

## 7. Op zoek naar de weerspiegeling in het kunstwerk van de persoonlijkheid van de maker

M.R. de Zwaan\*

“All art is quite useless”<sup>1</sup>



Giuseppe Penone, *Cedro di Versailles*, 2000-2003 (catalogus ArtBasel 2019)

### 7.1 Inleiding

Het lijkt een volkomen vanzelfsprekende verbinding; kunst en auteursrecht. Luidt niet al het eerste artikel in de Auteurswet dat het auteursrecht het uitsluitende recht is van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap en kunst? Zeker, maar toch is de verbinding een stuk minder vanzelfsprekend dan je zou denken. De bundel waarin deze bijdrage verschijnt, beoogt ‘een platform te bieden voor juristen, academici en kunstenaars’. Voor deze brede doelgroep zal ik proberen om op een begrijpelijke wijze te laten zien dat kunst en auteursrecht bepaald geen *‘match made in heaven’* is. Ik ga dat niet doen door uit te weiden over de oorsprong van het auteursrecht, over het kopijrecht en de drukkersprivileges. Ook zal ik niet uitweiden over de beeldende kunst die in de eerste Auteurswet niet tot de categorieën van beschermde werken behoorde. Heel interessant, maar *‘Schnee von gestern’*.

De haperende verbinding tussen de kunst en het auteursrecht wil ik illustreren met een actuele aanleiding over een fundamenteel, om niet te zeggen

\* Marcel de Zwaan is gespecialiseerd in het intellectuele eigendomsrecht en mediarecht. Hij is advocaat-partner bij het kantoor Bremer & De Zwaan en lid van de redactie van *Auteursrecht*.

<sup>1</sup> Oscar Wilde in het voorwoord van *The picture of Dorian Gray* 1890.

tijdloos thema; het werkbegrip, het zogeheten voorwerp van bescherming van het auteursrecht. De actuele aanleiding betreft de conclusie van 8 mei 2025 van Advocaat-Generaal (A-G) Szpunar, de wetenschappelijk adviseur van het Europese Hof van Justitie (HvJ) EU, hierna: het Hof) in twee gevoegde zaken (*Mio* en *Konektra*).<sup>2</sup> Hoewel het geen instaponderwerp is (wat voor een multidisciplinaire doelgroep misschien het meest voor de hand zou liggen), past het prima in deze bundel omdat het zo goed de ingewikkelde verhouding inzichtelijk maakt tussen het domein van de verbeelding en de wereld van het recht. Ik heb althans goede hoop dat na lezing zowel de jurist en academicus als de kunstenaar zal verzuchten dat er nog een lange weg te gaan is voor wij de woorden hebben gevonden (en durven gebruiken) die beide werelden werkelijk met elkaar verbinden.

Het auteursrecht is een intellectueel eigendomsrecht. De intellectuele eigendom beschermt voortbrengselen van de geest door exclusieve rechten toe te kennen; ‘mini-monopolies’ die de vrije mededinging beperken. Simpel gezegd beschermen die tegen het zonder toestemming maken en/of exploiteren van een met de schepping van de maker overeenstemmend voortbrengsel. Het auteursrecht stimuleert de creativiteit door de makers van een ‘eigen intellectuele schepping’ (het voortbrengsel van de geest) te belonen met een absoluut recht dat tot zeventig jaar na het overlijden van de maker kan worden ingeroepen. Het voorwerp van bescherming heet een ‘werk’ en de originaire rechthebbende de ‘maker’. Om als werk te kunnen worden beschermd, moet de geestelijke schepping zintuiglijk waarneembaar zijn en voldoende bepaalbaar.<sup>3</sup> Beschermd wordt de waarneembare vorm.

Hoewel vorm en inhoud niet altijd en in elk opzicht kunnen worden gescheiden, is de bescherming van de vormgeving van de inhoud, van het idee, als het voorwerp van bescherming te herkennen en te onderscheiden van bijvoorbeeld het octrooirecht dat juist wel op de inhoud, op het ‘idee’ betrekking heeft. Anders gezegd, niet de informatie als zodanig, maar de manier waarop de informatie wordt vormgegeven, bijvoorbeeld verbeeld of verwoord, wordt beschermd. Denk gemakshalve (en voor zover vereist) aan de inhoud van een gedicht en aan het gedicht zelf, om het verschil te begrijpen tussen de feitelijke inhoud en de vorm waarin dit is uitgedrukt (het werk). Auteursrechtelijke werken komen niet alleen tot stand in het maatschappelijke domein van de kunst en cultuur, maar binnen elk domein. Zakelijke teksten, computersoftware, industriële vormgeving, het is om het even; het auteursrecht kent geen ondergrens in termen van een kunstzinnig gehalte, esthetiek of hoger doel. Ook een dreigbrief, rouwadvertentie of de vormgeving van een visakte kan auteursrechtelijke bescherming genieten.

Het onder woorden brengen van wat het auteursrecht nu precies beschermt, is geen sinecure. De ingewikkeldheid schuilt dus niet in de afbakening tot een

<sup>2</sup> Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, gevoegde zaken C-580/23 en C-795/23.

<sup>3</sup> Zien en horen zijn onbetwist, ruiken, proeven en/of voelen zijn ook zintuigelijke waarnemingen, maar roepen vragen op die in deze bijdrage alleen zijdelings aan de orde komen.

bepaald domein, maar in het in treffende, scherpe, eenduidige bewoordingen formuleren van de eigenschappen waaraan de geestelijke schepping moet voldoen om te kwalificeren als een werk. In het Nederlandse auteursrecht kenden wij het criterium dat een werk een schepping moest zijn met een ‘eigen oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel’ (EOKPS).<sup>4</sup> Sinds 2009 staat vast dat het werkbegrip Europees is geharmoniseerd. Dit betekent dat de formulering en uitleg van het begrip door het Hof maatgevend is.

Onze Hoge Raad meent overigens dat het Nederlandse werkbegrip overeenkomt met het Europese criterium en onze rechters (en vermoedelijk ook de meeste andere rechters in EU-lidstaten) blijven nog steeds de hun vertrouwde terminologie veelvuldig gebruiken.<sup>5</sup>

Als het aan A-G Szpunar ligt, komt aan deze ongehoorzaamheid van de lidstaten nu snel en definitief een einde. In zijn conclusie behandelt hij niet alleen de werkcriteria (het werkbegrip) die het Hof in diverse uitspraken sinds 2009 heeft ontwikkeld en aangescherpt, maar schrijft hij ook voor hoe wij moeten vaststellen of de criteria worden vervuld. Het betoog van Szpunar biedt hierdoor een ideaal kader om de knelpunten te illustreren die aan het licht treden bij toepassing van de criteria op de beoordeling van een kunstwerk.



Konektra



Mio

## 7.2 Het Hof en de werktoets

In de gevoegde zaken *Mio* en *Konektra*, waar A-G Szpunar in concludeerde, waren door nationale rechters (Zweden en Duitsland) vragen van uitleg van het auteursrecht gesteld over zowel het werkcriterium (wat is precies beschermd) als het inbreukcriterium (wanneer is sprake van inbreuk op het beschermde werk). Het ging om het ontwerp van een modulairstelsel in de ene zaak (*Konektra*) en om een tafel in de andere (*Mio*). Ik beperk mij tot het werkcriterium.

4 Zie onder meer HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533, NJ 2013/503, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Hauck/Stokke*) en HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, NJ 2008/556, m.nt. E.J. Dommering, AA 2008/11, p. 819, m.nt. P.B. Hugenholtz (*Zonen Endstra/Nieuw Amsterdam c.s.*).

5 J. Torenbosch, ‘Harmonisatie en het Teddybeer-effect’, *Auteursrecht* 2024/3, p. 109-111.

De rechters legden de vraag voor of bij de beoordeling van het werk rekening moet worden gehouden met de bedoeling van de maker en met factoren verband houdende met het scheppingsproces, dan wel met elementen die zichtbaar zijn in het voortbrengsel zelf.<sup>6</sup> Voorts vroegen de rechters zich (onder meer) af of voor werken van toegepaste kunst ('design') hetzelfde beschermingscriterium geldt als voor werken uit andere werkcategorieën.<sup>7</sup> Szpunar beantwoordt deze vragen met grote stelligheid en geeft uitgesproken instructies waar wij naar moeten kijken en hoe wij moeten kijken.<sup>8</sup>

De (geadviseerde) beantwoording van de vragen luidt geparafraseerd als volgt: voor het beoordelen van een voortbrengsel als auteursrechtelijk beschermd werk, moet je kijken naar de elementen die waarneembaar zijn in het werk zelf.<sup>9</sup> De rechter mag wel rekening houden met de bedoeling van de maker en met andere factoren in en zelfs na het scheppingsproces<sup>10</sup>, maar de overtuiging van de rechter, dat sprake is van een beschermd werk, moet gebaseerd zijn op diens waarneming van het 'voorwerp'.<sup>11</sup> Een meer dan duidelijk antwoord en ook meer dan begrijpelijk vanuit het belang van rechtszekerheid; alleen dat wat in het werk zelf waarneembaar is uitgedrukt, telt mee. Niet in het werk uitgedrukte elementen doen niet mee, met name omdat deze mogelijk minder kenbaar en/of waarneembaar zijn voor anderen. Ook vanuit bewijsrechtelijke overwegingen is het niet aantrekkelijk om de niet in het werk tot uitdrukking gebrachte bedoeling van de maker, diens motieven en overwegingen, als onderbouwing te verlangen. Ondanks deze voor een *productief* rechtsbedrijf essentiële duidelijkheid, passen grote kanttekeningen bij deze eis dat de beschermde elementen in het werk zelf waarneembaar moeten zijn. Deze kanttekeningen komen straks aan de orde. De Europese rechter schrijft niet slechts voor *waar* wij naar moeten kijken of luisteren, maar natuurlijk ook *wat* wij moeten waarnemen: het auteursrechtelijk werk is een eigen intellectuele schepping die door middel van vrije creatieve keuzes de persoonlijkheid van de maker weerspiegelt. Die beschermenswaardige eigenschappen van een werk worden in de jurisprudentie en de juridische literatuur ook samengevat onder de noemer 'oorspronkelijkheid'. Szpunar zegt daarover:

6 Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 39-44.

7 Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 25.

8 Waar naar kijken? Is er sprake van een eigen intellectuele schepping ("E.I.S.")?: HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 (*Infopaq*), par. 37.

Wat bekijken? E.I.S. wordt uitgedrukt met vrije, creatieve keuzes die persoonlijkheid van de maker weerspiegelen: HvJ EU 1 december 2012, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, par. 94 (*Eva-Maria Painer*). Hoe kijken? E.I.S. moet nauwkeurig en objectief uitgedrukt en identificeerbaar zijn: HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899, par. 40-42 (*Levola*); HvJ EU 12 september 2019, C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721, par. 33 (*Cofemel*); HvJ EU 11 juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461, par. 25, 28 (*Brompton*).

9 Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 40-45.

10 Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 51-61.

11 Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 45-50.

‘Het begrip “oorspronkelijkheid” is immers een zeer algemeen, om niet te zeggen vaag, begrip, dat is bestemd om te worden toegepast op voorwerpen van zeer uiteenlopende aard, waardoor het zich niet goed leent voor een strikte en systematische definitie in de rechtspraak. Het begrip moet op elk specifiek geval worden toegepast, op basis van feitelijke beoordelingen.’<sup>12</sup>

Deze erkenning van de moeilijkheid van een strikte en systematische definitie vanwege de erkende vaagheid en brede toepassing contrasteert met de stelligheid en de suggestie van scherp en nauwkeurige toepasbaarheid van de werktuets, waarvan de jurisprudentie van het Hof is doortrokken.

‘Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat het begrip “werk”, naast het oorspronkelijke karakter, noodzakelijkerwijs het bestaan impliceert van een met voldoende nauwkeurigheid en objectiviteit identificeerbaar voorwerp.

Ten eerste moeten de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de bescherming van de aan het auteursrecht inherente uitsluitende rechten namelijk duidelijk en nauwkeurig kunnen onderkennen welk voorwerp aldus wordt beschermd. Hetzelfde geldt voor de derden tegen wie de bescherming waarop de auteur van dat voorwerp aanspraak maakt, kan worden ingeroepen. Ten tweede vereist de noodzaak om elke – de rechtszekerheid aantastende – subjectiviteit bij de vaststelling van het voorwerp van de bescherming uit te sluiten, dat dit voorwerp nauwkeurig en objectief is uitgedrukt.’<sup>13</sup>

Hmm... een vaag begrip dat objectief en nauwkeurig wordt uitgedrukt en waargenomen? Het parool in de jurisprudentie van het Hof is blijkbaar: vol gas voor de rechtszekerheid door objectiviteit en nauwkeurigheid en vol gas voor de rechtsonzekerheid door de vaagheid die noopt tot een beoordeling van geval tot geval (waardoor je nooit weet hoe het in de toekomst voor jou zal uitpakken).

### 7.3 Het werk in de kunst en de toegepaste kunst

De gesignaleerde tegenstelling is intrigerend, maar staat waarschijnlijk nog best ver af van de kunstenaar die immers mede behoort tot de doelgroep van deze bundel en dus van deze bijdrage. Gelukkig is er een bruggetje naar de kunst dat we vinden bij één van de vragen van het Bundesgerichtshof, die geparafraseerd luidde: kunnen in het kader van het onderzoek van de oorspronkelijkheid ook omstandigheden in aanmerking worden genomen die zich hebben voorgedaan *na* het ontstaan van het ontwerp, zoals de presentatie ervan in kunsttentoon-

<sup>12</sup> Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 40; Szpunar verwijst hierbij voor een diepgaande analyse in de literatuur naar *The Protection of Works of Applied Art under EU Copyright Law*. Opinion of the European Copyright Society in MIO/Konektra (Cases C-580/23 and C-795/23) (europeancopyrightsociety.org).

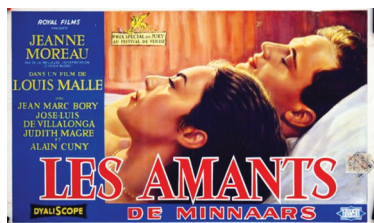
<sup>13</sup> Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 46; zie de aldaar aangehaalde arresten.

stellingen of musea of de erkenning ervan in vakkringen? De Advocaat-Generaal antwoordde in zijn conclusie:

‘... omstandigheden zoals de presentatie van het voorwerp in kunsttentoonstellingen of musea en de erkenning ervan in vakkringen [kunnen] een indicatie zijn van de artistieke waarde en dus van de oorspronkelijkheid van het voorwerp. Hoewel het niet noodzakelijk is dat een voorwerp van hoge artistieke kwaliteit is om als oorspronkelijk te worden beschouwd, mag wel worden aangenomen dat een werk van een dergelijke kwaliteit als oorspronkelijk zal worden beschouwd, aangezien artistieke activiteit juist bestaat in het scheppen van unieke voorwerpen die het persoonlijk stempel dragen van de auteur ervan’.<sup>14</sup>

Aha! Behoudens tegenbewijs (‘mag wel worden aangenomen’) zijn kunstwerken die het museum weten te halen ook auteursrechtelijk beschermde werken. De hoge artistieke kwaliteit van een schepping vormt een weerlegbaar vermoeden van oorspronkelijkheid. Daar kom ik op terug.

Voor wij toekomen aan de ‘echte kunst’ nu echter eerst aandacht voor de toegepaste kunst. Anders dan over kunst zonder gebruiksfunctie wordt over de vormgeving van gebruiksvoorwerpen veelvuldig geïncideerd. Er is dus veel jurisprudentie met behulp waarvan we beter kunnen begrijpen wat nu wel en niet beschermd is en dat helpt dan weer wanneer wij proberen te begrijpen hoe het auteursrecht al dan niet toepasbaar is op kunst zonder gebruiksfunctie. Ik beperk mij tot twee belangrijke uitgangspunten, te weten de totaalindruk en de vrije, creatieve keuzes waarmee de auteur zijn persoonlijkheid tot uitdrukking brengt, die verduidelijken waar wij naar moeten kijken wanneer wij op zoek zijn naar de vrije, creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de maker in het werk weerspiegelen.



*‘I know it when I see it’<sup>15</sup>*

Allereerst de zogeheten ‘totaalindruk’. Het lijkt, nee het is vanzelfsprekend, dat wanneer men een voorwerp van toegepaste kunst bekijkt – een stoel van Eames,

<sup>14</sup> Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 60.

<sup>15</sup> Aldus de rechter in een Amerikaanse zaak over het beweerde pornografische karakter van (een scène uit) *Les Amants* (*The Lovers*) van Louis Malle: ‘I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description (“hard core pornography”), and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that.’ Zie ook T. Cohen Jehoram, ‘Het persoonlijk stempel van de maker, hoe stel je het vast’, in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Meijer: Liber Amicorum R.S. Meijer*, Den Haag: BJu 2013, p. 62.

een fluitketel van Alessi, een lamp van Flos – men onmiddellijk een indruk heeft van het voorwerp in zijn geheel; de totaalindruk. Deze totaalindruk heeft zich begrijpelijkerwijs tot een populair criterium ontwikkeld om zowel de auteursrechtelijke bescherming, als de inbreuk op het auteursrecht (de overeenstemmende totaalindruk, waar ik in deze bijdrage niet verder op inga) te kwalificeren. Ten onrechte. Niet alleen omdat wat in de rechterlijke uitspraken wordt aangeduid als totaalindruk, niet de *split second, fast thinking*, zintuigelijk getriggerte indruk van de rechter is, maar een meer of minder uitgebreide, beredeneerde motivering waarom de rechter het voorwerp beschermd acht.<sup>16</sup>

Maar het is niet het gebruik van een onjuist begrip, het is het gehele voorwerp tot uitgangspunt nemen voor het aannemen van de bescherming, dat op juridische bezwaren stuit. De vanzelfsprekendheid waarmee je de kwaliteit en waardering van de vormgeving in ogenschouw neemt door het voorwerp in zijn geheel te bekijken, kan niet door de beugel van de auteursrechtelijke censuur. Door de auteursrechtelijke leesbril moeten wij immers uitsluitend kijken naar de intussen welbekende vrije, creatieve keuzes waarmee de maker zijn persoonlijkheid in het werk laat weerspiegelen. Ga er maar aan staan; denk weg wat functioneel, voor de hand liggend, of door stijl of mode bepaald of ingegeven is en destilleer wat vrije en creatieve keuzes zijn, waarmee de persoonlijkheid van de maker uitgedrukt wordt.<sup>17</sup> Onderdruk je waardering voor goed bedachte oplossingen en de schoonheid van het functionele, laat staan van hetgeen de vormgever in diens minimalisme juist heeft weggelaten.

Met deze uitgangspunten bij de beoordeling van toegepaste kunst zijn wij, wat we er ook maar van vinden, een eindje op weg bij het begrijpen hoe en waar wij naar moeten kijken om te bepalen of een schepping auteursrechtelijk beschermd is: geen triviale en/of door functionaliteit, mode of stijl bepaalde elementen en geen totaalindruk van het geheel dat bestaat uit zowel vrije en creatieve keuzes, als uit de genoemde elementen. Wel de vrije, creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen. In de niet-toegepaste kunst zouden die de regel zijn, immers bestaat de artistieke activiteit niet uit ‘het scheppen van unieke artistieke voorwerpen die het persoonlijke stempel dragen van de auteur ervan’.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> De rechter die door te zien zeker wist dat geen sprake was van pornografie motiveerde zijn totaalindruk dus bepaald anders dan in de rechtspraak over de bescherming van design, waarbij een zeer uitvoerige motivering wordt aangeduid als ‘totaalindruk’. Zie M.R. de Zwaan, ‘Totaalindruk onjuist, maar niet onbruikbaar’, *AMI* 2016/5, p. 123 e.v.

<sup>17</sup> Zie concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 31 en HvJ EU 11 juni 2020, C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461, par. 26, 32-35 (*Brompton*). Overigens ook opmerkelijk; de A-G meent dat bij andere werken dan van niet-toegepaste kunst, de keuze om iets te creëren op zich al een creatieve keuze is (par. 42).

<sup>18</sup> Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 60. Hoewel voor juristen verleidelijk zal ik hier niet ingaan op de door de A-G, naar het lijkt argeloos gebruikte termen (uniek, artistiek) die in het auteursrecht onmiddellijk bedenkingen oproepen.

#### 7.4 Kunst kijken door een auteursrechtelijke bril; waar kijk ik naar en wat zie ik dan?



19



20

Nee, we zien geen pijp, maar de afbeelding van een pijp. Nee, we zien op deze *Worldpress Photo 2006* geen harteloze ramptoeristen in een cabrio, maar hulpverleners en slachtoffers daags na een bombardement in Beiroet.<sup>21</sup> Kijken naar kunst met een auteursrechtelijk kader in het achterhoofd, roept vragen op over de waarnemer, de waarneming en het waargenomene. Laten we eenvoudig beginnen: de werkelijkheid bestaat niet.<sup>22</sup> Waarneming vindt immers onvermijdelijk plaats door de persoon van de waarnemer en wat deze persoon weet en kan en heeft meegemaakt (enzovoort) bepaalt diens waarneming. We kunnen het ingewikkelder maken en stellen dat de werkelijkheid wel bestaat, maar niet objectief waarneembaar is, maar voor nu lijkt mij voldoende dat wij instappen met het besef dat de rechterlijke waarneming geen meetkundige of anderszins abstracte en objectieve meting is, maar een volkomen subjectieve appreciatie waarvoor zelfs geen 'maatman' is gedefinieerd.

En waar kijkt de willekeurige waarnemer met die auteursrechtelijke wijsheid in zijn bagage? Naar een eigen intellectuele schepping die volgens het Hof nauwkeurig en objectief is uitgedrukt en ook nauwkeurig en objectief waarneembaar is. Meten is weten.



23

19 René Magritte, *La trahison des images* 1929.

20 Spencer Platt 2008, Getty Images.

21 Zo ontdekte Gert van Langendonck van de Belgische krant *De Morgen* (bron PhotoQ.nl).

22 Voor deze waarheid hoef je niet diep in filosofie te duiken of hoog te gaan zweven, maar vind je bevestiging bij vele wetenschappelijke en populair wetenschappelijke publicaties van bijv.: I. Sommer, *De zeven zintuigen. Over waarnemen en onwaarnemen*, Amsterdam: Prometheus 2018.

23 Albrecht Dürer, *Draughtsman Making a Perspective Drawing of a Reclining Woman* ca. 1600. The Metropolitan Museum of Art ([metmuseum.org/art/collection/search/366555](https://metmuseum.org/art/collection/search/366555)).

Niet dus. De behoefte aan objectiviteit en nauwkeurigheid met het oog op rechtvaardigheid en rechtszekerheid doet vreemd aan als maatstaf bij het creëren en waarnemen van een kunstwerk.<sup>24</sup> Wat moet de rechter ook zonder deze stevigheid suggererende kwalificaties eigenlijk waarnemen? Dat is het werk, de geestelijke schepping die in het voortbrengsel besloten ligt.

De rechter zal deze schepping moeten kunnen ontwaren en zeker bij kunstwerken zal dit een beroep doen op diens voorstellingsvermogen. Hij zal op zoek moeten gaan naar wat de invloedrijke grondlegger van het auteursrechtelijke denken, Josef Kohler, de *innere Form* heeft genoemd en bij een werk van beeldende kunst, het imaginaire beeld.<sup>25</sup> Met zevenmijlslaarzen toegelicht, betekent dit dat het auteursrecht – dat immers niet het idee, niet de inhoud, maar de vorm beschermt waarmee de inhoud is uitgedrukt – nog een verdieplingslaagje kent, dat volgt op het te maken onderscheid tussen de geestelijke schepping (het werk) en de stoffelijke vastlegging (op, in of door een voorwerp).

Denk, ter bepaling van de gedachten bij het imaginaire beeld aan dezelfde visuele geestelijke schepping die met gebruik van uiteenlopende technieken/media – zoals olieverf, ets of gravure – wordt uitgedrukt, en denk aan de verfilming van een roman. Film en roman hebben elk een eigen en totaal andere uitdrukkingvorm en toch zal een geslaagde verfilming van het boek niet slechts de plot, strekking en deels de bewoordingen en namen (de feitelijke vertelling) van het boek uitdrukken, maar zal de schepping van de auteur herkenbaar zijn in de gelaagdheid van de vertelling, de structuur en opbouw, de diepte van de personages etc. De *innere Form*, de imaginaire idee zal de rechter in de ets, gravure, de roman en de film moeten kunnen waarnemen.

#### 7.4.1 'TALKING ABOUT MUSIC IS LIKE DANCING ABOUT ARCHITECTURE'<sup>26</sup>

De rechter, beducht om bij zijn oordeel uit te glijden op het gladde kunstijs, dekt zich in door erop te wijzen dat hij geen kunstcriticus is.<sup>27</sup> Deze populaire vluchttroute van de jurist miskent dat zijn beoordeling eigenlijk sterk lijkt op wat de

24 HvJ EU 13 november 2018, C-310/17, ECLI:EU:C:2018:899 (*Levola*). Het verlangen naar nauwkeurigheid en objectiviteit was een begrijpelijke verzuchting toen de Europese rechter in de *Levola*-zaak moest oordelen over de auteursrechtelijke bescherming van de smaak. Het Hof realiseerde zich dat de smaak van de in het geding zijnde Heksenkaas onder uiteenlopende omstandigheden ook veranderde; niet stabiel was. De eis dat een smaak of geur waar auteursrechtelijke bescherming werd verlangd, objectief en nauwkeurig waarneembaar moest zijn, was daarom in dat verband begrijpelijk.

25 J. Kohler, *Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung*, Jena: G. Fischer 1880, p. 168; J. Kohler, *Kunstwerkrecht*, Stuttgart: F. Enke 1908, p. 39.

26 Een uitspraak waarvan de oorsprong onduidelijk is, maar die wordt toegeschreven aan onder meer Frank Zappa, Elvis Costello en Laurie Anderson.

27 A. Quaedvlieg, 'De vrijheid van de toneelregisseur en het kunstoordeel in het auteursrecht', *AMI* 2009/4, p. 129-135; M.R. de Zwaan, 'De vrijheid van de toneelregisseur en het auteursrechtelijke oordeel in de kunst', in: P. Teunissen, C.J.S. Vrendenbarg & R. Leuyerink (red.), *Q* (gedenkbundel Quaedvlieg), Amsterdam: deLex 2025, p. 328-335.

kunstcriticus doet; observeren, analyseren, verwerken, beoordelen en noteren.<sup>28</sup> Het juridische normatieve oordeel ‘oorspronkelijk’ (beschermd) en wel of geen inbreuk, is slechts gebaseerd op een ander beoordelingskader dan dat van de recensent die de kunstuiting duidt en beoordeelt. In de praktijk lost de moeilijkheid zich op in de voorlichting aan de rechter door partijen die zelf informatie aandragen, waaronder verklaringen van kenners. Ook is het mogelijk dat de rechter zich op eigen initiatief of op initiatief van de raadslieden laat voorlichten door deskundigen.<sup>29</sup> In feite zie je vermoedelijk eenzelfde patroon bij A-G Szpunar (par. 60) en bij de rechter die de vragen aan het Hof voorlegde; graag leunen ze op het oordeel in erkende vakkringen en van de musea; wat daar te vinden is, zal wel kunst met een hoog artistiek gehalte zijn die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelt.

Maar of de rechter en de raadslieden nu met of zonder hulp van deskundigen de geestelijke scheppingen doorgronden en beoordelen, het blijft een glibberige aangelegenheid. Niet alleen omdat het, modieus gezegd, een uitdaging is om de waarneming, analyse, het begrip en de waardering van de kunstzinnige uiting in woorden uit te drukken.<sup>30</sup> Aan het zoeken van de juiste woorden gaat nog de waarneming en de vorming van het begrip zelf vooraf en dat is bij een kunstuiting nog niet zo eenvoudig.

Gelaagdheid, meerduidigheid, ruimte voor een eigen begrip, fantasie of associatie zijn archetypische kwaliteiten van een kunstwerk. Sterker nog; niet alles valt helemaal te begrijpen en/of onder woorden te brengen. Ook door de kunstenaar zelf niet. ‘Als je wist wat je deed, zou je het waarschijnlijk niet doen’, zei bijvoorbeeld de bekende Zweedse cineast Ingmar Bergman, aangehaald door Julian Barnes in *Hm, hé, ha, kunst en woorden*.<sup>31</sup> Hij beschrijft daarnaast het heel voorstelbare risico hoe kijkers door anekdotische informatie over de kunstenaar of door de titel van een werk al snel aan de haal kunnen gaan met de duiding van het werk. Met het voorbeeld van een werk van de schilder Vuillard, dat aanvankelijk *Interieur met werktafel* heette, maar later werd omgedoopt in *De vrijer*, voel je ongezien al waar het heengaat met de duiding van het werk.<sup>32</sup> Met informatie over het leven van de kunstenaar is het niet anders; voor je het weet, zie je in het werk, de persoonlijkheid of de gebeurtenis weerspiegeld waar je net over hebt gelezen.

28 W. de Moor, *De kunst van het recenseren van kunst*, Bussum: Coutinho 1993.

29 Zie hierover uitvoerig: G. de Groot & N.A. Elbers, ‘Inschakeling van deskundigen in de rechtspraak’, *Raad voor de rechtspraak Research Memoranda*, 2008/3.

30 J. Barnes, *Hm, hé, ha, kunst en woorden*, Amsterdam: Uitgeverij Atlas 2019.

31 J. Barnes, *Hm, hé, ha, kunst en woorden*, Amsterdam: Uitgeverij Atlas 2019, p. 26.

32 J. Barnes, *Hm, hé, ha, kunst en woorden*, Amsterdam: Uitgeverij Atlas 2019, p. 17-18.

7.4.2 'WHAT THE WORK OF ART LOOKS LIKE ISN'T TOO IMPORTANT. IT HAS TO LOOK LIKE SOMETHING IF IT HAS PHYSICAL FORM'<sup>33</sup>

Het doorgronden van (beeldende) kunst is lastig. Bedenk daarbij dat, vanwege het verstrijken van de bescherming zeventig jaar na het overlijden van de maker, de enige kunst die nog auteursrechtelijk beschermd is, 20<sup>e</sup>- en 21<sup>e</sup>-eeuwse kunst is. Die beeldende kunst bestaat sinds begin 20<sup>e</sup> eeuw in belangrijke mate uit abstracte, niet-figuratieve kunst. Met het ontstaan van de conceptuele kunst neemt bovendien het belang en de betekenis van de visuele weergave, van de uitdrukking van wat de maker tot zijn werk heeft bewogen, in een concreet, tastbaar en waarneembaar artefact, steeds verder af. Volgens één van de belangrijkste conceptuele kunstenaars van de vorige eeuw, Sol LeWitt, ontbreekt deze zelfs in het geheel. LeWitt schrijft in het manifest dat wordt beschouwd als een fundamentele verklaring van de conceptuele kunst: *'The idea itself, even if not made visual, is as much a work of art as any finished product.'*<sup>34</sup> Met dit statement staat het auteursrecht met lege handen. Een *system meltdown*. Het auteursrecht beschermde immers niet de inhoud, niet het idee, maar juist de uitdrukking, de uitwerking, de vormgeving van dat idee.

De moeilijk waar te nemen eigen, visuele expressie door de kunstenaar begon overigens al met Marcel Duchamps, toen hij volstond met het in het museum plaatsen van een pissoir en toen toevallige vondsten (*objets trouvés*), als kunstuiting werden gewaardeerd en *readymades* hun intrede deden. Waar was de vormgeving door de maker? Een iedereen overtuigend antwoord is een eeuw na Duchamps nog niet gevonden. Een zekere tractie kreeg in de Duitse juridische literatuur de gedachte om, in plaats van de persoonlijke expressie, de individualiteit van de uiting als criterium te hanteren. Max Kummer introduceerde daartoe het begrip van *'statistische Einmaligkeit'*.<sup>35</sup> Door Kummer is ook getracht de presentatie, de aanduiding door de kunstenaar van een voorwerp als kunstwerk, als criterium te introduceren.<sup>36</sup> Deze presentatieleer stuitte echter, niet geheel onbegrijpelijk, op veel kritiek en is nooit aangeslagen.<sup>37</sup>

Kort en goed: geen expressie, geen werk. Maar wat nu als er wel een schepping is, maar het moeilijk is om de keuzes van de kunstenaar te herkennen, laat staan te duiden en auteursrechtelijk te waarderen? Kunnen deskundigen de rechter eigenlijk wel helpen om in het voortbrengsel het werk zelf waar te nemen, als hij het zelf niet zintuigelijk waarneemt of begrijpt? Dit raakt de vraag van de maatman; wiens blik is eigenlijk maatgevend: de onbevangen, maar onvermijdelijk ook subjectieve blik van de niet-geïnformeerde kijker, of de gespecialiseerde blik

33 S. LeWitt, 'Paragraphs on conceptual art', *Artforum* (5) 1967, afl. 10, p. 79-84.

34 S. LeWitt, 'Paragraphs on conceptual art', *Artforum* (5) 1967, afl. 10, p. 79-84.

35 M. Kummer, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Bern: Stämpfli 1968, p. 30 e.v., p. 47 e.v., p. 80.

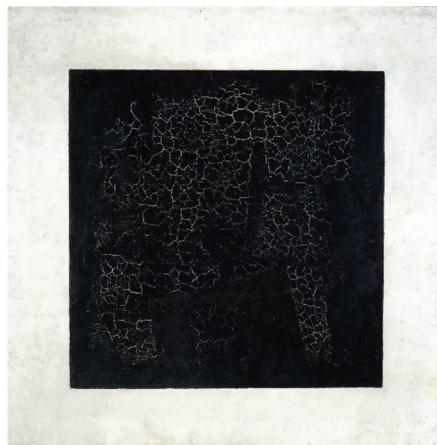
36 M. Kummer, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Bern: Stämpfli 1968, p. 75.

37 Zie hierover ook P. Eckman, 'Kunst en auteursrecht', in: K. Rimanque, *Kunst en Recht*, Antwerpen: Kluwer 1985, p. 56-57 en M.R. de Zwaan, 'A.I. Kunst en auteursrecht: geen voor de hand liggende combinatie', *AA* 2023, afl. 7/8, p. 568-580 en de aldaar aangehaalde Gerbrandy.

van de kunstkenner? En dat niet alleen; hoe verhoudt zich de eis dat de rechter op grond van de waarneming van het werk overtuigd moet zijn van de aanwezigheid van vrije, creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen, tot de voor een goed begrip onontbeerlijke duiding en achtergrondinformatie die de deskundige aan de rechter voorhoudt over de bedoeling van de kunstenaar, diens persoonlijke handschrift en al die andere buiten het werk gelegen omstandigheden. Wat moet die rechter die wanhopig staart naar een zwart vierkant, naar een ogenschijnlijk wit leeg vlak (*Malevich*) of een ingekerfd doek (*Fontana*)?



38



39

A-G Szpunar was duidelijk in zijn conclusie; de rechter mag acht slaan op de bedoeling van de kunstenaar en andere achtergrondinformatie, maar zijn overtuiging dat het werk beschermd is moet louter op basis van het voorwerp zelf zijn gevormd. Het is moeilijk voorstelbaar dat dat een succesvolle exercitie is.

#### 7.4.3 HET SCHEPPINGSPROCES; ENDSTRA, AI EN (G)EEN OPLOSSING?

Willem Endstra, de bankier van de onderwereld die ten slotte vermoord werd in opdracht van zijn voornaamgenoot Holleeder, probeerde vergeefs zijn huid te redden door op de achterbank van een rijdende auto de politie bij te praten over zijn criminele kennis van zaken. De ruzie die later ontstond over de uitgave in

38 Lucio Fontana, *Concetto spaziale, attesa* 1966. 'Een groot wit doek wordt doorboord door een verticale lijn. Dit is de enige ingreep van de kunstenaar. Met dit eenvoudige en symbolische gebaar vereeuwigd Lucio Fontana een vluchtig moment. Het resultaat is een opmerkelijk kunstwerk dat geweld en sereniteit, vergankelijkheid en eeuwigheid, volheid en leegte combineert' (les oeuvres Fondation Pinault: [lesoeuvres.pinaultcollection.com/fr/oeuvre/concetto-spaziale-attesa](https://lesoeuvres.pinaultcollection.com/fr/oeuvre/concetto-spaziale-attesa)).

39 K. Malevich, *Het Zwarte Vierkant*, 1915.

boekvorm van deze achterbankgesprekken mondde uit in een arrest van de Hoge Raad, waarin ook de hoogste Nederlandse rechter meende dat de auteursrechtelijk beschermde vorm in het werk zelf moest kunnen worden waargenomen. In reactie hierop brak Hugenholtz een lans voor het bij de beoordeling betrekken van de totstandkomingsgeschiedenis.<sup>40</sup>

Kijk naar de vrije en creatieve keuzes van de maker in het scheppingsproces, daar zien we wat hem tot zijn arbeid heeft bewogen. De invalshoek van Hugenholtz zou uitstekend worden ondersteund met het belang dat Sol LeWitt hechtte aan het scheppingsproces: *‘All intervening steps – scribbles, sketches, drawings, failed work, models, studies, thoughts, conversations – are of interest. Those that show the thought process of the artist are sometimes more interesting than the final product.’*<sup>41</sup>

De roep om het scheppingsproces te betrekken in de beoordeling van het werk krijgt sinds enige tijd opnieuw een krachtige impuls in het kader van het onderzoek naar het makerschap van AI-werken.<sup>42</sup> Het eindresultaat is zowel door het trainingsmodel als door de menselijke prompts bepaald. Kijk daarom ook naar de prompts door de menselijke maker en mogelijk ook naar de nabewerking door die menselijke maker, om diens creatieve inbreng te kunnen beoordelen.<sup>43</sup>

Helaas is er nog lang geen zicht op een uitspraak van het Hof in dit verband. Er is nu wel een eerste AI-zaak bij het Hof aanhangig doordat een Hongaarse rechter vragen van uitleg heeft gesteld, maar die vragen zijn niet gericht op het werkbegrip, maar op de toelaatbaarheid van de werkwijze van de AI-chatbot Gemini (Barth) van Google.<sup>44</sup>

## 7.5 Wat betekenen de begrippen vrije, creatieve keuzes en persoonlijkheid?

### 7.5.1 BEWUSTE KEUZES?

*‘I’ve got a strong autobiographical bias. My work is entirely about myself and my surroundings.’*<sup>45</sup> *‘My work is not about people, but about paint.’*<sup>46</sup>

Zomaar twee treffende, maar ook ogenschijnlijk onverenigbare uitspraken van dezelfde schilder Lucian Freud. De kunstenaar maakt het de jurist ook niet

40 P.B. Hugenholtz, annotatie bij HR 30 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2153, AA 2008, afl. 11, p. 819-822 (Endstra).

41 S. LeWitt, ‘Paragraphs on conceptual art’, *Artforum* (5) 1967, afl. 10, p. 79-84.

42 M.R. de Zwaan, ‘A.I. Kunst en auteursrecht: geen voor de hand liggende combinatie’, AA 2023, afl. 7/8, p. 575-576.

43 P.B. Hugenholtz, ‘Prompts tussen vorm en inhoud: de eerste rechtspraak over generatieve AI en het werk’, *Auteursrecht 2024*, afl. 3, p. 129-134.

44 Lopende procedure betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing van 10 maart 2025, C-250/25 (*Like Company vs Google Ireland*).

45 W. Feaver, *Lucian Freud*, New York: Rizzoli International Publications Inc. 2007, p. 18.

46 Lucian Freud geciteerd in: M. Boon, P.H. Steenhuis, *Filosofie van het kijken*, Rotterdam: Lemniscaat 2009, p. 189.

eenvoudig om diens werk te duiden. Zou Freud zich bewust zijn van deze ogenschijnlijke tegenstrijdigheid?

Hoe bewust zijn zijn uitspraken en keuzes eigenlijk? Is een welbewust karakter van de keuzes van de kunstenaar van belang? Hoe verhouden de keuzes die wij moeten traceren zich tot de 'toevalskunst', tot het werk van de surrealisten die putten uit hun onderbewustzijn, tot de creaties van de *action painters* die hun verf op het doek spatten, kortom tot al die kunst waarin de makers geen bewuste keuzes zouden maken? Dat lijkt lastiger dan het is, omdat wij kunnen constateren dat zij wel degelijk creatieve keuzes maakten, onder meer om in meer of mindere mate de controle uit handen te geven; hoe vrij kan je zijn en hoe helder wordt misschien wel het zicht op de persoonlijkheid van de maker door niet alles te controleren en/of beredeneren?



47

De (mate van) uitoefening van controle is een invalshoek waarmee ook wordt gekeken naar het makerschap bij AI-creaties. Door te onderzoeken wie de maker is, zul je de vraag moeten beantwoorden wie de keuzes maakt.<sup>48</sup> Smit vestigt er de aandacht op dat de analogie van de inzet van AI met de inzet van eerdere technologie bij het maken van een werk, zoals de foto- of filmcamera, niet opgaat. Anders dan die opnameapparatuur, is de 'bestuurbaarheid' door de maker van de totstandkoming van de creatie veel geringer bij de inzet van AI; dezelfde ('gekozen') prompts leiden tot zeer uiteenlopende uitkomsten. Smit signaleert in zijn beschouwing dat de rechtsfiguur van het werk onder leiding en toezicht (art. 6

47 Lucian Freud in zijn atelier. Foto David Dawson, Hazlitt Holland Hibbert. De foto illustreert op aanschouwelijke wijze de vrije, creatieve keuzes van zowel de fotograaf als de schilder.

48 P.B. Hugenholtz & J.P. Quintais, 'Auteursrecht en artificiële creatie', *Auteursrecht* 2021, afl. 2, p. 47 e.v., en daar aangehaalde literatuur.

Auteurswet), vermoedelijk niet opgaat.<sup>49</sup> Bij de rechtsfiguur van een werk onder leiding en toezicht wordt degene onder wiens leiding en toezicht de schepping tot stand komt, als de auteursrechtelijke maker beschouwd. Het historische voorbeeld van een werk onder leiding en toezicht, dat al in de memorie van toelichting bij de wet in 1912 wordt genoemd, is het schilderij dat op aanwijzing van Rubens door diens leerlingen wordt vervaardigd. Het is (weer) een mooie illustratie van de uiteenlopende werkelijkheid van het auteursrecht en van de kunstwereld waarbij in de auteursrechtelijke werkelijkheid Rubens de onbetwiste maker zou zijn, terwijl op de kunstmarkt een niet aan Rubens (of een andere meester) maar aan een leerling toegeschreven werk slechts een fractie van de waarde heeft, wanneer het letterlijke makerschap door de meester zelf niet aanwijsbaar is.

### 7.5.2 VRIJE KEUZES?

Van Gompel heeft in zijn onderzoek uit 2013 naar creativiteit, vrijheid en persoonlijkheid laten zien dat keuzevrijheid een zeer relatief begrip is.<sup>50</sup> Zowel door externe als zelf opgelegde beperkingen kunnen grote vraagtekens worden geplaatst bij de vermeende vrijheid. Denk bijvoorbeeld aan de financiële ruimte van de kunstenaar, of het nu zijn inkomenssituatie betreft, of het budget dat de opdrachtgever of subsidiënt beschikbaar stelt. Denk aan zelfopgelegde beperkingen die voortvloeien uit de wens om in een bepaalde stijl of binnen een bepaald genre te werken. Vrijheid is kortom een relatief begrip dat niet of nauwelijks een zelfstandige betekenis heeft, buiten de betekenis in de zin van een afbakening van de vrije ruimte die een ontwerper van een werk van toegepaste kunst heeft buiten de door praktische eisen opgelegde keuzes.

### 7.5.3 CREATIEVE KEUZES?

Hoe staat het dan met het begrip creativiteit? Volgens het onderzoek van Van Gompel heeft dit begrip in het auteursrechtelijke domein een andere betekenis dan binnen de geesteswetenschappen. Binnen het auteursrecht zou 'creatief' volgens de jurisprudentie van het Hof uitsluitend betekenen dat de schepping van de maker afkomstig moet zijn.<sup>51</sup>

49 M.A. Smit, 'Prompteursrecht. Prompteur of AI: wie is de baas in de artificiële arena?', *AA* 2025, afl. 1, p. 35-44. De verwijzing naar art. 6 Aw vinden we op p. 40 en de verwijzing naar een tegengestelde opvatting aldaar in noot 65.

50 S.J. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch. A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright', in: M.M.M. van Eechoud (red.), *The work of authorship*, Amsterdam: AUP 2014, p. 95-145.

51 S.J. van Gompel, 'Creativity, autonomy and personal touch. A critical appraisal of the CJEU's originality test for copyright', in: M.M.M. van Eechoud (red.), *The work of authorship*, Amsterdam: AUP 2014, p. 99.

## 7.5.4 DE PERSOONLIJKHEID WEERSPIEGELD?

Met de constatering dat vrijheid relatief is en niet meer dan een voorwaarde om keuzes te kunnen maken, terwijl creatief wordt uitgelegd als persoonlijk, althans als ‘afkomstig van de maker’, slaan wij de weg in van de cirkelredenering; creatief is persoonlijk en de persoonlijkheid weerspiegelen betekent niet meer dan het vereiste dat het werk de eigen individuele uitdrukking is, in de zin van niet overgenomen van een ander.<sup>52</sup> Maar wordt de eigen persoonlijkheid al weerspiegeld, wanneer de uitdrukking niet is overgenomen van een ander? Dat een schepping niet ontleend mag zijn aan een ander is een basaal vereiste; je kunt geen eigenaar worden van iets door over te nemen wat al van een ander is. Met de weerspiegeling van de persoonlijkheid van de maker heeft dat echter weinig te maken. Bij de weerspiegeling van de persoonlijkheid denk je toch al gauw aan herkenning van de persoon van de maker in het werk. In *Painer* overweegt het Hof: ‘Met die diverse keuzes is de auteur van een foto dus in staat, zijn werk een “persoonlijke noot” te geven.’<sup>53</sup> Maar wat daar onder moet worden verstaan maakt het Hof niet duidelijk.<sup>54</sup> Szpunar heeft het over een ‘persoonlijk tintje’ zonder duidelijk te maken wat hij daarmee bedoelt.<sup>55</sup> De termen ‘noot’ en ‘tintje’ roepen niet het gevoel op van een cruciaal vereiste of wezenskenmerk van de beschermde schepping. Dat ondergeschikte, terloopse karakter wordt misschien verklaard door de gedachte dat voor de weerspiegeling van de persoonlijkheid in een foto (*Painer*) of bij toegepaste kunst (*Mio/Konektra*) minder ruimte is. Bevredigend, laat staan verhelderend, is het niet. In jurisprudentie en literatuur worden de begrippen ook nog eens door elkaar gebruikt en te midden van andere begrippen: vrij, creatief, persoonlijk, oorspronkelijk, individueel, origineel, kunstzinnig. De begrippen worden bovendien niet alleen door elkaar en naar elkaar verwijzend gebruikt, maar in de lidstaten ook uiteenlopend uitgelegd.<sup>56</sup> Per saldo moet je concluderen dat deze onduidelijkheid van de begrippen haaks staat op de gedecideerde toon van de Europese jurisprudentie, als ware sprake van een scherpomlijnd criterium

52 S.J. van Gompel, ‘Creativity, autonomy and personal touch. A critical appraisal of the CJEU’s originality test for copyright’, in: M.M.M. van Eechoud (red.), *The work of authorship*, Amsterdam: AUP 2014, p. 127; zie ook concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 30.

53 HvJ EU 1 december 2012, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, par. 92 (*Eva-Maria Painer*).

54 De rechter wordt voor een onmogelijke opgave geplaatst. M. Roels stelt dat een individuele of persoonlijke stijl voortvloeit uit de intrinsieke psychologische toestand van de maker en volgt uit diens vrije en creatieve keuzes. Op die manier veruitwendigt de maker volgens Roels diens persoonlijkheid, geheel of gedeeltelijk, in de vormkenmerken van diens creaties. Ga er maar aan staan. M. Roels, *Auteursrecht 2025/04* (nog te verschijnen).

55 Concl. A-G M. Szpunar 8 mei 2025, ECLI:EU:C:2025:330, par. 41.

56 Vanwege de veelheid, vaagheid en volatilititeit van de begrippen, hun grote dogmatische belang en hun lange geschiedenis in het auteursrecht volsta ik met een concluderende verwijzing naar J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk nr. 1E2), Deventer: Wolters Kluwer 2019/3,8 en ook naar het door hen in par. 3.7 aangehaalde onderzoek ‘The different notions of a copyright protected work in Europe’, *GRUR Int.* 2014, afl. 12, p. 1097 e.v.

en van A-G Szpunar die een einde wil maken aan de lidstatelijke neiging om begrippen uit de eigen rechtscultuur te blijven gebruiken.<sup>57</sup>



58

‘In ‘t algemeen slechts kan men weten, dat kunst de allerindividueelste expressie van de allerindividueelste emotie moet zijn.’<sup>59</sup>

## 7.6 Conclusie

Het is niet voor niets en op het eerste gezicht ook een enorme verdienste dat A-G Szpunar in zijn conclusie is gaan hameren op het uitsluitend toepassen van het criterium en van de terminologie van de vrije, creatieve keuzes die de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen. Alleen, het hameren klinkt ongemakkelijk hol omdat de begrippen zo leeg worden gelaten door het Hof. Met een Europeawijd gebruik van uitsluitend een communautaire toverspreuk zijn wij er nog niet. Laat staan bij het auteursrechtelijk beoordelen van een concreet kunstwerk. Het aanwijzen van de kunst als een domein waar de scheppingen, behoudens tegenbewijs, auteursrechtelijk beschermd zullen zijn, is een routesuggestie naar een mijnenveld. Het is bovendien een zwaktebod, omdat de jurist zonder zelf een scherpe omschrijving te leveren en zonder consequent gebruik van zijn begrippen, al naar de vakkringen en deskundigen van musea verwijst. Het is ook de vraag of het veel oplevert om de kunst aan te wijzen als een domein waar een bewijsvermoeden van auteursrechtelijke bescherming geldt.

Doet het niet ook denken aan de genoemde presentatietheorie; het is kunst als de kunstenaar het kunst noemt? Te vrezen valt dat ook de kunstenaars de juristen niet kunnen helpen met het verwoorden hoe de persoonlijkheid in het werk wordt weerspiegeld: ‘De woorden die een kunstenaar uit zijn mond laat rollen zijn ongeveer even relevant voor zijn werk als de klanken die tennissers uitstoten voor het slaan van een bal’, aldus Lucian Freud.<sup>60</sup> En ook het inzage bieden in de totstandkomingsgeschiedenis zou weleens op een teleurstelling kun-

57 Willem Kloos, ‘Literaire Kroniek XXII’, *De Nieuwe Gids* (6) 1891, deel 1, afl. 1, p. 144-145.

58 V.l.n.r.: de Tachtigers Willem Witsen, Willem Kloos, Hein Boeken en Maurits van der Valk. Foto Joseph Jessurun de Mesquita 1888.

59 Willem Kloos, ‘Literaire Kroniek XXII’, *De Nieuwe Gids* (6) 1891, deel 1, afl. 1, p. 144-145.

60 J. Barnes, *Hm, hé, ha, kunst en woorden*, Amsterdam: Uitgeverij Atlas 2019, p. 24.

nen uitdraaien: ‘Bij het scheppen van een kunstwerk kan het soms van even groot belang zijn om niet te weten wat je doet, en zelfs waarom je het doet, als om dat wel te weten.’<sup>61</sup> Misschien zou een rationelere variant voor de rechter moeten zijn dat bij het vormen van een oordeel, het van even groot belang is om te weten dat het onmogelijk is om een criterium te ontwikkelen dat in gelijke gevallen en ongeacht waar en door welke rechter het wordt toegepast, steeds tot dezelfde voorspelbare uitkomst moet kunnen leiden, als om dat criterium wel te blijven zoeken. De aanvaarding van deze opgave is passender dan te erkennen dat het auteursrecht geen exacte wetenschap is, maar tegelijkertijd te doen alsof dat toch zo is.<sup>62</sup>



Opnieuw Giuseppe Penone<sup>63</sup>

61 J. Barnes, *Hm, hé, ha, kunst en woorden*, Amsterdam: Uitgeverij Atlas 2019, p. 26. Al zagen we dat Sol LeWitt hier heel anders over denkt, maar hij plaatst ons dan weer voor het probleem dat hij het prima vindt om te volstaan met de voorgeschiedenis en in het geheel geen visuele weergave te veroorzaken.

62 J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht* (Recht en Praktijk nr. IE2), Deventer: Wolters Kluwer 2025/3.14.

63 [rilegno.org/giuseppe-penone/](https://rilegno.org/giuseppe-penone/), De persoonlijkheid weerspiegeld?