komt Hugenholtz langs andere weg tot dezelfde uitkomst.

31 Vgl. HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq I*), r.o. 40, onder verwijzing naar Considerans 10 van Richtlijn 2001/29/EG.

32 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola/Smilde*), r.o. 40-41. Eerder sprak Quaadvlieg over het vereiste van afzondering: "Conversaties zijn niet als 'werk' afgezonderd uit de mengstroom van het levensgebeuren. Een dergelijke afzondering is echter wel vereist. Om een werk te zijn moet een uiting niet alleen oorspronkelijkheid tonen maar óók over zelfstandigheid als werk beschikken." A.A. Quaadvlieg, 'Auteursrecht op geklets', in: R. Baas, T. Havinga & M.T.A.B. Laemers (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming. Liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot-van Leeuwen*, Deventer: Kluwer 2015, p. 69.

33 P.B. Hugenholtz, 'Prompts tussen vorm en inhoud: de eerste rechtspraak over generatieve AI en het werk', *Auteursrecht* 2024-3, p. 133.

34 Id. p. 132.

8. Open over AI gebruik?

Hoewel de kwaliteit van AI output nog vaak te wensen overlaat, worden GenAI modellen steeds beter. De output zal daardoor steeds vaker lijken op een menselijke schepping. Het is dus niet altijd te zien of horen of iets met AI is gemaakt. Dit roept de vraag op of men open moet zijn over het gebruik van AI. Het US Copyright Office stelt inderdaad als voorwaarde voor registratie dat men vermeldt dat AI is gebruikt en kort toelicht wat de menselijke bijdrage daaraan is geweest.³⁵

Moet de eiser in een Nederlandse inbreukprocedure open zijn over AI gebruik? De eiser moet de rechtsfeiten stellen die aan zijn vordering ten grondslag liggen (art. 150 Rv). De stellingen moeten gemotiveerd en zo concreet mogelijk zijn.³⁶ De creatief zal dus feiten moeten stellen waaruit volgt dat er sprake is van een werk waarvan hij de maker is, ondanks dat hij AI heeft gebruikt. Verzuimt de eiser hiertoe voldoende te stellen en komt later in de procedure alsnog aan het licht dat er AI is gebruikt, dan kan de rechter oordelen dat er niet aan de stelplicht is voldaan. Ook zal de rechter kunnen oordelen dat de eiser in strijd heeft gehandeld met zijn waarheidsplicht. Procespartijen zijn gehouden om de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Men mag de rechter met andere woorden niet op het verkeerde been zetten.³⁷ Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (artikel 21 Rv). Als sanctie kan men denken aan ontzegging van de vordering of een proceskostenveroordeling.³⁸

Ook buiten het kader van een inbreukprocedure speelt de vraag of men als creatief open moet zijn over het feit dat het geclaimde werk met AI is gemaakt. Bij onderhandelingen over een licentie-vergoeding is het van belang welk deel van de gebruikte content auteursrechtelijk beschermd is. Of en in hoeverre AI gebruikt is, kan daarbij een relevante omstandigheid zijn. Dit geldt ook voor het claimen van vergoedingen bij een collectieve beheersorganisatie. Cbo's zullen willen voorkomen dat AI output als eigen werk wordt aangemeld als daar geen enkele menselijke creativiteit aan te pas is gekomen. Het gemak waarmee met AI tools als Suno en Udio muziek kan worden gegenereerd, laat zien dat dit geen theoretische casus is. Diverse cbo's vragen de auteur daarom te verklaren dat er geen AI is gebruikt en weigeren het werk te registreren als wordt verklaard dat er wel AI is gebruikt.³⁹ Ook wordt aan de hand van het patroon van aanmeldingen bekeken of iemand plotseling heel veel werken aanmeldt. Cbo's die *AI assisted* werken niet bij voorbaat willen weigeren, kunnen overwegen om detectoren te gebruiken waarmee het percentage AI kan worden bepaald.⁴⁰ De vraag is dan welk percentage AI maximaal toelaatbaar wordt geacht. Gadi Oron, voorzitter van CISAC (de wereldwijde koepelorganisatie voor cbo's van makers) stelde in 2024 op persoonlijke titel dat ieder

³⁵ *Copyright Registration Guidance*, p. 4-5.

³⁶ *Asser Procesrecht/W.D.H. Asser*, Deel 3. Bewijs, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 288, onder verwijzing naar art. 21 Rv.

³⁷ Hof Amsterdam 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3879, bevestigd door HR 16 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1144, ov. 33.

³⁸ *Asser Procesrecht/W.D.H. Asser*, Deel 3. Bewijs, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 288, onder verwijzing naar art. 21 Rv. D.J.G. Visser, 'Artificial art, copyright, evidence and disclosure', *Leiden Law Blog* 9 maart 2023, www.leidenlawblog.nl, bepleit om het verzwijgen in een inbreukprocedure als strafbaar feit te zien in die gevallen waarin de content volledig door AI is gemaakt, zonder enige creatieve input van degene die stelt de maker te zijn. Het ooit met het oog op kunstvervalsing ingevoerde artikel 326b lid 1 Sr. zou hierop van toepassing kunnen zijn.

³⁹ G. Oron, 2024 *Sir Hugh Laddie Lecture on AI and the collective management of rights*, <https://www.cisac.org/Newsroom/articles/cisac-director-general-delivers-sir-hugh-laddie-lecture-ai-and-collective>. Zie voorts pleidooi van de Franse cbo voor beeldend kunstenaars ADAGP voor een wettelijke verplichting tot transparantie over AI gebruik. ADAGP, *Generative AI and Copyright: ADAGP calls for regulation on 3 points*, <https://www.adagp.fr/en/actualites/generative-ai-and-copyright-adagp-calls-regulation-3-points>.

⁴⁰ Er zijn ook AI detectoren die als AI gedetecteerde tekst aanpassen ('humanize'), zodat deze niet door andere detectoren wordt gedetecteerd. Zie bijvoorbeeld undetected.ai.

percentage tot 99,99 % voor het doel van collectief beheer voldoende zou moeten zijn om de aangemelde compositie te beschouwen als werk van de auteur die het werk aanmeldt, simpelweg omdat er geen onderscheid gemaakt kan worden tussen menselijke en niet-menselijke input.⁴¹

Ook om andere reden neemt de behoefte aan transparantie toe. Dit heeft in het kader van de AI Verordening geleid tot een aantal transparantieplichtingen met betrekking tot GenAI. Bedrijven die GenAI modellen aanbieden, moeten zorgen dat de output kan worden gedetecteerd als zijnde kunstmatig gegenereerd of gemanipuleerd AI (artikel 50 lid 2 AIV). Gebruikers die met GenAI deepfakes maken, moeten voorts vermelden dat het om kunstmatige gegenereerde of gemanipuleerde content gaat (artikel 50 lid 3 AIV).

De creatief die zijn makerschap wil kunnen bewijzen, doet er intussen goed aan om het maakproces zo te documenteren dat hij kan laten zien wat zijn eigen inbreng is geweest. Het ligt voor de hand om daartoe het iteratieve proces van prompts en AI output vast te leggen en voorts, voor zover relevant, de stappen waarin men iets creatiefs aan de AI output toevoegt. De Hoge Raad overwoog in *Endstra* dat niet de eis mag worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, mede omdat dit de maker voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen.⁴² Bij *AI-assisted* maakprocessen lijkt het echter onvermijdelijk dat men aan de hand van de achtereenvolgende prompts en AI output moet kunnen laten zien welke creatieve keuzes er zijn gemaakt.

9. Tenslotte

Dit gedenkschrift vormde aanleiding voor een gedachtenexercitie over makerschap in het tijdperk van AI. Daarbij richtte ik mij op de creatieve professional die gebruik maakt van GenAI als instrument bij zijn creatieve proces. Voor deze creatief blijkt het eenvoudiger om makerschap te bewijzen als hij heeft samengewerkt met een mens, dan wanneer hij een AI tool heeft gebruikt. In het eerste geval kan de creatief volstaan met aan te tonen dat het resultaat van de samenwerking een werk is waaraan beiden een creatieve bijdrage hebben geleverd. Heeft hij daarentegen een AI tool gebruikt, dan zal hij moeten aantonen dat hij zelfstandig een werk heeft gemaakt dat uit de AI output kan worden gedistilleerd. Dit zal in de praktijk lastig zijn omdat zijn creatieve bijdrage met die van de AI tool verweven is. Dit brengt onzekerheid mee over de bescherming van *AI assisted* content en producten. In dit artikel heb ik bepleit dat de creatief als maker van de AI output kan worden aangemerkt als aan de hand van het iteratieve proces van prompts en output kan worden vastgesteld dat zijn bijdrage substantieel was en hij medemaker zou zijn geweest als de AI tool een mens zou zijn geweest. Deze benadering brengt onherroepelijk mee dat men de inbreng van de AI tool in de beoordeling betreft. Een dilemma dat ik graag aan Antoon had willen voorleggen. Wij kennen Antoon als strak in de leer als het gaat om het subject en object van auteursrechtelijke bescherming. Het auteursrecht beschermt de mens en zijn geestelijke schepping. Bescherming van kunstmatige intelligentie past daar niet in. Tegelijkertijd getuigt zijn visie ook van realisme en nuancering als de redelijkheid en billijkheid of bescherming van fundamentele rechten daarom vragen. Of Antoon in dit geval in mijn gedachtegang mee zou kunnen gaan, weet ik niet. Een leerzame en onderhoudende gedachtewisseling zou het zeker hebben opgeleverd.

⁴¹ G. Oron, 2024 *Sir Hugh Laddie Lecture on AI and the collective management of rights*, <https://www.cisac.org/Newsroom/articles/cisac-director-general-delivers-sir-hugh-laddie-lecture-ai-and-collective>.

⁴² 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*), r.o. 4.5.2.