

De kunstmatige maker: over de gevolgen van het *Endstra*-arrest voor de bescherming van artificiële creaties

IER 2020/35

1. Inleiding

Ernst Numanns auteursrechtelijke oeuvre heeft zonder twijfel een eigen oorspronkelijk karakter. Vrijwel geen enkel arrest inzake het auteursrecht dat gedurende zijn twintigjarig raadsheerschap bij de Hoge Raad gewezen is, is banaal of triviaal te noemen. In tegendeel, veel van deze rechtspraak is eigenzinnig, om niet te zeggen controversieel. Een duidelijke lijn is dat de lat voor auteursrechtelijke bescherming laag ligt, en dat daartoe enige mate van “EOK&PS” volstaat. In de periode 2000-2020 heeft de Hoge Raad (onder meer) ruim baan gegeven aan de bescherming van eenvoudige kinderspelletjes (2001), een kinetisch schema voor de productie van ethyleen en propyleen (2006), de geur van een parfum (2006), het ontwerp van eenvoudige recreatiewoningen (2006), het design van een kinderstoel (2013) en het kleurenschema van de Rubik-kubus.² Hoewel enkele van deze uitspraken inmiddels door de jurisprudentie van het HvJ EU, die over werkkwesties tegenwoordig het laatste woord heeft, op losse schroeven zijn gezet,³ heeft de Hoge Raad onder Ernst Numann een onuitwisbaar persoonlijk stempel op de Nederlandse jurisprudentie weten te zetten.

Maar geen enkele auteursrechtelijke kwestie uit deze periode heeft zoveel rechtsgeleerde pennen in beweging gebracht als de zaak *Endstra*. In de aanloop naar het arrest produceerden vier hoogleraren in totaal zes rechtsgeleerde partij-opinies, waarvan een van schrijver dezes.⁴ De kernvraag was of de door politie-informant Willem Endstra met de CRI gevoerde ‘achterbankgesprekken’ als ‘werk van letterkunde, wetenschap of kunst’ auteursrechtelijk beschermd konden zijn. Volgens de Amsterdamse rechtbank en het hof was dit niet het geval, omdat – kort gezegd – Endstra de gesprekken niet ‘bewust’ als werk had geconcipieerd en vormgegeven. Hieraan deed volgens het hof niet af dat de gesprekken

een zeker eigen karakter en persoonlijk stempel niet kon worden ontzegd.

Het arrest van het Amsterdamse hof werd door de Hoge Raad vernietigd. Daarbij overwoog de HR:

“4.5.1 Het hof heeft aldus terecht de beide elementen van de aan te leggen maatstaf onderscheiden: dat het voortbrengsel een eigen, oorspronkelijk karakter moet bezitten, houdt, kort gezegd, in dat de vorm niet ontleend mag zijn aan die van een ander werk (vgl. art. 13 Aw). De eis dat het voortbrengsel het persoonlijk stempel van de maker moet dragen betekent dat sprake moet zijn van een vorm die het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes, en die aldus voortbrengsel is van de menselijke geest. Daarbuiten valt in elk geval al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen.

4.5.2 Het gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen. Daarom mag niet de eis worden gesteld dat de maker bewust een werk heeft willen scheppen en bewust creatieve keuzes heeft gemaakt, welke eis betrokkenen bovendien voor onoverkomelijke bewijsproblemen kan stellen. Om dezelfde reden kan niet worden geëist dat de maker bewust voor de vorm heeft gekozen die het werk heeft gekregen. Het in 4.5.1 overwogene brengt voorts mee dat een schepping, om een werk in auteursrechtelijke zin te kunnen zijn, niet het karakter van een coherente creatie behoeft te hebben.”⁵

Op dit door mr. Numann op 30 mei 2008 in het openbaar uitgesproken oordeel is veel rechtsgeleerde kritiek geuit, onder meer door schrijver dezes.⁶ Daarbij is vooral gewezen op de gevaren voor de informatie vrijheid die zouden voortvloeien uit auteursrechtelijke bescherming van menselijke conversatie.⁷ Waar de commentatoren destijds nog geen oog voor hadden, waren de mogelijke gevolgen van het arrest op een geheel ander terrein, dat van de artificiële intelligentie. Daarover gaat dit artikel.

1 P.B. (Bernt) Hugenholtz is hoogleraar Recht van intellectuele eigendom, Universiteit van Amsterdam.

2 HR 29 juni 2001, NJ 2001/602 (*vijf spellen*); HR 24 februari 2006, NJ 2007/37 (*Technip/Goossens*); HR 16 juni 2006, NJ 2006/585 (*Lancôme/Kecofa*); HR 8 september 2006, NJ 2006/493 (*Slotermeervilla's*); HR 12 april 2013, NJ 2013/502 (*Stokke/Fikszo*); en HR 19 september 2014, NJ 2015/179 (*Rubiks Kubus*).

3 HR 24 februari 2006, NJ 2007/37 (*Technip/Goossens*) lijkt moeilijk te rijmen met HvJ EU 1 maart 2012, C-604/10, NJ 2012/433 (*Football Dataco*); HR 16 juni 2006, NJ 2006/585 (*Lancôme/Kecofa*) lijkt in strijd met HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, NJ 2019/320 (*Levola Hengelo*).

4 De opinies zijn gepubliceerd in AMI 2007-4, p. 122-128.

5 HR 30 mei 2008, NJ 2008/556 (*Endstra*).

6 Zie de annotaties van E.J. Dommering, NJ 2008/556; P.B. Hugenholtz, AA 20080819 en M. Senftleben, AMI 2008/5, p. 136.

7 P.B. Hugenholtz, ‘Auteursrecht op alles’, NJB 2008, 333.

2. De artificiële creatie en de IE

Over de kunstzinnige talenten van de artificiële intelligentie (hierna: AI) is de afgelopen jaren al veel gezegd en geschreven, ook in de IE-vakpers.⁸ Onder AI wordt in dit verband verstaan een veelheid van geavanceerde computersystemen die zijn ontwikkeld om intelligent menselijk gedrag na te bootsen.⁹ Kenmerkend voor AI is dat het systeem in staat is om complexe taken met een zekere mate van autonomie uit te voeren.¹⁰ Dat geldt in het bijzonder voor AI op basis van ‘machine learning’ (hierna: ML): het computersysteem leert, al dan niet onder toezicht van een mens, een bepaalde taak steeds beter te verrichten.¹¹ Met name op het terrein van de kunst en letterkunde, traditioneel het domein van het auteursrecht, hebben AI-systemen de afgelopen jaren tot de verbeelding sprekende resultaten geboekt. Een bekend voorbeeld is de “Next Rembrandt” – een mannenportret geschilderd in de stijl van Rembrandt dat door een team van Nederlandse datawetenschappers met behulp van AI-systemen is voortgebracht.¹² In de muziekwereld is de artificiële creatie eveneens ver doorgedrongen. Aan het onlangs door de VPRO georganiseerde songfestival voor AI-composities namen dertien teams deel; de winnende song (“Beautiful The World”) was afkomstig uit Australië.¹³ Zeer populair onder juristen is inmiddels de vertaalcomputer DeepL (“deep learning”),¹⁴ die de juridische vertaler van vlees en bloed vrijwel overbodig heeft gemaakt.¹⁵ En in de nieuwsmedia is de “robotjournalist” onlangs aan een zegetocht begonnen.¹⁶

Overigens voelt het kunstmatige brein zich niet op alle creatieve markten even goed thuis. Zo zijn de AI-geleerden er nog niet uit of AI gevoel voor humor kan ontwikkelen.¹⁷ Daarentegen heeft de AI als uitvinder zijn

(haar?) sporen inmiddels ruimschoots verdiend. Vooral in het farmaceutische onderzoek wordt veel van zelflerende algoritmes gebruik gemaakt bij de speurtocht naar nieuwe medicijnen of tweede medische indicaties.¹⁸ In een tweetal recente Europese octrooiaanvragen werd een AI-systeem zelfs als uitvinder aangewezen, maar dat ging het EOB te ver. Volgens het EOB dient bij octrooiaanvragen altijd een uitvinder van vlees en bloed te worden genoemd.¹⁹

Uiteraard is ook in de auteursrechtelijke literatuur de gedachte opgekomen om de artificiële maker de bescherming van de wet te gunnen. Als AI-systemen zelfstandig kunnen scheppen, dan verdienen zij als ‘makers’ te worden aangemerkt, zo is de gedachte.²⁰ Daarbij wordt steun gevonden in een resolutie van het Europese Parlement, waarin wordt aangedrongen op een unierechtelijk civiel statuut voor “robots”. Volgens een van de aanbevelingen zouden robots *elektronische persoonlijkheid* moeten krijgen “in cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently”.²¹

Aan de aanbevelingen van het EP is vooralsnog geen gevolg gegeven. Gelukkig maar. Hoewel de denkkraacht van zelflerende AI-systemen exponentieel toeneemt, is de volkomen autonoom handelende – en scheppende – robot nog zeer ver weg. Daardoor blijven discussies over het toekennen van (rechts)persoonlijkheid aan machines vooralsnog voorbehouden aan het domein van de *science fiction*.²² Om dezelfde reden hoeven we ons over de vraag of een AI-systeem ‘maker’ kan zijn in de zin van de Auteurswet voorlopig niet druk te maken.

Dat neemt niet weg dat de vraag of er op voortbrengselen die met behulp van AI tot stand zijn gekomen auteursrecht rust, uiterst actueel is. In het vervolg van dit artikel wordt deze vraag eerst beantwoord aan de hand van het unierecht, dat voor kwesties betreffende het auteursrechtelijke werkbegrip bepalend is. Vervolgens wordt deze uitkomst vergeleken met de criteria van het *Endstra*-arrest. Daarbij zal blijken dat *Endstra* de deur naar auteursrechtelijke bescherming van robotcreaties wijd open heeft gezet.

3. Auteursrecht op artificiële creaties

Om voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking te komen dient een voortbrengsel aan vier onderling samenhangende criteria te voldoen. In de eerste plaats

8 In Nederland: M. de Cock Buning, ‘Autonome creatie: waar is de schepende mens?’, *IER* 2012/6, p. 63; B. Brouwer, ‘De robot als componist’, *IEF* 17078; R. Chavannes, ‘De bescherming van deep learningsystemen door het intellectuele eigendomsrecht’, *AMI* 2018/5, p. 179; A. Ramalho, ‘Originality Redux: An Analysis of the Originality Requirement in AI-Generated Works’, *AIDA*, 2019, 2-18; en L. Buijtelaar & M. Senftleben, ‘Auteursrecht op robotcreaties? Een analyse op basis van de incentive-theorie’, *AMI* 2020/3-4, p. 77.

9 J. Drexel e.a., ‘Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective’, SSRN, 8 oktober 2019, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3465577>.

10 Europese Commissie, ‘Artificial Intelligence for Europe’, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (2018) 237 Final, Brussel, 25 april 2018, p. 1.

11 Zie Drexel, noot 9. Zie met name p. 4-10 voor een gedetailleerde beschrijving van de werking van een ML-systeem.

12 Zie <https://www.nextrembrandt.com/>.

13 <https://www.vprobroadcast.com/titles/ai-songcontest/articles/australia-wins-ai-song-contest.html>.

14 Zie www.deepl.com.

15 B. Marr, ‘The Amazing Ways Artificial Intelligence Is Transforming The Music Industry’, *Forbes*, 5 juli 2019.

16 A. Verdonk, ‘Nu ook in Nederland: de robotjournalist’, *NRC* 19 november 2019.

17 S. Borenstein, ‘Can robots be funny? AI and humour is a growing research field’, <https://globalnews.ca/news/5116642/ai-humour-research-field/>.

18 N. Fleming, ‘How artificial intelligence is changing drug discovery’, *Nature* 2018, 557(7707), S55.

19 EOB, ‘EPO publishes grounds for its decision to refuse two patent applications naming a machine as inventor’, <https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200128.html>.

20 Vgl. A. Guadamuz, ‘Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works’, *Intellectual Property Quarterly* 2017, p. 169.

21 European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)).

22 Zie A. Engelfriet, ‘A new beginning’, *Internet Policy Review*, 9(1), DOI: 10.14763/2020.1.1456.

moet sprake zijn van een voortbrengsel op het terrein van de letterkunde, wetenschap of kunst. Deze eis vloeit voort uit de omschrijving van het werkbegrip in art. 2 lid 1 van de Berner Conventie, dat ten grondslag heeft gelegen aan de Auteurswet en onderdeel uitmaakt van het unierecht.²³ Of dit criterium in het unierecht een zelfstandige rol speelt, is echter niet zeker. In het *Premier League*-arrest heeft het HvJ EU auteursrechtelijke bescherming ontzegd aan voetbalwedstrijden met het argument dat “een sportwedstrijd niet [kan] worden beschouwd als een intellectuele schepping die kan worden aangemerkt als een werk in de zin van de richtlijn”. Daarmee leek het Hof naar een domein-toets te verwijzen.²⁴ In de zaak *Levola Hengelo* kreeg het Hof een uitgelezen mogelijkheid hierover meer duidelijkheid te scheppen, door de smaak van een voedingsproduct categoriaal van auteursrechtelijke bescherming uit te sluiten. Maar in plaats daarvan formuleerde het Hof het vereiste dat een voorwerp “voldoende nauwkeurig en objectief kan worden geïdentificeerd”.²⁵ Overigens met hetzelfde resultaat: smaken komen niet voor auteursrechtelijke bescherming in aanmerking. Het tweede criterium is dat het voortbrengsel het product is van menselijke intellectuele inspanning. Deze eis hangt direct samen met de essentie van het auteursrecht: het werk is de uiting van de creatieve persoonlijkheid van de maker. Hoewel het unierecht nergens met zoveel woorden de eis stelt van een menselijke schepper, blijkt de “anthropocentrische” gerichtheid van het auteursrecht uit talloze aspecten van het materiële auteursrecht, zoals het originaliteitsvereiste en de persoonlijkheidsrechten. In haar conclusie in de *Painer*-zaak merkte AG Trstenjak daarom terecht op dat “only human creations are therefore protected, which can also include those for which the person employs a technical aid, such as a camera”.²⁶ Dat het auteursrecht is voorbehouden aan menselijke scheppingen sluit bescherming van creaties die met behulp van machines tot stand zijn gekomen derhalve niet uit. Het derde en belangrijkste criterium is de eis van originaliteit c.q. creativiteit. Deze eis hangt direct samen met de unierechtelijke omschrijving van het werk als de “eigen intellectuele schepping van de maker”. In zijn uitgebreide jurisprudentie over het werkbegrip heeft het HvJ EU verduidelijkt dat hieruit een vereiste van originaliteit voortvloeit. Hieraan is voldaan als de maker de ruimte heeft gehad om in vrijheid persoonlijke creatieve keuzes te maken.²⁷

Hieruit volgt tevens dat het verrichten van economische of intellectuele inspanningen niet volstaat.²⁸ Het vereiste van originaliteit of creativiteit impliceert echter geen eis van artistieke verdienste of esthetische kwaliteit. Het auteursrecht beschermt zowel werken van hoge kunst als meer alledaagse intellectuele producties. Omgekeerd volgt uit de omstandigheid dat een voortbrengsel een esthetisch effect heeft niet dat dit “een intellectuele schepping is die de keuzevrijheid en de persoonlijkheid van de auteur ervan weerspiegelt”, zoals het HvJ EU in het *Cofemel*-arrest heeft verduidelijkt.²⁹ Met andere woorden, een voortbrengsel kan niet enkel op esthetische gronden worden gekwalificeerd als ‘werk’.

Het vierde en laatste criterium houdt in dat het werk concreet is vormgegeven. Ideeën als zodanig blijven vrij; beschermd is enkel het voortbrengsel waarvan de contouren voldoende duidelijk zijn afgebakend.³⁰

Ten aanzien van met behulp van AI tot stand gekomen voortbrengselen, zoals de “Next Rembrandt” of de met DeepL gemaakte vertaling, roepen de meeste van deze criteria geen bijzondere problemen op. Veel AI-voortbrengselen bevinden zich zonder meer binnen het domein van “letterkunde, wetenschap of kunst” en zijn het product van menselijke intellectuele inspanning, ook al is de afstand tussen het menselijk handelen en het uiteindelijke voortbrengsel groter dan bij traditionele scheppingen het geval. Zelfs bij zeer krachtige, zelfdenkende AI-systemen zit er altijd wel ergens een mens “achter de knoppen”.

De auteursrechtelijke analyse spitst zich daarom toe op de vraag of de personen die zich van AI-systemen bedienen creatieve keuzes hebben verricht die in het voortbrengsel zijn uitgedrukt. Vooral het *Painer*-arrest, waarin het HvJ EU moest oordelen of een door een schoolfotograaf gemaakt portret als werk kan worden gekwalificeerd, biedt nuttige aanknopingspunten voor deze analyse. Volgens het Hof heeft de portretfotograaf, niettegenstaande het gebruik van een fototoestel, een ruime creatieve vrijheid:

“Met betrekking tot een portretfoto moet worden opgemerkt dat de auteur bij het maken daarvan op verschillende manieren en op verschillende momenten zijn vrije en creatieve keuzes zal kunnen maken.

In de voorbereidende fase kan de auteur de enscenering, de pose van de te fotograferen persoon of de belichting kiezen. Bij het nemen van de portretfoto kan hij de camera-instelling, de invalshoek of de gecreëerde sfeer kiezen. Bij het ontwikkelen van het cliché tot slot kan de auteur kiezen tussen diverse technieken, of in voorkomend geval software gebruiken.

Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus in staat, zijn werk een ‘persoonlijke noot’ te geven.”³¹

23 Artikelen 1 t/m 21 BC zijn op grond van art. 9 lid 1 TRIPs-Overeenkomst bindend voor de EU. Zie HvJ EU 7 december 2006, ECLI:EU:C:2006:764, C-306/05 (*SGAE/Rafael Hoteles*), punten 40 en 41.

24 HvJ EU 4 oktober, C-403/08 (*Premier League*), ro. 98. Zie S. van Gompel, “Creativity, Autonomy and Personal Touch. A Critical Appraisal of the CJEU’s Originality Test for Copyright,” in M. van Echoud (red.), *The Work of Authorship*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014, p. 106.

25 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17 (*Levola Hengelo*), ro. 40.

26 Conclusie AG Trstenjak bij HvJ EU *Painer*, C-145/10, punt 121. Let wel: de Nederlandse vertaling van de geciteerde passage wijkt hiervan af en is vermoedelijk incorrect.

27 Zie o.m. HvJ EU 1 december 2011, C-145/10 (*Painer*), ro. 89; HvJ EU 29 juli 2019, C-469/17 (*Funke Medien*), ro. 19; HvJ EU 12 september 2019, C-683/17 (*Cofemel*), ro. 30.

28 HvJ EU 1 maart 2012, C-604/10 (*Football Dataco*), ro. 42; HvJ EU 29 juli 2019, C-469/17 (*Funke Medien*), ro. 23.

29 HvJ EU 12 september 2019, C-683/17 (*Cofemel*), ro. 54.

30 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17 (*Levola Hengelo*).

31 *Painer*, ro. 90-92.

Zoals het *Painer*-arrest duidelijk laat uitkomen, kunnen er in drie verschillende fasen van het scheppingsproces creatieve keuzes plaatsvinden: de conceptie, de realisatie en de (eind)redactie of postproductie. De conceptuele fase betreft het maken van een ontwerp of plan voor het uiteindelijke werk. Deze fase vergt een veelheid van formele en inhoudelijke keuzes: enerzijds genre, stijl, techniek, materiaal, medium en formaat; anderzijds onderwerp/thema, plot/idee en allerlei andere inhoudelijke specificaties.

In de realisatiefase wordt het ontwerp of plan omgezet in een (ruwe) conceptversie van het uiteindelijke werk. Deze fase betreft het produceren van tekst, het schilderen van een kunstwerk, het noteren of opnemen van muziek, het vastleggen van foto's of video's, het coderen van software, etc. Bij traditionele vormen van creatie is de rol van de mens in deze fase essentieel. De romanschrijver zet zijn plot voor een roman om in woorden, de componist vertaalt zijn muzikale ideeën in noten. Vanaf de negentiende eeuw spelen machines echter een steeds grotere rol in deze creatieve fase. Foto's en films kunnen niet worden gemaakt zonder camera's, muziek niet opgenomen zonder reproductieapparatuur. Toch heeft de mens altijd de controle behouden over deze fase van de creatie. De machine was daarbij nooit meer dan een gereedschap of hulpmiddel.

Maar met de toepassing van AI is hier verandering in gekomen. ML-systemen kunnen worden geïnstrueerd en getraind om complexe taken uit te voeren en output te produceren op een wijze die de gebruiker van het systeem niet meer (precies) kan voorspellen, begrijpen of verklaren. Op de gebruiker wekt dit de indruk van een autonoom systeem, dat hij niet meer volledig onder controle heeft. Zoals het voorbeeld van de DeepL-vertaalmachine laat zien, heeft de AI in de realisatiefase de rol van de mens in belangrijke mate overgenomen.

De redactiefase betreft de bewerking van het in de realisatiefase geproduceerde concept tot een gereed product, geschikt om te worden aangeboden aan een opdrachtgever, uitgever of andere exploitant. Deze laatste fase kan een scala aan activiteiten omvatten, afhankelijk van het genre en het medium van de productie: herschrijven, redigeren, corrigeren, opmaken, kadren, inkleuren, enzovoorts. Redactie is een vaak onderschatte, maar cruciale fase in het scheppingsproces, waarin de mens allerlei creatieve keuzes kan maken. Met AI-voortbrengselen is dit niet wezenlijk anders. Zelfs een schijnbaar autonoom werkend AI-systeem zal in de meeste gevallen geen output leveren die onmiddellijk gereed is voor publicatie of commercieel gebruik. Waarschijnlijk is dat de door het AI-systeem gegenereerde output uitgebreide redactie en selectie door menselijke redacteurs moet ondergaan. Dat geldt zelfs voor de producten van vertaalmachines die ogenschijnlijk kant-en-klaar zijn. Hoewel de output van deze machines inderdaad van verbazingwekkend hoge kwaliteit is, zal ook hier nog een menselijke redactieslag nodig blijven om de AI-output te bewerken tot een volwaardige vertaling. Zo geeft DeepL haar gebruikers vrijwel eindeloze creatieve vrijheid in het

selecteren en herformuleren van de woorden en zinsdelen van de machine-vertaalde tekst.

Daarmee blijft de rol van de menselijke schepper bij de AI-creatie onmisbaar. Hoewel in de realisatiefase het AI-systeem een dominante rol vervult, vergen zowel de conceptie- als de redactiefase in veel gevallen allerlei creatieve keuzes die uitgaande van de *Painer*-leer auteursrechtelijke bescherming van het finale voortbrengsel rechtvaardigen. Maar hiermee is niet gezegd dat AI-voortbrengselen in alle gevallen aan de *Painer*-maatstaf zullen voldoen. Indien het conceptuele stadium geen creatieve keuzes toelaat, omdat de specificaties van het eindproduct eenduidig zijn, en het AI-systeem vervolgens output genereert die niet of nauwelijks behoeft te worden (na)bewerkt, kan er van een werk geen sprake zijn. Dat zou bijvoorbeeld kunnen gelden voor door "robotjournalisten" automatisch gegenereerde nieuwsberichten en sportverslagen.

4. Vergelijking met de *Endstra*-leer

Hoe zou de Hoge Raad omgaan met de kunstmatige creatie? Uitgaande van de *Endstra*-leer, zou de redenering van de Hoge Raad ongeveer als volgt zijn. De HR zou, evenals het HvJ EU, voorstellen dat een voortbrengsel om als werk te kwalificeren "*het resultaat is van scheppende menselijke arbeid en dus van creatieve keuzes*".³² Daarbij zou de HR overwegen dat derhalve niet beschermd kan zijn "*al hetgeen een vorm heeft die zo banaal of triviaal is, dat daarachter geen creatieve arbeid van welke aard ook valt te aan te wijzen*".³³ Het volstrekt voor de hand liggende AI-voortbrengsel (bijvoorbeeld, een eenvoudig nieuwsbericht of een door een intelligente koelkast gegenereerde boodschappenlijst) valt daardoor af.

Maar "[h]et gaat hierbij evenwel om een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf is te kennen".³⁴ Of de maker creatieve keuzes heeft gemaakt, en of de vorm origineel is en uitstijgt boven het banale en triviale, dient volgens de HR dus door bestudering van het *voortbrengsel zelf* te worden vastgesteld. In dit opzicht wijkt de *Endstra*-leer wezenlijk af van de benadering van het Europese Hof, die juist de nadruk legt op het creatieve *proces*. Terwijl het Hof de feitenrechter instrueert op zoek te gaan naar de creatieve vrijheid die de (beweerdelijke) maker bij de vormgeving van het voortbrengsel heeft genoten, waarbij de rechter zich niet door de esthetiek mag laten leiden, moet de rechter van de HR zijn originaliteitsoordeel juist vormen op basis van het voortbrengsel zelf.

In veel gevallen zal dit verschil in benadering weinig uitmaken. Bij de meeste traditionele voortbrengselen mag de feitenrechter erop vertrouwen dat hetgeen "op het oog" het resultaat lijkt van menselijke creativiteit, dat ook werkelijk is. Maar juist bij producten die door of met behulp

³² *Endstra*, ro. 4.5.1.

³³ Merk op dat het HvJ EU een vergelijkbare eis tot op heden niet heeft gesteld.

³⁴ *Endstra*, ro. 4.5.2.

van AI zijn voortgebracht, kan het oog gemakkelijk bedrogen worden. De “Next Rembrandt” en de DeepL-vertaling zien eruit als schilderijen en vertalingen die probleemloos aan de originaliteitstoets voldoen. Wie niet beter wist, zou zweren dat deze voortbrengselen het resultaat zijn van een begenadigde menselijke kunstenaar c.q. vertaler. Dat deze producten in belangrijke of zelfs beslissende mate door een intelligente machine zijn voortgebracht, is een kenmerk dat uit het voortbrengsel zelf niet is te kennen.

Door de toetsing aan het werkbegrip toe te spitsen op het voortbrengsel, en niet op het creatieve proces, zet de *Endstra*-leer de deur wijd open voor AI-voortbrengselen die niet het resultaat zijn van menselijke creativiteit. Bedenk hierbij dat degene die zich in de praktijk op het auteursrecht zal beroepen niet verplicht is de genesis van de AI-productie te openbaren. Integendeel, indien bij de openbaarmaking een menselijke maker wordt vermeld, geldt deze op grond van art. 4 lid 1 Aw “*behoudens bewijs van het tegendeel*” als maker. Daarmee wordt transparantie over het scheppingsproces juist ontmoedigd.

Met dat al doet de *Endstra*-leer enigszins denken aan de *Turing-test* voor artificiële intelligentie. Reeds in 1950 voorspelde Alan Turing, een van de grondleggers van de informatica, dat computers ooit intelligent gedrag zouden vertonen. De door Turing ontwikkelde toets houdt in dat een computer ‘intelligent’ mag heten als op basis van een conversatie tussen mens en machine de mens niet meer met zekerheid kan vaststellen dat zijn gesprekspartner een computer is.³⁵

Zo is het ook met de in het *Endstra*-arrest geformuleerde ‘Numann-test’: *als het er uit ziet als een werk, dan is het een werk*. Daarmee lijkt de kunstmatige creatie in Nederland praktisch verzekerd van auteursrecht, en houden wij onze reputatie hoog als land waar vrijwel alles onder de zon beschermd is.

³⁵ Zie https://en.wikipedia.org/wiki/Turing_test.