



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Prompts tussen vorm en inhoud: de eerste rechtspraak over generatieve AI en het werk

Hugenholtz, P.B.

**Publication date**

2024

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Auteursrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Hugenholtz, P. B. (2024). Prompts tussen vorm en inhoud: de eerste rechtspraak over generatieve AI en het werk. *Auteursrecht*, (3), 129-134.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Prompts tussen vorm en inhoud: de eerste rechtspraak over generatieve AI en het werk

Bernt Hugenholtz\*

Kan het gebruik van generatieve AI-systemen een auteursrechtelijk beschermd werk opleveren? Twee jaar na de introductie van Dall-E en ChatGPT begint zich enige jurisprudentie te vormen. Daarbij is de kernvraag of het aansturen van dergelijke systemen door middel van *prompts* (instructies) voldoende is om de output als ‘werk’ te kwalificeren. Dit artikel gaat, mede aan de hand van de vroegste rechtspraak in de Verenigde Staten, China en Europa, dieper in op deze lastige kwestie.

## 1. Inleiding

Auteursrechtelijke bescherming van door computers gegenereerde creaties was lange tijd een louter academische kwestie – een oplossing op zoek naar een probleem. Al in de jaren '60 werd uitvoerig van gedachten gewisseld over de vraag of met behulp van computers voortgebrachte kunst als ‘werk’ beschermd zou kunnen worden, en wie dan wel als maker zou zijn aan te wijzen<sup>1</sup> – zonder dat deze vraag ooit door een rechter moest worden beantwoord. Door de opmars van de artificiële intelligentie is de discussie over dit onderwerp in een stroomversnelling geraakt<sup>2</sup> en het aantal studies, artikelen en ander publicaties is inmiddels niet meer te tellen. Na de introductie in het najaar van 2022 van *generatieve* AI-systemen, zoals ChatGPT en Dall-E,<sup>3</sup> konden rechtszaken niet langer uitblijven.

Hoewel over dit onderwerp in Nederland nog geen rechterlijke uitspraken zijn gedaan, begint zich elders ter wereld inmiddels jurisprudentie te vormen. Zo heeft het US Copyright Office, dat verantwoordelijk is voor het (vrijwillig) registreren van auteursrechtelijk beschermde werken, inmiddels een handvol registratiebesluiten genomen en zelfs een richtlijn uitgevaardigd over AI-gegenereerde creaties. Een van deze besluiten heeft geleid tot een uitspraak van een federale rechter. In China, een andere koploper op AI-gebied, hebben diverse lagere rechters zich eveneens over de auteursrechtelijke bescherming van AI-creaties

gebogen. En de eer van de eerste Europese uitspraak komt toe aan de rechtbank van Praag.

Dit artikel evalueert deze vroege jurisprudentie en gaat dieper in op de hierdoor opgeroepen vragen. Daarbij is de kernvraag: kan het genereren van AI-output door middel van prompts – de gebruikelijke manier om generatieve AI-modellen aan te sturen – leiden tot auteursrechtelijk beschermde werken?

## 2. Eerste jurisprudentie

### Verenigde Staten

Dat veel van de vroegste jurisprudentie afkomstig is uit de Verenigde Staten – met Google, Microsoft, OpenAI en Meta de bakermat van de generatieve AI – was te verwachten. Een bijkomende factor is de rol van het U.S. Copyright Office (USCO). Hoewel het registreren van werken in de VS geen materieel vereiste meer is, is dit wel een voorwaarde voor het instellen van een inbreukactie bij de federale rechter, althans voor zover het werken van Amerikaanse oorsprong betreft.<sup>4</sup> Daarom heeft het USCO zich in een vroeg stadium moeten uitspreken over de bescherming van AI-creaties.

Al in 2019 weigerde het USCO het AI-kunstwerk *A Recent Entrance to Paradise* te registreren, met als argument dat een werk door een menselijk maker moet zijn gecreëerd. Dat was geen verrassing; deposant Stephen Thaler had in

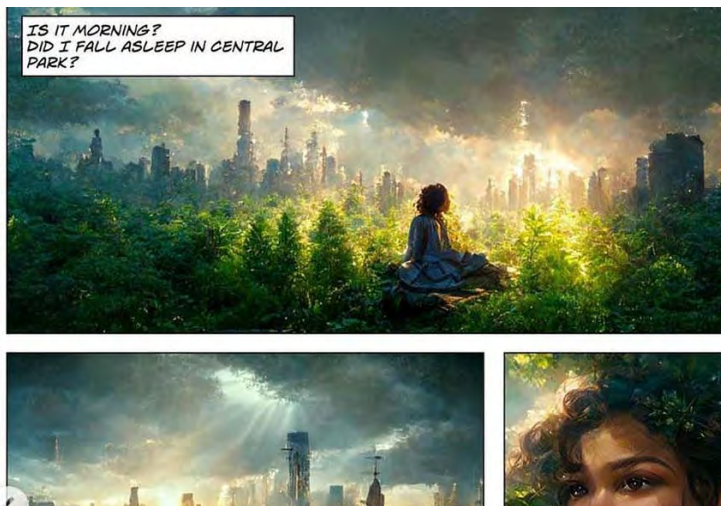
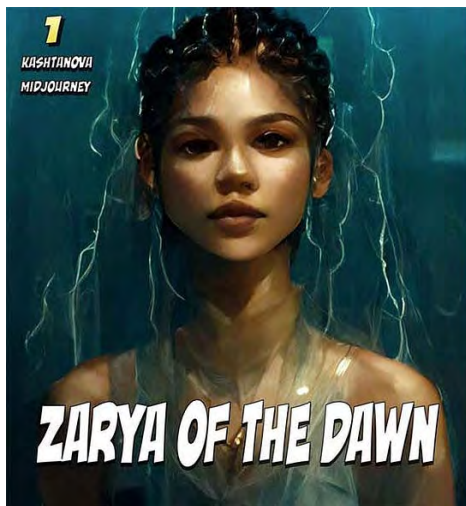
\* Prof. mr. P.B. Hugenholtz is hoogleraar emeritus aan de Universiteit van Amsterdam, Instituut voor Informatierecht, en redacteur van dit blad.

1 Zie bijv. K.F. Fromm, ‘Der Apparat als geistiger Schöpfer’, *GRUR* 1964, p. 304; M. Fabiani, ‘Sind Apparate geistige Schöpfer?’, *GRUR* *Ausl.* 1965, p. 422.

2 P.B. Hugenholtz & J.P. Quintais, ‘Auteursrecht en artificiële creatie’, *Auteursrecht* 2021-2, p. 47 e.v., en daar geciteerde literatuur.

3 Dall-E 2 en ChatGPT zijn op 22 september resp. 30 november 2022 door OpenAI uitgebracht; zie <https://en.wikipedia.org/wiki/DALL-E> en <https://en.wikipedia.org/wiki/ChatGPT>.

4 Zie <https://www.copyright.gov/about/>.



Kristina Kashtanova, Zarya of the Dawn

zijn registratieverzoek gesteld dat het beeld autonoom was gegenereerd door het AI-model dat hijzelf had ontworpen.<sup>5</sup> Het beroep dat Thaler vervolgens tegen het weigeringsbesluit van het USCO had ingediend, werd door de federale rechter verworpen. In een lezenswaardig vonnis, waarin ook de onvermijdelijke 'monkey selfie' figureert, overweegt de rechter dat werken het product moeten zijn van menselijk makerschap: *Copyright has never stretched so far, however, as to protect works generated by new forms of technology operating absent any guiding human hand, as plaintiff urges here. Human authorship is a bedrock requirement of copyright.*<sup>6</sup>

Interessanter en controversiëler is de beslissing van het USCO in de zaak *Zarya of the Dawn* uit 2023.<sup>7</sup> Kunstenaar Kristina Kashtanova had met behulp van het AI-programma Midjourney een beeldnovelle gecreëerd. De registratie werd gedeeltelijk geweigerd. Hoewel het USCO wel wilde aannemen dat de tekst en verhaallijn het werk waren van Kashtanova, gold dat niet voor de gegenereerde beelden. Volgens de Copyright Office konden de door Kashtanova aan Midjourney gegeven prompts niet leiden tot een auteursrechtelijk beschermd werk, omdat Kashtanova – kort samengevat – onvoldoende creatieve controle over het eindresultaat had gehad.

Naar aanleiding van deze uitspraken heeft het USCO richtlijnen uitgevaardigd over de registratie van door AI gegenereerde werken; voortaan moeten depositanten van AI creaties bij hun registratieverzoek nauwkeurig aangeven welke

delen van de creatie door AI zijn gegenereerd en deze voor zover zij meer dan minimaal zijn uitdrukkelijk disclaimen.<sup>8</sup>

Ook in een derde zaak werd registratie door het Copyright Office geweigerd. Computerkunstenaar Jason Allen had met zijn indrukwekkende, met behulp van Midjourney tot stand gebrachte *Théâtre D'opéra Spatial*<sup>9</sup> weliswaar een kunstprijz gewonnen, maar dat bleek niet voldoende voor registratie als werk. In strijd met de nieuwe richtlijn van het USCO had Allen geweigerd de door Midjourney gegenereerde output te disclaimen. Allens nauwkeurige beschrijving van het schepingsproces, bestaande uit 624 prompts en uitvoerig fotoshoppelen, mocht het USCO niet vermurwen. Ook al wilde het Copyright Office wel toegeven dat het prompten een creatieve activiteit kan zijn, dat was volgens het USCO nog niet voldoende om het resultaat tot werk te maken.



Jason Allen, *Théâtre D'opéra Spatial*

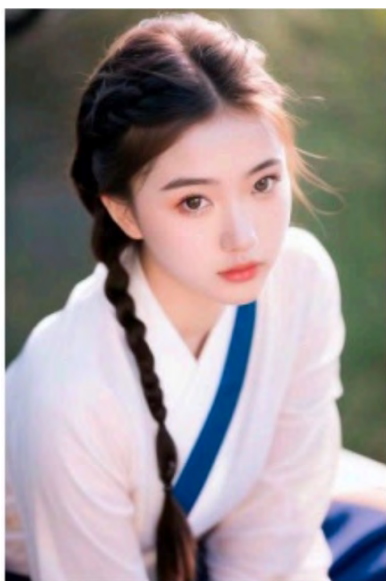
5 U.S. Copyright Office, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register A Recent Entrance to Paradise, besluit van 14 februari 2022, te vinden op <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>.  
6 US District Court, D.C., 18 augustus 2023 (Thaler/Perlmutter), te vinden op [https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2022cv1564-24](https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2022cv1564-24).  
7 U.S. Copyright Office, Re: Zarya of the Dawn (Registration # VAu001480196), besluit van 21 februari 2023, te vinden op <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.

8 US Copyright Office, Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence, 16 March 2023, 88 FR 16190, te vinden op <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>.  
9 Zie [https://en.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A9%C3%A2tre\\_D'op%C3%A9ra\\_Spatial](https://en.wikipedia.org/wiki/Th%C3%A9%C3%A2tre_D'op%C3%A9ra_Spatial).

## China

In China is inmiddels een handvol rechterlijke uitspraken gepubliceerd, waaruit valt af te leiden dat Chinese rechters meer open staan voor auteursrechtelijke bescherming van AI-creaties.<sup>10</sup> Van deze uitspraken is de meest in het oog springende een vonnis van de Internetrechtbank van Beijing.<sup>11</sup> Een zekere Li had met behulp van Stable Diffusion, een open source beeldgenerator, een afbeelding van een aantrekkelijke jonge vrouw gegenereerd en met het onderschrift 'lentebries brengt tederheid' gepost op Little Red Book, een populair sociaal medium. Gedaagde Liu had het fictieve meisje vervolgens zonder zijn toestemming op het platform Baijiahao geplaatst, ter illustratie van een warmbloedig gedicht over de lenteliefde.

In het Beijingse vonnis gaat de rechter uitvoerig in op de vraag of de afbeelding auteursrechtelijk beschermd is. Op basis van de door eiser nauwkeurig gedocumenteerde totstandkomingsgeschiedenis, waaruit blijkt dat het beeld het resultaat is van een door een groot aantal prompts bewerkte stockfoto, komt de rechter tot het oordeel dat er inderdaad een auteursrechtelijke beschermd tot stand gekomen is. Daarbij beschrijft de rechter generatieve AI als een instrument in de handen van de scheppende mens, vergelijkbaar met een fototoestel.



## Europa

De eerste uitspraak over artificiële creatie in de EU komt uit het land waar ooit de robot werd bedacht, Tsjechië.<sup>12</sup> De uitspraak werd gewezen in een door een Praags advocaten-

kantoor opgezette proefprocedure. Eiser had met behulp van Dall-E een afbeelding geproduceerd van twee handen die een contract ondertekenen. Gedaagde had de afbeelding zonder toestemming gebruikt. De Praagse rechter wees de vordering af, niet omdat hij wel wat beters te doen had dan advocaten aan gratis publiciteit helpen, maar omdat een AI-model geen maker kan zijn en er onvoldoende bewijs was van menselijk makerschap. Eiser had daaromtrent slechts aangevoerd dat hij de beeldgenerator de volgende prompt had gegeven: 'Maak een visuele weergave van twee partijen die een zakelijk contract ondertekenen in een formele omgeving, zoals een vergaderzaal of een kantoor van een advocatenkantoor in Praag.' Volgens de Praagse rechter was hier hooguit sprake van een idee dat niet door het auteursrecht kon worden beschermd.

## 3. Evaluatie

Al deze zaken roepen dezelfde vraag op: kan het genereren van output door middel van prompts leiden tot auteursrechtelijk beschermde werken? Niet volgens het Copyright Office; de 'creatieve afstand' tussen de prompts en het gegenereerde beeld is te groot. Ook niet volgens de Praagse rechtbank; een enkele prompt is een onbeschermd idee. Wel daarentegen volgens de rechtbank in Beijing; AI is evenals een fototoestel een instrument in de hand van de scheppende mens. In het vervolg van dit artikel leg ik deze argumenten kritisch onder de loep.

### Gebrek aan creatieve controle

Het belangrijkste juridische bezwaar van het USCO is dat de persoon die een AI-systeem aanstuurt door middel van prompts onvoldoende controle heeft over de uiterlijke ('expressieve') kenmerken van de output om deze te kwalificeren als auteursrechtelijk beschermd werk. Dit gebrek aan creatieve controle vloeit voort uit de onvoorspelbaarheid c.q. autonomie van het AI-systeem. Zo overwoog het U.S. Copyright Office in de zaak *Zarya of the Dawn*:<sup>13</sup>

*'A person who provides text prompts to Midjourney does not "actually form" the generated images and is not the "master mind" behind them. [...] The information in the prompt may "influence" [the] generated image, but prompt text does not dictate a specific result. [...] Because of the significant distance between what a user may direct Midjourney to create and the visual material Midjourney actually produces, Midjourney users lack sufficient control over generated images to be treated as the "master mind" behind them.'*

10 Zie Danny Friedmann, 'Creation and Generation Copyright Standards', *NYU Journal of Intellectual Property & Entertainment Law* [nog te verschijnen], te vinden op SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4770924>.

11 Internetrechtbank Beijing 27 november 2023 (*Li v Liu*), officiële Engelse vertaling te vinden op <https://english.bjinternetcourt.gov.cn/pdf/BeijingInternetCourtCivilJudgment112792023.pdf>; zie ook <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2024/02/02/>

[beijing-internet-court-grants-copyright-to-ai-generated-image-for-the-first-time/](https://www.beijing-internet-court-grants-copyright-to-ai-generated-image-for-the-first-time/).

12 Rb. Praag 11 oktober 2023 (*Taubel Legal*), Engelse vertaling beschikbaar op <https://mediareport.nl/wp-content/uploads/2024/04/prag-en.pdf>.

13 Letter from the Associate Register of Copyrights of the U.S. Copyright Office, February 21, 2023, case of *Zarya of the Dawn* (Registration # VAu001480196), te vinden op <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.

De richtlijnen van het USCO met betrekking tot de registratie van AI-gegenereerde werken verduidelijken dit bezwaar:<sup>14</sup>

*'Based on the Office's understanding of the generative AI technologies currently available, users do not exercise ultimate creative control over how such systems interpret prompts and generate material. Instead, these prompts function more like instructions to a commissioned artist – they identify what the prompter wishes to have depicted, but the machine determines how those instructions are implemented in its output. For example, if a user instructs a text-generating technology to "write a poem about copyright law in the style of William Shakespeare," she can expect the system to generate text that is recognizable as a poem, mentions copyright, and resembles Shakespeare's style. But the technology will decide the rhyming pattern, the words in each line, and the structure of the text. When an AI technology determines the expressive elements of its output, the generated material is not the product of human authorship. As a result, that material is not protected by copyright and must be disclaimed in a registration application.'*

Het argument van het Copyright Office komt erop neer dat de 'creatieve afstand' tussen de menselijke prompt(s) en de AI-gegenereerde output te groot is. De prompter kan misschien gekwalificeerd worden als auteur van de prompt, mits deze voldoende origineel is, maar niet als maker van het uiteindelijke voortbrengsel, omdat de auteur niet rechtstreeks de hand heeft gehad in de uiterlijke vorm (expressie) van de uiteindelijke output.

Wat het USCO hier echter over het hoofd ziet, is dat de rol van de menselijke gebruiker van het GAI-systeem in het creatieve proces dikwijls aanzienlijk groter is dan wordt aangenomen in de Zarya-beslissing en de daarop gebaseerde richtlijnen van het USCO. Zoals wij in een eerder artikel in dit tijdschrift hebben uiteengezet,<sup>15</sup> spelen gebruikers van AI-systemen een creatieve rol in zowel de eerste ('conceptie') als de laatste fase ('redactie') van het creatieve proces. In beide stadia zijn creatieve keuzes mogelijk. In de conceptiefase beslissen gebruikers van AI-systemen over het genre, de stijl, de techniek, de materialen, het medium en het formaat van de gewenste output. Deze fase omvat ook conceptuele keuzes met betrekking tot de inhoud van het werk: onderwerp, plot, melodisch idee, functionele specificaties, enz. Bij generatieve AI-systemen worden deze keuzes aan het systeem gecommuniceerd door middel van prompts. Terwijl in de tweede fase ('realisatie'), waarin het AI-systeem output genereert in antwoord op de prompts, de creatieve rol van de gebruiker beperkt blijft, zal de menselijke gebruiker in veel gevallen nog een belangrijke rol spelen in de eindfase van 'redactie'.

In de praktijk is dikwijls sprake van een iteratief proces. De uitvoerende fase levert onvoorspelbare resultaten op die inspireren tot conceptuele aanpassingen, dat wil zeggen, nieuwe of meer verfijnde prompts. Ook het redigeren kan leiden tot nieuwe keuzes op het conceptuele niveau. In deze interactie zal de gebruiker van het systeem uiteindelijk tot een resultaat komen waar hij of zij zich in kan vinden. In dit iteratieve proces verdwijnt geleidelijk de 'creatieve afstand' tussen de prompts en de uiteindelijke vorm: door opeenvolgende prompts, door selectie, door bewerking, doordat de menselijke maker uiteindelijk zijn naam (en persoonlijkheid) verbindt aan de uiteindelijke versie. In tegenstelling tot wat de USCO-richtlijnen suggereren, zullen in gevallen als Zarya en het Théâtre Spatial, de vingerafdrukken van de menselijke maker overal te vinden zijn op het uiteindelijke voortbrengsel – meer dan voldoende, meen ik, om het te kwalificeren als werk.

De richtlijnen van het USCO doen met dat al onvoldoende recht aan de manier waarop serieuze makers GAI-systemen gebruiken om werken te creëren.

### 3.2 Prompts op de grens van idee en expressie

Met het voorgaande houdt verband het argument dat bescherming van de output van generatieve AI neer zou komen op de bescherming van ideeën, omdat de output van GAI-systemen dikwijls het resultaat is van een of enkele eenvoudige 'prompts'. Deze tegenwerping, die de kern vormt van het Praagse vonnis, weerspiegelt het klassieke onderscheid tussen auteursrechtelijke beschermd vorm en onbeschermd idee.

In een nog niet gepubliceerd artikel bespreekt Mark Lemley kritisch de gevolgen van een 'prompt-based copyright system'.<sup>16</sup> Bij GAI-ondersteunde creatie wordt de expressieve laag, die van oudsher de belangrijkste creatieve bijdrage van de menselijke auteur vormde, machinaal gerealiseerd, terwijl de rol van de menselijke schepper wordt gereduceerd tot *prompting*, dat wil zeggen 'het stellen van de juiste vragen, niet [...] het creëren van de antwoorden'.<sup>17</sup> Dit zet volgens Lemley 'het auteursrecht op zijn kop'.<sup>18</sup> Generatieve AI verstoort het auteursrecht door de auteursrechtelijke analyse te verschuiven van de expressie (vorm) naar 'ideeën en concepten op hoog niveau'.<sup>19</sup>

Inderdaad roept generatieve AI boeiende vragen op over de grens tussen idee en expressie (in Nederlands jargon: tussen inhoud en vorm); de hierboven besproken jurisprudentie illustreert dat. Maar het is belangrijk om de output van generatieve AI-systemen niet te vereenzelvigen met de expressie (vorm) waarop auteursrecht rust. Toegegeven,

14 US Copyright Office, Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence, 16 March 2023, 88 FR 16190.

15 P.B. Hugenoltz en J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021, p. 47 e.v.

16 Mark Lemley, How Generative AI Turns Copyright Upside Down (July 21, 2023), available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4517702>.

17 Lemley, *Id.*

18 *Id.*

19 *Id.*

het systeem genereert belangrijke formele bouwstenen die in een traditioneel auteursrechtelijk werk zouden gelden als beschermde vormelementen. Maar behalve deze uiterlijke ('syntactische') laag omvat de auteursrechtelijke vorm ook diepere auteursrechtelijke lagen, zoals de verhaallijn (bijvoorbeeld in romans en scenario's), selectie en ordening (bijvoorbeeld in verzamelingen en compilaties) of in het geval van ouderwetse software engineering, stroomdiagrammen.

De Duitse doctrine onderscheidt van oudsher tussen *uiterlijke* en *innerlijke* vorm, een onderscheid ontwikkeld door de aartsvader van het Duitse IE-recht, Josef Kohler.<sup>20</sup> De innerlijke vorm betreft de onderliggende structuur van het werk; daaronder vallen ook de onderliggende ideeën, mits deze in voldoende mate zijn uitgewerkt. Volgens Kohler is deze 'innere Form' de essentie van het werk.<sup>21</sup> Het auteursrecht strekt zich uit tot beide lagen, terwijl de inhoud (de informatie) onbeschermd blijft.

Hoewel Kohlers driedeling subtieler is dan de binaire idee-expressie dichotomie die in de VS wordt gehanteerd, blijft ook de Duitse benadering schematisch. In de praktijk zijn de auteursrechtelijk beschermde elementen van een werk dikwijls gesitueerd op een continuüm tussen abstract idee en uiteindelijke vorm.

In Europa heeft de opkomst van creaties die weinig expressie bevatten maar rijk zijn aan ideeën, zoals conceptuele kunst, *objets trouvés* ('ready-mades') en vroege computerkunst, geleid tot een uitgebreide literatuur over het wezen van het auteursrechtelijk beschermde werk die teruggaat tot de jaren '60.<sup>22</sup> Deze literatuur heeft nieuwe relevantie gekregen door de vragen die GAI stelt aan het auteursrecht.<sup>23</sup>

Veel van de beelden die momenteel met behulp van GAI worden gemaakt, zijn eveneens conceptueel. Net als bij de ready-mades, is de scheppende hand van de menselijke maker bij de uiteindelijke materialisatie van het werk beperkt en dus niet onmiddellijk kenbaar in het voortbrengsel. Daarmee rijst de vraag of dergelijke creaties voldoen aan de in het Nederlandse en Europese auteursrecht gestelde eisen ten aanzien van de kenbaarheid van het werk.<sup>24</sup> In het Endstra-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de eis van persoonlijk stempel (die inhoudt 'dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes') 'een kenmerk [is] dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen'.<sup>25</sup> En in

het Levola-arrest heeft het HvJEU de eis geformuleerd dat het object van bescherming is uitgedrukt in een vorm 'waardoor dit voorwerp voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd, ook al hoeft deze uitdrukingsvorm niet per se permanent te zijn'.<sup>26</sup> Beide criteria gaan er van uit dat in het uiteindelijke voortbrengsel de auteursrechtelijk beschermde kenmerken kenbaar aanwezig zijn.

In eerdere publicaties heb ik bij de Endstra-toets al grote vraagtekens gezet. Creatieve keuzes staan in direct verband met het idee dat de maker met het werk heeft willen uitdrukken en zijn enkel uit het voortbrengsel zelf onmogelijk af te lezen.<sup>27</sup> Ten aanzien van ontwerpen van toegepaste kunst heeft het Endstra-ordeel er in de praktijk toe bijgedragen dat rechters hun originaliteitsoordeel in toenemende mate baseren op een vergelijking met reeds eerder bestaande ontwerpen, het zogeheten 'vormgevings-erfgoed'. Daarmee verschuift de originaliteitstoets in de richting van een nieuwheidseis – en zijn we naar mijn mening op de verkeerde weg.

Ook bij de identificatie-eis uit het Levola-arrest zijn vraagtekens te plaatsen. De originaliteitstoets in het auteursrecht is inherent vaag. Zolang het auteursrecht geen registratiestelsel kent blijven de contouren van het voorwerp van bescherming onvermijdelijk met rechtsonzekerheid omgeven.<sup>28</sup> Het ging in de Levola-zaak ook niet om de vraag of 'conceptuele' creaties als werken kunnen worden beschermd, maar om een geheel andere kwestie: hoe om te gaan met scheppingen die zich niet goed laten uitdrukken met de in het auteursrecht gebruikelijke communicatiemiddelen: woord, beeld en geluid. Zolang de smaak van een voedingsmiddel zich niet goed laat uitdrukken, kan een originele smaak niet kwalificeren als werk. Veel meer mag er in het Levola-criterium m.i. niet worden gelezen.

Dat neemt niet weg dat het criterium inmiddels in de jurisprudentie een eigen leven is gaan leiden als vereiste voor auteursrechtelijke bescherming. Daarom valt zeker niet uit te sluiten dat een rechter met toepassing van het Levola-vereiste auteursrechtelijke bescherming ontzegt aan een met behulp van AI tot stand gekomen creatie, waarbij de hoofdzakelijk conceptuele keuzes van de creator niet onmiddellijk kenbaar zijn in het voortbrengsel.

In wezen gaat het in deze discussie om de vraag welke betekenis toekomt aan het proces van totstandkoming van wer-

20 Josef Kohler, *Das Autorrecht* (1880).

21 Kohler, *id.*, p. 168.

22 Zie met name Max Kummer, *Das Urheberrechtlich Schützbares Werk* (1968).

23 Zie M. de Zwaan, 'AI, kunst en auteursrecht: een voor de hand liggende combinatie', AA20230568.

24 M. de Zwaan, 'AI, kunst en auteursrecht: een voor de hand liggende combinatie', AA20230568.

25 HR 30 mei 2008, NJ 2008/556, m.nt. E.J. Dommering (Endstra), r.o. 4.5.1.

26 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17 (Levola), r.o. 40.

27 P.B. Hugenholtz, noot onder HR 30 mei 2008 (Endstra), AA20080819. Zie in het bijzonder P.B. Hugenholtz, 'De kunstmatige maker: over de gevolgen van het Endstra-arrest voor de bescherming van artificiële creaties', in: Vriendenbundel Ernst Numann, IER 2020/5, p. 276-280. In gelijke zin D.J.G. Visser, 'Creativiteit moet voortaan worden bewezen. Opinie', Tijdschrift voor Internetrecht 2024/3, p. 108-110.

28 S. van Gompel, 'Smaak, auteursrecht en objectafbakening: over perceptie en bepaalbaarheid', AMI 2019-1, p. 9-16.

ken. Is reeds voldaan aan de eis van originaliteit als aanneemelijk is dat het voortbrengsel het product is van creatieve keuzes, dat wil zeggen: van een creatief proces? Of is eerst sprake van bescherming als de hand van de schepper (her)kenbaar in het voortbrengsel aanwezig is? Uitgaande van de traditionele ratio van het auteursrecht – de bescherming van de scheppende mens – ligt het voor de hand aan te knopen bij het creatieve proces. Uitgaande van de behoefte aan rechtszekerheid, valt meer te zeggen voor de tweede opvatting.

Deze vragen zijn overigens niet nieuw en spelen vooral op het terrein van de industriële vormgeving al veel langer. Het is niet toevallig dat het HvJEU binnenkort een groot aantal prejudiciële vragen moet beantwoorden over de rol van het creatieve proces en het bewijs van originaliteit bij het oordeel over auteursrechtelijke bescherming van toegepaste kunst.<sup>29</sup> De antwoorden van het Europese Hof zullen medebepalend zijn voor de bescherming van AI-creaties in de EU.<sup>30</sup>

29 C-580/23 (*Mio*), C-649/23 (*Institutul G. Călinescu*) en C-795/23 (*Konektra*).

30 Zie met name C-580/23 (*Mio*), eerste vraag: 'Hoe moet in het kader van de beoordeling of een voorwerp van toegepaste kunst de ruime auteursrechtelijke bescherming als werk geniet in de zin van de artikelen 2 tot en met 4 van richtlijn 2001/29/EG, het onderzoek worden verricht of het voorwerp de persoonlijkheid van de auteur weerspiegelt door uitdrukking te geven aan zijn vrije en creatieve keuzes, en welke factoren moeten

daarbij in aanmerking worden genomen? Moet met name het onderzoek van de originaliteit zich toespitsen op factoren die verband houden met het creatieve proces en op de uitleg door de auteur van de daadwerkelijke keuzes die hij bij het creëren van het voorwerp heeft gemaakt, dan wel op factoren die verband houden met het voorwerp zelf en het eindresultaat van het creatieve proces en op de vraag of het voorwerp zelf een artistiek effect weergeeft?'