

AI kunst, auteursrecht, bewijslast en informatieplicht

[Dirk Visser¹](#)

Er rust geen auteursrecht op ‘kunstwerken’ die volledig door kunstmatige intelligentie (een ‘generatief AI programma’) zijn gemaakt, zonder creatieve menselijke instructie en/of zonder creatieve menselijke nabewerking. Voor auteursrechtelijke bescherming is nodig dat er sprake is ‘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’, aldus de [Hoge Raad in 2008](#).

Hoe gedetailleerd en creatief de instructie aan een kunstmatige intelligentie moet zijn om het resultaat auteursrechtelijk beschermd te doen zijn is nog onduidelijk. Daar bestaat nog geen ervaring mee, er is geen rechtspraak of vergelijkingsmateriaal.

We nemen het voorbeeld van werk *A Girl With Glowing Earrings*, gemaakt door de Duitse kunstenaar [Julian van Dieken](#) met behulp van het AI programma Midjourney. Stel dat de instructie aan Midjourney was, [zoals Laurens Verhagen in de Volkskrant suggereert](#): ‘Maak een portret van een mooi meisje met volle lippen en blauwe ogen en glinsterende oranje oorbellen in de stijl van Vermeer’. Dan is die instructie naar alle waarschijnlijkheid niet voldoende gedetailleerd en creatief om voor de ‘instructeur’ een auteursrecht op het resultaat te doen ontstaan. Zou de instructie de gewenste compositie, stand van het gezicht, exacte kleurkeuze van alle onderdelen, schaduwwerking en dergelijke in detail bevatten, dan is de kans veel groter dat er auteursrecht van de instructeur op het eindresultaat zou worden aangenomen.

Dan komen we in de buurt van de situatie die in artikel 6 van de Nederlandse auteurswet wordt beschreven: “Indien een werk is tot stand gebracht naar het ontwerp van een ander en onder diens leiding en toezicht, wordt deze als de maker van dat werk aangemerkt”. Als een werk door een AI programma tot stand wordt gebracht ‘naar het ontwerp’ en ‘onder leiding en toezicht’ van een instructeur, wordt die instructeur als maker en rechthebbende aangemerkt. De vraag is hoe gedetailleerd die instructie moet zijn om een auteursrecht bij die instructeur te doen ontstaan. Op de vraag of die instructeur verplicht is om te vertellen wat zijn instructie was wordt hierna teruggekomen.

Niet alleen een creatieve instructie kan een auteursrecht doen ontstaan, een klein beetje creatieve nabewerking kan dat zeker ook. Daar is veel meer ervaring mee. Van Dieken gebruikte naar eigen zeggen naast Midjourney ook Photoshop om het portret digitaal fijn te slijpen, aldus Verhagen in de Volkskrant. ‘Digitaal fjnslijpen’ klinkt als een nogal technische handeling, zonder veel creativiteit. Wat nu als Van Dieken zou stellen dat hij de afbeelding creatief heeft nabewerkt? Dan zou hij auteursrecht kunnen claimen. Het is zeer gebruikelijk om delen van een ontwerpproces door een computer te laten doen en delen zelf ter hand te nemen. Het is ook gebruikelijk om bestaand werk dat niet meer beschermd is, denk aan niet meer beschermde klassieke muziek, enigszins te bewerken om vervolgens auteursrecht op die bewerking te claimen. Een niet al te ingrijpende bewerking kan al auteursrecht doen ontstaan.

Wat nu als Van Dieken zou stellen dat hij zeer gedetailleerde creatieve instructie heeft gegeven en ook nog eens uitgebreid heeft nabewerkt met Photoshop? Moet hij dat dan bewijzen om auteursrecht op het (bewerkte) resultaat te claimen? Waar moet de voor auteursrechtelijke bescherming vereiste creativiteit uit blijken? Zie daarover de [Hoge Raad in 2008](#): “Het gaat om een

¹ Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar intellectuele eigendom in Leiden en advocaat in Amsterdam. Voor commentaar op een eerder versie is hij dank verschuldigd aan Hidde Couperus en Feer Verkade.

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”.

Een fotograaf die gebruik heeft gemaakt van een ‘intelligente’ camera hoeft ook niet te bewijzen welke creatieve keuze hij heeft gemaakt. De creativiteit moet uit de foto blijken. En bij foto’s is de drempel erg laag: bijna elke foto wordt auteursrechtelijk beschermd geacht. Bewijs hoe de foto tot stand is gekomen is niet nodig. Er bestaat geen ‘informatieplicht’ bij kunstenaar om aan te tonen hoe hun werk tot stand is gekomen.

Dit betekent dat Van Dieken helemaal niet hoeft te bewijzen welke creatieve keuzes hij in welke fases van de productie heeft gemaakt. Hij kan gewoon stellen dat het eindresultaat auteursrechtelijk beschermd is en dat hij rechthebbende is. Zolang het er maar ‘creatief uitziet’ is dat voldoende. Iemand die de afbeelding vervolgens zonder zijn toestemming wil exploiteren of nabootsen zal vervolgens moeten bewijzen dat de afbeelding niet beschermd is. Ingeval van een nabootsing die eenzelfde totaalindruk wekt door overeenstemmende creatieve trekken, geldt ook een bewijslastverdeling ten nadele van de nabootser: hij of zij moet dan bewijzen dat hij niet heeft ontleend.

De Amerikaanse kunstenares Kris Kashtanova liet recent [op Instagram](#) weten dat de inschrijving van het auteursrecht op de afbeeldingen in haar stripboek *‘Zarya of the Dawn’* door het Amerikaanse Copyright Office alsnog werd afgewezen. Dit om dat ze op sociale media verteld had dat deze afbeeldingen volledig door AI waren gemaakt. Haar auteursrecht op de volgorde van de afbeeldingen en het verhaal werd wel geaccepteerd. Maar wat als ze niet verteld had dat die afbeeldingen volledig door AI waren gemaakt? Dan is de kans klein dat er enig probleem was ontstaan.

In Europa bestaat het fenomeen ‘inschrijven’ van auteursrechten niet. Auteursrecht ontstaat vanzelf door het vervaardigen van een kunstwerk en de bescherming wordt pas getoetst als er een rechtszaak over wordt gevoerd. Dan gelden de hierboven besproken bewijsregels: de kunstenaar hoeft niet te bewijzen hoe het werk tot stand is gekomen, de ‘creativiteit’ moet uit het werk zelf blijken.

Bestaat er misschien toch wel een informatieplicht over wiens creativiteit in een kunstwerk zit?

“Met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vijfde categorie wordt gestraft: hij die op of in een werk van letterkunde, wetenschap, kunst of nijverheid valselijk enige naam of enig teken plaatst, of de echte naam of het echte teken vervalst, met het oogmerk om daardoor aannemelijk te maken, dat dat werk zou zijn van de hand van degene wiens naam of teken hij daarop of daarin aanbracht”. Zo luidt [artikel 326b lid 1 van het Wetboek van Strafrecht](#).

Deze strafbepaling is bedoeld voor kunstvervalsingen waarbij juist niet de eigen naam, maar de naam van een beroemde schilder op een kunstwerk wordt aangebracht. Denk aan [kunstvervalser Van Meegeren](#) die valse Vermeers vervaardigde. Het lijkt naar de letter van de bepaling echter verdedigbaar dat deze ook met zich mee brengt dat je niet mag claimen dat iets helemaal jouw werk is, terwijl het eigenlijk helemaal door een AI is vervaardigd. Maar dit zal alleen gelden in extreme gevallen waarin er inderdaad geen enkele creatieve inbreng is. En dat is weer heel moeilijk te bewijzen.

De conclusie is dat iemand die met behulp van AI een ‘kunstwerk’ heeft gemaakt daar volgens de huidige bewijsregels eenvoudig auteursrecht op kan claimen, zolang hij er maar niet bij vertelt dat hij

of zij zelf niets creatiefs heeft gedaan. En niemand is verplicht om informatie over het vervaardigingsproces te verstrekken.

Is dat onwenselijk? Is het onwenselijk dat Van Dieken en Kashtanova auteursrecht kunnen claimen op de door hen met AI vervaardigde afbeeldingen? Dat betekent immers vooral dat zij de exploitatie en nabootsing van die afbeeldingen kunnen verbieden. Ze kunnen niet aan anderen verbieden met dezelfde AI vergelijkbare afbeeldingen te maken. Dat kunnen ze wel proberen, maar als die anderen (eenvoudig) kunnen bewijzen dat zij niet hebben ontleend maar zelf opdrachten hebben gegeven aan een AI, is er geen sprake van auteursrechtinbreuk. Tenzij de afbeeldingen van Van Dieken en Kashtanova zelf weer tot de 'leerstof' van de AI zijn gaan behoren en dat door die AI grote delen aan die afbeeldingen zijn ontleend.

En daar komen we bij weer een ander probleem, namelijk dat iedereen die AI gebruikt om afbeeldingen te maken het risico loopt dat die afbeeldingen 'te veel lijken' op bestaande kunstwerken die nog auteursrechtelijk beschermd zijn. En dat is nogal een groot risico, want dan werkt de bewijslastverdeling in het nadeel dat de AI gebruiker. AI werkt op basis van 'machine learning' waarbij miljoenen afbeeldingen van het internet worden gekopieerd en gebruikt voor het 'creatieve proces' van de AI. Als het resultaat van de AI 'toevallig' erg veel lijkt op één van die miljoenen afbeeldingen die nog beschermd zijn, kan dat auteursrechtinbreuk opleveren. Het bewijs dat niet is ontleend kan niet worden geleverd, omdat de AI per definitie juist wel heeft 'ontleend' aan al die miljoenen afbeeldingen, dus waarschijnlijk ook aan die éne afbeelding waar het resultaat veel op lijkt. Dan zal dus auteursrechtinbreuk worden aangenomen, wat tot een verbod en schadevergoeding kan leiden.

Vanwege deze bewijslastverdeling is het dus oppassen geblazen bij het commercieel gebruik van door AI vervaardigde afbeeldingen.

Het is goed verdedigbaar dat de regels over bewijslastverdeling en informatieplicht over gebruik van AI moeten gaan veranderen. Hieronder worden twee stellingen naar voren brengen en toelichten met het verzoek aan de lezer om hier op te reageren.

Stelling 1:

“Bij een kunstwerk dat voor een substantieel gedeelte vervaardigd is met behulp van een generatief AI programma is degene die zich als maker van dat werk vermeldt of laat vermelden, verplicht daarbij te melden dat hij gebruik heeft gemaakt van een dergelijk programma”.

Deze stelling sluit aan bij wat inmiddels gebruikelijk lijkt te zijn: kunstenaars vermelden in de praktijk dat zij van AI gebruik hebben gemaakt. Van Dieken en Kashtanova deden dat ook. Naamsvermelding is een recht, op grond van artikel 25 Auteurswet, maar tegenover dat recht staat m.i. de plicht niet ten onrechte creatief makerschap te claimen. Die norm is m.i. ook af te leiden uit hetgeen over naamsvermelding in de [Nederlandse gedragscode wetenschappelijke integriteit 2018](#). In die code staat ook in punt 35 “Wees transparant over de gevolgde methode en werkwijze, en leg deze waar relevant vast in onderzoeksprotocollen, logboeken, *lab journals* of verslagen”. Nu is een kunstenaar geen wetenschapper maar het afleggen van verantwoording over het gebruik van AI zou m.i. ook voor kunstenaars moeten gelden. Het niet vermelden van het substantieel gebruik van AI zou ook gekwalificeerd kunnen worden als bedrog of misleiding. Daarbij kan aansluiting gezocht worden bij de normen tegen oneerlijke handelspraktijken en misleidende reclame:

[Art. 6:193c lid 1 BW](#): “Een handelspraktijk is *misleitend* indien informatie wordt verstrekt die feitelijk onjuist is of die de gemiddelde consument misleidt of kan misleiden, al dan niet door de algemene presentatie van de informatie, zoals ten aanzien van: [...] b. de voornaamste kenmerken van het product, zoals [...] *procédé van fabricage*.”

[Art. 6:194 lid 1 BW](#): “Hij die omtrent goederen of diensten die door hem of degene ten behoeve van wie hij handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf worden aangeboden, een *mededeling openbaar maakt* of laat openbaar maken, handelt onrechtmatig jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf, indien deze mededeling in een of meer opzichten *misleitend* is, zoals ten aanzien van: [...] b. [...] *de wijze van vervaardigen*.”

Stelling 2:

“Indien de menselijke creatieve inbreng ten aanzien van een voortbrengsel gemotiveerd wordt betwist, is degene die er auteursrecht op claimt gehouden aan te tonen waar zijn menselijke creativiteit in gelegen is. Bijvoorbeeld door bewijs te leveren ten aanzien van het vervaardigingsproces”.

Door de komst van generatieve AI is de bewijsregel dat een voortbrengsel dat op basis van de waarneembare kenmerken van het voortbrengsel de indruk wekt te getuigen van menselijke creativiteit geacht moet worden auteursrechtelijk beschermd te zijn, niet langer wenselijk. De grote vraag is vervolgens welke bewijslast bij de beweerdelijke maker mag worden gelegd. Bij sommige voortbrengsels zal sprake zijn van een eenvoudig te documenteren scheppingsproces met ontwerptekeningen, concepten en dergelijke. Bij een plotseling bedacht melodie zal het veel moeilijker zijn aan deze bewijslast te voldoen. Getuigenverklaringen uit de opnamestudio zouden misschien uitkomst kunnen bieden. Het is natuurlijk zeer de vraag of kunstenaar onderworpen zouden moeten zijn aan vastleggingsverplichtingen ten aanzien van methode en werkwijze zoals die blijkens de hierboven geciteerde norm geldt voor wetenschappers (“leg vast in onderzoeksprotocollen, logboeken, *lab journals* of verslagen”). Hier dreigen in sommige gevallen mogelijk de “onoverkomelijke bewijsproblemen” die voor de Hoge Raad in 2008 aanleiding waren om te stellen dat de creativiteit uit het voortbrengsel zelf moet blijken. Maar de tijden veranderen snel.

Amsterdam / Leiden, 6 maart 2023

Reacties op deze stellingen zijn welkom via d.j.g.visser@law.leidenuniv.nl

Zie ook: ‘[Robotkunst en auteursrecht](#)’ ([NJB](#) 17 februari 2023)



©? Julian van Dieken Bron: [julian_ai_art](https://www.instagram.com/julian_ai_art)



Kris Kashtanova met haar stripboek

Bron: [kris.kashtanova \(Instagram\)](https://www.instagram.com/kris.kashtanova)

Instructie aan Dall-E: Maak een portret van een mooi meisje met volle lippen en blauwe ogen en glinsterende oranje oorbellen in de stijl van Vermeer.

Maak een portret van een mooi meisje met volle lippen en blauwe ogen en glinsterende oranje oorbellen in de stijl van Vermeer. Generate

