

Non-Fungible Tokens en auteursrecht

Bb 2021/98

1. Inleiding

Het internet is weer een ingewikkeld maar intrigerend fenomeen rijker: *non-fungible tokens* ('NFT's'). Ingewikkeld, want NFT's maken gebruik van blockchaintechnologie. Intrigerend, want de objecten die middels NFT's worden verhandeld wisselen niet zelden voor astronomische bedragen van eigenaar. De handel in NFT's geeft aanleiding tot de nodige vragen. Wat is een NFT eigenlijk, en wat verkrijgt de koper van een NFT precies? Omdat NFT-transacties veelal betrekking hebben op digitale kunstwerken, is vanuit juridisch perspectief bovendien interessant de vraag hoe NFT's zich verhouden tot het auteursrecht. In dit artikel zal, mede met het auteursrecht in het achterhoofd, in grote lijnen het wezen van de NFT worden besproken, de vraag naar het "eigendom" van een NFT worden aangestipt en zullen verschillende aspecten (zowel positief als negatief) van deze digitale hype aan bod komen. We beginnen echter eerst met een korte toelichting op de technische basis van NFT's: de blockchain.

2. De blockchain

NFT's zijn, net als cryptovaluta, gekoppeld aan de blockchain; een publiek register ("*shared ledger*"), dat bijhoudt wie wat bezit. De transactiegegevens in de *ledger* zijn zodanig gecodeerd dat zij niet kunnen worden vervalst, omdat dit grootboek door duizenden computers over de hele wereld wordt bijgehouden.² Er is sprake van collectieve verificatie: het geautomatiseerde consensusmechanisme in de blockchain zorgt ervoor dat nieuwe gegevens consistent zijn met eerdere gegevens.³ Manipulatie en vervalsing van de gegevens is daardoor uiterst lastig. Iedereen die toegang heeft tot de betreffende blockchain, heeft immers toegang tot dezelfde volledige transactiegeschiedenis en de mogelijkheid om de geldigheid van alle *records* te verifiëren. Verreweg de meeste NFT's zijn gekoppeld aan de blockchain die ook wordt gebruikt voor de verhandeling van de bekende cryptomunt Ethereum.⁴

3. Non-Fungible Tokens: wat zijn het?

NFT's zijn dus, net als cryptovaluta, gekoppeld aan een blockchain. NFT's verschillen echter van cryptovaluta in die zin dat zij onderling niet-uitwisselbaar ('non-fungible') zijn, daar waar cryptovaluta dat wél zijn. Dit laat zich als

volgt toelichten. Net als gewoon geld zijn cryptovaluta uitwisselbaar; alle munten van dezelfde valuta vertegenwoordigen dezelfde waarde. Neem Bitcoin; alle Bitcoins hebben dezelfde waarde. Gevolg hiervan is dat een Bitcoin uitwisselbaar is tegen ieder andere willekeurige Bitcoin. De ene Bitcoin is niet van de andere te onderscheiden. Dat is anders bij NFT's. Een NFT fungeert als bewijs van 'eigendom' van een uniek (digitaal) object, zoals een digitaal kunstwerk. De waarde van een NFT vloeit dan ook juist voort uit het feit dat deze uniek is; er is geen andere NFT die naar hetzelfde object verwijst. De koper van een NFT verkrijgt als enige zeggenschap over een code op de blockchain die verwijst naar dat digitale kunstwerk. De koper kan de NFT doorverkopen, of deze in zijn digitale portefeuille ('wallet') houden.

Vanwege de aanzienlijke kosten die daarmee gepaard gaan, worden de digitale objecten waarop NFT's betrekking hebben in de regel niet zelf op de blockchain opgeslagen. In technische zin verwijst een NFT slechts naar digitale objecten die buiten de blockchain zijn opgeslagen waar zij via een internetlink vindbaar zijn (praktisch zijn ze dus "ergens op het internet" opgeslagen). Die link is opgenomen in de NFT-code.⁵

NFT's ontstaan niet vanzelf; zij dienen te worden "gemint" alvorens ze kunnen worden verkocht. *Minten* is het proces waarbij een digitaal object, of althans de link naar dat object, in een unieke code op de blockchain wordt vastgelegd.

4. "Eigendom" van NFT's – overdracht van auteursrecht?

Door de technische kenmerken van NFT's is het lastig deze in de bestaande opvattingen over eigendom te plaatsen.⁶ Net kwam al aan de orde dat een NFT feitelijk fungeert

1 Jasper Klopper en Pauline Springorum zijn advocaat respectievelijk juridisch medewerker bij Visser Schaap & Kreijger te Amsterdam.

2 Dit is in essentie de reden waarom het gebruik van blockchain buitensporig veel energie kost. De daarmee verband houdende milieuschade wordt in dit artikel verder niet besproken.

3 A. Giannopoulou e.a., 'The Rise of Non-Fungible Tokens (NFTs) and the Role of Copyright Law – Part I', *Kluwer Copyright Blog* 14 april 2021.

4 Betaling vindt dan ook vaak plaats in deze cryptovaluta.

5 T. Hoeren & W. Prinz, 'Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht', *CR* 8/2021.

6 Dit geldt in bredere zin voor de meeste digitale ontwikkelingen en daaruit voortvloeiende producten, diensten of waarde. Zo laat bijvoorbeeld het begrip 'data' zich vermogensrechtelijk lastig kwalificeren: "eigendom" van data stuit af op het feit dat dit begrip in de definitie van artikel 5:1 BW is gekoppeld aan "zaken", ofwel voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Zoals Tjong Tjin Tai uitvoerig laat zien (T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Data in het vermogensrecht*, *WPNR* 7085 (2015)) wil dat niet zeggen dat niet langs andere weg een met eigendom vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt, waarbij hij benadrukt dat van belang is helder te hebben wat men precies met 'data' bedoelt: een concreet bestand (ten aanzien waarvan typische eigenaarsbevoegdheden al redelijk geregeld zijn of contractueel geregeld kunnen worden) of "data" in ruimere zin, waar het gaat om een verscheidenheid aan elementen die alle voor feitelijke en juridische beheersing vatbaar zijn via de op ieder element van toepassing zijnde regels (variërend van goederenrecht en privacy tot insolventie- en IE-recht). Zie (onder veel meer) ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Privaatrecht voor het digitale domein', in: E.M.L. Moerel et al., *Homo Digitalis: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2016-1*, Deventer: Wolters Kluwer 2016; R.M. Wibier, 'Big data en goederenrecht', *WPNR* 2016/7110; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Een goederenrechtelijke benadering van databestanden, *NJB* 2018/1242; E.F. Verheul, Revindicatie van data in de cloud, *Ars Aequi* 2018, p. 578-589; V. Tweehuysen, Goederenrechtelijk puzzelen met bitcoins, *Ars Aequi* 2018, p. 602-610; V. Mak, Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?, *Ars Aequi* 2018, p. 664-671; J.L. Naves, Data in de rechtspraak, *Computerrecht* 2018/2.

als eigendomsbewijs van een specifiek digitaal object (dat “ergens op het internet” staat opgeslagen). Die ‘eigendom’ ziet in beginsel op het specifieke digitale object waarop de transactie betrekking heeft. Eigendom van een NFT impliceert echter geenszins eigendom van het auteursrecht op het onderliggende werk. Het auteursrecht blijft, tenzij anders afgesproken, bij de oorspronkelijke maker. Dat is niets nieuws: auteursrechtelijk is de drager van een werk niet hetzelfde als het auteursrecht op dat werk; wie een schilderij koopt is eigenaar van het doek maar geen auteursrechthebber. Dit laat zich in relatie tot NFT's het beste uitleggen aan de hand van een voorbeeld. In februari 2021 werd een “Nyan Cat meme” verkocht in de vorm van een NFT voor het bescheiden bedrag van bijna 600.000 Amerikaanse dollar.⁷ De NFT in kwestie had betrekking op een GIF-animatie⁸ van een kat. Deze GIF kan nog steeds door derden worden bekeken, gedownload, gekopieerd en gedeeld op het internet, auteursrechtelijk relevante handelingen die echter geen inbreuk maken op de rechten van de *eigenaar* van de NFT.⁹ De koper verkreeg enkel een feitelijke exclusiviteit: een unieke digitale kopie.¹⁰ Het auteursrecht op de digitale afbeelding zelf ligt nog steeds bij de maker daarvan. Een gerechtvaardigde vraag die in dit verband opkomt is of de gecreëerde exclusiviteit – en daarmee ook de waarde – in feite niet illusoir is. Digitale bestanden zijn eenvoudig te kopiëren zodat met één druk op de knop de uniciteit ongedaan kan worden gemaakt. Zonder andersluidende afspraken is er niets dat de maker van het werk in kwestie ervan weerhoudt van datzelfde werk nog meer NFT's te minten en in omloop te brengen.¹¹ Bovendien kunnen ook niet-rechthebbende derden dat doen (“piraterij”), zie hierna. Natuurlijk kán contractueel worden overeengekomen dat de NFT-transactie gepaard gaat met de overdracht van auteursrechten, maar dat zal echter veelal niet het geval zijn (hetgeen overigens ook vrijwel nooit het geval is bij de verkoop van een kunstwerk in de fysieke wereld). Vanuit Nederlands perspectief kan in dit verband nog worden opgemerkt dat een daadwerkelijke overdracht van auteursrecht (of een exclusieve licentie) slechts bij akte mogelijk is, hetgeen in digitale context bepaald geen vanzelfsprekendheid is.¹²

Buiten (overdracht van) het auteursrecht zijn er natuurlijk andere manieren om te proberen de uniciteit te borgen van een NFT. Zo werd bij de NFT-verkoop van het – op internet – beroemde ‘Charlie bit my finger’ filmpje, waarin twee broertjes te zien zijn, afgesproken dat dit filmpje na verkoop zou worden verwijderd van het platform waarop het

bekend werd (YouTube).¹³ Als ‘extraatje’ verkreeg de koper van de NFT bovendien de mogelijkheid om nieuwe content te creëren met medewerking van de twee broers die op het originele filmpje te zien waren.¹⁴

5. Ongeautoriseerde “tokenization”

Hiervoor is al besproken dat manipulatie en vervalsing van de transactiegegevens op de blockchain bijzonder lastig is. Hoewel dit onverkort geldt voor NFT's, betekent dit niet dat de handel daarin zonder risico's is. Vanuit auteursrechtelijk perspectief kan hier worden gewezen op het risico dat de *minter* van een NFT geen rechthebbende is van het onderliggende werk dat via de NFT wordt verkocht. Eenieder kan immers een werk *minten* tot een NFT; ook het werk van een ander. Het is dus niet ondenkbaar dat NFT's in de toekomst veelvuldig aanleiding zullen geven tot vorderingen van auteursrechthebbers jegens niet rechthebbende *minters* van NFT's (of verkopers van zulke “valse” NFT's) op grond van onrechtmatige toeschrijving en schending van auteursrechten.¹⁵ Hier lijkt een rol te zijn weggelegd voor de tussenpersonen (platforms) die NFT-transacties mogelijk maken. Dergelijke platforms kunnen, naast het opnemen van duidelijke bepalingen omtrent auteursrechten in hun *terms of service*,¹⁶ wellicht procedures inrichten waarmee auteursrechten of eigendom van verhandelde werken zoveel mogelijk worden geverifieerd. Ook kunnen NFT's preventief worden geverifieerd door de digitale artiest zelf, door publiekelijk mee te delen welke NFT het originele token is dat door hem is gecreëerd en bij zijn kunstwerk hoort. Wanneer een onbevoegd persoon vervolgens een andere NFT mint, kunnen potentiële kopers gemakkelijk zien of het om een vervalsing gaat of niet.¹⁷

6. Voordelen van NFT's

De meeste NFT's geven geen auteursrecht op het onderliggende werk, maar dat is in de fysieke kunsthandel niet anders. Wat is dan toch de aantrekkingskracht juist van NFT's, en waarom hebben NFT's de afgelopen paar maanden tot zoveel internet-ophef hebben geleid? Waarschijnlijk precies die ophef zelf: hoe meer hype, hoe meer waarde. Online lijken de meest aangehaalde beweegredenen dan ook de

7 De transactie werd afgerekend tegen 300 Ethereum, waarvan de koers ten tijde van de transactie ongeveer USD 590.0000 bedroeg.

8 GIF staat voor *graphics interchange format*.

9 Ethereum-Based Nyan Cat Meme Art Sells for Nearly >00,000 (businessinsider.com).

10 I. Lapatoura, ‘Copyright & NFTs of Digital Artworks’, *IPKat* 23-03-2021.

11 De maker van de Nyan Cat meme heeft overigens te kennen gegeven niet van plan te zijn hetzelfde bestand nogmaals als NFT te verkopen.

12 Zie artikel 2 lid 3 van de Auteurswet.

13 Dit filmpje is op YouTube ruim 80 miljoen keer bekeken. Na de NFT verkoop is het ook daadwerkelijk van YouTube verwijderd. Daarbij moet volledigheidshalve wel worden opgemerkt dat illegale digitale kopieën op internet altijd veelvuldig beschikbaar blijven. Ook filmpjes waar de broers, jaren later, zelf aan het woord komen zijn gewoon te vinden.

14 “Charlie Bit My Finger” video will be taken off YouTube after NFT sells for \$ 760,000 - CBS News.

15 Zo had bijvoorbeeld kunstenaar Corbin Rainbolt nooit toestemming verleend voor het *minten* van NFT's van zijn werk: <https://twitter.com/CorbinRainbolt/status/1369433485086195717>.

16 Zo heeft ‘Cryptokitties’, een op Ethereum gebaseerd blockchain spel waarbij spelers virtuele ‘kitties’ kunnen fokken, kopen en verkopen, een eigen NFT-licentie gecreëerd met de bedoeling “the rights of both owners of (...) non-fungible tokens (NFTs) as well as artists and creators working with NFTs” te verduidelijken, zie <https://www.nftlicense.org/>.

17 T. Hoeren & W. Prinz, ‘Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht’, *CR* 8/2021.

zogenoemde *bragging rights*. Ook de hoop de NFT voor méér door te kunnen verkopen dan het aankoopbedrag, als belegging of speculatie, lijkt een rol te spelen. Hoewel ietwat speculatief, lijkt het vooral ook het digitale karakter en de nieuwigheid van het fenomeen dat aandacht vraagt, want als het om ophef, geld en schandalen gaat is in de fysieke kunstwereld ook genoeg te beleven. Het is alleen niet nieuw.¹⁸

Afgezien van de 'hyperigheid' en de hiervoor beschreven problemen zitten er toch ook positieve kanten aan het NFT-verschijnsel. Zo stelt de verhandeling van kunst via NFT's makers in staat om hun eigen (digitale) werk online aan te bieden waar ook ter wereld, zonder gebruik van traditionele dure tussenpersonen als galeriehouders en veilinghuizen. NFT's bieden makers dus de mogelijkheid zelf hun digitale werk gemakkelijk te verspreiden en daar een vergoeding voor te innen (een soort 'empowerment' van de maker dus). Wanneer de blockchain bovendien leidt tot het verwijderen van traditionele tussenpersonen tussen artiest en publiek, wordt een directe relatie mogelijk waarbij makers rechtstreeks gebruik van hun werk kunnen autoriseren. Daarnaast biedt de NFT-handel kunstenaars nieuwe *merchandising* mogelijkheden, en dus een extra bron van inkomsten.

7. Conclusie

Dat de handel in NFT's kunstenaars en kunstliefhebbers nieuwe mogelijkheden biedt, is duidelijk. Kopers dienen zich echter bewust te zijn van het feit dat een NFT vaak geen juridisch eigendom verschaft en al helemaal geen auteursrechtelijke aanspraken verschaft met betrekking tot de inhoud van de token, noch mogelijkheden biedt om dergelijke rechten af te dwingen. Er kán worden afgesproken dat de koop van de NFT gepaard gaat met de overdracht van het auteursrecht, maar dat zal in de praktijk niet vaak het geval zijn. Wat wordt gekocht is misschien boven alles het idee van waarde en schaarste, maar in feite verkrijgt de koper van een NFT in de regel niet meer dan een 'unieke' digitale kopie. En wat is een dergelijke kopie nu echt waard?

Het is op dit moment te vroeg om te beoordelen of NFT's *here to stay* zijn, of dat het slechts gaat om een hype die geen lang leven beschoren is. De tijd zal het leren. Het is echter bepaald niet uitgesloten dat met de NFT-handel met het verstrijken van de tijd meer volwassen – en dus veiliger – wordt, zoals dat ook voor tal van andere digitale ontwikkelingen geldt.

18 Zie bijvoorbeeld Pieter van Os en Arjen Ribbens, Tussen kunst en cash – hoe geld de Nederlandse kunstwereld corrupteert, Amsterdam 2021.