

## Sluiterijd, fotoauteursrecht en kunstmatige intelligentie

Dirk Visser<sup>1</sup>

‘Met betrekking tot een portretfoto moet worden opgemerkt dat de auteur bij het maken daarvan op verschillende manieren en op verschillende momenten zijn vrije en creatieve keuzes zal kunnen maken. In de voorbereidende fase kan de auteur de enscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij de camera-instelling, de invalshoek of de gecreëerde sfeer kiezen. Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken. Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus in staat zijn werk een “persoonlijke noot” te geven. In het geval van een portretfoto is de vrijheid waarover de auteur beschikt om zijn creatieve bekwaamheden uit te oefenen dan ook niet noodzakelijkerwijs beperkt of zelfs nihil.’<sup>2</sup>

Aldus omschreef het HvJ EU in 2011 de mogelijkheden die een fotograaf heeft om te komen tot een ‘eigen intellectuele schepping’ die vereist is om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.<sup>3</sup> ‘Een intellectuele schepping is een eigen schepping van de auteur wanneer zij de uitdrukking vormt van diens persoonlijkheid. Dat is het geval wanneer de auteur bij het maken van het werk zijn creatieve bekwaamheden tot uiting heeft kunnen brengen door het maken van vrije en creatieve keuzen.’<sup>4</sup> In de Nederlandse rechtspraak wordt hetzelfde vereiste

<sup>1</sup> Als Leids student leerde Dirk Visser de beginselen van het toen nog toekomstige Nieuw BW onder andere van Jaap Hijma en uit zijn Compendium. Hij is dank verschuldigd voor commentaar op eerdere versies van deze bijdrage aan mrs. Kreijger, Verkade en Vrendenburg.

<sup>2</sup> HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, NJ 2013/66, m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2012/6, m.nt. M.M.M. van Eechoud, IER 2012/16, m.nt. S.J. Schaafsma e.a., Mf 2012/8, m.nt. V. Rörsch (*Painer*), punt 90-93. In Nederland wijdde A-G W.D.H. Asser al ampele beschouwingen aan het werkarakter van foto's in zijn conclusie voor HR 1 juni 1990, NJ 1991/377, m.nt. D.W.F. Verkade, AMI 1991, p. 7 m.nt. J.H. Spoor (*Lamoth/Kluwer*). Zie voor de meest recente bron, ook voor deze bijdrage: J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 4<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2019, par. 2.6 en 3.3.

<sup>3</sup> HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq/Danske Dagblades Forening I*). In dit arrest besliste het HvJ EU voor het eerst dat het creativiteitsvereiste voor auteursrechtelijke bescherming een Europees geharmoniseerd begrip is.

<sup>4</sup> HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798 (*Painer*), punt 88-89.

verwoord als ‘het persoonlijk stempel van de maker’: ‘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’ (cursivering toegevoegd).<sup>5</sup>

De genoemde ‘camera-instelling’ omvat uiteraard de sluitertijd. Oftewel: ‘hoelang een lichtgevoelige plaat of ander lichtgevoelig element wordt blootgesteld aan een bepaalde hoeveelheid licht. Met lichtgevoelig element kan bijvoorbeeld fotografische film of een chip met fotogevoelige halfgeleiders (digitale camera) bedoeld worden zoals dat in een fototoestel wordt gebruikt. De naam sluitertijd verwijst naar de sluiters die het lichtgevoelige materiaal afschermt van licht en die tijdens de opname kortstondig wordt opengezet.’<sup>6</sup>

De sluitertijd kan een fotograaf handmatig instellen of het toestel doet dat automatisch voor hem. Hetzelfde geldt voor de lens, het diafragma en de ISO-waarde. De fotograaf kan zelf kiezen, of kan het de camera laten doen. De fotograaf kan veel creatieve keuzes maken. Zie de foto gemaakt door Jaap Hijma van de dame met hond op het omslag van deze bundel. De keuze voor de locatie, het tijdstip, het onderwerp, de lichtinval en de inkadering zijn ook allemaal keuzes die de fotograaf heeft gemaakt. Maar een fotograaf kan ook veel aan het toestel overlaten. Toch gaan we er in het auteursrecht in Nederland *in de praktijk* vanuit dat vrijwel elke foto voldoende creatief is om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> 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 (*Erven Endstra/Nieuw Amsterdam*). In zijn *Stokke*-arresten oordeelde de Hoge Raad in 2013 dat dit Nederlandse ‘persoonlijke stempel’-vereiste op hetzelfde vereiste neerkomt als het Europese Infopaq-criterium: HR 22 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1529 (*Stokke/H3 Products*), HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1532 (*Stokke/Fikszo*) en HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533 (*Hauck/Stokke*), *NJ* 2013/501-503, m.nt. P.B. Hugenholtz, *AMI* 2013/8 m.nt. K.J. Koelman en *IER* 2013/50 (alleen *Stokke/Fikszo*), m.nt. P.G.F.A. Geerts.

<sup>6</sup> <https://nl.wikipedia.org/wiki/Belichtingstijd>.

<sup>7</sup> In een zéér beperkt aantal gevallen is geen bescherming aangenomen. Voorbeelden daarvan zijn: Hof Leeuwarden 12 juli 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AY4127 (Foto van tuinhuisje) (de foto heeft een sterk ‘technisch’ karakter waaruit niet een persoonlijk stempel van de maker blijkt); Rb. Arnhem 22 mei 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD3441 (Productfoto’s) (de productfoto’s hebben geen ‘eigen oorspronkelijk karakter & persoonlijk stempel’ (eok&ps). Kennelijk stond bij het maken van de foto’s een zo objectief mogelijke weergave van het product, van hoge kwaliteit en met goede zichtbaarheid van het etiket, centraal); Rb. Arnhem 25 maart 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:Bl0225, *AMI* 2009/10, m.nt. J.H. Spoor, *IER* 2009/41, m.nt. F.W. Grosheide (Productfoto’s) (de foto’s hebben geen eok&ps; dat er variaties mogelijk zijn in de wijze van belichting, afstand en hoek en dat er in de glazen verpakkingen een reflectie van licht is te zien en een lichte schaduwwerking is daarvoor onvoldoende); Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:5852, *IER* 2016/3, m.nt. V. Rörsch (*Roadside/LAKS*) (tijdens de eindexamenklachtenlijn 2009 gemaakte foto’s van het Landelijk Actie Komitee Scholieren geven

In deze bijdrage wil ik stilstaan bij de, grotendeels aloude, vragen die rijzen wanneer eigenlijk geen menselijke creatieve keuzes zijn aan te wijzen. Wat moeten we dan? Is er dan nog sprake van auteursrechtelijke bescherming en zo ja, wie is de rechthebbende? Recent wordt deze vraag weer in verband gebracht met kunstmatige intelligentie, artificial intelligence, in de volksmond inmiddels 'AI' (spreek uit 'ee-aaj'). Veel studenten willen er een scriptie over schrijven, hetgeen altijd een graadmeter is van het feit dat iets (weer) 'leeft'. Hoe gaan we om met de 'creativiteit' van alleen een computer? Deze vraag is helemaal niet nieuw maar speelt al sinds de jaren zestig van de vorige eeuw en duikt van tijd tot tijd weer op.<sup>8</sup>

## Auteursrecht voor apen?

We beginnen met een uitstapje naar het dierenrijk. De zwarte kuifmakaak Naruto zou in 2011 met de apparatuur van de Britse natuurfotograaf David Slater een *selfie* hebben gemaakt.<sup>9</sup> Vraag: is die foto auteursrechtelijk beschermd? En zo ja, wie is rechthebbende?

Voor de vraag of de foto auteursrechtelijk beschermd is, is (alleen) van belang of er sprake is van *menselijke* creatieve keuzes, voor, na of tijdens het maken van de foto, die van invloed zijn op de foto. Als fotograaf Slater dergelijke keuzes heeft gemaakt, bijvoorbeeld door het neerzetten van het toestel op een driepoot, het selecteren van de camera-instellingen of door het bewerken van de door Naruto gemaakte foto, dan is de foto auteursrechtelijk beschermd en is Slater rechthebbende. De kans is groot dat dit het geval is. Maar in de mediahype en de rechtszaak die dierenrechtenorganisatie PETA er in de VS over voerde,<sup>10</sup> ontstond de indruk dat die creatieve inbreng van Slater er helemaal niet was en dat alles de prestatie van de aap Naruto was. Zou dat inderdaad het geval zijn, dan is het antwoord naar het huidige (auteurs)recht van veruit de meeste landen eenvoudig: geen menselijke creatieve inbreng, geen auteursrecht, niemand rechthebbende. Een dier kan geen subjectieve rechten hebben en dus ook geen auteursrecht.

---

geen blijk van een persoonlijk stempel). Hiertegenover staan honderden beslissingen waarin wel auteursrecht op foto's is aangenomen; Rb. Noord-Holland 6 april 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:10089, IEF 17/306 (Temperatuurmeter) (een natuurgetrouwe zo duidelijk en correct mogelijke close-up van een temperatuurmeter in een auto geeft geen blijk van een persoonlijk stempel).

<sup>8</sup> Zie voor een overzicht M. de Cock Buning, *Auteursrecht en informatietechnologie* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Cramwinckel 1998, hoofdstuk VI Cybernetische creatie. En zie bijvoorbeeld: T.L. Butler, 'Can a Computer be an Author – Copyright Aspects of Artificial Intelligence', 4 *Hastings Comm. & Ent.L.J.* 707 (1982). Zie recent: J.M. Deltorn, 'Disentangling deep learning and copyrights', *AMI* 2018/5, p. 172 en R.D. Chavannes, 'De bescherming van deep learningsystemen door het intellectuele eigendomsrecht', *AMI* 2018/5, p. 179.

<sup>9</sup> Zie: [https://en.wikipedia.org/wiki/Monkey\\_selfie\\_copyright\\_dispute](https://en.wikipedia.org/wiki/Monkey_selfie_copyright_dispute).

<sup>10</sup> *Naruto et al v. David Slater*, no. 16-15469 (9th Cir. May 25, 2018). Zie over deze zaak ook Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, 2019, par. 2.3, p. 29.

Vervolgens kan discussie gevoerd worden over de vraag of het wenselijk zou zijn dieren wel subjectieve rechten, waaronder auteursrecht, toe te kennen. Wat schieten zij ermee op? Hebben zij behoefte aan erkenning? Hebben zij recht op beloning van hun creativiteit? Is een aap geïnteresseerd in of heeft hij belang bij het plukken van de vruchten van zijn geestelijke arbeid? Als hij meer bananen krijgt, zal hij daar misschien wel iets voor willen doen. Maar is het wenselijk om de 'creativiteit' van apen te stimuleren?<sup>11</sup> Zou een creatieve, veel en 'goed' schilderende of fotograferende aap recht moeten hebben op meer stro, meer bananen, meer warmte en comfort dan een niet of 'slecht' fotograferende of schilderende aap? Is het maatschappelijk belangrijk om de creativiteit van apen aan te moedigen? Wordt de samenleving van mensen of die van apen er beter door als er meer geschilderd of gefotografeerd wordt door apen? En zou het toekennen van auteursrecht aan apen hun creativiteit aanmoedigen? Het ligt voor de hand dat er op zijn minst andere prioriteiten zijn voor het welzijn van apen. Dit neemt niet weg dat ik sympathiek sta tegenover initiatieven als *The Lion's Share Fund* van de Verenigde Naties dat ernaar streeft adverteerders te bewegen geld te geven aan goede doelen voor dieren wanneer zij dieren gebruiken voor reclamedoeleinden.<sup>12</sup>

## Een 'naburig recht' voor natuurfotografie?

Vervolgens is het interessant om stil te staan bij het feit dat de media, inclusief Wikimedia, ervan uitgingen dat fotograaf Slater geen auteursrecht had op de foto omdat hij daarvoor niets zou hebben gedaan, en daarom de selfie in kwestie massaal hebben gebruikt zonder Slater enige vergoeding te betalen. Slater heeft daardoor veel inkomsten misgelopen en hij overwoog een ander beroep te kiezen.<sup>13</sup> Dat brengt ons bij de interessante vraag of het mogelijk en wenselijk zou zijn om aan Slater een soort quasi-auteursrecht, een zogenaamd 'naburig recht' toe te kennen als beloning of stimulans voor natuurfotografie.<sup>14</sup> Feit is dat er inmiddels

<sup>11</sup> 'Gedragsverrijking' is al jaren een streven in dierentuinen, maar daar valt het vervaardigen van 'kunstwerken' niet onder.

<sup>12</sup> Zie: [www.thelionssharefund.com](http://www.thelionssharefund.com): "Through The Lion's Share, the corporate world can now make a contribution each time an animal appears in their ads, raising money for wildlife conservation, habitats, and animal welfare. A simple way to make a powerful difference". Zie ook: 'VN wil merken laten betalen voor dierencampagnes', *Het Parool* 10 mei 2020.

<sup>13</sup> <https://www.telegraph.co.uk/news/2017/07/13/photographer-centre-bizarre-court-battle-reveals-sued-monkey/>

<sup>14</sup> Bij bewegend beeld is er in de praktijk geen probleem: 'Het plaatsen van automatische wildcamera's vergt vaak de nodige inspanningen en investeringen, en de beelden die ermee gemaakt worden kunnen zeer waardevol zijn, wat pleit voor bescherming ervan, maar een persoonlijk stempel is lang niet altijd aanwijsbaar. Uiteraard vergt hun verwerking in een natuurfilm een uitvoerig proces van selectie, montage en wellicht ook bewerking, zodat de film als zodanig zonder meer aan de werktoets zal voldoen, maar voor zover de camera's niet op afstand worden bediend kan waar het de afzonderlijke opnames betreft hoogstens de keuze van

tal van dit soort naburige rechten bestaan.<sup>15</sup> Er is een ‘naburig recht’ voor uitvoerende kunstenaars<sup>16</sup> en fonogrammenproducenten,<sup>17</sup> voor omroeporganisaties,<sup>18</sup> voor nieuwsuitgevers,<sup>19</sup> voor producenten van databanken<sup>20</sup> en voor producenten van bewegend beeld.<sup>21</sup> Al deze rechten – met uitzondering van dat voor uitvoerende kunstenaars<sup>22</sup> – zijn gebaseerd op de gedachte dat hierbij investeringsbescherming nodig is, waarbij men zich overigens ten zeerste kan afvragen of dat inderdaad (nog) het geval is.<sup>23</sup> Iedere geluidsopname is nabuurrechtelijk beschermd en iedere opname van bewegend beeld is dat ook. Waarom dan geen nabuurrechtelijke investeringsbescherming voor stilstaand beeld? Het vermoedelijke antwoord is dat de drempel voor auteursrechtelijke bescherming zo laag is dat in de praktijk bijna altijd auteursrechtelijke bescherming wordt aangenomen en er dus geen grote behoefte is aan bescherming van de dan nog resterende groep foto’s waar werkelijk geen enkele menselijke creativiteit aan te pas is gekomen.

Zijn de foto’s van Google Streetview auteursrechtelijk beschermd? Zijn de foto’s van NASA van verre sterrenstelsels auteursrechtelijk beschermd? In het laatste geval is er vaak sprake van nabewerking die creatief genoemd kan worden. Maar hoe dit ook zij, er is kennelijk geen groot probleem dat de creatie van een naburig recht op stilstaand beeld nodig maakt, oftewel om het vervaardigen Google Streetview en ruimtefotografie mogelijk te maken.

## Kunstmatig intelligente camera

En dan nu de kunstmatige intelligentie. Laten we beginnen met de ‘kunstmatig intelligente’ smartphone waarmee eenieder de mooiste foto’s kan maken. We gaan er allemaal vanuit dat als de gebruiker van die smartphone op een knopje drukt, die gebruiker een auteursrechtelijk beschermd foto maakt en daar zelf auteursrecht-hebbende van is. Wat nu als een kunstmatig intelligente camera, die zichzelf kan verplaatsen (of in een auto of helm zit ingebouwd) zelf bepaalt wanneer hij waarvan een foto maakt en hoe hij dat doet, met welke sluitertijd, met welk diafragma, met

---

de plek waar de camera wordt opgesteld en de opnamehoek nog zorgen voor een enigszins persoonlijk stempel’, Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, 2019, par 3.14, p. 96.

15 De meeste ervan liggen vast in de Wet op de Naburige Rechten (WNR).

16 Art. 2 WNR.

17 Art. 6 WNR.

18 Art. 8 WNR.

19 Art. 7b WNR

20 Dat recht ligt sinds 1999 vast in de Databankenwet (Dw).

21 Art. 7a WNR.

22 Het naburige recht voor uitvoerende kunstenaars is qua ratio zeer vergelijkbaar met het auteursrecht en gebaseerd op de belonings-, aanmoedigings- en erkenningsgedachte die ook aan het auteursrecht ten grondslag ligt.

23 Vgl. P.B. Hugenholtz, ‘De naburige rechten hebben hun tijd gehad’, *AMI* 2018/6, p. 243.

welke ISO, met welke nabewerking en met welke selectie van de vele foto's die worden gemaakt?<sup>24</sup>

Als we op aldus tot stand gekomen foto's auteursrecht willen toekennen, lijkt het aantal kandidaat-rechthebbenden beperkt.<sup>25</sup> De keuze kan vallen op 1) degene die de camera heeft gemaakt c.q. geprogrammeerd, dan wel 2) degene die de camera in eigendom heeft of anderszins fysiek in zijn macht heeft (hem aan of uit kan zetten bijvoorbeeld). Je zou ook nog kunnen denken aan degene die heeft geïnvesteerd in het maken of programmeren of het aanschaffen van de camera, zonder zelf de werkzaamheden te hebben verricht of de camera in eigendom of in bezit te hebben. Als er een directe link is tussen het maken of programmeren en het visuele resultaat ligt een keuze voor de maker van de camera of programmeerder voor de hand. Als de camera echt 'intelligent' is en zelflerend is, bijvoorbeeld op grond van waardering van de door hem gemaakte en openbaargemaakte foto's, zoals via een systeem van *liken* door gebruikers, kan het verband met de maker/programmeerder echter erg ver verwijderd raken. Er zijn computerprogramma's die een tekst kunnen schrijven of muziek kunnen componeren waarvan niet meer valt vast te stellen of deze door mens of machine is gemaakt (vergelijkbaar met de zogenaamde Turing-test).<sup>26</sup> Dat gebeurt uiteraard initieel op basis van talloze voorbeelden van muziek en teksten die erin gestopt zijn. Maar op een gegeven moment is de 'creativiteit' van de computer niet meer toe schrijven aan concrete menselijke input. En wat dan?

Wie is 'eigenaar' van de beelden van een bewakingscamera met bewegingssensor? Als het gaat om *bewegende* beelden is dat vermoedelijk degene die de camera in eigendom, of in ieder geval 'in zijn macht' heeft, degene die kan beslissen dat hij aan- of uitstaat. Die persoon is rechthebbende op grond van art. 7a WNR. Maar dat is dan dus wel een *naburig* recht, *verwant* aan het auteursrecht zonder auteursrecht te zijn. Voor stilstaand beeld zou men dezelfde redenering kunnen volgen. Voor stilstaand beeld bestaat echter geen naburig recht. En omdat er geen sprake is van menselijke creativiteit is er geen auteursrechtelijke bescherming. Immers, als er geen bescherming is, komen we niet toe aan de vraag wie eventueel rechthebbende is.

In de Engelse auteurswet staan sinds 1988 bepalingen over *computer-generated works*:

*'Computer-generated', in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work' (CDPA, s 178).*

24 De interessante vraag of het *selecteren* van één foto uit duizenden door een aap of automaat gemaakt foto's tot auteursrechtelijke bescherming zou kunnen leiden, laat ik hier even onbeantwoord.

25 Vgl. Spoor, Verkade & Visser, *Auteursrecht*, 2019, par. 2.6 (p. 34-35).

26 'De turingtest is een experiment, beschreven door Alan Turing in 1936, en nader uitgewerkt in zijn artikel *Computing Machinery and Intelligence* (1950) om licht te werpen op de vraag of een machine menselijke intelligentie kan vertonen', bron: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Turingtest>.

*'In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken' (CDPA, s. 9(3)).*

Deze bepalingen maken echter niet duidelijk *wanneer* een computer-generated werk voldoende *creatief* zou (kunnen) zijn om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen. Naar Europees auteursrecht is naar alle waarschijnlijkheid menselijke creativiteit vereist,<sup>27</sup> waardoor de Engelse bepalingen sowieso een dode letter zijn. De bepalingen dateren nog uit de tijd dat creativiteit in het Engelse auteursrecht niet of nauwelijks vereist was, een optie waarvoor men daar na de Brexit weer zou kunnen kiezen.

## Is bescherming nodig voor werk vervaardigd door kunstmatige intelligentie?

En dan nu de vraag of er eigenlijk een probleem is. Is er auteursrechtelijke of nabuurrechtelijke bescherming *nodig* voor de 'creatieve' output van kunstmatige intelligentie? Het antwoord op die vraag is wat mij betreft: nee.<sup>28</sup> Nog veel minder dan artistieke arbeid door dieren behoeft kunstmatige intelligentie via het auteursrecht te worden beloond of aangemoedigd. Zij heeft ook geen behoefte aan of baat bij of een morele of natuurrechtelijke aanspraak op erkenning. Als computers 'mooie' dingen kunnen produceren die we beschermingswaardig zouden achten als ze door mensen worden gemaakt, betekent dat niet dat die computers ook juridische bescherming nodig hebben.

Als een computer één briljante foto kan maken, kan die er ook 100.000 maken. Als die één briljante roman of muzieknummer kan maken, kan die er ook 100.000 maken, enzovoort. Dan zal vermoedelijk blijken dat door dit gebrek aan uniciteit de belangstelling ervoor beperkt is.

<sup>27</sup> Het is nog nooit met zoveel woorden door het HvJ EU gezegd, maar het volgt uit de vereisten van menselijke creatieve keuzes vastgelegd in tal van arresten sinds HvJ EG 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, NJ 2011/288 m.nt. P.B. Hugenholtz, AMI 2009/20, m.nt. K.J. Koelman, IER 2009/78, m.nt. F.W. Grosheide (*Infopaq 1*). In C-145/10, ECLI:EU:C:2011:239 (*Painer*) schrijft A-G Trstenjak in punt 121: 'uniquement le résultat d'une activité créatrice humaine qui est protégé, activité créatrice qui n'est pas exclue du seul fait que l'auteur se serve d'un moyen technique tel qu'un appareil photo.' In het Engels: 'only human creations are... protected.' In de Nederlandse taalversie wordt de mens echter niet genoemd: 'slechts het resultaat van de creatieve arbeid is beschermd, waarbij het niet van belang is of de betrokkene bij die arbeid een technisch hulpmiddel, zoals een fotocamera, heeft gebruikt.'

<sup>28</sup> Anders: M. de Cock Buning, 'Autonome creatie: waar is de scheppende mens?', IER 2012/67, p. 558. Zij concludeert: 'Wanneer daarbij een situatie zou ontstaan waarbij Autonome Intelligente Systemen zodanig zijn uitontwikkeld dat ze in staat moeten worden geacht menselijke creativiteit te kunnen benaderen, lijkt ook het antropocentrische vereiste niet langer gerechtvaardigd. Mens en machine onderscheiden zich dan immers op dat vlak nog onvoldoende.'

Wat kunstmatige intelligentie vermoedelijk vooral heel goed kan, is op basis van heel veel informatie informatieproducten maken die zijn afgestemd op de behoeften of de smaak van één bepaald individu. Dan heeft ze meerwaarde en is het product ook weer uniek. Maar: die output heeft vermoedelijk geen bescherming nodig. Want het kopiëren daarvan is niet interessant: iedereen wil een op zijn *eigen* smaak en behoefte afgestemd informatieproduct. En er is in de markt sowieso voldoende *incentive* om computers te maken die dergelijke *output* kunnen creëren en om *input* te verzamelen om dat mogelijk te maken. Ook daarvoor is geen bescherming nodig voor de *output* in kwestie.

Een foto toestel dat zonder menselijke tussenkomst alles zelf doet en ook prachtige foto's oplevert, is leuk. Maar die foto's behoeven geen bescherming, want ze kunnen tegen verwaarloosbare kosten in een schier oneindig aantal varianten worden geproduceerd. De kans is groot dat de economische waarde ervan al snel zeer gering is en de belangstelling om ze te kopiëren nul.

## Slot

Als Jaap Hijma nu en in de toekomst mooie foto's maakt, zal hij dat ongetwijfeld doen met een camera die *niet* alles zelf doet. En dus maakt hij 'vrije en creatieve keuzes' en zijn die foto's uniek en terecht auteursrechtelijk beschermd. De output van een machine die wel alles zelf doet, behoeft geen auteursrechtelijke bescherming en ook geen nieuw te creëren nabuurrechtelijke aanspraken. Dergelijke output behoeft overigens ook geen *octrooirechtelijke* bescherming.<sup>29</sup> Blok merkt in zijn Utrechtse oratie op: 'Computers, robots en andere systemen werken niet beter of harder als hen de worst van een octrooi wordt voorgehouden.' En: 'Net zo goed als we de onbetaalde fysieke arbeid van robots in fabrieken niet afkeuren als slavernij, doen we niets verkeerd als we slimme systemen niet belonen voor hun intellectuele arbeid.'<sup>30</sup> Van Engelen concludeerde recent terecht in *Ars Aequi*: 'Zolang de gebruiker van de inventieve machine de elektriciteitsrekening maar betaalt is er niets aan de hand.'<sup>31</sup> Dat geldt evenzeer voor de *creatieve* machine. Dit betekent overigens niet dat er *economisch* niets aan de hand zou kunnen zijn. Chavannes noemt 'de bredere vraag naar de ontwrichtende gevolgen van artificiële

---

29 Anders: C.R. Davies, 'An evolutionary step in intellectual property rights – Artificial intelligence and intellectual property', *Computer Law & Security Review* 2011, p. 601-619. Davies meent dat computers rechtspersoonlijkheid dienen te hebben en dat de computer de beste kandidaat is voor de toekenning van een octrooirecht op geautomatiseerde uitvindingen (aangehaald door Blok, zie volgende noot).

30 P.H. Blok, *Echte rechten voor kunstmatige creaties. Moeten we octrooien blijven verlenen als slimme systemen het uitvindwerk overnemen?* (Rede Utrecht), Amsterdam: deLex 2018, p. 17 en 18.

31 Th.C.J.A. van Engelen, 'Artificiële intelligentie en octrooi – een oplossing voor een niet bestaand probleem?', *AA* 2020/5.



creaties op de markt voor menselijke creaties'.<sup>32</sup> Professionele fotografen hebben steeds minder werk omdat er een overvloed aan beeldmateriaal is en een iPhone-foto vaak ook goed genoeg is voor de opdrachtgever.<sup>33</sup> Vertalers van zakelijke stukken worden tegenwoordig geacht 75% door de computer te kunnen laten vertalen en nog maar 25% zelf te hoeven vertalen en worden dienovereenkomstig betaald. Voor dat soort praktische problemen bestaat echter geen auteursrechtelijke oplossing en andere oplossingen gaan de ambitie van deze bijdrage te buiten. Ook hierbij kan men zich overigens afvragen of het echt een probleem is. Als een computer iets even goed of beter kan, moeten we het vermoedelijk vooral aan de computer overlaten. En zelf gaan doen waar we zin in hebben. Jaap Hijma kan als liefhebber in ieder geval rustig mooie foto's blijven maken zonder dit probleem te hoeven oplossen.<sup>34</sup>

---

32 R.D. Chavannes, 'De bescherming van deep learningsystemen door het intellectuele eigendomsrecht', *AMI* 2018/5, p. 179.

33 'De afgelopen jaren hebben vakfotografen echter al zwaar geleden onder de opkomst van digitale camera's en internetcommunicatie, waardoor een enorme hoeveelheid amateurfoto's beschikbaar kwam die (bijna) gratis en goed genoeg zijn. Opdrachtgevers nemen steeds vaker genoegen met "iPhoneography" en zijn steeds minder bereid te betalen voor echt vakmanschap; en op dit moment concurreren professionele fotografen alleen nog maar met andere mensen', Chavannes, *AMI* 2018/5.

34 Jaap figureert overigens, vermoedelijk zonder het te weten, al jaren in 'Hoofdstukken Intellectuele Eigendom', casus 19 op p. 52: 'Jaap kopieert de CD die hij van Alex heeft geleend en maakt daarvan vervolgens weer een kopie die hij aan Willem stuurt. Mag Jaap dat doen?' Antwoord: 'Nee; Jaap mag de CD wel voor zijn eigen privégebruik kopiëren, maar hij mag daarvan niet een extra kopie maken om deze aan Willem te sturen. Dat is immers geen kopie voor privégebruik van Jaap, maar een verveelvoudiging voor een derde'.