



Universiteit
Leiden
The Netherlands

AI (Act) en auteursrecht

Visser, D.J.G.

Citation

Visser, D. J. G. (2024). AI (Act) en auteursrecht. *Bedrijfsjuridische Berichten*, 2024(6), 48-54. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4172297>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4172297>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

AI (Act) en auteursrecht

Bb 2024/12

1. Inleiding

De belangstelling voor AI en auteursrecht blijft terecht onverminderd groot. In de EU is in december 2023 politieke overeenstemming bereikt over de AI Act. De AI Act is een verordening die grotendeels gaat over AI in het algemeen, maar er zijn ook enkele bepalingen die specifiek gaan over het auteursrecht. In de VS en in Azië staan de ontwikkelingen ook niet stil. In deze bijdrage worden de recente ontwikkelingen doorgenomen aan de hand van de belangrijkste vragen en wordt uitgebreid stilgestaan bij de vraag hoe het zit met hergebruik door exploitanten van 'eigen' content met behulp van generatieve AI.

2. 'AI trainen' = inbreuk?

Vormt 'machine learning' (het 'trainen' van 'Large Language Models' (LLM) waar Generatieve AI-toepassingen op gebaseerd zijn) op basis van talloze auteursrechtelijk beschermde werken (grootschalige) auteursrechtinbreuk? Dat is de vraag waar de meeste onrust en veel verschil van inzicht over bestaat.

In de VS, waar de meeste 'machine learning' plaatsvindt, moet deze vraag door de rechter beantwoord gaan worden op basis van de algemene 'fair use' beperking. Daar lopen inmiddels veel rechtszaken over,² maar het is nog wachten op de eerste uitspraak.

3. ML = TDM

In de EU is op 2 februari 2024 door de Raad van Ministers de tekst van de AI Act goedgekeurd.³ Onder die AI Act vallen Generatieve AI-modellen onder de categorie 'General purpose AI models' en deze verordening bevat in verband daarmee ook een aantal bepalingen over auteursrecht.⁴ 'Machine learning' (ML) is blijkens deze (bijna definitieve) 'AI Act' te kwalificeren als 'tekst- en datamining' (TDM) als bedoeld in artikel 4 van de DSM-richtlijn uit 2019.⁵ Dat blijkt

expliciet uit een in de AI Act opgenomen bepaling.⁶ 'Machine learning' is daarmee toegestaan mits er sprake is van 'rechtmatig toegankelijke werken' én mits het auteursrecht door de rechthebbenden ervan 'niet op passende wijze uitdrukkelijk is voorbehouden'.⁷ Wat precies 'op passende wijze uitdrukkelijk voorbehouden' is, is evenwel nog niet duidelijk.⁸ De bepaling uit 2019 waar deze voorwaarde in staat en waar de AI Act naar verwijst, noemt 'machinaal leesbare middelen in het geval van online ter beschikking gestelde content'. Maar wat is 'machine leesbaar'? Daar is nog geen standaard voor en geen consensus over. Voor offline content is aan te raden een voorbehoud in een voetnoot of in het colofon op te nemen. Baadt het niet, dan schaad het ook niet. De betekenis of rechtskracht van algemene voorbehouden op een website, zoals recent gemaakt door de Franse Sacem⁹ en het Nederlandse Pictoright¹⁰ voor al hun leden, is voorts nog onduidelijk. Is deze 'machine leesbaar'? Of is dat niet doorslaggevend? Ook is niet duidelijk wat de voorwaarde van 'rechtmatig toegankelijke werken' precies betekent. Veel modellen zijn getraind op talloze documenten die illegaal op internet staan (dat wil zeggen dat ze zonder toestemming van rechthebbenden zijn gekopieerd en online verspreid). Ook de toepassing in de tijd van de beperking ten gunste van tekst en datamining en machine learning is niet duidelijk. Veruit de meeste informatie staat online zonder dat daarbij het, immers pas in 2019 in de EU ingevoerde, voorbehoud is gemaakt. Die informatie is al lang verwerkt in de Large Language Models en kan er vermoedelijk niet meer uitgehaald worden. Moeten al die modellen vernietigd worden en moet men opnieuw beginnen? En zo ja, is het realistisch dat dit ook echt gaat gebeuren? Eén ding is duidelijk: alle auteursrechthebbenden doen er verstandig aan om voortaan op of bij al hun werk een TDM-out op te nemen, bijvoorbeeld in een colofon:

© 2024 [naam auteur of onderneming] Auteursrecht ten aanzien van Tekst & Data Mining en Machine Learning nadrukkelijk voorbehouden.

Copyright © 2024 [naam auteur of onderneming]. All rights expressly reserved. No part of this publication may be reproduced in the context of text and data mining or for any other purpose which is not expressly permitted by law without permission of [naam auteur of onderneming].

1 Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar IE in Leiden en advocaat in Amsterdam. Hij is dank verschuldigd aan Paul Keller, Jasper Klopper, Paul Kreijger, Michiel Smit, Jorn Torenbosch, Feer Verkade en Reinoud Westerdijk voor commentaar op een eerdere versie.

2 Onder andere van beeldende kunstenaars tegen Stability AI, Midjourney en DeviantArt, van Getty Images tegen Stability AI, van Universal Music tegen Anthropic en van The New York Times tegen Microsoft en OpenAI.

3 Deze tekst van 26 januari 2024 met nummer 5662/24, o.a. te vinden op <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>, is inhoudelijk definitief. De nummering is nog niet definitief. De definitieve tekst met juiste nummering wordt in mei 2024 verwacht.

4 De AI Act gaat over veel meer onderwerpen. Slechts 0.76% van de artikelen en overwegingen van de AI Act gaan over auteursrecht, volgens een berekening van Paul Keller van de Open Future Foundation, op wiens voordracht tijdens de Leiden Law Lunch IE op 14 februari 2024 het eerste deel van deze bijdrage voor een belangrijk deel is gebaseerd.

5 Richtlijn (EU) 2019/790 van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt (DSM-richtlijn).

6 Deze bepaling is nu nog genummerd artikel 52c(1) en luidt als volgt: 'Providers of general purpose AI models shall: (c) put in place a policy to respect Union copyright law in particular to identify and respect, including through state of the art technologies, the reservations of rights expressed pursuant to Article 4(3) of Directive (EU) 2019/790'.

7 Artikel 4 lid 3 DSM-richtlijn.

8 Zie hierover ook: A. Engelfriet en D.J.G. Visser, 'Werkt de mijnwerk opt-out voor mijn werk?', *Auteursrecht* 2024/1.

9 <https://societe.sacem.fr/en/news/our-society/sacem-favour-virtuous-transparent-and-fair-ai-exercises-its-right-opt-out>.

10 <https://pictoright.nl/nieuws/collectieve-opt-out-pictoright-aangesloten/>.

Het ontbreekt de AI Act niet aan ambitie: de verplichting om de genoemde 'anti TDM en Machine Learning'-voorbehouden te respecteren geldt (blijkens een overweging (!)) voor alle generatieve AI-modellen die in de EU worden aangeboden 'regardless of the jurisdiction in which the copyright-relevant acts underpinning the training of these general purpose AI models take place'.¹¹ Daarmee krijgt de AI Act op dit punt een extraterritoriaal effect: dergelijke AI-modellen mogen in de EU alleen worden aangeboden als bij het trainen ervan de Europese regels in acht zijn genomen. Dat is interessant. Hoe zullen aanbieders elders in de wereld hierop reageren? Zullen zij zich aan de Europese regels (proberen te) conformeren, of zullen ze hun diensten hier niet aanbieden, met alle concurrentiepositiegevolgen van dien?

De AI Act schrijft ook voor dat aanbieders van AI-modellen 'shall draw up and make publicly available a sufficiently detailed summary of the content used for training the general purpose model';¹² 'to facilitate parties with legitimate interests, including copyright holders, to exercise and enforce their rights under Union law, for example by listing the main data collections or sets that went into training the model, such as large private or public databases or data archives, and by providing a narrative explanation about other data sources used'. Het is nog onduidelijk wat dat precies inhoudt, maar er komt een 'AI Office' dat een 'template' gaat opstellen voor een 'sufficiently detailed summary', en het 'template' 'should be simple, effective, and allow the provider to provide the required summary in narrative form'. Het wachten is nu dus op dat 'template'. Het 'AI Office' moet ook nagaan of AI-aanbieders aan hun transparantie-verplichting voldoen 'without verifying or proceeding to a work-by-work assessment of the training data in terms of copyright compliance'.¹³ Hoe gaan die templates eruitzien? Wat gaan die 'samenvattingen' voor informatie verschaffen en wat gaan de auteursrechthebbenden op basis daarvan (kunnen) doen? Verbodsacties starten, schadevergoeding claimen of licenties sluiten?

4. AI output auteursrechtelijk beschermd?

Wanneer is (gedeeltelijk) door generatieve AI vervaardigde output auteursrechtelijk beschermd? In de EU is hier nog geen rechtspraak over. Het US Copyright Office¹⁴ heeft inmiddels in een aantal zaken auteursrecht afgewezen voor met AI vervaardigde afbeeldingen, met als argument dat menselijke creativiteit vereist is en dat die bij dergelijke voortbrengselen (zonder substantiële menselijke nabewerking) ontbreekt, ondanks uitgebreide menselijke instructies en selectie van afbeeldingen. In één zaak werd dit oordeel

inmiddels door een lagere rechter bevestigd.¹⁵ Van belang is dat in al deze zaken de aanmelder zelf (aan het USCO of op sociale media) meldde dat het werk geheel met AI vervaardigd was. In de regels van het US Copyright Office¹⁶ staat inmiddels ook dat vermelding van AI-gebruik verplicht is, maar het is natuurlijk de vraag wat er gebeurt als het niet wordt gemeld. Ook is van belang dat het USCO al honderden aanmeldingen van werk met AI heeft onderzocht en ook al meer dan 100 aanmeldingen wél heeft ingeschreven waar met AI vervaardigd materiaal in is verwerkt.¹⁷

'Whether the 'work' is basically one of human authorship, with the computer or other device merely being an assisting instrument, or whether the traditional elements of authorship in the work (literary, artistic, or musical expression or elements of selection, arrangement, etc.) were actually conceived and executed not by man but by a machine.' 'If all of a work's "traditional elements of authorship" are generated by AI, the work lacks human authorship, and the Office will not register it. If, however, a work containing AI-generated material also contains sufficient human authorship to support a claim to copyright, then the Office will register the human's contributions.'¹⁸



"A Recent Entrance to Paradise" (Steven Thaler) – auteursrecht verworpen door USCO 14 februari 2022¹⁹ – bevestigd door district court Washington D.C. 18 augustus 2023,²⁰ hoger beroep ingesteld.

11 Overweging 60j AI Act.

12 Artikel 52c (1) AI Act Obligations for providers of general purpose AI models.

13 Overweging 60ka.

14 Hoewel in de Verenigde Staten het auteursrecht als zodanig door enkele creatie ontstaat zonder verdere formaliteiten (zoals dat ook in de EU zo is), kent de VS wel de mogelijkheid auteursrechten te laten registreren door het US Copyright Office, en die administratieve instantie toetst wel of het ter registratie aangeboden werk inderdaad beschermd is.

15 Thaler v. Perlmutter, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 23-5233.

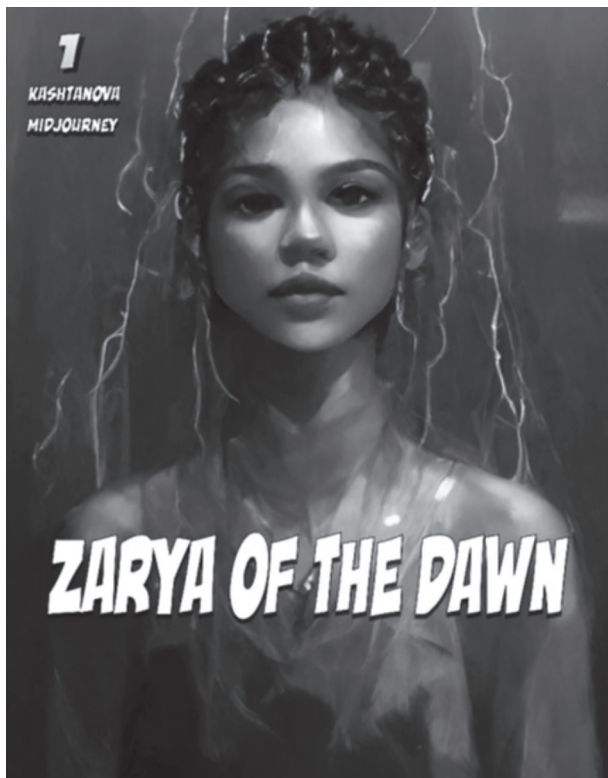
16 Copyright Registration Guidance: Works Containing Materials Generated by Artificial Intelligence, 88 Fed. Reg. 16190 (Mar. 16, 2023), <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-03-16/pdf/2023-05321.pdf>.

17 <https://copyright.gov/laws/hearings/USCO-Letter-on-AI-and-Copyright-Initiative-Update.pdf>.

18 Citaten uit de bovengenoemde Copyright Registration Guidance uit maart 2023, opgenomen in de Suryast beslissing, <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>.

19 <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>.

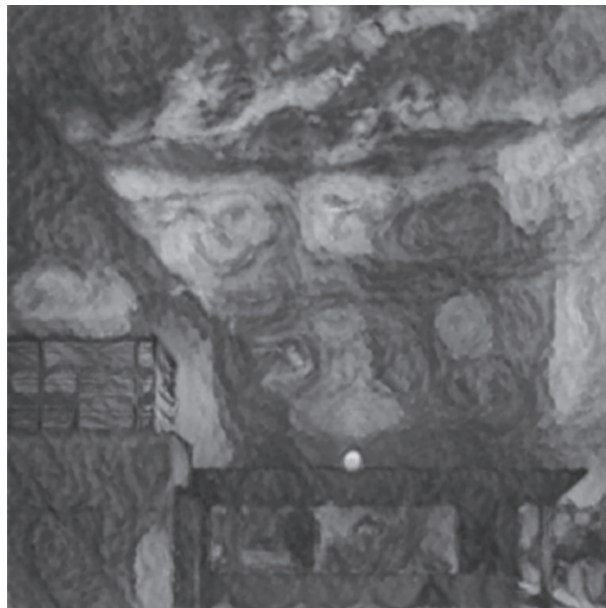
20 Thaler v. Perlmutter, U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, No. 23-5233.



“Zarya of the dawn” (Kristina Kashtanova) – auteursrecht verworpen door USCO 21 februari 2023.²¹



“Théâtre D'opéra Spatial” (Jason M. Allen) – auteursrecht verworpen door USCO 5 september 2023.²²



“SURYAST” (Ankit Sahni) – auteursrecht verworpen door USCO 11 december 2023.²³ De instructie was: ‘produce a new version in the style of Vincent van Gogh’s The Starry Night’.

In China en Zuid-Korea is in enkele zaken het auteursrecht op met AI vervaardigde afbeeldingen en films inmiddels wél erkend, met als argument dat de aan die afbeeldingen en films ten grondslag liggende uitgebreide menselijke instructies en de selectie van met AI gegenereerde afbeeldingen c.q. films wél blijken geven van voldoende menselijke creativiteit.



Afbeeldingen auteursrechtelijk beschermd geacht door het Beijing Internet Court op 27 november 2023 in de zaak Li. v. Liu.²⁴



²¹ <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.

²² <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf>.

²³ <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>.

²⁴ <https://english.bjinternetcourt.gov.cn/pdf/BeijingInternetCourtCivilJudgment112792023.pdf>.

Film "AI Suro's Wife" auteursrechtelijk beschermd geacht door het Zuid-Koreaans Copyright Office 29 december 2023.²⁵

Zowel de Amerikaanse als de Aziatische benadering zijn verdedigbaar en het is nog onduidelijk welke koers de EU gaat varen. Het HvJ EU heeft in zijn rechtspraak over portretfoto's uit 2011 duidelijk gemaakt dat de voor auteursrecht benodigde creatieve inbreng in verschillende fases mogelijk is, bijvoorbeeld in de voorbereidende fase en bij de selectie en nabewerking van een bepaalde foto.²⁶ Deze benadering kan en zal vermoedelijk naar analogie worden toegepast op het gebruik van AI. Het kan nog een paar jaar duren voordat het HvJ EU zich over auteursrecht en AI uitsprekt, en lagere rechtspraak is er ook nog niet. Dat menselijke creativiteit ook hier vereist is, is evident. Maar of, en zo ja wanneer, gedetailleerde instructies en 'creatieve' selectie van afbeeldingen voldoende worden geacht om de output auteursrechtelijk beschermd te achten, blijft afwachten.²⁷

5. Output inbreuk makend?

Wanneer maakt output, (gedeeltelijk) vervaardigd door Generatieve AI-modellen, *inbreuk* op auteursrecht op bestaand werk? Daarover zijn in de VS al procedures aanhangig,²⁸ maar daar zijn nog geen uitspraken in. Wel is de kans zeer groot is dat output inbreuk maakt als de gebruiker van het model daarop aanstuurt of niet oplet (door, al dan niet bewust, instructies te geven waardoor de output bijvoorbeeld op bestaande tekst- of beeldwerken gaat lijken) en de AI-aanbieder niet allerlei beperkingen inbouwt om dit te voorkomen.

De aanbieders van generatieve AI-systemen bieden inmiddels ook vrijwaringen aan als onderdeel van hun contractuele voorwaarden.²⁹ Het is de vraag of gebruikers daarop kunnen en willen vertrouwen. Als zij inbreuk makende content genereren met de aangeboden AI en die content vervolgens zelf exploiteren, komt de schadeclaim toch echt bij hen te liggen en moeten zij vervolgens maar zien hoe ze hun schade in de VS op de Amerikaanse aanbieder moeten verhalen.

In China heeft het Guangzhou Internet Court inmiddels op 8 februari 2024 auteursrechtinbreuk aangenomen in de Ultraman-zaak.³⁰ De auteursrechthebbende op het in China zeer bekende character 'Ultraman' stelde een verbodsvordering in tegen de aanbieder van een Generatief AI-model dat werd aangeboden op een website genaamd Tab. Op die website was het mogelijk om met de instructies als "Ultraman in cartoon style" afbeeldingen te produceren die grote gelijkenis vertonen met het originele character. Deze output vormt volgens de Chinese rechter auteursrechtinbreuk. Dit zou naar Amerikaans en Europees auteursrecht vermoedelijk niet anders zijn. Grote aanbieders van generatieve AI zijn het afgelopen jaar steeds meer beperkingen op gaan leggen aan de mogelijkheid om afbeeldingen te genereren 'in de stijl van' levende kunstenaars of die 'lijken op' bestaand werk. Toch lijkt het nog steeds goed mogelijk om opzettelijk of per ongeluk inbreuk te maken op auteursrechten op bestaand werk, omdat Generatieve AI zich nu eenmaal baseert op bestaand werk. Bij (te) grote gelijkenis met bestaand werk zal de (onmogelijke?) bewijslast dat geen sprake is van ontlening aan dat bestaande werk naar Nederlands recht vermoedelijk bij de gedaagde rusten.

De Chinese rechtbank oordeelde ook dat de aanbieder van de Generatieve AI tekort was geschoten in zijn wettelijke verplichtingen, omdat hij geen klachtmogelijkheid aanbood, gebruikers niet wees op het feit dat geen auteursrechtinbreuk mag worden gemaakt en geen 'markering' aanbracht op de output om duidelijk te maken dat het hier om met AI gegenereerd werk gaat.



'Ultraman'

25 <https://chatgptiseatingtheworld.com/2024/01/08/south-korea-grants-copyright-to-ai-generated-work-ai-suros-wife-film-as-work-edited-by-humans/>.

26 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*), punt 91: "In the preparation phase, the photographer can choose the background, the subject's pose and the lighting. When taking a portrait photograph, he can choose the framing, the angle of view and the atmosphere created. Finally, when selecting the snapshot, the photographer may choose from a variety of developing techniques the one he wishes to adopt or, where appropriate, use computer software". (Engelse tekst omdat de Nederlandse vertaling verwarrend slecht is).

27 Zie hierover Spoor/Verkade/Visser, *Auteursrecht*, (vierde druk 2019) par. 3.14.

28 Bijvoorbeeld de rechtszaak die de New York Times in december heeft aangespannen tegen Microsoft.
<https://www.courtlistener.com/docket/68117049/the-new-york-times-company-v-microsoft-corporation/>.

29 Zie 'Microsoft announces new Copilot Copyright Commitment for customers' <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2023/09/07/copilot-copyright-commitment-ai-legal-concerns/> en 'Google Joins Microsoft in Shielding Users From AI Copyright Lawsuits', <https://www.pcmag.com/news/google-joins-microsoft-in-shielding-users-from-ai-copyright-lawsuits>.

30 <https://www.globaltimes.cn/page/202402/1307805.shtml> en https://mp.weixin.qq.com/s/tESibYMTerEz6_Uxtlnxw.



'Ultraman in cartoon style'

Een 'markerings- of transparantieplicht' zoals geldt in China, ligt in de EU inmiddels vast in artikel 52 (1a) van de AI Act: 'Providers of AI systems, including GPAI systems, generating synthetic audio, image, video or text content, shall ensure the outputs of the AI system are marked in a machine-readable format and detectable as artificially generated or manipulated'. Zie echter de hieronder te bespreken beperking.

6. Deep fakes

Voor 'deep fakes' vervaardigd met AI geldt op grond van de AI Act een nog explicietere verplichting – met belangrijke uitzonderingen – in artikel 52(1a):

'Deployers of an AI system that generates or manipulates image, audio or video content constituting a *deep fake*, shall disclose that the content has been artificially generated or manipulated.

This obligation shall not apply where the use is authorised by law to detect, prevent, investigate and prosecute criminal offence. Where the content forms part of an evidently artistic, creative, satirical, fictional analogous work or programme, the transparency obligations set out in this paragraph are limited to disclosure of the existence of such generated or manipulated content in an appropriate manner that does not hamper the display or enjoyment of the work.

Deployers of an AI system that generates or manipulates text which is published with the purpose of informing the public on matters of public interest shall disclose that the text has been artificially generated or manipulated.

This obligation shall not apply where the use is authorised by law to detect, prevent, investigate and prosecute criminal offences or where the AI-generated content has undergone a process of human review or editorial control

and where a natural or legal person holds editorial responsibility for the publication of the content'.

Er komt dus een expliciete verplichting om bij deepfakes het kunstmatige karakter ervan te vermelden. Vermoedelijk zal dat steeds bij of zelfs in de afbeelding duidelijk moeten worden gemaakt.

Als er sprake is van een 'evident kunstzinnig, creatief, satirisch, fictief 'analogous' (niet-digitaal of soortgelijk?) werk of programma, zijn de transparantieverplichtingen beperkt tot vermelding van het feit dat de inhoud kunstmatig is gecreëerd of gemanipuleerd 'op een passende manier die de vertoning of het genot van het werk niet verstoort'. Dan is vermelding in de inleiding, aankondiging of afkondiging mogelijk voldoende.

7. Bewerking met AI?

Bij de auteursrechtelijke aspecten van AI gaat het vaak over de hiervoor besproken vraag of de aanbieders van generatieve AI-software en de partijen die 'machine learning' op basis van miljoenen werken die daarvoor nodig zijn bewerkstelligen, inbreuk maken op het auteursrecht op die miljoenen werken. En over de vraag of en zo ja, wanneer de AI-output zelf auteursrechtelijk beschermd is en/of juist inbreuk maakt op dat auteursrecht van derden.

Minder aandacht is er voor de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden een exploitant (uitgever, producent of andere onderneming) met behulp van AI nieuwe output kan genereren op basis van auteursrechtelijk beschermd materiaal waarop hij een exploitatiebevoegdheid heeft (verworven). Die mindere aandacht is begrijpelijk, omdat het hier primair om een (niet totaal nieuwe)³¹ contractuele kwestie gaat.

Mag een uitgever of producent het werk van een auteur waar hij een contractuele relatie mee heeft bewerken met AI? Mag een exploitant werk waarop hij exploitatiebevoegdheid heeft verworven gebruiken om op basis daarvan met behulp van generatieve AI nieuwe output te genereren? Zo ja, is hij daarvoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd? Zo nee, hoe en onder welke financiële voorwaarden zou hij daar aanvullende toestemming voor kunnen verkrijgen?

Deze activiteit wordt hier omschreven als 'bewerking met AI'. Het gaat dus niet om het proces van machine learning waarbij miljoenen werken worden verwerkt, maar om een bewerking van één of enkele werken, gecombineerd met nieuwe informatie, waarop exploitatiebevoegdheid is verworven met behulp van AI. Denkbaar is dat die bewerking nog auteursrechtelijk relevante gelijkenis vertoont met het origineel, denkbaar is ook dat dit niet meer het geval is. In het eerste geval is er sprake van een 'geheele of gedeeltelijke bewerking of nabootsing in gewijzigden vorm' die als een auteursrechtelijke relevante vervelvoudiging wordt aangemerkt. In het tweede geval is er mogelijk sprake van een 'nieuw, oorspronkelijk werk' in de zin van artikel 13 Aw dat qua output niet auteursrechtelijk relevant is, maar waar in

31 Denk bijv. aan bewerking van verouderend educatief materiaal door nieuwe auteurs.

het totstandkomingsproces vermoedelijk wel auteursrechtelijk relevante handelingen hebben plaatsgevonden.

Een paar voorbeelden:

1. Een juridische uitgever beschikt over exploitatiebevoegdheid op een handboek over auteursrecht. Mag hij vervolgens op basis van dat handboek, gecombineerd met alle nieuwe (rechtenvrije) rechtspraak en artikelen en annotaties waarop hij eveneens exploitatiebevoegdheid heeft verworven, met behulp van generatieve AI een nieuw handboek over auteursrecht maken?
2. Een filmproducent beschikt over exploitatiebevoegdheid op een film over een groepje tieners op vakantie. Mag hij op basis van deze film, gecombineerd met rechtenvrije beelden of beeldmateriaal waarop hij eveneens de rechten heeft verworven, met behulp van generatieve AI een nieuwe film over een groepje tieners op vakantie maken?
3. Een supermarktketen beschikt over exploitatiebevoegdheid op een foto van een gezellig gezinnetje aan de maaltijd. Mag hij op basis van deze foto, gecombineerd met rechtenvrije afbeeldingen of afbeeldingen waarop hij eveneens rechten heeft verworven, met behulp van generatieve AI een nieuwe foto van een gezellig gezinnetje met een andere huidskleur aan een andere maaltijd maken?

Het gaat hierbij uiteraard om de juridische kwalificatie van wat de exploitant wil gaan doen, maar ook en vooral om de uitleg van de overeenkomst die hij met de auteur heeft gesloten en de manier waarop hij die overeenkomst zo nodig in overleg moet aanpassen en onder welke voorwaarden de auteur daarmee akkoord gaat. Het gaat hier over de interpretatie of aanpassing van 'een overeenkomst die de verlening van exploitatiebevoegdheid ten aanzien van het auteursrecht van de maker aan een wederpartij tot doel heeft', en dus over het auteurscontractenrecht van hoofdstuk Ia van de Auteurswet. In deze verhouding tussen exploitant en auteur speelt de hierboven besproken TDM-exceptie opgenomen in artikel 4 DSM-richtlijn en in artikel 15o Auteurswet vermoedelijk een ondergeschikte rol. Het is niet erg aannemelijk dat van een auteur verwacht wordt dat hij het uitdrukkelijk voorbehoud – bedoeld in dat artikel – maakt ten opzichte van zijn eigen uitgever of producent. Dit lijkt immers typisch een verplichting die geldt bij de eerste openbaarmaking, niet bij de interne communicatie tussen auteur en exploitant. Desondanks kan het natuurlijk geen kwaad dat auteurs expliciet aan hun uitgever of producent laten weten dat zij verwerking met AI uitdrukkelijk van de exploitatiebevoegdheden uitsluiten. Er is sowieso sprake van een contractuele verhouding die moet worden geïnterpreteerd in het licht van wat partijen redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten, waarbij ook nog eens de hierna te bespreken wettelijk verplichte interpretatie ten gunste van de auteur geldt. Hierbij zijn ook de grondslagen van belang waarop de exploitant de exploitatiebevoegdheid heeft verworven. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de volgende situaties.

Werkgeversauteursrecht

De exploitant is de werkgever van de auteur en is op grond van het werkgeversauteursrecht van artikel 7 Auteurswet 'fictief maker' en ab initio rechthebbende ten aanzien van alle exploitatierechten aangemerkt. Het auteurscontractenrecht is op deze situatie niet van toepassing. De exploitant beschikt over alle exploitatierechten. De exploitant mag het werk bewerken met AI en hij is, afgezien van het overeengekomen salaris, geen billijke vergoeding verschuldigd aan de auteur.

Overdracht en exclusieve licentie

De exploitant heeft op grond van overdracht of exclusieve licentie de exploitatiebevoegdheden verworven die door de auteur aan hem zijn verleend. Die overdracht of exclusieve licentie 'omvat alleen die bevoegdheden die in de akte staan vermeld of die uit de aard en de strekking van de titel of licentieverlening noodzakelijkerwijs voortvloeien'.³² Deze regel zal er in veel gevallen toe leiden dat de exploitant niet het recht heeft verworven om het werk met AI te bewerken, omdat deze bewerkingsvorm niet in de overeenkomst is benoemd en er ook niet in kan worden gelezen. Bij een zeer ruime omschrijving, 'alle denkbare vormen van openbaarmaking en verveelvoudiging', 'inclusief iedere vorm van bewerking', 'nu bestaand of in de toekomst', is het mogelijk dat de AI-bewerking er wel onder valt. Bovendien is aannemelijk dat een 'volledige' of 'gehele' overdracht van het auteursrecht, inclusief toekomstige exploitatievormen ook mogelijk is, nu artikel 25c lid 6 Auteurswet (sinds 2015) expliciet in die mogelijkheid voorziet:

'Indien de maker exploitatiebevoegdheden heeft verleend ten aanzien van een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze en de wederpartij gaat hiertoe over, is hij de maker hiervoor een aanvullende billijke vergoeding verschuldigd. Is de bevoegdheid door de wederpartij van de maker overgedragen aan een derde die tot de bedoelde exploitatie overgaat, dan kan de maker de aanvullende billijke vergoeding van de derde vorderen'.

Niet-exclusieve licentie

De exploitant heeft op grond van een niet-exclusieve licentie exploitatiebevoegdheden verworven die door de auteur aan hem zijn verleend. In dat geval gelden de normale 'Haviltex'-uitlegcriteria. Dan geldt vermoedelijk in grote lijnen hetzelfde: in veel gevallen zal de bevoegdheid om het werk met AI te bewerken er niet onder vallen, omdat deze bewerkingsvorm niet in de overeenkomst is benoemd en er ook niet in kan worden gelezen, maar ook daarbij geldt dat een 'volledige' of 'gehele' overdracht van het auteursrecht, inclusief toekomstige exploitatievormen ook mogelijk is, nu artikel 25c lid 6 Auteurswet (sinds 2015) expliciet in die mogelijkheid voorziet.

³² Artikel 2 lid 3 Auteurswet.

Een exploitatie op een ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekende wijze?

Het is goed verdedigbaar dat de mogelijkheid het werk met AI te bewerken tot voor kort een vorm van exploitatie is die ten tijde van sluiting van de overeenkomst nog onbekend was. Voor overeenkomsten van ná 1 juli 2015 betekent dit dat als de exploitant of zijn rechtverkrijgende overgaat tot die vorm van exploitatie hij aan de auteur een 'aanvullende billijke vergoeding' verschuldigd is.

Bewerking = wijziging?

Vaak zijn de rechtenomschrijvingen in auteurscontracten wel ruim als het gaat om exploitatievormen, maar meestal gaat het daarbij om wat het werk betreft ongewijzigde exploitatie. Van (verhuur van) videobanden, naar DVD, naar BluRay, on demand, streaming etc. Het bewerkingsrecht is vaak beperkt tot corrigeren, bijsnijden en andere minder ingrijpende handelingen. Niet voor niets heeft de maker op grond van artikel 25 Aw 'zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen', 'het recht zich te verzetten tegen elke [...] wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid'. Een bewerking is natuurlijk altijd een wijziging en dus is de vraag welke wijziging de auteur zich in redelijkheid moet laten welgevallen. Enerzijds kan een bewerking met AI weinig ingrijpend zijn, en beperkt blijven tot ondergeschikte wijzigingen. Anderzijds kan een bewerking met AI ook zodanig ingrijpend zijn dat verzet daartegen in de regel redelijk zal zijn. Of zelfs zo ingrijpend dat het oorspronkelijk werk er helemaal niet meer in te herkennen is en er geen sprake meer is van 'wijziging in het werk' en een verveelvoudiging in gewijzigde vorm, maar van een nieuw, oorspronkelijk werk in de zin van artikel 13 Aw.

Aantasting?

Voorts kan een bewerking met AI, ingrijpend of niet, onder omstandigheden gekwalificeerd worden als een 'misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid', in de zin van artikel 25 lid 1 sub d Aw. Wel moet dan ook echt die schade aan de reputatie worden aangetoond, verminking alleen is niet genoeg. Desondanks zal de exploitant moeten oppassen voor schending van de persoonlijkheidsrechten. Toestemming van de auteur lijkt dan de enige veilige weg. Overigens lijkt gebruik van werk van eigen auteurs om zonder hun toestemming nieuw werk te maken nogal een risico in publicitair opzicht. Bij dit soort 'auteursvervangend' gebruik zonder expliciete toestemming lopen de vermoederen ongetwijfeld snel hoog op.

Exploitatie?

Als een werk waarop daartoe strekkende exploitatiebevoegdheid is verkregen met behulp van AI wordt bewerkt, dan is exploitatie van die bewerking vermoedelijk nog steeds (ook) als exploitatie van het onderliggende, oorspronkelijke werk aan te merken. Dat betekent dat op grond van artikel 25c lid 1 of lid 6 Aw voor die exploitatie een

billijke vergoeding verschuldigd is. Vervolgens is de vraag welke vorm de vergoeding moet hebben. Is een lumpsumvergoeding mogelijk? Of is hier een resultaatafhankelijke vergoeding nodig? Als de verlening van een exploitatiebevoegdheid mede het recht omvat om (in de tijd en in aantal) onbeperkt AI-bewerkingen te vervaardigen en die te exploiteren, lijkt het onwaarschijnlijk dat die exploitatie voldoende bepaald is om te kunnen afdekken met een lumpsumvergoeding. Maar het is ook heel lastig om te bepalen wat voor soort resultaatafhankelijke vergoeding hier redelijk is.

8. Vooruitblik

De regelgeving en rechtspraak over AI en auteursrecht staan nog in de kinderschoenen. Dat geldt ook voor de gedachtevorming over de vergoedingen die makers zouden moeten ontvangen als hun werk indirect of direct wordt gebruikt om met generatieve AI nieuw werk te maken. Tegelijkertijd gaan de ontwikkelingen razendsnel en kunnen veel marktpartijen het zich niet permitteren om er geen gebruik van te maken zonder concurrentienadeel. Het effectief verbieden van het gebruik van (generatieve) AI lijkt onmogelijk en onwenselijk. Maar alle uitgevers en producenten zullen het in de EU vereiste voorbehoud om machine learning met hun werk tegen te gaan vermoedelijk massaal (moeten) gaan maken, al was het maar om een onderhandelingspositie te verkrijgen. Met hun 'eigen' content kunnen zij nieuwe output genereren, maar nauw overleg met hun 'eigen' auteurs zal daarbij waarschijnlijk in veel gevallen wel nodig zijn. Er zal steeds meer geautomatiseerde en menselijke controle nodig zijn om onwenselijk gebruik tegen te gaan. En de discussie over te betalen vergoedingen en de verdeling daarvan moet worden gevoerd.