

# Generatieve AI – Is de tijd rijp voor een AI-heffing die inkomsten oplevert voor menselijke makers?

Martin Senftleben\*

Met de evolutie van generatieve AI-systemen zijn algoritmische producties op literair en artistiek gebied zo goed geworden dat ze menselijke creaties kunnen vervangen. Het lijkt onvermijdelijk dat de toenemende kracht van AI-systemen de markt voor menselijke literaire en artistieke creaties zal verstoren. Generatieve AI-systemen kunnen literaire en artistieke output veel sneller en goedkoper leveren dan menselijke makers.<sup>1</sup> Het is daarom te voorzien dat auteurs van vlees en bloed te maken zullen krijgen met substitutie-effecten. Van journalistiek tot muziek en beeldende kunst: menselijke makers lopen het risico inkomsten te verliezen of zelfs hun baan kwijt te raken.<sup>2</sup>

Dit artikel is een pleidooi voor auteursrechtelijke maatregelen waardoor menselijke auteurs gecompenseerd zouden worden voor de vermindering van hun marktaandeel en inkomen. Het auteursrecht zou als instrument kunnen dienen om de betaling van een billijke vergoeding te garanderen. Als aanknopingspunt voor de implementatie van een dergelijk systeem zou de bestaande mogelijkheid van een rechtenvoorbehoud ten opzichte van tekst en datamining kunnen dienen. Nog beter zou echter zijn de invoering van een forfaitair heffingssysteem dat aanbieders van generatieve AI-systemen verplicht om vergoedingen te betalen aan collectieve beheersorganisaties, die het geld vervolgens voor sociale en culturele fondsen gebruiken waardoor de werk- en leefomstandigheden van auteurs van vlees en bloed kunnen worden verbeterd.

## 1. Inleiding

Generatieve AI-systemen<sup>3</sup> zijn alleen in staat om menselijke creativiteit na te bootsen omdat menselijke werken zijn gebruikt als trainingsmateriaal.<sup>4</sup> Op basis van bestaande literaire en artistieke creaties die als input voor het trainingsproces dienen, zijn zelflerende algoritmes in staat om patronen en overeenkomsten te herkennen. Op deze wijze leert een generatief AI-systeem hoe het zelfstandig nieuwe literaire en artistieke output kan produceren door menselijke werken te imiteren. Het algoritme voor machinaal leren stelt het generatieve AI-systeem in staat om zelf literaire en artistieke inhoud te genereren, gebaseerd op de rekenkundige analyse van menselijke werken die als trainingsmateriaal dienden.<sup>5</sup>

\* Prof. dr. M.R.F. Senftleben is hoogleraar intellectueel eigendomsrecht en directeur van het Instituut voor Informatierecht (IViR), Universiteit van Amsterdam, en Of Counsel bij Bird & Bird, Den Haag.

1 Vgl. D. Gervais, 'The Machine as Author', *Iowa Law Review* 105 (2020), 2053 (2055-2059); A. Bridy, 'The Evolution of Authorship: Work Made by Code', *Columbia Law Journal & Arts* 39 (2016), 395 (397).

2 Zie A. Mok & J. Zinkula, 'ChatGPT may be coming for our jobs. Here are the 10 roles that AI is most likely to replace', *Business Insider* 4 June 2023, die onder meer risico's voor 'Media jobs (advertising, content creation, technical writing, journalism)' en 'Graphic designers' bespreken. Wat betreft het potentieel van generatieve AI-systemen om menselijke creativiteit in verschillende sectoren te vervangen, zie verder J.P. Quintais & N. Diakopoulos, 'A Primer and FAQ on Copyright Law and Generative AI for News Media', *Generative AI Newsroom*, 26 april 2023, beschikbaar op: <https://generative-ai-newsroom.com/a-primer-and-faq-on-copyright-law-and-generative-ai-for-news-media-f1349f514883> (bezoekt op 11 juli 2023); K. Trendacosta/C. Doctorow, 'AI Art Generators and the Online Image Market', *Electronic Frontier Foundation Blog*, 3 april 2023,

beschikbaar op: <https://www.eff.org/deeplinks/2023/04/ai-art-generators-and-online-image-market> (bezoekt op 11 juli 2023); J.-M. Deltorn, 'Disentangling Deep Learning and Copyright', *AMI* 2018-5, 172 (173-174).

3 Voor een poging tot een juridische definitie van generatieve AI, zie Europees Parlement, 16 mei 2023, Draft Compromise Amendments on the Draft Report – Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts, document KMB/DA/AS, versie 1.1, artikel 28b lid 4. Voor voorbeelden van huidige generatieve AI-producten en -diensten, zie Stable Diffusion van Stability.ai, beschikbaar op: <https://stability.ai/stablediffusion>; Midjourney, beschikbaar op: <https://www.midjourney.com/home/>; DALL-E van OpenAI, beschikbaar op: <https://openai.com/dall-e-2>; Adobe Firefly, beschikbaar op: <https://www.adobe.com/sensei/generative-ai/firefly.html>.

4 Deltorn, supra noot 2, 173-174; Gervais, supra noot 1, 5-6; J.C. Ginsburg & L.A. Budiardjo, 'Authors and Machines', *Berkeley Technology Law Journal* 34 (2019), 343 (401-402).

5 S.J. Russell & P. Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Upper Saddle River: Pearson Education 2010, 693-717.

Met dit inzicht als uitgangspunt wordt het mogelijk om een theoretische basis te leggen voor de invoering van een vergoedingsmechanisme ten gunste van menselijke makers. Wanneer maatregelen worden voorgesteld in het auteursrecht om ervoor te zorgen dat menselijke auteurs een inkomen ontvangen, is het normaal gesproken mogelijk om te beargumenteren dat dit inkomen bedoeld is als een stimulans en beloning voor het creëren van literaire en artistieke werken.<sup>6</sup> Het potentieel van AI-systemen om menselijke expressie te imiteren en te vervangen verandert echter de beoordelingsmatrix. Op het moment dat AI-systemen in staat zijn om de markt te overspoelen met literaire en artistieke producties, rijst de vraag of een extra stimulans of beloning voor menselijke creativiteit nog nodig is. Waarom zou de maatschappij stimulansen moeten bieden voor menselijke literaire en artistieke creaties als machines soortgelijke literaire en artistieke producten in onbeperkte hoeveelheid en tegen lagere kosten beschikbaar kunnen maken? En waarom zou de maatschappij menselijke literaire en artistieke arbeid belonen wanneer generatieve AI-systemen output leveren die enkel onbeschermd ideeën, concepten en stijlen<sup>7</sup> weerspiegelt – en niet langer auteursrechtelijk beschermde trekken vertoont van vrije, creatieve keuzes gemaakt door een menselijke auteur?<sup>8</sup> In dit scenario wordt de creatie niet langer uitgevoerd door een menselijke auteur. Daarom hebben zowel stimulerings- alsook beloningsargumenten niet al te veel overtuigingskracht.

Dit resultaat hoeft echter niet het laatste woord te zijn. Hoewel traditionele stimulerings- en beloningsargumenten misschien weinig gewicht hebben, bieden andere rechtvaardigingen – van het parasitaire gebruik van menselijke werken en maatschappelijke functies van menselijke kunst tot bredere sociaal-politieke doelstellingen en kansen voor de verbetering van AI-systemen – steun voor de invoering van een vergoedingsstelsel ten gunste van menselijke auteurs. Deze argumenten worden uitgewerkt in deel 2 van dit artikel.

Over de praktische implementatie van vergoedingsmechanismen handelen delen 3 en 4. De wetgever heeft in beginsel de keuze tussen twee verschillende uitgangspunten. Enerzijds is het denkbaar om een vergoedingsplicht op te leggen in de fase van AI-training; daarover handelt deel 3. Ten

faveure van deze benadering zou aangevoerd kunnen worden dat menselijke auteurs gecompenseerd moeten worden voor het gebruik van hun werken in AI-trainingsprocedures. De machine kan immers geen resultaten produceren die lijken op menselijke literaire en artistieke werken tenzij ze de kans heeft gehad om menselijke creaties te analyseren (*inputdimensie*). Aan de andere kant zou een wettelijke verplichting om een vergoeding te betalen zich kunnen richten op het aanbieden van generatieve AI-producten en -diensten op de markt (*outputdimensie*). In plaats van de betaling van een vergoeding op het niveau van trainingsactiviteiten zou een heffing kunnen worden opgelegd aan het uiteindelijke AI-systeem dat in staat is literaire en artistieke output te genereren. Deze AI-heffing zou vervolgens gebruikt kunnen worden om makers van vlees en bloed financiële steun, opleidingsmogelijkheden en nieuwe literaire en artistieke projecten te bieden.<sup>9</sup> Aanbieders van AI-systemen die in staat zijn om menselijke creaties te vervangen, zouden verplicht kunnen worden om een vergoeding te betalen aan collectieve beheersorganisaties, die de inkomsten uit de betaalde vergoedingen vervolgens zouden gebruiken om menselijke auteurs en hun creatieve werk te ondersteunen.<sup>10</sup> Tegelijkertijd zou de heffing het gebruik van generatieve AI-systemen duurder kunnen maken. Door de vergoedingen als extra kostenfactor toe te voegen, kan een heffingssysteem bijdragen aan de vermindering van het prijsvoordeel dat voortvloeit uit het feit dat AI-systemen geen honoraria of salarissen voor creatieve arbeid hoeven te betalen. Deze redenering wordt uitgewerkt in deel 4 van dit artikel.

Als we de argumenten voor en tegen deze verschillende implementatiestrategieën tegen elkaar afwegen, lijkt een wetgevingsaanpak die zich richt op de output/substitutiedimensie en die streeft naar de invoering van een forfaitair AI-heffingssysteem veelbelovender dan een aanpak waarbij input- en opleidingsactiviteiten als uitgangspunten voor de vergoeding worden genomen. Dat is, kort samengevat, de conclusie van deel 5 van dit artikel.

## 2. Theoretische basis

Met betrekking tot de betaling van vergoedingen voor menselijke auteurs speelt het inzicht een centrale rol dat generatieve AI-systemen geen echte scheppers zijn. Ze

6 Voor een meer gedetailleerde bespreking van argumenten met betrekking tot stimulansen en beloningen in de context van AI-gegenereerde inhoud, zie M.R.F. Senftleben & L. Buijtelaar, 'Robot Creativiteit: An Incentive-Based Neighbouring Rights Approach', *European Intellectual Property Review* 42 (2020), 797 (804-808).

7 Artikel 9 lid 2 TRIPS; artikel 2 WCT en HR, 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, Broeren & Duijsens, para. 3.5. Vgl. M.A. Lemley & B. Casey, 'Fair Learning', *Texas Law Review* 99 (2021), 743 (772-776).

8 HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq/DDF*), punt 45; HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), punt 89. Vgl. P.B. Hugenholtz & J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021-2, p. 47-52; D. Burk, 'Thirty-Six Views of Copyright Authorship, by Jackson Pollock', *Houston Law Review* 58 (2020), 263 (270-321); Ginsburg/Budiardjo, supra noot 4, 395-396.

9 Vgl. M.R.F. Senftleben, 'Works of Authorship and the Single Equitable Remuneration for AI Substitutes', in: V. Fische, G. Nolte, M.R.F. Senftleben & L. Specht-Riemenschneider (eds.), *Gestaltung der Informationsrechtsordnung – Festschrift für Thomas Dreier zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2022, 111 (112-114); M.R.F. Senftleben, 'A Tax on Machines for the Purpose of Giving a Bounty to the Dethroned Human Author – Towards an AI Levy for the Substitution of Human Literary and Artistic Works', *IViR Working Paper*, beschikbaar op: <https://ssrn.com/abstract=4123309>, 2-3 (bezoekt op 11 juli 2023).

10 Voor een eerdere aanbeveling om een beroep te doen op auteursrechtenorganisaties om de levens- en arbeidsomstandigheden van auteurs te verbeteren, zie A. Dietz, 'A Modern Concept for the Right of the Community of Authors (Domaine public payant)', *Copyright Bulletin* 24 (1990), 13 (15-17).

kunnen alleen menselijke literaire en artistieke expressie imiteren omdat ze de kans hebben gehad om menselijke creaties te analyseren. Tegen deze achtergrond kan – als eerste argument – gezegd worden dat menselijke auteurs gecompenseerd moeten worden voor de parasitaire uitholling van de markt voor menselijke literaire en artistieke producties. De machine is pas in staat om menselijke literaire en artistieke werken na te bootsen nadat ze de gelegenheid heeft gehad om patronen voor haar eigen literaire en artistieke producties af te leiden uit talloze menselijke creaties die hebben gediend voor trainingsdoeleinden. Het is dan ook niet meer dan eerlijk dat de menselijke makers die het bronmateriaal hebben geleverd voor de indrukwekkende productiviteit van de AI een vergoeding krijgen wanneer AI-producties uiteindelijk de vraag naar dezelfde menselijke creativiteit ondermijnen die het AI-systeem in staat stelde om hun concurrent te worden.<sup>11</sup>

Ten tweede is in de cultuurwetenschappen aangetoond dat menselijke literaire en artistieke creaties een bijzondere waarde hebben voor de samenleving als geheel.<sup>12</sup> Kunstwerken gemaakt door auteurs van vlees en bloed geven belangrijke impulsen aan sociale en politieke veranderingen door nieuwe horizons te openen voor de ontwikkeling van de samenleving.<sup>13</sup> Menselijke literaire en artistieke expressie kan tekortkomingen van de huidige samenleving weerspiegelen, gebreken van bestaande sociale en politieke omstandigheden kritiseren en de samenleving voorbereiden op de overgang naar een betere gemeenschap.<sup>14</sup> AI-producties op literair en artistiek gebied zijn niet in staat zijn om vergelijkbare impulsen aan het openbare debat te geven. Een AI-systeem kan menselijke creativiteit nabootsen en vergelijkbare literaire en artistieke output genereren.<sup>15</sup> Een AI-systeem heeft echter niet het vermogen om dieper te gaan dan de oppervlakkige verschijningsvorm van menselijke werken en ook de boodschap en betekenis ervan kritisch te beoordelen in het licht van de huidige maatschappelijke omstandigheden. AI-systemen nemen de sociale en politieke werkelijkheid niet waar en ervaren ze niet zoals mensen dat doen.<sup>16</sup> Ze kunnen zich niet bevrij-

den van de data-input die hun algoritme voedt. Daarom is een AI-systeem ook niet in staat om inzichten te genereren die als basis kunnen dienen voor een nieuwe consensus over maatschappelijke problemen en ontwikkelingen.<sup>17</sup> Een AI-systeem zal ook moeite hebben om ongehoorzaam te zijn aan traditionele regels, historische werksjablonen te negeren en autonoom iets te creëren dat buiten de bestaande esthetische kaders valt – iets dat chaos brengt in de gevestigde orde en licht werpt op spanningen en conflicten in de samenleving.<sup>18</sup> Avant-gardistische AI-experimenten die streven naar maatschappelijke relevantie zijn gedoemd te mislukken. AI-output kan niet uitstijgen boven de verwachtingshorizon die is geëvolueerd uit bekende maatschappelijke omstandigheden.<sup>19</sup> Om de centrale maatschappelijke functie van menselijk literair en artistiek werk te behouden, is het dus raadzaam om ervoor te zorgen dat menselijke creativiteit niet wordt onttroond door generatieve AI. De introductie van een vergoedingssysteem dat financiële middelen oplevert voor menselijke kunstprojecten is vanuit dit perspectief zinvol. Het voorkomt het verlies van belangrijke impulsen voor de verbetering van sociale en politieke omstandigheden. Door het veld van literaire en artistieke productie over te laten aan AI-systemen, verzwakt de samenleving haar vermogen om zichzelf te evalueren en te vernieuwen. Met de introductie van een AI-vergoedingssysteem kan de maatschappij deze trend verzachten. Door menselijke creativiteit financieel te ondersteunen, kan het de belangrijke functie van menselijke literaire en artistieke creaties behouden en voortdurende impulsen voor de verbetering van maatschappelijke omstandigheden waarborgen. Vanuit dit perspectief bestaan er goede redenen om vergoedingsmechanismen in te voeren en de continuering van menselijk literair en artistiek werk te ondersteunen.<sup>20</sup>

Ten derde is er de bredere sociaal-politieke dimensie. De vervanging van de menselijke auteur en de verstoring van de markt voor literaire en artistieke producties vereisen onvermijdelijk adequate tegenmaatregelen en investeringen. Auteurs die hun baan verliezen zullen financiële steun nodig hebben. Investeringen in opleidingsactiviteiten zullen

11 Vgl. Initiative Urheberrecht, *Joint Statement: Authors and Performers Call for Safeguards Around Generative AI in the European AI Act*, 19 april 2023, beschikbaar op: <https://urheber.info/diskurs/call-for-safeguards-around-generative-ai>; European Composer and Songwriter Alliance/European Writers' Council e.a., *Joint Statement from Authors' and Performers' Organisations on Artificial Intelligence and the AI Act – True Culture Needs Originals: Transparency and Consent are Key to the Ethical Use of AI*, beschikbaar op: <https://screendirectors.eu/joint-statement-from-authors-and-performers-organisations-on-artificial-intelligence-and-the-ai-act/>; European Guild for Artificial Intelligence Regulation, *Manifesto for AI Companies Regulation in Europe*, beschikbaar op: <https://www.egair.eu/#manifesto> (bezicht op 11 juli 2023).

12 Vgl. M.R.F. Senftleben, *The Copyright/Trademark Interface – How the Expansion of Trademark Protection Is Stifling Cultural Creativity*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2020, 54-64.

13 P. Osborne, *Anywhere or Not at All – Philosophy of Contemporary Art*, Londen/New York: Verso 2013, 208-211; B. Beebe, 'Bleistein,

the Problem of Aesthetic Progress, and the Making of American Copyright Law', *Columbia Law Review* 117 (2017), 319 (346-347).

14 F. Schiller, *Über die ästhetische Erziehung des Menschen*, bewerkt door K.L. Berghahn, Stuttgart: Reclam 2000, 35-36 (Brief 9), 92 (Brief 23) en 120-121 (Brief 27); T.W. Adorno, *Ästhetische Theorie*, bewerkt door G. Adorno & R. Tiedemann, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1970, 9-10, 19, 25-26, 55-56, 127 en 199.

15 Voor een beschrijving van de werking van 'creatieve' AI-systemen, zie Senftleben & Buijtelaar, supra noot 6, 802-804.

16 Vgl. Senftleben, supra noot 9 [Single Equitable Remuneration], 122-124; Senftleben, supra noot 9 [Tax on Machines], 10-11.

17 Over de bijdrage van kunstwerken aan de verbetering van maatschappelijke omstandigheden, zie Schiller, supra noot 14, 120-121 (Brief 27).

18 Over dit kenmerk van menselijke kunstwerken, zie Adorno, supra noot 14, 27-28, 32-34, 41, 197-198 en 337-338.

19 Over de eis van maatschappelijke relevantie van literaire en artistieke producties, zie Osborne, supra noot 13, 203-211.

20 Senftleben, supra noot 9 [Equitable remuneration], 122-124; Senftleben, supra noot 9 [Tax on Machines], 10-11.

nodig zijn om makers in staat te stellen van ambacht of loopbaan te veranderen en nieuwe vaardigheden te verwerven. In deze situatie is de invoering van een vergoedingssysteem dat geld biedt voor financiële ondersteuning, opleidingsactiviteiten en nieuwe literaire en artistieke projecten een belangrijke en wenselijke stap. In vergelijking met het voorgaande tweede argument heeft dit bredere sociaal-politieke argument een meer universeel toepassingsgebied. AI-producties kunnen prijzen winnen en hun weg vinden naar literaire tijdschriften, concertzalen, musea en galerijen.<sup>21</sup> Toch lijkt het (althans op dit moment) onwaarschijnlijk dat AI-producties menselijke creaties in het hoge kunstsegment volledig zullen vervangen. Scheppers van kunstwerken met het hierboven beschreven potentieel om maatschappelijke omstandigheden te weerspiegelen en een impuls te geven aan sociale en politieke veranderingen zullen wellicht in mindere mate blootstaan aan substitutie-effecten dan auteurs van alledaagse, “gewone” literaire en artistieke werken. De impact van AI zal naar verwachting veel sterker gevoeld worden op de markt voor nieuwsartikelen, illustraties en decoraties, achtergrondmuziek voor bars en restaurants, enzovoort.<sup>22</sup> In deze segmenten zal het argument van belangrijke impulsen voor de verbetering van de samenleving (“maatschappelijk-debatargument”) wellicht minder overtuigingskracht hebben. Gezien het aanzienlijk hogere risico dat menselijke makers inkomsten of zelfs hun baan verliezen, wint de algemene sociaal-politieke doelstelling om substitutie-effecten te verzachten echter aan belang. In beginsel zou ook algemeen belastinggeld gebruikt kunnen worden om mensen in getroffen creatieve sectoren in staat te stellen zich aan te passen aan de uitdagingen van generatieve AI-systemen. In vergelijking met een fiscaal model heeft het auteursrechtelijk kader echter een cruciaal voordeel: met collectieve beheersorganisaties en hun incasso- en repartitiemechanismen biedt het auteursrechtssysteem een gevestigde infrastructuur voor de juiste verdeling van het geïnde geld.<sup>23</sup> Bovendien lijkt dit auteursrechtelijke systeem stabielere dan een algemene belastingmaatregel die in de volgende financiële crisis of bij een hervorming van het belastingstelsel ongedaan kan worden gemaakt.

Ten vierde is de ondersteuning van menselijke literaire en artistieke producties goed voor de AI-industrie zelf. Het is een belangrijke en verstandige investering die tot verdere verbetering van generatieve AI-systemen kan leiden. Door een continue stroom van nieuwe menselijke creaties financieel te ondersteunen, kan de AI-industrie er tegelijkertijd voor zorgen dat er constant nieuw trainingsmateriaal voor generatieve AI-systemen beschikbaar komt. Een continu verrijkt reservoir van menselijk bronmateriaal lijkt een

belangrijke aanvulling op bekende literaire en artistieke uitingen uit het verleden. Gebaseerd op de analyse van historisch menselijk bronmateriaal kan een generatief AI-systeem in staat zijn om eindeloze recombines te maken van uitdrukkingen die we al gezien hebben. Door de output van andere AI-systemen toe te voegen aan het trainingsmateriaal, kan een AI-systeem ook de recombines van andere machines recombineren. Uiteindelijk blijft het generatieve AI-proces echter in een permanente loop. Als het bronrepertoire voor AI-training niet voortdurend wordt verversd en verrijkt, kan nauwelijks worden verwacht dat de AI-output verder gaat dan monochrome variaties van bekende vormen en stijlen. Verse menselijke literaire en artistieke producties hebben dus een bijzondere waarde voor de AI-industrie zelf. Om uit de spiraal van eindeloze herhaling van “the same old thing” te komen, is het zinvol om te investeren in nieuwe menselijke creativiteit. Vanuit dit oogpunt is het betalen van vergoedingen waarmee menselijke literaire en artistieke projecten worden ondersteund een legitiem beleidsdoel dat de AI-industrie zelf ten goede komt.

Er zijn dus meerdere goede redenen om een vergoedingsrecht voor het gebruik van generatieve AI-systemen op literair en artistiek gebied te rechtvaardigen. Zoals hierboven al is aangegeven, leidt dit inzicht tot de vraag hoe vergoedingsmechanismen in de praktijk het best kunnen worden vormgegeven. Enerzijds zou aangeknoopt kunnen worden bij de input: het gebruik van menselijke literaire en artistieke creaties voor AI-trainingsdoelinden. Anderzijds kan de uiteindelijke output – het aanbieden van generatieve AI-producten op de markt – als basis dienen voor betalingsverplichtingen. Om te bepalen welke benadering de voorkeur verdient, moeten beide alternatieven nader worden bekeken.

### 3. Input/training

Wanneer de inputdimensie centraal wordt gesteld, speelt het feit een belangrijke rol dat menselijke werken worden gebruikt om het AI-systeem te trainen. In dit opzicht bevat het Europese auteursrecht al een regel die als basis zou kunnen dienen voor het ontwikkelen van een betalingsverplichting. Artikel 4 lid 1 van de Richtlijn inzake het auteursrecht in de digitale eengemaakte markt (“DSMRL”)<sup>24</sup> bevat een algemene wettelijke beperking voor tekst- en datamining (“TDM”).<sup>25</sup> Volgens deze TDM-regel mag iedereen, inclusief commerciële ontwikkelaars en trainers van AI systemen, kopieën van werken of databases maken voor

21 Senftleben & Buijtelaar, supra noot 6, 797-798.

22 Vgl. Mok & Zinkula, supra noot 2.

23 Vgl. Dietz, supra noot 10, 15-16.

24 Richtlijn (EU) 2019/790 van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van Richtlijn 96/9/EG en Richtlijn 2001/29/EG.

25 Zie P. Keller, ‘Protecting Creatives or Impeding Progress? Machine Learning and the EU Copyright Framework’, *Kluwer Copyright Blog*,

20 februari 2023, beschikbaar op: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/02/20/protecting-creatives-or-impeding-progress-machine-learning-and-the-eu-copyright-framework/>; Communia, ‘Using Copyrighted Works for Teaching the Machine’, *Comunia Policy Paper* 15, 26 april 2023, beschikbaar op: <https://comunia-association.org/policy-paper/policy-paper-15-on-using-copyrighted-works-for-teaching-the-machine/> (bezocht op 11 juli 2023).

TDM-doeleinden en deze bewaren zo lang als nodig is voor het AI-trainingsproces.<sup>26</sup>

Met de invoering van een specifieke beperking heeft de EU-wetgever de auteursrechtelijke relevantie van TDM en gerelateerde AI-trainingsprocessen bevestigd. Deze beslissing is niet vanzelfsprekend. In het TDM-debat is wereldwijd benadrukt dat TDM-kopieën een specifiek karakter hebben. Ze vallen buiten het traditionele concept van reproductie dat gericht is op het maken van kopieën voor het raadplegen en genieten van een werk.<sup>27</sup> Vanuit Amerikaans perspectief heeft Michael Carroll erop gewezen dat in de context van TDM:

'copies are made only for computational research and the durable outputs of any text and data mining analysis would be factual data and would not contain enough of the original expression in the analysed articles to be copies that count.'<sup>28</sup>

Tatsuhiko Ueno heeft de volledige vrijstelling van TDM-activiteiten in artikel 30-4(ii) van de Japanse auteurswet als volgt toegelicht:

'If an exploitation of a work is aimed at neither enjoying it nor causing another person to enjoy it (e.g. text-and-data mining, reverse engineering), there is no need to guarantee the opportunity of an author or copyright holder to receive compensation and thus copyright does not need to cover such exploitation. In other words, exploitation of this kind does not prejudice the copyright holder's interests protected by a copyright law.'<sup>29</sup>

In hun kritische analyse van de regulering van TDM in de EU beschreven Rosanna Ducato en Alain Strowel de volgende alternatieve benadering:

'When acts of reproduction are carried out for the purpose of search and TDM, the work, although it might be reproduced in part, is not used as a work: the work

only serves as a tool or data for deriving other relevant information. The expressive features of the work are not used, and there is no public to enjoy the work, as the work is only an input in a process for searching a corpus and identifying occurrences and possible trends or patterns.'<sup>30</sup>

In het licht van deze opmerkingen wordt snel duidelijk dat de EU-wetgever had kunnen kiezen voor een algemene vrijstelling van TDM in de DSM-richtlijn.<sup>31</sup> In plaats daarvan brengt artikel 4 lid 1 DSMRL TDM onder de paraplu van het reproductierecht en daarmee binnen het bereik van menselijke auteurs die een vergoeding willen ontvangen voor het gebruik van hun werken in AI-trainingsprocessen.<sup>32</sup> Artikel 7 lid 2 DSMRL bepaalt dat de driestappentoets die bekend is uit artikel 5 lid 5 van de Auteursrechtlijn ("ARRL")<sup>33</sup> ook hier van toepassing is. Dienovereenkomstig mag de TDM-uitzondering in artikel 4 lid 1 DSMRL:

'slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad'.<sup>34</sup>

### 3.1 Driestappentoets

Van de driestappentoets is het maar een kleine stap naar argumenten voor het betalen van een vergoeding. Wijzend op het risico van substitutie-effecten zouden auteursrechthebbers kunnen aanvoeren dat de TDM-regel de ontwikkeling mogelijk maakt van generatieve AI-systemen die de markt voor menselijke creaties uithollen. Ligt het dan niet voor de hand om ervan uit te gaan dat een beroep op artikel 4 lid 1 DSMRL in de context van generatieve AI-systemen afbreuk doet aan de normale exploitatie van menselijk trainingsmateriaal?<sup>35</sup> Bovendien zouden auteursrechthebbers kunnen aanvoeren dat de TDM-regel de legitieme inkomensbelangen van menselijke auteurs op onredelijke wijze schaadt. De betaling van een vergoeding zou dan een middel kunnen zijn om de schade terug te brengen tot een toelaatbaar, redelijk niveau.<sup>36</sup>

26 Artikel 4 leden 1 en 2 DSMRL. Wat betreft de relevantie van artikel 4 DSMRL voor generatieve AI-systemen, zie J.P. Quintais, 'Generative AI, Copyright and the AI Act', *Kluwer Copyright Blog*, 9 mei 2023, beschikbaar op: <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/05/09/generative-ai-copyright-and-the-ai-act/> (bezoekt op 11 juli 2023).

27 Vgl. M.R.F. Senftleben, 'Compliance of National TDM Rules with International Copyright Law – An Overrated Nonissue?', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 53 (2022), 1477 (1495-1502).

28 M.W. Carroll, 'Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful', *U.C. Davis Law Review* 53 (2019), 893 (954).

29 T. Ueno, 'The Flexible Copyright Exception for 'Non-Enjoyment' Purposes Recent Amendment in Japan and Its Implication', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International* 70 (2021), 145 (150-151).

30 R. Ducato & A. Strowel, 'Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues with the EU Copyright Exceptions and Possible Ways Out', *European Intellectual Property Review* 43 (2021), 322 (334).

31 Vgl. Senftleben, supra noot 27, 1502.

32 Zie Keller, supra noot 25; Communia, supra noot 25.

33 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij.

34 Artikel 5 lid 5 ARRL.

35 Het succes van een dergelijk initiatief is onduidelijk. Zoals blijkt uit HvJ EU 17 januari 2012, C-302/10 (*Infopaq II*), para. 51, kan het HvJ EU de analyse van 'normale exploitatie' beperken tot de economische betekenis van de vrijgestelde handeling van TDM als zodanig. Het is onduidelijk of het HvJ EU bereid zou zijn om de bredere economische impact in overweging te nemen, met inbegrip van alle volgende stappen die leiden tot het uiteindelijke aanbod van generatieve AI-producten en -diensten op de markt.

36 Zie M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2004, 127-133.

Uitgaande van de huidige tekst van artikel 4 DSMRL kunnen deze argumenten echter niet slagen. Artikel 4 lid 3 DSMRL biedt de rechthebbenden uitdrukkelijk de mogelijkheid om hun rechten voor te behouden, bijvoorbeeld door machinaal leesbare middelen. De bepaling dat rechthebbenden TDM kunnen uitsluiten via een machinaal leesbaar rechtenvoorbehoud betekent dat AI-trainers rekening moeten houden met metadata, zoals robots.txt, maar ook met de voorwaarden van een website of online dienst, om te beoordelen of TDM is toegestaan met betrekking tot een bepaald werk of een bepaalde databank.<sup>37</sup>

In principe kunnen rechthebbenden dus technische maatregelen nemen om te voorkomen dat menselijke creaties worden gebruikt voor AI-training. Het effect van de mogelijkheid van een rechtenvoorbehoud op de driestappentoets mag niet worden onderschat. Opt-out regels, zoals het mechanisme in artikel 4 lid 3 DSMRL, zorgen er juist voor dat niet langer sprake is van een conflict met de normale exploitatie van beschermde werken.<sup>38</sup> Het daaraan ten grondslag liggende idee is simpel: de rechthebbende kan een auteursrechtelijke beperking buiten werking stellen door zijn rechten voor te behouden. Dit voorkomt op zijn beurt dat begunstigden, zoals AI-trainers, de normale exploitatie van een werk ondermijnen.

Het persprivilege van artikel 10bis lid 1 van de Berner Conventie (BC) berust op een vergelijkbare opt-out constructie:

‘Het is aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden de verveelvoudiging door de pers, de uitzending door de radio of de overbrenging per draad aan het publiek van artikelen waarin actuele vragen van economie, politiek of godsdienst worden behandeld, en die zijn gepubliceerd in nieuwsbladen, of tijdschriften, of van door de radio uitgezonden werken van dezelfde aard, toe te staan in de gevallen waarin de verveelvoudiging, de radio-uitzending of de genoemde overbrenging niet uitdrukkelijk zijn voorbehouden.’

Het voorbehoud van rechten dat in deze bepaling tot uitdrukking komt, is het resultaat van een debat over de verhouding tussen enerzijds de bescherming van perspublicaties in kranten en anderzijds de vrijheid om nieuws en krantenartikelen te hergebruiken.<sup>39</sup> Het rechtenvoorbehoud van artikel 10bis lid 1 BC is meer dan een eeuw geleden ontstaan uit de praktijkbehoeften van de industrie. Destijds beschouwden kranten de reproductie van hun artikelen in

andere kranten als reclame en promotie voor hun activiteiten.<sup>40</sup> Met name lokale kranten met beperkte financiële middelen konden nauwelijks aan de nieuwsvraag van hun lezers voldoen zonder reproducties van krantenartikelen uit grotere kranten.<sup>41</sup>

Vanuit het perspectief van de driestappentoets kan de mogelijkheid om rechten voor te behouden noodzakelijk worden geacht om een conflict met de normale exploitatie te voorkomen. De exploitatievormen die onder artikel 10bis lid 1 BC vallen – reproductie, uitzending en specifieke vormen van mededeling aan het publiek – staan centraal bij de normale exploitatie van persartikelen. Bovendien heeft de vrijstelling betrekking op de primaire exploitatieperiode. Artikel 10bis lid 1 BC verwijst expliciet naar “actuele vragen van economie, politiek of godsdienst.” Aangezien de rechthebbende zijn auteursrechten kan voorbehouden, wordt het risico van een conflict met de normale exploitatie geminimaliseerd.

Opt-out regels, zoals de regel die is vastgelegd in artikel 4 lid 3 DSMRL, zijn dus een instrument om te experimenteren met relatief brede beperkingen van het auteursrecht; de mogelijkheid om rechten voor te behouden voorkomt de toepassing van de beperking in strijd met de driestappentoets. Beweringen dat afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie of onredelijke schade wordt toegebracht aan de wettige belangen van auteurs kunnen gemakkelijk worden weerlegd. Aangezien de mogelijkheid van een opt-out een beroep op de driestappentoets in wezen uitsluit, kan de driestappentoets niet dienen als argument om een pleidooi voor betaling van een vergoeding te ondersteunen.

### 3.2 Vergoeding op basis van voorbehoud van rechten

Dit doet de vraag rijzen of het voorbehoud van rechten zelf kan leiden tot de betaling van vergoedingen. In theorie lijkt dit zeker mogelijk.<sup>42</sup> Het is denkbaar dat de creatieve industrie en de AI-industrie overeenstemming bereiken over machinaal leesbare protocollen voor een rechtenvoorbehoud en over verschillende standpunten die rechthebbenden in het kader van de communicatie met crawlers kunnen innemen. Zo zou een protocol ontwikkeld kunnen worden dat het gebruik voor AI-trainingsdoeleinden verbiedt als de AI-trainer achter de crawler niet bereid is om een vergoeding te betalen. Hiermee zou een rechthebbende dus zijn bereidheid tot uitdrukking brengen om het gebruik toe te staan tegen betaling van een vergoeding. Met andere woorden: het voorbehoud van rechten in artikel 4 lid 3 DSMRL zou in

37 Overweging 18 DSMRL. Vgl. P.B. Hugenholtz, ‘Artikelen 3 en 4 DSM-richtlijn: tekst- en datamining’, *AMI* 2019, 167 (170).

38 Voor een meer gedetailleerde bespreking, zie M.R.F. Senftleben, ‘How to Overcome the Normal Exploitation Obstacle: Opt-Out Formalities, Embargo Periods, and the International Three-Step Test’, *Berkeley Technology Law Journal Commentaries* 1, No. 1 (2014), 1 (12-16).

39 Voor de ontwikkeling van de bepaling in de Berner Conventie, zie S. Ricketson & J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights – The Berne Convention and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, 796-800; L. Guibault, ‘The Press Exception in the Dutch Copyright Act’, in: P.B. Hugenholtz,

A.A. Quaedvlieg & D.J.G. Visser (eds.), *A Century of Dutch Copyright Law – Auteurswet 1912-2012*, Amstelveen: deLex 2012, 443 (447-450).

40 Zie L. Guibault, *Copyright Limitations and Contracts – An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2002, 58, met betrekking tot de beweegredenen die ten grondslag liggen aan de vrijstelling voor kranten.

41 Guibault, supra noot 40, 444-445.

42 Zie de positieve beoordeling door Keller, supra noot 25; Communia, supra noot 25.

theorie kunnen fungeren als uitgangspunt om algemeen overeengekomen, machinaal leesbare vergoedingsprotocollen af te spreken die een geautomatiseerd proces voor de betaling van vergoedingen in gang zetten.

### 3.3 Juridische en praktische obstakels

Helaas zou het in de praktijk wel eens heel moeilijk zijn om dit ideale resultaat te bereiken. Ten eerste is de infrastructuur voor de uitoefening van vergoedingsrechten in de EU erg gefragmenteerd.<sup>43</sup> Zelfs als er gestandaardiseerde protocollen voor het voorbehoud van rechten beschikbaar komen waarmee wensen en modaliteiten voor de betaling van vergoedingen kunnen worden uitgedrukt, is het onduidelijk of rechthebbenden en rechtenorganisaties er in zullen slagen om efficiënte, pan-Europese oplossingen voor vergoedingen te creëren die betrouwbare en goed functionerende betalingsinterfaces bieden. Zolang de geautomatiseerde, machinale identificatie van rechthebbenden en de geautomatiseerde verwerking van betalingen ingewikkeld of onbetrouwbaar blijft, is het onwaarschijnlijk dat de optie van het voorbehoud van rechten in artikel 4 lid 3 DSMRL de weg vrijmaakt voor een vergoedingssysteem dat in de praktijk succes heeft. TDM vereist de beschikbaarheid van enorme hoeveelheden literaire en artistieke werken. Op het moment dat AI-trainers verplicht worden om individuele auteursrechten en auteursrechthebbenden te controleren, specifieke betalingsvoorwaarden in acht te nemen en licenties te verkrijgen op het niveau van individuele werken of databases, zal de last van rights clearance onvermijdelijk een einde maken aan het hele vergoedingsinitiatief.<sup>44</sup>

Ten tweede laat de behoefte aan gestandaardiseerde, machinaal leesbare vergoedingsprotocollen zien dat, als er al bevredigende oplossingen voor het regelen van auteursrechten beschikbaar komen, deze oplossingen hoogstwaarschijnlijk het resultaat zullen zijn van samenwerking binnen de industrie; de creatieve industrie komt met de hightechindustrie protocollen voor rechtenvoorbehoud overeen die het gebruik van beschermd materiaal mogelijk maken op het moment dat de gewenste vergoeding is betaald. Zoals bij alle vormen van industriële samenwerking, roept deze aanpak de vraag op of de nieuwe inkomstenstroom die voortvloeit uit AI-training ooit de individuele makers zal bereiken. Als collectieve beheersorganisaties ondervertegenwoordigd zijn aan de onderhandelingstafel,

kunnen extra inkomsten uit TDM de zakken vullen van grote bedrijven die indrukwekkende repertoires van literaire en artistieke werken bezitten.<sup>45</sup> Daarmee is echter niet verzekerd dat ook de individuele makers wier werken deel uitmaken van deze repertoires een passend deel van de TDM-inkomsten zullen ontvangen.

Ten derde valt te verwachten dat er, met of zonder algemeen overeengekomen protocollen inzake voorbehoud van rechten, vertrouwensproblemen zullen blijven bestaan. Wie kan garanderen dat AI-trainers een voorbehoud van rechten overeenkomstig artikel 4 lid 3 DSMRL ook daadwerkelijk in acht nemen? En wie kan bewijzen dat een bepaald werk deel heeft uitgemaakt van de AI-trainingsdataset als de door AI gegenereerde output alleen algemene stijlelementen laat zien en geen directe gelijkenis vertoont met een specifiek werk?

In dit verband is van belang dat de meest recente versie van de voorgestelde AI Act<sup>46</sup> voorziet in aanvullende transparantiemaatregelen om de “black box” van AI-training op het gebied van literaire en artistieke werken te openen.<sup>47</sup> Het Parlement stelt voor een nieuw artikel 28b lid 4 toe te voegen dat specifiek betrekking heeft op generatieve AI-systemen die bedoeld zijn om complexe tekst-, beeld-, audio- of videocontent te produceren.<sup>48</sup> Overeenkomstig artikel 28b lid 4 sub c, moeten aanbieders van dergelijke systemen:

‘without prejudice to national or Union legislation on copyright, document and make publicly available a sufficiently detailed summary of the use of training data protected under copyright law’.<sup>49</sup>

Dit voorstel werpt licht op transparantie- en vertrouwenskwesaties. Zelfs als machinaal leesbare vergoedingsprotocollen voortkomen uit onderhandelingen binnen de sector, zal het moeilijk blijven om te controleren of de vergoedingsvereisten worden nageleefd en ervoor te zorgen dat vergoedingen accuraat zijn berekend, waarbij rekening wordt gehouden met alle werken die voor AI-trainingdoeleinden zijn gebruikt.<sup>50</sup>

Ten vierde mag niet over het hoofd worden gezien dat de belangrijkste internationale concurrenten van de EU hebben gekozen voor een TDM-benadering die duidelijk afwijkt

43 Zie M.R.F. Senftleben & T. Margoni et al., ‘Ensuring the Visibility and Accessibility of European Creative Content on the World Market – The Need for Copyright Data Improvement in the Light of New Technologies and the Opportunity Arising from Article 17 of the CDSM Directive’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 13 (2022), 67, para. 7.

44 Vgl. Lemley & Casey, supra noot 7, 770-771; R.M. Hilty & H. Richter, ‘Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition on the Proposed Modernisation of European Copyright Rules – Part B: Exceptions and Limitations – Art. 3 Text and Data Mining’, *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper Series* 2017-02, 1.

45 Vgl. Trendacosta & Doctorow, supra noot 2, die verwijzen naar ‘the perverse effect of limiting this technology development to the very largest companies, who can assemble a data set by compelling their workers to assign the ‘training right’ as a condition of employment or content creation.’

46 Europese Commissie, 21 april 2021, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts*, document COM(2021) 206 final.

47 Zie de pleidooien voor transparantie genoemd in supra noot 12.

48 Europees Parlement, supra noot 3, artikel 28b lid 4.

49 Europees Parlement, supra noot 3, artikel 28b lid 4 sub c.

50 Vgl. de kritische opmerkingen van Quintais, supra noot 26.

van de benadering in de EU. De VS, Canada, Singapore, Zuid-Korea, Japan, Israël en Taiwan hebben gekozen voor bredere, flexibelere auteursrechtelijke beperkingen.<sup>51</sup> Het is aannemelijk dat deze alternatieve benadering de innovatiekracht van AI-bedrijven in deze landen heeft vergroot in vergelijking met hun tegenhangers in de EU. In de VS wordt TDM over het algemeen beschouwd als een vorm van (“transformative”) fair use die is toegestaan zonder voorafgaande toestemming van de rechthebbenden en zonder vergoeding.<sup>52</sup> Japan heeft in 2009 een brede uitzondering voor TDM in zijn auteurswet opgenomen.<sup>53</sup> De VS en Japan zijn interessante voorbeelden omdat beide landen niet alleen beschikken over een bloeiende creatieve en culturele industrie, maar ook over een uiterst competitieve hightechsector op het gebied van AI.<sup>54</sup>

In het licht van deze internationale uitdagingen is het duidelijk dat onpraktische, ingewikkelde vergoedingssystemen in het nadeel kunnen werken van de innovatie in de EU. De noodzaak om individuele autorisaties te verkrijgen en de vergoedingen voor AI-training te beheren, vormt een extra kostenfactor in de vorm van transactiekosten en licentiekosten. Als de kosten te hoog zijn, zal dit een negatieve invloed hebben op het vermogen van de Europese AI-sector om te concurreren op de wereldmarkt.<sup>55</sup> Met andere woorden: een vergoedingssysteem dat gebaseerd is op de optie van het voorbehoud van rechten in artikel 4 lid 3 DSMRL kan gemakkelijk leiden tot een *lose-lose*-scenario: geen vergoeding voor auteurs en geen toegang tot auteursrechtelijk beschermde bronnen voor AI-trainers in de EU.<sup>56</sup> Op grond van artikel 4 lid 3 DSMRL kunnen houders van auteursrechten met succes hun rechten voorbehouden en voorkomen dat hun werken worden gebruikt voor AI-trainingdoeleinden. Een succesvol voorbehoud van rechten hoeft echter niet te leiden tot licentieovereenkomsten en vergoedingen. In plaats daarvan kan de hightechindustrie besluiten om AI-trainingactiviteiten te verplaatsen naar andere regio's die een gunstiger klimaat voor AI-training

bieden. Het gevolg is dat de aanspraak op een vergoeding mislukt; de houder van het EU-recht ontvangt geen geld en de AI-trainer zoekt zijn trainingsmateriaal elders.

#### 4. Output/substitutie

Gelukkig is het rechtenvoorbehoud in artikel 4 lid 3 DSMRL niet de enige weg die zou kunnen leiden naar nieuwe vergoedingsregels ten gunste van menselijke makers. Het initiatief van het Europees Parlement om specifieke transparantieregels in te voeren voor generatieve AI-systemen laat duidelijk zien dat nieuwe wetgevingsinitiatieven, zoals het voorstel voor een AI Act, de bestaande auteursrechtelijke regels over het gebruik van AI op literair en artistiek gebied kunnen verrijken. Het is denkbaar dat nieuwe wetgeving leidt tot de implementatie van vergoedingsregels die specifiek gericht zijn op het creëren van een nieuwe inkomststroom voor auteurs ter compensatie van de versturende effecten en het inkomensverlies veroorzaakt door generatieve AI-systemen. Zo'n vergoedingsmechanisme hoeft zich niet te richten op de trainingsfase van AI. In plaats daarvan zou kunnen worden aangeknoopt bij de literaire en artistieke output van generatieve AI-systemen, waardoor de vergoeding het karakter zou krijgen van een globale AI-heffing.<sup>57</sup>

##### 4.1 Globale AI-heffingen

Volgens deze benadering zouden leveranciers van generatieve AI-systemen verplicht worden om een vergoeding te betalen voor de productie van literaire en artistieke content die kan dienen als vervanging voor menselijke creaties. De formulering van de bestaande wettelijke vergoeding voor het gebruik van fonogrammen zou hiervoor als blauwdruk kunnen dienen. Naar het voorbeeld van artikel 8 lid 2 van de richtlijn betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten<sup>58</sup> zou de regel de volgende vorm kunnen aannemen:

51 Senftleben & Margoni e.a., supra noot 43, 72-73, para. 11-12.

52 M. Sag, 'The New Legal Landscape for Text Mining and Machine Learning', *Journal of the Copyright Society of the USA* 66 (2019), 291 (314-334); P. Samuelson, 'Text and Data Mining of In-Copyright Works: Is It Legal?', *Communications of the ACM* 64 (november 2021), 20-22; Lemley/Casey, supra noot 7, 760-779; M. Sag, 'Copyright and Copy-Reliant Technology', *Northwestern University Law Review* 103 (2009), 1607-1682.

53 De Japanse wet op het auteursrecht voorziet in een uitzondering voor TDM die niet beperkt is tot niet-commerciële of uitsluitend onderzoeksdoeleinden, zie artikel 47-septies van de Japanse auteurswet, gerapporteerd en besproken in L. Guibault en T. Margoni, 'Legal Aspects of Open Access to Publicly Funded Research', in: OECD (red.), *Enquiries Into Intellectual Property's Economic Impact*, Chapter: 7, Parijs: OECD 2015, 373-414, 396 beschikbaar op: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/intellectual-property-economic-impact.htm> (bezoekt op 11 juli 2023). Zie ook M. Caspers & L. Guibault et al., *Future TDM – Baseline Report of Policies and Barriers of TDM in Europe*, Amsterdam: Instituut voor Informatierecht 2016, 75-76; Ueno, supra noot 30, 145-152.

54 Senftleben & Margoni e.a., supra noot 43, 72-73, para. 11-12.

55 Voor een kritiek op de aanpak in de EU, zie C. Geiger,

'The Missing Goal-Scorers in the Artificial Intelligence Team: Of Big Data, the Right to Research and the Failed Text-and-Data Mining Limitations in the CSDM Directive', in: M.R.F. Senftleben, J. Poort et al. (eds.), *Intellectual Property and Sports – Essays in Honour of Bernt Hugenholtz*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2021, 383-394; C. Handke, L. Guibault & J.-J. Vallbé, 'Is Europe Falling Behind in Data Mining? Copyright's Impact on Data Mining in Academic Research', in: B. Schmidt & M. Dobrevá (eds.), *New Avenues for Electronic Publishing in the Age of Infinite Collections and Citizen Science: Scale, Openness and Trust – Proceedings of the 19th International Conference on Electronic Publishing*, IOS 2015, 120-130.

56 Vgl. Lemley & Casey, supra noot 7, 770-771.

57 Voor een theoretische onderbouwing van deze benadering, zie C. Geiger, 'Freedom of Artistic Creativity and Copyright Law: A Compatible Combination?', *UC Irvine Law Review* 8 (2018), 413 (448-458).

58 Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom.



'De Lid-Staten stellen een recht in om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de aanbieder van een generatief AI-systeem, wanneer dit systeem in staat is om literaire of artistieke inhoud te genereren die werken van menselijke makers zou kunnen substitueren. Voorts zorgen de Lid-Staten ervoor dat deze vergoeding wordt betaald aan maatschappijen voor collectieve belangenbehartiging<sup>59</sup> ter bevordering en ondersteuning van het literaire en artistieke werk van mensen.'<sup>60</sup>

Deze tekst zal waarschijnlijk verfijnd en verder verduidelijkt moeten worden voordat hij als basis kan dienen voor de invoering van een AI-heffing. Voor een definitie zou bijvoorbeeld kunnen worden aangesloten bij de voorgestelde AI Act, die "generatieve AI" definieert als "funderingsmodellen die worden gebruikt in AI-systemen die specifiek bedoeld zijn om, met verschillende niveaus van autonomie, inhoud te genereren zoals complexe tekst, afbeeldingen, audio of video."<sup>61</sup> Wat betreft de vraag welke outputkwaliteit nodig is om uit te gaan van een substitutierisico, moet worden bedacht dat het heffingssysteem bedoeld is als een forfaitaire vergoedingsregeling. Daarom kan een algemene, abstracte beoordeling van de vraag of een AI-systeem in staat is menselijke literaire en artistieke producties te vervangen, voldoende worden geacht om een heffingsplicht op te leggen.

De contouren van de forfaitaire heffing kunnen als volgt worden geschetst. Het systeem zou als overkoepelend doel hebben een nieuwe inkomstenstroom te creëren om het werk van auteurs van vlees en bloed te ondersteunen. Inkomsten uit vergoedingen voor het gebruik van AI-systemen zouden worden doorgesluisd naar collectieve beheersorganisaties die het geld gebruiken om de leef- en werkomstandigheden van menselijke auteurs te verbeteren. Daarnaast is de verplichting om een billijke vergoeding te betalen bedoeld om het gebruik van AI-gegenereerde inhoud duurder te maken. Aanbieders van AI-systemen kunnen generatieve AI-instrumenten niet langer gratis aanbieden, tenzij ze bereid zijn de vergoeding uit eigen zak te betalen. De invoering van een heffingssysteem vermindert dus ook de aantrekkelijkheid van minder dure, geautomatiseerde AI-contentproductie. Theoretisch zou de AI-vergoeding zelfs kunnen worden vastgesteld op een niveau dat de lagere productiekosten compenseert en de kansen van menselijke auteurs om te concurreren met generatieve AI-systemen vergroot.<sup>62</sup>

Meer concrete richtlijnen voor het gebruik van geïnde heffingen kunnen worden afgeleid uit de vier hierboven beschreven doelstellingen. Volgens het argument dat het

heffingssysteem compensatie biedt voor het parasitaire gebruik van menselijke werken om AI-systemen in staat te stellen de markt voor menselijke creativiteit te ondermijnen (eerste argument), zou de heffing breed gebruikt kunnen worden om menselijke literaire en artistieke producties te ondersteunen. Het is bijvoorbeeld denkbaar om het ingezamelde geld te verdelen volgens een algemeen repartitieschema dat is afgestemd op het gebruik van bepaalde werkrepertoires of werkgenres voor AI-trainingsdoeleinden. Inzichten in door gebruikers ingevoerde prompts kunnen aanvullende aanknopingspunten bieden voor het repartitiereglement. Gegevens waaruit blijkt dat bepaalde werkcategorieën, genres etc. vaak worden gebruikt in AI-prompts, kunnen een basis bieden voor het vergroten van het aandeel van menselijke auteurs wier creatieve arbeid betrekking heeft op deze categorieën, genres etc. Het gebruik van een algemeen repartitieschema kan ook in het eigen belang van de AI-industrie zijn. Door de brede inzet van geïnd geld kan een continue stroom van nieuwe menselijke creaties op gang worden gebracht die uiteindelijk als trainingmateriaal kunnen dienen voor de verdere verbetering en diversificatie van AI-output (vierde argument).

Een meer gerichte benadering volgt daarentegen uit het inzicht dat door AI gegenereerde inhoud kan leiden tot een verlies van menselijk werk dat, als spiegel van sociale en politieke omstandigheden, impulsen kan geven voor maatschappelijke veranderingen en kan leiden tot een betere samenleving (tweede argument). In de mate dat AI-output in staat is menselijke creativiteit te vervangen die deze maatschappelijke functie vervult, lijkt de oprichting van culturele fondsen die menselijke creaties in de kunstsector bevorderen gerechtvaardigd. Tot slot billijkt het algemene sociaal-politieke doel om menselijke auteurs te steunen die hun inkomen verliezen door concurrerende AI-content (derde argument) de oprichting van sociale fondsen. De vier hierboven ontwikkelde argumenten voor de introductie van een AI-heffing bieden dus een basis voor verschillende maatregelen: van de ontwikkeling van een algemeen repartitiereglement tot meer specifieke investeringen in sociale en culturele fondsen.

#### 4.2 Auteursrechtelijke basis

Vanuit een juridisch-doctrinair perspectief rijst echter de vraag of het auteursrecht voldoende basis biedt voor een vergoedingsclaim met betrekking tot AI-output. Met behulp van AI gegenereerde content hoeft geen auteursrechtelijk beschermde trekken van individuele menselijke expressie te vertonen.<sup>63</sup> Vergeleken met het gebruik van werken voor AI-trainingsdoeleinden (input) is de situatie anders. Tijdens de AI-trainingsfase worden beschermde menselijke werken direct ingezet als leermiddelen voor het AI-

59 Over de mogelijkheid om sociale en culturele fondsen op te richten, zie HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11, (*Amazon/Austro-Mechana*), para. 49-52. Cf. M.R.F. Senftleben, 'Copyright, Creators and Society's Need for Autonomous Art – The Blessing and Curse of Monetary Incentives', in: R. Giblin & K. Weatherall (eds.), *What if We Could Reimagine Copyright?*, Canberra: ANU Press 2017, 25 (64-68).

60 Voor een eerdere bespreking van dit voorstel, zie Senftleben, supra noot 9 [Equitable remuneration], 111-113; Senftleben, supra noot 9 [Tax on machines], 1-3.

61 Europees Parlement, supra noot 3, artikel 28b lid 4.

62 Vgl. Senftleben, supra noot 9 [Equitable remuneration], 113-114; Senftleben, supra noot 9 [Tax on machines], 2-3.

63 Lemley & Casey, supra noot 7, 772-776.

systeem. Er is dus een direct verband tussen het proces van machinaal leren en het gebruik van beschermde menselijke literaire en artistieke werken. Door kopieën die gemaakt zijn voor AI-trainingsdoeleinden te kwalificeren als relevante reproducties,<sup>64</sup> kan de wetgever een juridische basis creëren voor auteursrechtelijke vergoedingsclaims. Met betrekking tot AI-output is de auteursrechtelijke basis voor vergoedingsaanspraken minder duidelijk. In plaats van individuele expressie te reproduceren – beschermde vrije, creatieve keuzes van een menselijke auteur<sup>65</sup> – zal AI-output in de meeste gevallen uit onbeschermde ideeën, concepten en stijlen bestaan.<sup>66</sup>

De afwezigheid van beschermde menselijke expressie in AI-output vormt echter geen onoverkomelijk obstakel. Reeds in de vorige eeuw is een auteursrechtelijk concept ontwikkeld dat naar analogie kan worden ingeroepen als juridisch-doctrinaire grondslag voor de introductie van een AI-heffingssysteem: het *domaine public payant*. Volgens Adolf Dietz, een van de protagonisten van dit concept, was het raadzaam om, naast de traditionele exploitatie- en vergoedingsrechten van individuele auteurs, in het auteursrecht een nieuw recht te erkennen waarop de “community of authors”<sup>67</sup> als collectief aanspraak kan maken. Dietz wees erop dat deze stap gezien kan worden als een uitvloeisel van een moderne opvatting van het auteursrecht “as part of a more comprehensive concept of culture law.”<sup>68</sup> Wanneer deze bredere rol van het auteursrecht als uitgangspunt wordt genomen, hoeft de wetgever niet langer “harmful discrepancies”<sup>69</sup> te accepteren tussen de aanzienlijke winst die exploitanten van werken uit het publieke domein halen en de preciaire werk- en leefomstandigheden van huidige auteurs.<sup>70</sup> In plaats daarvan kan het auteursrecht worden gebruikt als een juridisch instrument om een vergoedingsrecht in te voeren voor de gemeenschap van levende en creërende auteurs:

‘What we finally propose is simply to introduce another right owner, namely the community of living and creating authors, among several kinds of right owners already existing in copyright law. This community of authors should have the direct right to participate in the income from exploitation of works of dead authors after the individual term of copyright protection has expired.’<sup>71</sup>

Zoals dit citaat laat zien, ontwikkelde Dietz zijn concept van een nieuw recht voor de gemeenschap van auteurs met een focus op de exploitatie van werken in het publieke domein. Hij plaatste zijn voorstel in de context van de discussie over het *domaine public payant* die na de Tweede Wereldoorlog in een stroomversnelling was geraakt.<sup>72</sup> Vanuit zijn perspectief zouden de stijgende prijzen en inkomsten uit de exploitatie van werken in het publieke domein op het gebied van literatuur, muziek en kunst “at least partly and proportionally, also serve the living and creating generation of authors.”<sup>73</sup> De introductie van een nieuw, collectief recht op een deel van de inkomsten uit de exploitatie van werken in het publieke domein roept uiteraard de vraag op hoe dit nieuwe recht van de gemeenschap van levende auteurs in de praktijk zou kunnen worden uitgeoefend. Dietz loste dit probleem op door te verwijzen naar het gevestigde systeem van collectief rechtenbeheer in Europa:

‘[T]here must be a natural or legal person or body ready to interfere and, in particular, to control the market and claim the participation right, if necessary in a lawsuit. In addition, this body must be able to distribute the incoming money according to statutory purposes and rules, preferably under government supervision... We should not forget, however, that these kind of bodies already exist, and have done so for decades, in the form of collecting societies.’<sup>74</sup>

Voordat we ingaan op de parallellen tussen dit vergoedingsconcept en het hier besproken AI-heffingssysteem, is het belangrijk om erop te wijzen dat in de tweede helft van de vorige eeuw het voorstel van een *domaine public payant* niet louter theorie was. In Duitsland maakte het deel uit van het officiële regeringsvoorstel voor nieuwe auteursrechtwetgeving dat in 1965 op de wetgevingsagenda stond.<sup>75</sup> Hoewel de Duitse wetgever uiteindelijk afzag van de invoering van een nieuw vergoedingsrecht voor de gemeenschap van auteurs,<sup>76</sup> laat het feit dat de *domaine public payant* in het regeringsvoorstel was opgenomen zien dat het concept en de onderliggende doelstelling om de werk- en leefomstandigheden van auteurs te verbeteren brede steun hadden in Duitsland.<sup>77</sup> Ook een internationaal UNESCO/WIPO onderzoek uit 1982 bood steun aan de invoering van een *domaine public payant* in het auteursrecht.<sup>78</sup> In recente debatten

64 Voor een meer gedetailleerde bespreking van deze kwestie, zie Senftleben, supra noot 27, 1495-1502.

65 HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08 (*Infopaq/DDF*), punt 45; HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), punt 89.

66 Artikel 9 lid 2 TRIPS; artikel 2 WCT. Vgl. HR, 29 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8661, Broeren & Duijsens, para. 3.5; Senftleben, supra noot 12, 27-28.

67 Dietz, supra noot 10, 15.

68 Dietz, supra noot 10, 13.

69 Dietz, supra noot 10, 13.

70 Dietz, supra noot 10, 13.

71 Dietz, supra noot 10, 14.

72 Voor de historische oorsprong en ontwikkeling van het *domaine public payant*, zie W. Dillenz, ‘Überlegungen zum *Domaine Public Payant*’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – International* 1983, 920 (920-922).

73 Dietz, supra noot 10, 14.

74 Dietz, supra noot 10, 15.

75 A. Dietz, ‘Die sozialen Bestrebungen der Schriftsteller und Künstler und das Urheberrecht’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1972, 11 (14-15).

76 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, beschikbaar op: <https://www.gesetze-im-internet.de/urhgf/index.html> (bezocht op 11 juli 2023).

77 Vgl. Dietz, supra noot 10, 14-15.

78 UNESCO/WIPO, 10 maart 1982, ‘Committee of Non-Governmental Experts on the *Domaine Public Payant* – Analysis of the Replies to the Survey of Existing Provisions for the Application of the System of *Domaine Public Payant*’ in National Legislation’, document UNESCO/WIPO/DPP/CE/I/2, beschikbaar op: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048044> (bezocht op 11 juli 2023).

over de herijking van het auteursrecht bevestigde Rebecca Giblin dat het concept nog steeds relevant en belangrijk is. In een kritische bespreking van de lange auteursrechtelijke beschermingstermijn kwalificeerde ze het *domaine public payant* als een nuttig uitgangspunt voor haar voorstel om in het auteursrecht duidelijker onderscheid te maken tussen stimulerings- en beloningsdoelstellingen en een opt-in “creator-right” te introduceren dat auteurs toegang zou geven tot vergoedingssystemen in ruil voor de registratie van hun werken na een eerste, kortere beschermingsperiode.<sup>79</sup>

De parallellen tussen het *domaine public payant* en het hier voorgestelde AI-heffingssysteem zijn evident. Beide concepten hebben betrekking op creaties die buiten het bereik van de exploitatierechten van individuele auteurs vallen: literaire en artistieke werken die nooit of niet langer auteursrechtelijke bescherming genieten in het geval van de *domaine public payant*; algemene ideeën, concepten en stijlen in het geval van AI-output die geen individuele expressie van een menselijke auteurs behelst. Tegelijkertijd is het duidelijk dat beide concepten literair en artistiek materiaal betreffen: werken die tot het publieke domein behoren en ideeën, concepten en stijlen die eveneens tot het publieke domein behoren.

Het vergoedingsargument ten gunste van de gemeenschap van auteurs kan zelfs sterker worden geacht in het geval van AI-output dan in het geval van oude werken in het publieke domein. Zoals de redenering van Dietz heel duidelijk laat zien, berustte het voorstel van een *domaine public payant* op het sociaal-politieke argument dat er iets gedaan moest worden in het auteursrecht om een einde te maken aan “the existential and financial misery of an artist’s life.”<sup>80</sup> Hoewel dit argument ongetwijfeld een belangrijke rol speelt in het debat over de AI-heffing, is het slechts één van de vier argumenten die, zoals hiervoor uiteengezet, naar voren kunnen worden gebracht om de invoering van een AI-heffing te onderbouwen. Ten opzichte van generatieve AI-systemen is er dus nog meer reden om in de voetsporen van Dietz te treden en een verplichte AI-heffing in te voeren. Als nieuwe rechthebbende in het auteursrecht zou de gemeenschap van auteurs<sup>81</sup> recht moeten hebben op daaruit voortvloeiende vergoedingen. Bovendien moet het recht collectief worden beheerd en gehandhaafd – idealiter door slechts één enkele, centrale pan-Europese auteursrechtenorganisatie<sup>82</sup> die het geïnde geld verdeelt op basis van een hiervoor opgesteld repartitiereglement en sociale en culturele fondsen.

De voorloper van het *domaine public payant* laat dus zien dat potentiële juridisch-doctrinaire bezwaren geen belemmering

hoeven te vormen voor de invoering van een AI-heffingssysteem dat zich richt op AI-output. Zelfs als AI-output slechts onbeschermd ideeën, concepten en stijlen weerspiegelt, is het nog steeds mogelijk en consistent om een recht op een forfaitaire vergoeding op te nemen in het auteursrecht als een collectief recht van de gemeenschap van auteurs: een nieuw recht dat onderworpen is aan verplicht collectief rechtenbeheer.

### 4.3 Juridische en praktische voordelen

Een outputgericht AI-heffingssysteem zou bovendien belangrijke praktische voordelen bieden ten opzichte van de hierboven beschreven input-gebaseerde vergoeding die zou zijn gebaseerd op artikel 4 lid 3 DSMRL.

Ten eerste kan een outputgericht AI-heffingssysteem op uniforme wijze worden toegepast op alle aanbieders van generatieve AI-systemen in de EU. In tegenstelling tot een vergoedingsverplichting die zich richt op de trainingsfase, vermijdt de outputgerichte heffingsbenadering het risico van nadelen voor hightechindustrieën in de EU. Alle aanbieders van generatieve AI-systemen zouden in gelijke mate worden blootgesteld aan de heffingsverplichting op het moment dat zij hun producten en diensten in de EU aanbieden. Een heffingsaanpak die zich richt op het uiteindelijke aanbod van generatieve AI-producten en -diensten kan de hierboven beschreven onevenwichtigheden tussen de EU en andere landen en regio’s op het niveau van AI-opleidingen zelfs verminderen. Met het rechtenvoorbehoud in artikel 4 lid 3 DSMRL heeft de EU een AI-trainingsregel geïntroduceerd die ingewikkelder is en hogere transactiekosten veroorzaakt dan de TDM-regels in veel andere landen, waaronder de VS en Japan.<sup>83</sup> De invoering van het beschreven AI-heffingssysteem zou daarentegen de belemmeringen voor de toegang tot inhoud en de lasten van rights clearance kunnen verminderen. Om dit doel te bereiken, zou in de wetgeving inzake een AI-heffing kunnen worden verduidelijkt dat individuele auteursrechthebbenden alleen recht hebben op inkomsten uit de heffing wanneer zij ervan afzien zich te beroepen op artikel 4 lid 3 DSMRL. De AI-heffing zou aldus de makers en rechthebbenden stimuleren om geen gebruik te maken van de mogelijkheid om rechten voor te behouden en in plaats daarvan onbeperkte toegang te bieden tot hun werkrepertoire. Zo zou een outputgericht AI-heffingssysteem het hierboven beschreven *lose-lose* scenario kunnen omvormen tot een *win-win*: auteurs ontvangen een vergoeding en AI-trainers krijgen ruimere toegang tot auteursrechtelijk beschermd materiaal in de EU.

Ten tweede roept een AI-heffing minder vragen op over vertrouwen en transparantie. In tegenstelling tot vergoe-

79 R. Giblin, ‘Reimagining Copyright’s Duration’, in: R. Giblin & K. Weatherall (eds.), *What if We Could Reimagine Copyright?*, Canberra: ANU Press 2017, 177 (200-203 en 207-208).

80 Dietz, supra noot 10, 13.

81 Dietz, supra noot 10, 15.

82 Over de voordelen van één collectieve rechtenbeheersorganisatie die het hele grondgebied van de EU bestrijkt, zie

M.R.F. Senftleben, ‘Bermuda Triangle: Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content Under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market’, *European Intellectual Property Review* 41 (2019), 480 (481-482).

83 Senftleben & Margoni e.a., supra noot 43, 72-73, para. 11-12.

dingssystemen die op AI-trainingsactiviteiten focussen, hoeft bij een forfaitaire heffing geen informatie te worden verstrekt over het gebruik van specifieke werken als trainingsmateriaal. Zoals gezegd kan het heffingssysteem worden gebaseerd op de betaling van een globaal forfaitair bedrag. De heffing kan bijvoorbeeld bestaan uit een bepaald percentage van de inkomsten die AI-bedrijven halen uit advertenties, abonnementsgelden of andere betalingen die ze van gebruikers ontvangen. In het geval van winstgerichte aanbieders van generatieve AI-systemen kan de heffing ook bestaan uit een bepaald percentage van de jaaromzet. Eventueel zou kunnen worden onderzocht of de heffing kan worden afgestemd op het aantal door AI gegenereerde literaire en artistieke producten of het aantal door gebruikers ingevoerde prompts.

Ten derde zal verplicht collectief rechtenbeheer op het gebied van AI-heffingen ervoor zorgen dat, op basis van repartitiegeregelingen die in overeenstemming zijn met de wettelijke regels,<sup>84</sup> individuele makers rechtstreeks kunnen profiteren van de extra inkomsten die uit de betaling van heffingen voortvloeien. Anders dan een vergoedingstelsel gebaseerd op artikel 4 lid 3 DSMRL geeft een forfaitaire AI-heffing geen aanleiding tot bezorgdheid dat geïnde financiële middelen individuele makers vrijwel nooit zullen bereiken.<sup>85</sup>

Ten vierde vereist een forfaitaire benadering geen rechtenbeheer op het niveau van individuele werken. Zoals hierboven uiteengezet, zal het rechtenvoorbehoud van artikel 4 lid 3 DSMRL alleen leiden tot een vergoeding als een machinaal leesbaar voorbehoud wordt gecombineerd met het aanbod van een TDM-toestemming tegen vergoeding. Om dit doel te bereiken, is het echter noodzakelijk om een goed functionerende infrastructuur voor *rights clearance* op te zetten die kan communiceren met *content crawlers* die worden gebruikt voor AI-training. Een forfaitaire, outputgerichte AI-heffing brengt daarentegen geen vergelijkbare praktische problemen met zich mee. Omdat het een collectieve vergoedingsaanspraak is van de gehele gemeenschap van auteurs, is er ook geen onderzoek nodig naar individuele rechten, rechthebbenden en betalingsmodaliteiten.

## 5. Conclusie

Generatieve AI-systemen zullen menselijke creaties in toenemende mate vervangen en de markt voor menselijke literaire en artistieke werken verstoren. Omdat ze in staat zijn om literaire en artistieke output veel sneller en goedkoper te leveren, kunnen menselijke auteurs te maken krijgen met een krimpend marktaandeel en inkomstenverlies. Deze ontwikkeling heeft een bredere maatschappelijke dimensie. Argumenten voor passende maatregelen zijn onder andere het parasitaire gebruik van menselijke werken, de sociaal-politieke doelstelling om financiële steun te bieden aan menselijke auteurs die hun baan verliezen, de noodzaak om belangrijke maatschappelijke functies van menselijke kunstwerken te behouden, de wens om de menselijke esthetische praktijk te bevorderen en het eigen belang van de AI-industrie bij de voortdurende ontwikkeling van nieuwe menselijke werken. Om menselijke auteurs in staat te stellen hun maatschappelijk waardevolle werk voort te zetten en tijd en energie te steken in het maken van literaire en artistieke werken, is het raadzaam om vergoedingsregels in te voeren die menselijke creativiteit financieel ondersteunen.

Het voorbehoud van rechten dat voortvloeit uit artikel 4 lid 3 DSMRL kan als basis dienen voor een vergoedingssysteem dat zich richt op het gebruik van menselijke creaties voor AI-trainingsdoeleinden. Gezien de juridische en praktische problemen die deze aanpak met zich brengt, verdient het echter de voorkeur een alternatieve weg te bewandelen en een outputgericht heffingssysteem in te voeren dat een algemene betalingsverplichting oplegt aan alle aanbieders van generatieve AI-systemen in de EU. In tegenstelling tot vergoedingssystemen op basis van AI-trainingsactiviteiten verzwakt deze alternatieve aanpak de positie van de Europese AI-sector en de aantrekkelijkheid van de EU als regio voor AI-ontwikkeling niet. Nog belangrijker is dat een outputgericht AI-heffingssysteem kan worden gecombineerd met verplicht collectief rechtenbeheer. Geïnde heffingen kunnen worden verdeeld in overeenstemming met repartitiegeregels die voor dit doel zijn opgesteld. De heffingen kunnen ook worden gebruikt om sociale en culturele fondsen te financieren die de werk- en leefomstandigheden verbeteren van menselijke auteurs die getroffen worden door substitutie-effecten. Het is zonder meer mogelijk om ervoor te zorgen dat de nieuwe inkomstenstroom rechtstreeks terechtkomt bij individuele makers.

<sup>84</sup> Vgl. HvJ EU 11 juli 2013, C-521/11 (*Amazon/Austro-Mechana*), para. 49-52.

<sup>85</sup> Ten aanzien van repartitiegeregelingen van collectieve rechtenorganisaties heeft de individuele maker een relatief sterke positie. Voor nationale jurisprudentie waarin expliciet wordt bevestigd dat een vergoedingsrecht leidt tot een verbetering van de inkomenssituatie van de individuele maker, zie BGH, 11 juli 2002, I ZR 255/00, 'Elektronischer Pressespiegel', 14-15. Voor een bespreking van het recht van de individuele maker op inkomsten uit billijke vergoedingen, zie G. Westkamp,

'The 'Three-Step Test' and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law Between Approximation and National Decision Making', *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 56 (2008), 1 (55-59); J.P. Quintais, *Copyright in the Age of Online Access - Alternative Compensation Systems in EU Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2017, 335-336, 340-341, 347-349 en 356-357; European Copyright Society, *Opinion on Reprobelle*, beschikbaar op: <https://europeancopyrightsociety.org/opinions/> (bezocht op 11 juli 2023).