

# Cryptoactiva en internationaal privaatrechtelijk goederenrecht: putting a square peg in a round hole

Mr. I. Koumans \*

## 1 Inleiding

De intrede van blockchaintechnologie en andere vormen van *distributed ledger technology* (hierna: DLT) en de opkomst van cryptoactiva<sup>1</sup> zijn voorbeelden van ontwikkelingen die bijdragen aan het digitaliseren van de samenleving. Deze ontwikkelingen hebben ook gevolgen voor ons vermogen en roepen vragen van vermogensrechtelijke aard op.<sup>2</sup> Zo is in de Nederlandse literatuur onder meer aandacht besteed aan de kwalificatie,<sup>3</sup> overdraagbaarheid<sup>4</sup> en verpandbaarheid<sup>5</sup> van cryptoactiva. Ook zijn er bijdragen verschenen over het beslaan van

cryptoactiva<sup>6</sup> en de positie van cryptoactiva in faillissement.<sup>7</sup> In deze bijdragen worden de centraal staande rechtsvragen steeds benaderd vanuit Nederlands recht. De (voor)vraag of Nederlands recht van toepassing is, wordt daarbij buiten beschouwing gelaten.<sup>8</sup> De vraag naar het toepasselijke recht op (transacties met) cryptoactiva is wel van belang, zeker zolang er nog geen sprake is van een mondiale regeling van eenvormig privaatrecht. Het behoeft geen uitleg dat transacties met cryptoactiva niet slechts op nationaal niveau plaatsvinden. Sterker nog: door het onstoffelijke, digitale karakter lenen deze objecten zich juist voor grensoverschrijdende handel.<sup>9</sup> Vóórdat vragen omtrent overdracht en verkrijging van cryptoactiva kunnen worden beantwoord, zal vastgesteld moeten worden wat het toepasselijke recht is.<sup>10</sup>

In de internationale rechtswetenschappelijke literatuur komt het belang van de internationaal privaatrechtelijke aspecten van cryptoactiva steeds nadrukkelijker naar voren.<sup>11</sup> Lehmann noemt het vaststellen van het toepasselijke recht op 'overdracht' van cryptoactiva bijvoorbeeld een fundamenteel probleem, en stelt:

\* Mr. I. Koumans is werkzaam bij Hekkelman advocaten in Nijmegen als juridisch medewerker.

De auteur schreef dit artikel toen zij als docent en onderzoeker aan de Radboud Universiteit verbonden was. Zij bedankt H.L.E. Verhagen, S.E. Bartels en V. Tweehuysen voor hun opmerkingen bij eerdere versies van dit artikel. De ondertitel van dit artikel is ontleend aan het in de inleiding opgenomen citaat van Lehmann uit M. Lehmann, *Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain* (EBI Working Paper Series 2019, no. 42), 2019, p. 3.

1 Er bestaat voorsnog geen eenduidige definitie van het begrip *cryptoactiva*. In dit artikel sluit ik aan bij de betekenis van het in de MiCA-verordening gebezigde begrip *cryptoactivum*. Ik hanteer in de hoofdstekst de meervoudsvorm cryptoactiva. Onder cryptoactivum wordt volgens art. 3 lid 1 onder 5 MiCAR verstaan: 'een digitale weergave van een waarde of een recht die elektronisch kan worden overgedragen en opgeslagen, met gebruikmaking van distributed-ledger-technologie of vergelijkbare technologie'. Bitcoins en ethers, de twee soorten cryptoactiva die ik in dit artikel meerdere malen aanhaal, vallen beide onder deze definitie. Zie Verordening (EU) 2023/1114 van het Europees Parlement en de Raad van 31 mei 2023 betreffende cryptoactivamarkten en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 1095/2010 en Richtlijnen 2013/36/EU en (EU) 2019/1937 (MiCAR).

2 Vgl. C. Wendehorst, *Proprietary Rights in Digital Assets and the Conflict of Laws*, in: A. Bonomi, M. Lehmann & S. Lalani (red.), *Blockchain and Private International Law*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2023, p. 107.

3 Zie bijv. T.J. de Graaf, *De kwalificatie van bitcoins*, NJB 2019, afl. 1, p. 1-91; V. Tweehuysen, *Goederenrechtelijk puzzelen met bitcoins*, AA 2018, afl. 7, p. 602-610; J.L. Sniijders & Y.C. Tonino, *Goederenrechtelijke status van bitcoin (kapitaalkracht)*, FIP 2018, afl. 6, p. 46-55; W.A.K. Rank, *Betaling in bitcoins: geld of ruilmiddel, betaling of inbetalinggeving?*, AA 2015, afl. 3, p. 177-185.

4 Zie bijv. Tweehuysen 2018, p. 609; I. Koumans, *Verpandbaarheid van NFT's*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 42-47.

5 Zie bijv. D.T. van Loggerenberg, *De onzekere zekerheid van cryptoactiva*, in: M.J. van Loopik & I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 179), Deventer: Wolters Kluwer 2022, hoofdstuk 10; Koumans 2021.

6 Zie bijv. M.J.W. van Ingen & W.J. Smits, *Beslag op bitcoin: (praktisch) onmogelijk?*, BER 2018, afl. 2, p. 17-22; T.J. de Graaf, *Verhaalsbeslag op bitcoins*, TCR 2019, afl. 2, p. 88-94; Van Loggerenberg 2022, par. 10.4.2; Koumans 2021, p. 72-75.

7 Zie bijv. M.J.W. van Ingen & W.J. Smits, *Het faillissementsbeslag in de nieuwe wereldorde*, TvCu 2018, afl. 1, p. 14-17; M.J.W. van Ingen, W.J.G. Smits & M.A.R. Nannings, *Crypto-assets, de curator en de vermogensbelangen van de boedel*, in: E.J. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De taak van de curator*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 367-400.

8 Henckel gaat hier wel op in, zie K. Henckel, *Cryptovaluta in het conflictenrecht: een verkenning*, NIPR 2022, afl. 1, p. 7-27.

9 Vgl. J. Verstappen, *Legal Agreements on Smart Contract Platforms in European Systems of Private Law*, Cham: Springer 2023, p. 328, 350 en 411-412; P. Ortolani, *The Automation of International Contracts: A Private International Law Perspective*, in: C.J.H. Jansen, B.A. Schuijling & I.V. Aronstein (red.), *Onderneming en digitalisering (Onderneming en Recht nr. 116)* (Congresbundel), Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 5.1.

10 Vgl. Lehmann 2019, p. 1.

11 Zie in dit kader de indrukwekkende bundel A. Bonomi, M. Lehmann & S. Lalani (red.), *Blockchain and Private International Law*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2023.

‘The underlying difficulty is that technology is completely delocalized and a-national, while the law is first and foremost made on national level. Therefore, trying to identify the law applicable to DLT seems like putting a square peg in a round hole.’<sup>12</sup>

In dit artikel richt ik mij specifiek op het conflictenrecht inzake goederenrechtelijke kwesties van cryptoactiva. Het bestaande Nederlandse wettelijke kader lijkt op dit punt tekort te schieten: voor veel situaties lijken er geen (bruikbare) conflictregels voorhanden te zijn. In de internationale rechtswetenschappelijke literatuur wordt dit probleem ook gesignaleerd en hebben verschillende auteurs voorstellen gedaan voor conflictregels ten aanzien van goederenrechtelijke kwesties omtrent cryptoactiva. Daarnaast werken organisaties zoals UNIDROIT aan harmonisatie van privaatrechtelijke regels op het gebied van transacties met bepaalde soorten *digital assets*.

In deze bijdrage schets ik aan de hand van een casus de leemte die bestaat op het gebied van het conflictenrecht inzake goederenrechtelijke kwesties omtrent cryptoactiva. Vervolgens besteed ik aandacht aan mogelijke oplossingen. Ik bespreek de door UNIDROIT voorgestelde conflictregel uit de in mei 2023 aangenomen ‘Principles on Digital Assets & Private Law’ en ga dieper in op twee methoden die in de literatuur zijn voorgesteld voor het vaststellen van het toepasselijke recht. Ik vang deze bijdrage aan met een korte bespreking van de methode van het vaststellen van het toepasselijke recht aan de hand van meerzijdige conflictregels en het *lex fori*-leerstuk, omdat dit kader de basis vormt voor zowel het positioneren van de aan de orde zijnde problemen als het formuleren van oplossingsrichtingen.

## 2 Kwalificatie, interpretatie en de rol van de *lex fori*

De methode van het vaststellen van het toepasselijke recht komt in de kern neer op het lokaliseren van een internationale rechtsverhouding in een bepaalde rechtsorde.<sup>13</sup> Dit gebeurt over het algemeen aan de hand van meerzijdige verwijzingsregels (conflictregels).<sup>14</sup> Meerzijdige verwijzingsregels bestaan uit drie componenten: de verwijzingscategorie (het onderwerp van de verwijzing), de aanknopingsfactor (de norm van de verwijzing) en de verwijzing naar het toepasselijke recht (het gevolg van de verwijzing).<sup>15</sup> Ter illustratie: als een in Nederland wonende particulier en een in Frankrijk wonende particulier voor de Nederlandse rechter verschijnen vanwege een geschil over de overdracht van een zich in Nederland bevindend schilderij, beheerst Nederlands recht deze rechtsverhouding. Art. 10:127 BW bepaalt immers dat het goederenrechtelijk regime met betrekking tot een zaak wordt beheerst door ‘het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt’.

De *verwijzingscategorie* betreft in dit geval het goederenrechtelijke regime van een zaak, de *aanknopingsfactor* betreft het land op het grondgebied waarvan de zaak zich bevindt, en het *gevolg van de verwijzing* is de toepasselijkheid van het Nederlandse recht ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van het schilderij.

De eerste stap, het vaststellen van de verwijzingscategorie, betreft een *kwalificatievraag*. Het kwalificeren van de rechtsverhouding helpt met het vinden van de juiste verwijzingsregel. Een onderdeel van het kwalificatieproces betreft het *interpreteren* van de in de verwijzingscategorieën gehanteerde begrippen.<sup>16</sup> Het interpreteren van begrippen uit de verwijzingscategorieën maakt kwalificatie uiteindelijk mogelijk.<sup>17</sup>

In de literatuur heeft discussie plaatsgevonden over de vraag aan de hand van het begrippensysteem van welk rechtsstelsel de kwalificatie – en, als onderdeel van het kwalificatieproces, de interpretatie<sup>18</sup> – dient plaats te vinden.<sup>19</sup> Er zijn verschillende opvattingen verdedigd,<sup>20</sup> waarvan de *lex fori*-opvatting in veel landen, waaronder Nederland, heersend is.<sup>21</sup> De *lex fori*-opvatting houdt kort gezegd in dat het begrippensysteem van het eigen rechtsstelsel heersend is. Dit betekent dat wanneer de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft,<sup>22</sup> het Nederlandse recht in ieder geval toegepast moet worden om de juridische begrippen in de verwijzingsregels uit te leggen, om hierdoor de verwijzingscategorie vast te stellen (oftewel: de rechtsverhouding te kwalificeren).<sup>23</sup> Het eigen begrippensysteem mag niet te beperkt worden uitgelegd. Om recht te doen aan het internationale karakter van de rechtsverhouding worden onder de verwijzingscategorie van het materiële recht ook buitenlandse rechtsfiguren geplaatst die hier in meer of mindere mate op

<sup>12</sup> Lehmann 2019, p. 3.

<sup>13</sup> Asser/Vonken 10-I 2023/150.

<sup>14</sup> Zie over eenzijdige verwijzingsregels, Asser/Vonken 10-I 2023/151.

<sup>15</sup> Asser/Vonken 10-I 2023/372; M.H. ten Wolde, *Handboek internationaal privaatrecht*, Zutphen: Paris 2021, p. 60.

<sup>16</sup> Asser/Vonken 10-I 2023/383. Het *interpreteren* van rechtsbegrippen lijkt sterk op wat wij in het Nederlandse goederenrecht nu juist *kwalificeren* noemen: het classificeren van een object als een bepaald goed, zoals een schilderij als een zaak.

<sup>17</sup> Kwalificatie en interpretatie zijn daarmee in die zin met elkaar verbonden, dat om te beoordelen of een rechtsverhouding ondergebracht kan worden bij een bepaalde verwijzingscategorie (kwalificatie), eerst begrippen binnen de verschillende verwijzingscategorieën en verwijzingsregels moeten worden uitgelegd (interpretatie). Zie Asser/Vonken 10-I 2023/130.

<sup>18</sup> Zie ook Van der Weide, T&C BW, titel 10 Boek 10 BW, aant. 3 (online, bijgewerkt 29 februari 2024); Henckel 2022, p. 14. Het interpreteren wordt door Vonken aangeduid als ‘fase II’ van het kwalificeren, zie Asser/Vonken 10-I 2023/383.

<sup>19</sup> Asser/Vonken 10-I 2023/374; L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 177 e.v.; Ten Wolde 2021, p. 77 e.v.

<sup>20</sup> Namelijk de *lex causae*-opvatting, de *lex fori*-opvatting en de rechtsvergelijkende of autonome opvatting. Zie Asser/Vonken 10-I 2023/374-377; Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 177-178.

<sup>21</sup> Asser/Vonken 10-I 2023/387; Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 115-116.

<sup>22</sup> Hetgeen in ons voorbeeld het geval is door de (stilzwijgende) forumkeuze, zie art. 8 en 9 Rv.

<sup>23</sup> Asser/Vonken 10-I 2023/388-389.

lijken.<sup>24</sup> Dit zou de ‘verruimde lex fori-methode’ kunnen worden genoemd.<sup>25</sup> Een goede illustratie betreft de verwijzingscategorïe van het huwelijk. In het Nederlandse internationaal privaatrecht omvat het huwelijk niet alleen monogame huwelijksrelaties, zoals in het Nederlandse materiële recht het geval is, maar ook polygame huwelijksrelaties en vormloze huwelijken.<sup>26</sup> Strikwerda merkt op dat kwalificatie volgens de lex fori-opvatting strikt genomen niet plaatsvindt aan de hand van de begrippen van het eigen materiële recht, maar aan de hand van het begrippensysteem van het eigen conflictenrecht.<sup>27</sup>

In het voorbeeld van het geschil over de overdracht van een schilderij is kwalificatie geen moeilijke exercitie: door het rechtsbegrip *zaak* uit art. 10:127 BW te interpreteren kan de rechtsverhouding ondergebracht worden bij de verwijzingscategorïe ‘het goederenrechtelijke regime met betrekking tot zaken’. Een schilderij kan immers als zaak zoals bedoeld in art. 10:127 BW worden aangemerkt. Het gemak waarmee kwalificatie in dit voorbeeld plaatsvindt, voedt wellicht de gedachte dat kwalificeren altijd een eenvoudig kunstje is. Vonken merkt over kwalificatie treffend op dat ‘[e]en vergelijking die in [het verband met kwalificatie] graag gemaakt wordt, is die met ademen: kwalificeren geschiedt vrijwel automatisch; men wordt zich ervan pas bewust als zich een complicatie voordoet en dat is maar zelden het geval’.<sup>28</sup> In de volgende paragraaf kom ik terug op het kwalificeren van rechtsverhoudingen en het interpreteren van rechtsbegrippen. Hieruit zal volgen dat het kwalificeren van internationale rechtsverhoudingen in het kader van cryptoactiva gecompliceerd kan zijn.

### 3 Het goederenrechtelijke regime van zaken/ vorderingsrechten/aandelen/giraal overdraagbare effecten ... cryptoactiva

Anders dan bij verbintenissen uit overeenkomst en onrechtmatige daad het geval is,<sup>29</sup> ontbreken op het gebied van het goederenrecht Europese verordeningen of verdragen waarin uniforme verwijzingsregels worden gegeven.<sup>30</sup> Dit betekent dat het vaststellen van het toepasselijke recht ten aanzien van goederenrechtelijke vraagstukken vooral een aangelegenheid

van het commune internationaal privaatrecht is.<sup>31</sup> In het BW bevat titel 10 van Boek 10 (art. 10:126 t/m 10:141) regels met betrekking tot het vaststellen van het toepasselijke recht op het gebied van bijvoorbeeld kwalificatie van goederen, de vereisten voor overdracht en bezwaring en de aard en inhoud van goederenrechtelijke rechten. Deze vraagstukken worden aangeduid als het ‘goederenrechtelijk regime’. In het BW is voorzien in conflictregels ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van vier soorten goederen, namelijk *zaken*, *vorderingsrechten*, *aandelen* en *giraal overdraagbare effecten*. In het feit dat slechts is voorzien in regels ten aanzien van deze vier soorten goederen, ligt het aan de orde zijnde probleem besloten.<sup>32</sup> Kort gezegd komt het erop neer dat cryptoactiva in de regel niet kunnen worden aangemerkt als zaak, vorderingsrecht, aandeel of giraal overdraagbaar effect, en er daarom geen conflictregel voorhanden lijkt te zijn. Aan de hand van een voorbeeld illustreer ik dit. In dit artikel zal vaker op dit voorbeeld worden teruggegrepen.

X BV verkoopt een hoeveelheid cryptoactiva (10 ethers en 4 bitcoins) aan Y GmbH. Door middel van een akte ‘levert’ X de cryptoactiva aan Y.<sup>33</sup> Daarnaast verschaft X aan Y feitelijke controle over de cryptoactiva door de bitcoins en ethers naar het blockchainadres van Y te sturen. Op een later moment wordt de koopovereenkomst tussen X en Y – waarin ex art. 3 Rome I een rechtskeuze is gemaakt voor Nederlands recht – vernietigd wegens misbruik van omstandigheden. Naar Nederlands recht wordt X door de vernietiging van de titel geacht

24 Zie hierover Asser/Vonken 10-I 2023/389; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/252; P. Vlas, IPR en BW (Mon. BW nr. A27), Deventer: Wolters Kluwer 2015/26; Henckel 2022, p. 16; E. Ramaekers, *Lex rei sitae*: een rechtsvergelijkende studie tussen Nederlands en Engels IPR goederenrecht, WPNR 2013, afl. 6992, p. 921-922.

25 Zie over de verruimde lex fori-methode: Asser/Vonken 10-I 2023/388-389; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/248 en 252; Vlas 2015/26; Ramaekers 2013, p. 921-922; Henckel 2022, p. 16.

26 Voorbeeld ontleend aan Asser/Vonken 10-I 2023/389.

27 Strikwerda & Schaafsma 2019, p. 177.

28 Asser/Vonken 10-I 2023/384.

29 Zie t.a.v. verbintenissen uit overeenkomst Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) en t.a.v. niet-contractuele verbintenissen Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

30 F. Ibili, *Goederenrecht* (Praktijkreeks IPR, deel 10), Apeldoorn: Maklu 2014, p. 17.

31 Sommige verdragen, verordeningen of richtlijnen voorzien wel in een IPR-regeling voor een specifiek goederenrechtelijk onderwerp. Denk aan art. 14 van de Rome I-verordening, art. 9 van Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiële zekerheidsvereenkomsten, art. 10 van Richtlijn 2001/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de sanering en de liquidatie van kredietinstellingen en art. 8 en 10 van Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking).

32 Intellectuele-eigendomsrechten kunnen ook niet onder een van de vier genoemde categorieën worden geschaard. Voor intellectuele-eigendomsrechten bestaat een eigen stelsel van verwijzingsregels, neergelegd in verschillende wetten en verdragen. Zie bijv. t.a.v. het auteursrecht art. 5 lid 1 en 2 van de Berner Conventie en art. 47 Auteurswet, en t.a.v. merken, tekeningen of modellen art. 4.8 van het Benelux Verdrag inzake de Intellectuele Eigendom. Zie ook art. 8 Rome II t.a.v. inbreuken op intellectuele-eigendomsrechten. Van oudsher geldt voor de bescherming van intellectuele eigendom de *lex loci protectionis*: het recht van het land waarvoor de bescherming wordt ingeroepen. Er bestaan verschillende opvattingen over de vraag wat de grondslag en reikwijdte van deze verwijzingsregel zijn. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uitgebreid op het conflictenrecht t.a.v. intellectuele-eigendomsrechten in te gaan. Ik verwijs de geïnteresseerde lezer naar: S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht*. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling (Recht en Praktijk nr. IE1), Deventer: Kluwer 2009; Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2022/1040-1046; 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 2019/18.16; L.J. Braams, *Goederenrechtelijke rechtskeuze in het IE-recht*, een goed idee?, IER 2019, afl. 5, p. 261-267.

33 In dit voorbeeld wordt geabstraheerd van de vraag hoe cryptoactiva gekwalificeerd kunnen worden en of zij overdraagbaar zijn. ‘Overdracht’ van cryptoactiva vindt in de praktijk al plaats, het voorbeeld strookt daarom met de praktische werkelijkheid.

altijd eigenaar te zijn gebleven.<sup>34</sup> X eist daarom van Y zijn cryptoactiva terug. Volgens Y wordt de overdracht echter niet door Nederlands recht beheerst, maar door Duits recht. Duitsland kent een abstract stelsel van overdracht, wat betekent dat een geldige titel voor overdracht niet vereist is.<sup>35</sup> De vernietiging van de titel heeft naar Duits recht daarom geen gevolgen voor de geldigheid van de overdracht. Stel dat de Nederlandse rechter bevoegd is op grond van een door partijen gemaakte forumkeuze. Welke vordering kan X dan instellen?<sup>36</sup> Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet vastgesteld worden welk recht de overdracht van de cryptoactiva tussen X en Y beheerst.

Wanneer we proberen vast te stellen aan de hand van welk recht beoordeeld moet worden of er een geldige overdracht heeft plaatsgevonden, stuiten we op problemen. Aan de hand van de verruimde *lex fori*-methode wordt bepaald of de bitcoins en ethers ondergebracht kunnen worden bij de conflictregels voor zaken, vorderingsrechten, aandelen of giraal overdraagbare effecten uit titel 10.10 BW.<sup>37</sup> Omdat de zaak in casu dient voor de Nederlandse rechter, is het begrippensysteem van het Nederlandse conflictenrecht van toepassing op deze vraag. Bij cryptoactiva is het kwalificeren van de rechtsverhouding moeilijker dan bij het schilderij uit het voorbeeld dat ik eerder gaf. Er bestaat namelijk een breed scala aan cryptoactiva en afhankelijk van het type blockchain waarop zij zijn uitgegeven en de wijze waarop de cryptoactiva ontwikkeld en geprogrammeerd zijn, kunnen cryptoactiva trekken vertonen van zaken, aandelen, vorderingsrechten, giraal overdraagbare effecten of geen van alle. Een rol hierin speelt het onderscheid tussen *permissioned* en *permissionless* blockchains.<sup>38</sup>

Permissioned blockchains zijn blockchains met een bepaalde vorm van toegangscontrole.<sup>39</sup> Er is een centrale entiteit of een bepaalde groep van deelnemers betrokken die autoriteit en beslissingsmacht heeft. Permissioned blockchains zijn daardoor niet volledig ‘open’, maar (deels) gesloten. Toegang tot een permissioned blockchain is afhankelijk van toestemming van

de centrale entiteit of een bepaalde groep van deelnemers.<sup>40</sup> Permissionless blockchains zijn daarentegen open en zonder voorafgaande toestemming toegankelijk voor nieuwe deelnemers.<sup>41</sup> Bij dit type blockchain is er geen centrale autoriteit aanwezig. De bitcoinblockchain en de ethereumblockchain zijn bekende voorbeelden van permissionless blockchains. Op dit moment zijn de meeste blockchains permissionless.<sup>42</sup>

Bij cryptoactiva op een sterk gedecentraliseerde permissionless blockchain, zoals de bitcoins en ethers uit ons voorbeeld, zal naar geldend recht het aanmerken van deze activa als vorderingsrecht, aandeel of giraal overdraagbaar effect niet voor de hand liggen.<sup>43</sup> Bij bitcoins en ethers is er immers geen centrale instantie of andere partij waartegen een vordering kan worden ingeroepen.<sup>44</sup> Van een vorderingsrecht kan daarom geen sprake zijn. Omdat er geen uitgevende vennootschap betrokken is, kan er ook geen sprake zijn van de kwalificatie als aandeel.<sup>45</sup> Ten slotte is ook de kwalificatie als giraal overdraagbaar effect uitgesloten, nu er geen tussenpersoon betrokken is die een rekening bijhoudt waarin de ‘effecten’ worden geadmineistreerd.<sup>46</sup> Op de kwalificatie als zaak kom ik nog terug.

Gaat het echter om andersoortige cryptoactiva, die bijvoorbeeld zijn uitgegeven op een permissioned blockchain waarbij er sprake is van een centrale uitgever die aan de cryptoactiva een bepaalde vorm van ‘aandeelhoudersrechten of -verplichtingen’ heeft toegekend, zoals stemrecht en winstrecht in de betreffende organisatie, dan komt het aanmerken als aandeel dichter in de buurt. In zulke gevallen kan mogelijk aansluiting

34 Asser/Sieburgh 6-III 2022/637.

35 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/273.

36 Deze vraag is met name prangend wanneer Y GmbH failliet wordt verklaard.

37 Hiervoor moeten de begrippen *zaak*, *vorderingsrecht*, *aandeel* en *giraal overdraagbaar effect* worden geïnterpreteerd, zie par. 2.

38 *Permissionless* blockchains worden ook wel publieke blockchains genoemd. *Permissioned* blockchains zijn echter niet noodzakelijk private blockchains. Voor meer informatie over permissioned en permissionless blockchains, zie I. Bashir, *Mastering Blockchain*, Birmingham: Packt Publishing 2020, p. 26, 27, 659 en 746; P. De Filippi & A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Londen: Harvard University Press 2018, p. 31-32; O. Konashevych, *Why ‘Permissioned’ and ‘Private’ Are Not Blockchains*, raadpleegbaar via [papers.ssrn.com](https://papers.ssrn.com) (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024); Public, Private, Permissioned Blockchains Compared, [investopedia.com](https://investopedia.com) (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024); Permissioned Blockchain, [developer.oracle.com](https://developer.oracle.com) (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024).

39 De Filippi & Wright 2018, p. 31-32; Permissioned Blockchain, [developer.oracle.com](https://developer.oracle.com) (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024).

40 Permissioned Blockchain, [developer.oracle.com](https://developer.oracle.com) (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024).

41 De Filippi & Wright 2018, p. 31-32; Bashir 2020, p. 26; Permissioned Blockchain: Definition, Examples, Vs. Permissionless, [investopedia.com](https://investopedia.com) (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024).

42 Zie B. Yüksel Ripley, *Cryptocurrency Transfers in Distributed Ledger Technology-Based Systems and Their Characterisation in Conflict of Laws*, in: J. Borg-Barthet e.a. (red.), *From Theory to Practice in Private International Law: Gedächtnisschrift für Professor Jonathan Fitchen*, Camden: Bloomsbury Publishing 2024, p. 4, online geraadpleegd via [papers.ssrn.com](https://papers.ssrn.com).

43 Henckel gaat uitgebreid in op de mogelijke kwalificatie als vorderingsrecht, aandeel en giraal overdraagbaar effect, zie Henckel 2022, p. 17-22. Ik heb in dit artikel dankbaar gebruikt gemaakt van haar analyses hierover. Over de kwalificatie als vorderingsrecht, zie ook De Graaf 2019.

44 Over vorderingsrechten algemeen, zie A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen* op naam (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 43), Deventer: Kluwer 2007/6.2.1. Over bitcoin als vorderingsrecht, zie (afwijzend) Tweehuysen 2018, p. 606-607; R. Koolhoven, *Over geldvoorwerpschulden en de betaling met bitcoins*, in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Dwingend privaatrecht op maat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 88-89 en 94; J. Verstappen, *The future is meow. Een verkenning van vermogensrechtelijke en auteursrechtelijke kwalificaties van non-fungible tokens*, AA 2021, afl. 10, p. 982-984. Anders is de situatie dat men de bitcoins onderbrengt bij een platform dat de bitcoins in ‘bewaring’ neemt. De *aanspraak* die de rechthebbende van de bitcoins op het platform heeft, kan worden gekwalificeerd als vorderingsrecht. Zie hierover J.W.A. Biemans, *Beslag op en executie van domeinnamen en bitcoins*, in: S.J.W. van der Putten & M.R. van Zanten (red.), *Compendium beslag- en executierecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 576.

45 Zie ook Henckel 2022, p. 19-20.

46 Zie Henckel 2022, p. 20-22.



worden gezocht bij de conflictregel voor aandelen uit art. 10:138 BW. In andere gevallen, afhankelijk van hoe de betreffende cryptoactiva ontwikkeld en geprogrammeerd zijn, kan aansluiting bij de regels van vorderingsrechten of giraal overdraagbare effecten meer voor de hand liggen.<sup>47</sup> Per geval zal moeten worden bekeken of de betreffende cryptoactiva, al dan niet bij wijze van analogie, ondergebracht kunnen worden bij een van de in titel 10.10 BW genoemde categorieën.

De categorie goederen waaraan ik nog geen aandacht heb besteed, zijn *zaken*. In eerste instantie lijkt over het aanmerken van bitcoins en ethers als zaak geen discussie mogelijk te zijn: deze objecten zijn digitaal en daarmee per definitie geen *stoffelijke*, voor menselijke beheersing vatbare, objecten (zie art. 3:2 BW). Een vrij recente uitspraak van de Netherlands Commercial Court (een kamer van rechtbank Amsterdam) over revindicatie van digitale gegevens (en stoffelijke documenten) vormt echter aanleiding om langer stil te staan bij de mogelijke interpretatie van bitcoins als zaak zoals bedoeld in art. 10:127 BW.<sup>48</sup>

In de betreffende zaak ging het kort gezegd om een geschil tussen een Amerikaanse en Nederlandse vennootschap over revindicatie van stoffelijke documenten en digitale gegevens. Een belangrijk aspect van deze procedure betrof het vaststellen van het toepasselijke recht op de goederenrechtelijke vraagstukken over de digitale gegevens (en de stoffelijke documenten). Rechtbank Amsterdam hanteert uiteindelijk art. 10:127 lid 1 BW om het toepasselijke recht vast te stellen op de vraag of er sprake is van eigendom van de digitale gegevens (en de stoffelijke documenten).<sup>49</sup> Art. 10:127 lid 1 BW geeft conflictregels voor het goederenrechtelijk regime van *zaken*: het goederenrechtelijk regime van zaken wordt beheerst door het recht van het land waar de zaken zich bevinden (de *lex rei sitae*-regel). Het is daarom bijzonder dat de rechtbank dit artikel toepast in het kader van digitale gegevens: naar geldend *materieel* recht zijn digitale gegevens geen zaken. Toch paste rechtbank Amsterdam art. 10:127 lid 1 BW in dit concrete geval toe. Uit het vonnis blijkt niet op welke gronden de rechtbank oordeelde dat de conflictregel toegepast kon worden.

Het vonnis doet de vraag rijzen of de conflictregel van art. 10:127 lid 1 BW inderdaad toegepast mag worden op goederenrechtelijke kwesties omtrent onstoffelijke, digitale objec-

ten, zoals de digitale gegevens uit het vonnis en de cryptoactiva uit ons voorbeeld.

Er is een aantal kritische kanttekeningen te plaatsen bij de toepassing van art. 10:127 lid 1 BW op digitale gegevens. Ten eerste lijken digitale gegevens – los van hun onstoffelijke karakter – door hun vatbaarheid voor duplicatie niet op zaken. Zaken zijn rivaliserend van aard: het feit dat iemand een bepaalde zaak in zijn bezit<sup>50</sup> heeft, maakt dat een ander dezelfde zaak niet tegelijkertijd ook in zijn bezit kan hebben. Digitale gegevens zijn juist níét rivaliserend van aard: databestanden kunnen met een simpele klik op de rechtermuisknop gekopieerd worden. In het vonnis van rechtbank Amsterdam wordt ook meerdere malen gesproken over het kopiëren van de digitale gegevens in kwestie.<sup>51</sup> Naar mijn mening kunnen digitale gegevens niet als zaak worden aangemerkt, ook niet als het begrip *zaak* ruimer wordt uitgelegd en bijvoorbeeld het stoffelijkheidsvereiste wordt losgelaten. Zaken en digitale gegevens verschillen daarvoor te veel. Met betrekking tot bitcoins en ethers ligt dit anders. Het bijzondere aan cryptoactiva is dat zij, in tegenstelling tot databestanden, wél rivaliserend van aard zijn en niet gedupliceerd kunnen worden. De vergelijking van bitcoins en ethers met zaken ligt daardoor meer voor de hand.

Ten tweede vind ik de (wellicht analoge) toepassing van art. 10:127 lid 1 BW bij digitale gegevens opmerkelijk, omdat bij toepassing van de conflictregel een lokaliseringprobleem speelt. Art. 10:127 lid 1 BW wijst als toepasselijk recht aan ‘het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt’. Het is voor mij onduidelijk op welke manier vastgesteld moet worden op welk grondgebied digitale gegevens zich bevinden. Uit het vonnis blijkt ook niet op welke manier de betreffende data zijn gelokaliseerd:

‘Under Article 10:127(1) of the Dutch Civil Code (DCC) the property law regime relating to things, as a rule, is the law of the state in whose territory the thing is situated (the *lex rei sitae*). The “thing” in question are the Documents which are situated in the Netherlands. Therefore, Dutch law governs the manner in which rights in rem arise (...).’<sup>52</sup>

Mogelijk heeft de rechtbank voor het lokaliseren van de digitale gegevens – mijns inziens ten onrechte – aansluiting gezocht

<sup>47</sup> Het is het vermelden waard dat Duitsland in juni 2021 de ‘Gesetz zur Einführung von elektronischen Wertpapieren’ (hierna: eWpG) heeft aangenomen. Deze wet biedt een regelgevend kader voor de uitgifte, bewaring en verhandeling van elektronische waardepapieren, waaronder (bepaalde soorten) cryptoactiva. De wet voorziet ook in een regel omtrent het toepasselijke recht. Zie hierover The Law Applicable to Electronic Securities: A New German Conflicts Rule, *capil.org* (geraadpleegd op 12 maart 2024). Vgl. in dit kader ook Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary, *hcch.net*.

<sup>48</sup> Rb. Amsterdam (NCC) 21 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2540.

<sup>49</sup> Rb. Amsterdam (NCC) 21 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2540, r.o. 4.5.

<sup>50</sup> Bezit in de feitelijke zin van het woord: het uitoefenen van een bepaalde vorm van macht of controle over een object.

<sup>51</sup> Zie Rb. Amsterdam (NCC) 21 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2540, r.o. 4.7, 4.10 en 4.50. De rechtbank oordeelt overigens ook dat eigendom van de digitale gegevens niet mogelijk is, nu slechts eigendom van zaken mogelijk is, en digitale gegevens naar geldend recht geen zaak zijn.

<sup>52</sup> Rb. Amsterdam (NCC) 21 april 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2540, r.o. 4.5.

bij de plaats waar de fysieke documenten zich bevonden.<sup>53</sup> Op dit punt loopt een eventuele toepassing van de regel van art. 10:127 lid 1 BW op bitcoins en ethers ook spaak. Alhoewel bitcoins en ethers naar mijn idee meer op zaken lijken dan digitale gegevens, speelt het zojuist genoemde lokaliseringsprobleem ook, misschien wel juist, bij cryptoactiva. Bitcoins en ethers zijn onstoffelijk, hebben geen *situs* en kunnen niet gelokaliseerd worden. Art. 10:127 lid 1 BW is daarmee geen bruikbare conflictregel voor de in deze paragraaf geschetste casus.

Ik kom tot een besluit. Omdat de meeste blockchains permissionless zijn, verwacht ik dat cryptoactiva meestal niet aange-merkt kunnen worden als vorderingsrecht, aandeel of giraal overdraagbaar effect zoals bedoeld in titel 10 van Boek 10 BW. Voor de cryptoactiva uit ons voorbeeld, bitcoins en ethers, is dit in ieder geval zo. Het rivaliserende karakter van cryptoactiva maakt dat de interpretatie als zaak zoals bedoeld in art. 10:127 lid 1 BW minder vergezocht is dan in eerste instantie misschien wordt gedacht. Maar zelfs al zou de regel van art. 10:127 lid 1 BW mogen worden toegepast, de in dit artikel neergelegde *lex rei sitae*-regel levert geen resultaat op, nu cryptoactiva niet te lokaliseren zijn. Het Nederlandse regelgevende kader met betrekking tot het vaststellen van het toepasselijke recht ten aanzien van het goederenrechtelijke regime van cryptoactiva lijkt daardoor niet toereikend te zijn. Tegelijkertijd vindt internationale handel in cryptoactiva al geruime tijd op grote schaal plaats, wat maakt dat het zeer waarschijnlijk is dat de rechtspraktijk al geconfronteerd wordt (of op korte termijn gaat worden) met vragen op het snijvlak van internationaal privaatrecht en cryptoactiva.

#### 4 De leemte opvullen: conflictregels voor goederenrechtelijke vraagstukken omtrent cryptoactiva

In deze paragraaf besteed ik aandacht aan voorstellen die zijn gedaan om de leemte met betrekking tot het conflictenrecht ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van cryptoactiva op te vullen. De laatste jaren wordt in de internationale rechtswetenschappelijke literatuur steeds meer gepubliceerd over cryptoactiva en internationaal privaatrecht. In deze bijdragen zijn concrete conflictregels voorgesteld ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van cryptoactiva. Ook bij de (Europese) wetgever(s)<sup>54</sup> en intergouvernementele instanties zoals UNIDROIT en Hague Conference on Private Internati-

onal Law (hierna: HCCH)<sup>55</sup> staan digitale objecten in het privaatrecht hoog op de agenda.<sup>56</sup>

In behandel in deze paragraaf verschillende voorstellen die zijn gedaan in het kader van het vaststellen van het toepasselijke recht. Eerst komt de door UNIDROIT voorgestelde conflictregel uit de in mei 2023 aangenomen UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law aan bod. Ik bespreek de voorgestelde conflictregel en pas de regel toe op de casus die ik in paragraaf 3 schetste om te toetsen of de regel bruikbaar is. Vervolgens ga ik in op enkele voorstellen die in de literatuur zijn gedaan. Uit deze voorstellen volgt dat er nog geen consensus bestaat over de vraag met behulp van welke methode het toepasselijke recht vastgesteld zou moeten worden.<sup>57</sup>

##### 4.1 Harmonisatie: UNIDROIT

Door het grensoverschrijdende karakter van handel in cryptoactiva komt de vraag op of er gestreefd moet worden naar uniform (internationaal) privaatrecht. Wanneer landen afzonderlijk regels opstellen, bestaat de kans dat deze regels onderling divergeren, waardoor mogelijk uiteenlopende nationale wetten geraadpleegd moeten worden om de posities van de betrokkenen vast te kunnen stellen.<sup>58</sup> Rechtsonzekerheid neemt hierdoor toe, transactiekosten stijgen en handel in cryptoactiva kan mogelijk belemmerd worden.<sup>59</sup> Volgens Lehmann moeten privaatrechtelijke regels omtrent cryptoactiva, inclusief conflictregels, daarom worden geharmoniseerd ‘to the highest degree possible’.<sup>60</sup>

In het kader van harmonisatie kan worden gewezen op de in mei 2023 aangenomen Principles on Digital Assets and Private Law van UNIDROIT.<sup>61</sup> Deze beginselen voorzien in een set

53 Hoewel in het vonnis aan motivering schort, is het ook denkbaar dat rechtbank Amsterdam ‘bij gebrek aan beter’ heeft gekozen voor een pragmatische oplossing, waarbij de kwalificatie als zaak in de zin van art. 10:127 lid 1 BW in dit concrete geval het meest passend werd geacht. Een alternatief is namelijk niet voorhanden en toepassing van de andere conflictregels van titel 10.10 BW ligt ook niet voor de hand.

54 Zie bijv. het ‘pakket digitaal geldwezen’ van de Europese Unie, waarvan de MiCA-verordening en de DORA-verordening deel uitmaken. Zie Pakket digitaal geldwezen: Raadsakkoord over MiCA en DORA, consilium.europa.eu (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024), en Digitaal geld: akkoord over Europese cryptoactivaverordening (MiCA), consilium.europa.eu (laatst geraadpleegd op 13 maart 2024).

55 Zie Proposal for Joint Work: HCCH-UNIDROIT Project on Law Applicable to Cross-Border Holdings and Transfers of Digital Assets and Tokens (Prel. Doc. No 3C of January 2023), assets.hcch.net.

56 Zie hierover ook de bespreking van G.G. Goh Escolar, The Role and Prospects of Private International Law in the Area of DLT, in: A. Bonomi, M. Lehmann & S. Lalani (red.), Blockchain and Private International Law, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2023, p. 46-47 en Wendehorst 2023, p. 111-114.

57 Zie ook T. Shao Wei, Transnational Transactions on Cryptoasset Exchanges: A Conflict of Laws Perspective, Singapore Journal of Legal Studies 2022, p. 386: ‘There is regrettably no global consensus on how to determine the applicable law in transnational cryptoasset disputes.’

58 Vgl. Goh Escolar 2023, p. 43-44 en M. Lehmann, National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration, Uniform Law Review 2021, p. 148-178. Verschillende landen zijn bezig met het opstellen van regels, zoals Liechtenstein, Zwitserland, Frankrijk, Duitsland en de Verenigde Staten. Zie hierover Wendehorst 2023, p. 108-110 en het uitgebreide overzicht van HCCH, Developments with Respect to PIL Implications of the Digital Economy (Perl. Doc. No 4 REV of January 2022), hcch.net.

59 Vgl. Lehmann 2021, p. 148.

60 Lehmann 2021, p. 148. Zie ook F. Guillaume, Aspects of Private International Law Related to Blockchain Transactions, in: D. Kraus e.a., Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law, Cheltenham: Edward Elgar 2019, p. 71 en C. Wendehorst, Digitalgüter im Internationalen Privatrecht, IPRax 2020, afl. 6, p. 490-499.

61 Aan deze beginselen is enkele jaren gewerkt. Voor achtergrondinformatie over het project, zie Digital Assets and Private Law. Background, unidroit.org.

van aanbevelingen voor wetgevers (regels en ‘best practices’) met betrekking tot het privaatrecht op het gebied van transacties met bepaalde soorten digitale activa (‘digital assets’). Het document bevat aanbevelingen over onder andere bewaarneming, zekerheden en faillissement. De beginselen voorzien ook in een conflictregel in het kader van vermogensrechtelijke vraagstukken (‘proprietary issues’) omtrent digitale activa.<sup>62</sup> De conflictregel is volgens de toelichting uitdrukkelijk niet beperkt tot de kwesties die onder de beginselen vallen.<sup>63</sup> Het doel van deze verruimde toepassing is voorkomen dat vragen die nauw verband houden met de kwesties die door de beginselen worden bestreken, worden beheerst door een ander recht.

De conflictregel is complex. Partijautonomie en rechtskeuze staan voorop: als er een rechtskeuze is gemaakt in (1) de digital asset zelf, of in (2) het systeem of platform waarin de digital asset is geregistreerd, dan geldt het daar gekozen recht als toepasselijk.<sup>64</sup> Het is ook mogelijk om een rechtskeuze te maken voor (bepaalde) beginselen van de UNIDROIT Principles.<sup>65</sup>

Als er geen rechtskeuze is gemaakt, geldt bij digitale activa waarbij er een uitgevende partij (emittent, *issuer*)<sup>66</sup> aanwezig is als toepasselijk het recht van het land waar deze partij haar statutaire zetel heeft.<sup>67</sup> Voorwaarde is wel dat de uitgevende partij de digital asset tegen de waarde in de handelsstroom heeft gebracht (‘put the digital asset into the stream of commerce for value’) en dat de statutaire zetel makkelijk door het publiek kan worden vastgesteld (‘readily ascertainable’). Deze laatste twee voorwaarden beperken de betekenis van deze bepaling.<sup>68</sup>

Als op bovenstaande gronden het van toepassing zijnde recht niet kan worden bepaald, komt het forum een aanzienlijke mate van vrijheid toe om de van toepassing zijnde regels te kiezen. De beginselen geven twee opties.<sup>69</sup> Optie A komt neer op het door het forum specificeren van een deel van het materiële nationale recht als toepasselijk. Als deze regels ontoereikend zijn, kan het forum de regels van het nationale recht aanvullen met de UNIDROIT-beginselen. Optie B verklaart (delen van) de UNIDROIT-beginselen van toepassing. Bij beide opties worden eventuele leemtes opgevangen door het recht dat vol-

gens de conflictregels van het nationale recht van de forumstaat toepasselijk is.<sup>70</sup>

De methode van het vaststellen van het toepasselijke recht geeft aanleiding tot een aantal opmerkingen. Ten eerste valt op dat wordt afgeweken van de gebruikelijke wijze van het vaststellen van het toepasselijke recht (met uitzondering van de situatie waarin er sprake is van een uitgevende partij). Het zoeken naar de staat waarmee de rechtsverhouding het nauwst verbonden is, lijkt niet voorop te staan. Er wordt niet uitgegaan van een gebruikelijke aanknopingsfactor (bijvoorbeeld waar partijen zijn gevestigd of waar de objecten zich bevinden), maar van partijautonomie en rechtskeuze. Dat rechtskeuze vooropstaat, is enerzijds goed te begrijpen: in de toelichting op de voorgestelde conflictregel wordt opgemerkt dat veel van de gebruikelijke aanknopingsfactoren niet bruikbaar zijn in de context van digitale objecten, omdat zij geen situs hebben.<sup>71</sup> Anderzijds is het de vraag in hoeverre het realistisch is dat een rechtskeuze wordt gemaakt ‘in’ het digitale activum of ‘in’ het systeem of platform waarop het digitale activum is geregistreerd. Zo is een (uniforme) rechtskeuze moeilijk te verenigen met de idee van DLT, waarin decentralisatie en anonimiteit een belangrijke rol spelen.<sup>72</sup> Ook verdient opmerking dat bij zowel optie A als optie B in geval van leemtes uiteindelijk wordt teruggevallen op de regels van nationaal conflictenrecht. Er worden geen handvatten gegeven met betrekking tot de vraag hoe die regels eruit moeten zien.<sup>73</sup> Op deze manier ontstaat geen (absolute) harmonisatie, waardoor leemtes blijven bestaan als de nationale wetgever niet ingrijpt, en, als wél in nationale conflictregels wordt voorzien, nog steeds het risico bestaat dat verschillende (lid)staten uiteenlopende regels zullen opstellen. Bovendien is het Nederlandse conflictenrecht niet toereikend ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van digitale objecten, waardoor het in concrete gevallen mogelijk alsnog onduidelijk is welk recht van toepassing is.

Stel, we passen de voorgestelde conflictregel toe op het voorbeeld dat ik in paragraaf 3 schetste. X (Nederlandse vennootschap) en Y (Duitse vennootschap) hebben een geschil over het recht dat van toepassing is op de overdracht van bitcoins en ethers. Bitcoins en ethers kunnen worden aangemerkt als ‘digital assets’, waardoor zij vallen onder de reikwijdte van de UNIDROIT-beginselen.<sup>74</sup> Bij bitcoins en ethers is er geen sprake van een rechtskeuze ‘in’ het cryptoactivum of ‘in’ de blockchain waarop zij zijn uitgegeven, en is er geen centrale uitgevende partij betrokken (de bitcoinblockchain en de ethereumblockchain zijn beide permissionless). Als deze zaak

62 De *lex fori* wordt toegepast om te bepalen wanneer iets een vermogensrechtelijk vraagstuk betreft.

63 Beginsel 5.2.

64 Beginsel 5 lid 1 onder a en b. Het is het benoemen waard dat de regel op dit punt grote gelijkenis vertoont met het nieuwe art. 12-107 van de Uniform Commercial Code (UCC) van de Verenigde Staten. De nieuwe versie van de UCC is te raadplegen via [uniformlaws.org](http://uniformlaws.org), zie het document Final Act, With Comments: Uniform Commercial Code Amendments, m.n. p. 260-264. Zie ook M. Lehmann, UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law Adopted, [epil.org](http://epil.org) (laatst geraadpleegd op 9 maart 2024).

65 Toelichting punt 5.7.

66 Zie beginsel 5 lid 2 onder f met betrekking tot de definitie van de ‘uitgevende partij’. Zie ook toelichting punt 5.8-5.10.

67 Beginsel 5 lid 1 onder c.

68 Zie M. Lehmann, UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law Adopted, [epil.org](http://epil.org) (laatst geraadpleegd op 9 maart 2024).

69 Beginsel 5 lid 1, optie A en optie B.

70 Lid 3 t/m 7 van beginsel 5 voorzien in enkele uitzonderingen, zoals het vaststellen van het toepasselijke recht op de verhouding tussen een bewaarnemer en een cliënt (lid 3 en 4) en het recht met betrekking tot de registratie van zekerheidsrechten (lid 5).

71 Toelichting punt 5.4.

72 Vgl. Henckel 2022, p. 23.

73 Lehmann constateert dit ook in zijn blogpost van 31 mei 2023, zie UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law Adopted, [epil.org](http://epil.org) (laatst geraadpleegd op 9 maart 2024).

74 Zie beginsel 2 en toelichting punt 2.8.

voor een Nederlandse rechter zou komen, moet de Nederlandse rechter als forumrechter volgens de beginselen daarom op grond van beginsel 5 lid 1 onder d kiezen uit optie A en optie B. Optie A komt neer op het van toepassing verklaren van een deel van het nationale recht. Uit de toelichting op de UNIDROIT-beginselen kan worden opgemaakt dat deze optie voor de hand ligt wanneer het nationale recht voorziet in specifieke regels voor vermogensrechtelijke vraagstukken omtrent digital assets.<sup>75</sup> Het Nederlandse recht voorziet niet in specifieke regels.<sup>76</sup> Uit de conflictregel van UNIDROIT volgt dat als de nationale regels ontoereikend zijn, de forumrechter de regels van het nationale recht kan aanvullen met de UNIDROIT-beginselen. Uit beginsel 3 lid 3 onder a en b blijkt echter dat de vraag of een ‘eigendomsrecht’ (*proprietary right*) van een digital asset geldig is overgedragen aan een ander, niet wordt beheerst door de UNIDROIT-beginselen, maar door ‘other law’.<sup>77</sup> Dit betreft vermoedelijk het recht van de forumstaat.<sup>78</sup> Omdat het Nederlandse nationale recht niet voorziet in specifieke regels met betrekking tot overdracht van digital assets, komt men bij optie A uiteindelijk uit bij de vangnetregeling. Dit betekent dat het toepasselijke recht vastgesteld zal moeten worden aan de hand van het nationale conflictenrecht. In paragraaf 3 is geconstateerd dat het nationale conflictenrecht niet toereikend is op dit punt. Dit betekent dat uiteindelijk geen toepasselijk recht aangewezen kan worden. Had de forumrechter voor optie B gekozen, dan was de uitkomst hetzelfde geweest: optie B verklaart immers de (delen van de) UNIDROIT-beginselen van toepassing. Nu de eisen voor een geldige overdracht niet door UNIDROIT-beginselen worden bestreken, kom je uiteindelijk uit bij de conflictregels van het nationale recht van de forumstaat.

De toepassing van de complexe conflictregel op de door mij geschetste, toch betrekkelijk eenvoudige casus gaat niet soepel. Het is nog steeds onduidelijk welk recht van toepassing is op de vraag of de bitcoins en ethers geldig zijn overgedragen. Wellicht kan een Nederlandse forumrechter dit probleem ‘oplossen’ door de artikelen over overdracht uit ons BW van toepassing te verklaren, en daarmee toepassing te geven aan beginsel 5 lid 1 onder d optie A (1). Het is echter geenszins duidelijk of de artikelen over overdracht toegepast kunnen worden op ‘overdracht’ van digital assets, zoals bitcoins. Deze mogelijke ‘oplossing’ komt mij daarom niet wenselijk en duurzaam voor.

Naar aanleiding van het werk van UNIDROIT is een samenwerking tussen HCCH en UNIDROIT aangekondigd, gericht op het onderzoeken van de wenselijkheid en haalbaarheid van het ontwikkelen van een normatief kader met betrekking tot het toepasselijke recht op de privaatrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend bezit en overdracht van digital assets.<sup>79</sup> Dit is een mooie ontwikkeling, nu de voorgestelde conflictregel in zijn huidige vorm aanpassing behoeft.

#### 4.2 Literatuur

In internationale rechtswetenschappelijke literatuur is in de laatste jaren een aantal voorstellen gedaan aan de hand waarvan het toepasselijke recht ten aanzien van de goederenrechtelijke aspecten van cryptoactiva vastgesteld zou kunnen worden.<sup>80</sup> Ik bespreek twee methoden die in deze literatuur aan de orde zijn gekomen. Ten eerste ga ik in op de mogelijkheid van rechtskeuze door partijen. Ten tweede komt het vaststellen van het toepasselijke recht door middel van het bepalen van een fictieve situs aan de orde. Ik richt mij specifiek op deze twee methoden omdat verschillende auteurs deze opties hebben besproken, waardoor inmiddels een vrij genuanceerd kader is ontstaan waarop gereflecteerd kan worden.<sup>81</sup> Ik signaleer enkele voor- en nadelen van de voorgestelde methoden en probeer de regel toe te passen op de casus die al enkele malen aan bod is gekomen. Uit de bespreking van de verschillende voorstellen zal volgen dat het onderscheid tussen *permissioned* en *permissionless* blockchains in ogenschouw moet worden genomen bij het opstellen van een conflictregel.

#### *Aanvaarden rechtskeuze (electieve situs)*

In de literatuur is door verschillende auteurs aandacht besteed aan het vooropstellen van partijautonomie en het aanvaarden van een rechtskeuze (*elective situs*).<sup>82</sup> Zoals ik al eerder aangaf, is het centraal stellen van rechtskeuze goed te begrijpen wanneer men in ogenschouw neemt dat veel van de gebruikelijke aanknopingsfactoren niet bruikbaar zijn bij niet te lokaliseren cryptoactiva.<sup>83</sup> Ook in de reeds besproken UNIDROIT-beginselen staat een rechtskeuze voorop. Er zijn verschillende uitwerkingen van het aanvaarden van een rechtskeuze denkbaar, waarbij een belangrijke vraag is of het moet

<sup>75</sup> Toelichting punt 5.13.

<sup>76</sup> Ik betwijfel of de Nederlandse rechter dit kan oplossen door bijv. (de bepalingen m.b.t. overdracht uit) Boek 3 BW in dit geval van toepassing te verklaren. Het is immers nog niet duidelijk of cryptoactiva naar geldend recht gekwalificeerd kunnen worden als goederen en in hoeverre de bepalingen over overdracht toegepast kunnen worden op cryptoactiva.

<sup>77</sup> Zie ook toelichting punt 3.8-3.9.

<sup>78</sup> Zie beginsel 2 lid 4 en toelichting punt 2.18-2.22.

<sup>79</sup> Zie Proposal for Joint Work: HCCH-UNIDROIT Project on Law Applicable to Cross-Border Holdings and Transfers of Digital Assets and Tokens (Prel. Doc. No 3C of January 2023), assets.hcch.net. Zie ook Launch of the HCCH-UNIDROIT Digital Assets and Tokens Joint Project, hcch.net.

<sup>80</sup> Zie voor een overzicht van de mogelijke aanknopingspunten bij het opstellen van een conflictregel bijv. Goh Escolar 2023 en Wendehorst 2023.

<sup>81</sup> Het is goed om te benadrukken dat de auteurs die de bovenstaande opties in hun bijdragen bespreken, niet per definitie betogen dat de betreffende methode de meest wenselijke methode is. Slechts wanneer ik dit uitdrukkelijk aangeef, is dit het geval. De literatuur op dit vlak heeft veelal het karakter van een verkenning, waarin meerdere mogelijkheden besproken worden.

<sup>82</sup> Zie bijv. F.C. Villata, *Cryptocurrencies and Conflict of Laws*, in: A. Bonomi, M. Lehmann & S. Lalani (red.), *Blockchain and Private International Law*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2023, p. 345-346; Guillaume 2019, p. 78-81; K. Takahashi, *Law Applicable to Proprietary Issues of Crypto-Assets*, *Journal of Private International Law* 2022, afl. 3, p. 349-354; Lehmann 2019, p. 14-15.

<sup>83</sup> Zie M. Ng, *Choice of Law for Property Issues Regarding Bitcoin under English Law*, *Journal of Private International Law* 2019, afl. 2, p. 327-331; Takahashi 2022, p. 347-349; B. Yüksel Ripley & F. Heindler, *The Law Applicable to Crypto Assets: What Policy Choices Are Ahead of Us?*, in: A. Bonomi, M. Lehmann & S. Lalani (red.), *Blockchain and Private International Law*, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2023, p. 277-278.



gaan om een zogenaamde *externe* rechtskeuze of een *interne* rechtskeuze.<sup>84</sup>

Bij een *externe* rechtskeuze maken partijen onderling een rechtskeuze, bijvoorbeeld in de overeenkomst die aan de overdracht of verpanding ten grondslag ligt.<sup>85</sup> Het woord *extern* in *externe rechtskeuze* duidt op een rechtskeuze buiten het betreffende blockchainnetwerk om. Bij deze uitwerking is er veel ruimte voor partijautonomie. Een nadeel van een externe rechtskeuze is dat transacties binnen een bepaald blockchainnetwerk dan worden onderworpen aan verschillende rechtstelsels.<sup>86</sup> Dit tast de integriteit van de blockchain aan.<sup>87</sup> Ook ontstaan er bijvoorbeeld problemen wanneer er sprake is van een meervoudige overdracht (A-B en A-C), waarbij de derdenbeschermingsregels van het door A en B gekozen recht B aanwijzen als eigenaar, en de derdenbeschermingsregels van het door A en C gekozen recht C aanwijzen als eigenaar.<sup>88</sup>

Een *interne* rechtskeuze is een uniforme rechtskeuze waaraan alle partijen of deelnemers van een bepaald blockchainnetwerk gebonden zijn.<sup>89</sup> Het woord *intern* in *interne rechtskeuze* duidt op een rechtskeuze binnen het betreffende blockchainnetwerk. De facto komt deze methode neer op het maken van een rechtskeuze door een centrale instantie of door de deelnemers samen (bijvoorbeeld met behulp van het consensusmodel) ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van de cryptoactiva die door middel van de betreffende blockchain verhandeld worden. Gelet op de tekst en toelichting van de UNIDROIT-beginselen lijkt de in dat kader voorgestelde conflictregel van een interne rechtskeuze uit te gaan.<sup>90</sup> Het voordeel van een interne rechtskeuze is dat de rechtskeuze uniform is, waardoor de hierboven geconstateerde moeilijkheden zich niet voordoen.<sup>91</sup> Een ander voordeel betreft de transparantie van het toepasselijke recht voor de betrokkenen.<sup>92</sup>

Verschillende auteurs wijzen er terecht op dat een *interne* rechtskeuze niet voor de hand ligt bij permissionless blockchains zoals de bitcoinblockchain en de ethereumblockchain.<sup>93</sup> Een rechtskeuze stuit bij dit type blockchain op praktische en ideologische bezwaren. Praktische bezwaren, omdat in tegen-

stelling tot bij permissioned blockchains een centrale instantie ontbreekt die een rechtskeuze kan 'opleggen'. Het door middel van het aan de betreffende blockchain ten grondslag liggende consensusmodel doorvoeren van een rechtskeuze is in theorie wellicht mogelijk, maar dit ligt vanwege praktische redenen ook niet voor de hand.<sup>94</sup> Ook zijn er ideologische bezwaren: het idee van een (nationaal) uniform toepasselijk recht strookt niet met het decentrale karakter van permissionless blockchains, die tot een bepaalde hoogte onafhankelijk van rechtsordes en staten (willen) opereren.<sup>95</sup> Bij permissioned blockchains waarbij één centrale partij betrokken is, spelen in ieder geval de praktische bezwaren in mindere mate en ligt een interne rechtskeuze daarom meer voor de hand. Een mogelijk obstakel van rechtskeuzes in het algemeen betreft de werking van een rechtskeuze ten aanzien van derde partijen die geen deelnemers van de betreffende blockchain zijn (interne rechtskeuze) of geen partij bij het rechtskeuzebeding zijn (externe rechtskeuze).<sup>96</sup>

Als een toekomstige conflictregel uitgaat van een rechtskeuze, is het in situaties waarin geen (geldige) interne of externe rechtskeuze is gemaakt nog steeds onduidelijk welk recht van toepassing is. In dit geval zal daarom in een *fall-back rule* moeten worden voorzien.<sup>97</sup> Door Guillaume is voorgesteld om als vangnetregel het recht van het forum toe te passen, de *lex fori*.<sup>98</sup> Op deze manier kan uiteindelijk altijd het van toepassing zijnde recht worden aangewezen. Villata heeft voorgesteld om bij permissioned blockchains als *fall-back rule* aan te sluiten bij de PROPA-regel (Place of the Relevant Operating Authority/Administrator; zie hierna).<sup>99</sup>

In ons fictieve voorbeeld zal, om het toepasselijke recht vast te stellen, moeten worden nagegaan of X B.V. en Y GmbH een externe rechtskeuze hebben gemaakt. Omdat het gaat om bitcoins en ethers, verhandeld op een permissionless blockchain, is er geen sprake van een interne rechtskeuze. Mocht als vangnetregeling de *lex fori* gelden, dan zal bij gebreke aan een externe rechtskeuze het Nederlandse recht uiteindelijk van toepassing zijn op het geschil, vanwege de gemaakte forumkeuze.

#### *Fictieve situs*

In de literatuur is ook aandacht besteed aan een methode die dichter blijft bij de klassieke *lex rei sitae*-regel, de grondregel van het internationaal privaatrechtelijk goederenrecht.<sup>100</sup> Deze methode komt neer op het vaststellen van een fictieve situs. De

<sup>84</sup> Terminologie ontleend aan Henckel 2022, p. 23.

<sup>85</sup> Zie bijv. Yüksel Ripley 2024, p. 11-12. Yüksel Ripley gebruikt niet de term 'externe rechtskeuze', maar bespreekt wel kort de mogelijkheid van het maken van een rechtskeuze door partijen onderling.

<sup>86</sup> Vgl. Yüksel Ripley & Heindler 2023, p. 278.

<sup>87</sup> Lehmann 2019, p. 14-15; Yüksel Ripley 2024, p. 13; Henckel 2022, p. 23.

<sup>88</sup> Vgl. Takahashi 2022, p. 350-351.

<sup>89</sup> O.a. besproken door Wendehorst 2023, p. 123; Henckel 2022, p. 23; Takahashi 2022, p. 351-354; Yüksel Ripley 2024, p. 9-10; C. Bell & J. Cainer, Decrypting the Situs Conflicts of Laws Challenges in Cryptoasset Litigation, 20 oktober 2020, p. 16-17, outertemple.com (laatst geraadpleegd op 12 maart 2024).

<sup>90</sup> Zie beginsel 5 lid 1 onder a en b, beginsel 5 lid 2 onder d en e, en toelichting punt 5.5-5.7 en 5.16-5.17.

<sup>91</sup> Vgl. Takahashi 2022, p. 351-352.

<sup>92</sup> Zie Villata 2023, p. 345-346; Goh Escolar 2023, p. 18.

<sup>93</sup> Zie Goh Escolar 2023, p. 18; Lehmann 2019, p. 14-15; Henckel 2022, p. 23.

<sup>94</sup> Vgl. Yüksel Ripley 2024, p. 10-11; Bell & Cainer 2020, p. 17.

<sup>95</sup> Vgl. Lehmann 2019, p. 15; Henckel 2022, p. 23.

<sup>96</sup> Villata 2023, p. 345.

<sup>97</sup> Vgl. Villata 2023, p. 346.

<sup>98</sup> Guillaume 2019, p. 81.

<sup>99</sup> Villata 2023, p. 346.

<sup>100</sup> Zie over de *lex rei sitae*-regel in het algemeen J.A. van der Weide, Mobiliteit van goederen in het IOR (Recht en Praktijk nr. 142), Deventer: Kluwer 2006, p. 15-32. Zie in het kader van cryptoactiva A. Held, Does Situs Actually Matter?, in: A. Bonomi, M. Lehmann & S. Lalani (red.), Blockchain and Private International Law, Leiden/Boston: Brill/Nijhoff 2023, p. 209-217 en 250-255.

klassieke *lex rei sitae*-regel kan niet worden toegepast bij het vaststellen van het toepasselijke recht op cryptoactiva, nu cryptoactiva niet gelokaliseerd kunnen worden en er daarom geen plaats van ligging kan worden aangewezen.<sup>101</sup> Bij het vaststellen van een fictieve situs wordt daarom voor een ander aanknopingspunt gekozen. In de literatuur zijn verschillende mogelijke aanknopingspunten opgeworpen, waarbij wederom aandacht wordt besteed aan het onderscheid tussen cryptoactiva op permissioned blockchains en cryptoactiva op permissionless blockchains.<sup>102</sup>

Specifiek met betrekking tot permissioned blockchains is geopperd om aansluiting te zoeken bij de PRIMA-regel (Place of the Relevant Intermediary Approach)<sup>103</sup> of de hiervan afgeleide PROPA-regel (Place of the Relevant Operating Authority/Administrator).<sup>104</sup> Bij permissioned blockchains die gebruik maken van een centrale partij die het netwerk beheert of op een andere manier autoriteit heeft over het blockchain-netwerk, is een op de PRIMA/PROPA-regel gebaseerde methode denkbaar. In die gevallen zou kunnen worden aangeknoopt bij het recht van de vestigingsplaats van de betreffende centrale partij.<sup>105</sup> Een voordeel van deze benadering is dat het toepasselijke recht voorspelbaar en uniform is voor alle betrokkenen. Noodzakelijk is dan wel dat de identiteit en locatie van deze centrale partij bekend zijn.<sup>106</sup>

Bij permissionless blockchains, zoals de bitcoinblockchain en de ethereumblockchain, is door de afwezigheid van een centrale beheerder toepassing van een op de PRIMA/PROPA-regel gebaseerde methode vanzelfsprekend niet mogelijk.<sup>107</sup> In de literatuur zijn er ook andere mogelijke aanknopingspunten opgeworpen die gehanteerd kunnen worden voor het vaststellen van een fictieve situs. Takahashi heeft voorgesteld om bij publieke<sup>108</sup> blockchains aan te knopen bij de plaats waar de (rechts)persoon die controle heeft over het betreffende crypto-

activum zijn gewone verblijfplaats heeft of gevestigd is.<sup>109</sup> Het gaat dan om het cryptoactivum dat aanleiding gaf tot het betreffende goederenrechtelijk geschil. Een dergelijke verwijzingsregel is in theorie bruikbaar bij zowel permissioned als permissionless blockchains. In ons voorbeeld zou dan (vermoedelijk) Duits recht van toepassing zijn, nu Y GmbH met behulp van de *private key* controle heeft over de litigieuze bitcoins en ethers.

In de literatuur zijn ook variaties op de hierboven weergegeven regel te vinden.<sup>110</sup> Dickinson stelt bijvoorbeeld voor om aan te knopen bij het recht van het land waar de deelnemer van de betreffende blockchain verblijft of zaken doet.<sup>111</sup> Het is mij onduidelijk welke deelnemer hij bedoelt. Uit rechtspraak die later in dit artikel besproken wordt, lijkt te volgen dat het in het kader van onrechtmatig weggesluisde cryptoactiva (bijvoorbeeld bij fraude of diefstal) om de *oorspronkelijke* bezitter gaat. Bell en Cainer stellen voor aan te sluiten bij de gewoonlijke verblijfplaats of het centrum van belangen van de houder van de *private key*.<sup>112</sup> Wanneer de verschillende opties worden vergeleken, valt op dat de kern van de voorgestelde regels steeds hetzelfde is: er wordt aangeknoopt bij het recht van het land waarmee de persoon die controle heeft (of heeft gehad) over de litigieuze cryptoactiva een nauwe verbondenheid heeft, die gebaseerd is op verblijfplaats, vestigingsplaats of de plaats van het centrum van de belangen van de houder van de cryptoactiva.

In rechtspraak uit het Verenigd Koninkrijk zijn cryptoactiva al meerdere malen gelokaliseerd aan de hand van de plaats waar de 'eigenaar' woonplaats heeft. In *Ion Sciences Ltd v Persons Unknown and others* oordeelde rechter Butcher J, met verwijzing naar de analyse van Dickinson (zie hierboven), 'that the *lex situs* of a cryptoasset is the place where the person or company who owns it is domiciled'.<sup>113</sup> Mij zijn in ieder geval twee

101 Zie Lehmann 2019, p. 14-16; Takahashi 2022, p. 347.

102 Zie ook Goh Escolar 2023, p. 16: 'In this regard, the difference between permissioned and permissionless systems in the DLT platforms may be crucial in determining what the applicable law is.'

103 De PRIMA-regel komt terug in art. 10:141 lid 1 BW, waarin de conflictregel wordt gegeven voor het goederenrechtelijk regime met betrekking tot giraal overdraagbare effecten. Al eerder stelde ik dat cryptoactiva over het algemeen niet als giraal overdraagbare effecten kunnen worden gekwalificeerd. Anders, zie Guillaume 2019, p. 62-63. Zie W.A.K. Rank & B. Bierman, *Gegiraliseerde effecten in het IPR*, MvV 2010, afl. 7-8, p. 193-199, die schreven over de voorloper van art. 10:141 BW, art. 16 Wcg. Zie ook B.F.L.M. Schim, *Vermogensscheiding in ondernemingsrechtelijk perspectief: wie is de aandeelhouder?*, in: W.A.K. Rank (red.), *Vermogensscheiding in de financiële praktijk* (Financieel Juridische Reeks, deel 14), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018; Lehmann 2019, p. 16; Ng 2019, p. 329-330; Wendehorst 2020, p. 496-498.

104 Villata 2023, p. 340-341; Goh Escolar 2023, p. 16 en 21; Wendehorst 2023, p. 124; Takahashi 2022, p. 355; Henckel 2022, p. 22; Lehmann 2019, p. 16; Wendehorst 2020, p. 496-498.

105 Henckel wijst erop dat deze regel niet toegepast kan worden wanneer de blockchain meerdere beheerders kent, Henckel 2022, p. 22.

106 Henckel 2022, p. 22; Yüksel Ripley & Heindler 2023, p. 279.

107 Villata 2023, p. 340-341; Goh Escolar 2023, p. 18; Lehmann 2019, p. 16; Henckel 2022, p. 22.

108 In deze context vergelijkbaar met permissionless blockchains.

109 Takahashi 2022, p. 357-358.

110 Zie bijv. Villata 2023, p. 341-342 en Ng 2019, p. 334-335. Vgl. in dit kader ook beginsel 3 van de ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security van het European Law Institute, waar in het kader van het gebruik van digital assets als *security* een conflictregel wordt voorgesteld die uitgaat van toepasselijkheid van het recht van de jurisdictie waar de *security provider* gevestigd is of zijn hoofdbestuur ('central administration') heeft. Dit is anders wanneer de digital assets duidelijk verbonden zijn met één bepaald rechtsgebied, dan is het recht van dat rechtsgebied het toepasselijke recht. Zie ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security, europeanlawinstitute.eu (laatst geraadpleegd op 8 maart 2024).

111 En wanneer de deelnemer op meerdere plaatsen verblijft of zaken doet, het recht van het land waarmee de deelneming die het voorwerp van de transactie vormt, het nauwst verbonden is, zie A. Dickinson, *Cryptocurrencies and the Conflict of Laws*, in: D. Fox & S. Green (red.), *Cryptocurrencies in Public and Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 132. Held heeft kritiek geuit op de door Dickinson voorgestelde conflictregel, zie A. Held, *Does Situs Actually Matter in Disputes Concerning Bitcoin?*, *Journal of International Banking & Financial Law* 2021, p. 269-270.

112 '[L]aw of the primary habitual residence/domicile or centre of main interests of the private key-holder', zie Bell & Cainer 2020, p. 20-21. Zie ook Goh Escolar 2023, p. 23-24.

113 Commercial Court, 21 december 2020, *Ion Sciences Ltd v Persons Unknown and others* (unreported), r.o. 13.

rechtszaken bekend waarin de *lex situs* van de cryptoactiva op eenzelfde wijze werd vastgesteld, onder verwijzing naar de bovenstaande passage van Butcher J.<sup>114</sup> In deze zaken wordt aangesloten bij de woonplaats van de oorspronkelijke ‘eigenaren’ die door een hack hun cryptoactiva zijn verloren. Dit lijkt een andere uitkomst te zijn dan Takahashi en Bell en Cainer voor ogen hebben, nu zij aanknopen bij de plaats waar de persoon die controle heeft over de litigieuze cryptoactiva is gevestigd of zijn gewone verblijfplaats heeft. In dat geval zal het recht van het land van de hacker toepasselijk moeten zijn.<sup>115</sup>

Een mogelijk nadeel van het aanknopen bij een omstandigheid die een van de partijen betreft, is dat net zoals bij het toestaan van een externe rechtskeuze transacties binnen een bepaald blockchainnetwerk worden onderworpen aan verschillende rechtsstelsels, wat de integriteit van de blockchain kan aantasten.<sup>116</sup> Ook kan de regel tot arbitraire uitkomsten leiden: als A zijn cryptoactiva is verloren door een hack van B, en zijn cryptoactiva wil revindiceren, zal – in ieder geval volgens de visie van Takahashi en Bell en Cainer – het recht van het land van de hacker als toepasselijk worden aangemerkt. Ook kan men zich afvragen wat de gevolgen zijn van een verandering in de gewone verblijfplaats of het centrum van de belangen voor het toepasselijke recht.<sup>117</sup> Een voordeel van deze benadering is volgens Ng dat de focus ligt op het rechtsstelsel waar tenuitvoerlegging van het vonnis het meest effectief zal zijn (of, met andere woorden, waar een eventuele remedie het meest efficiënt kan worden toegepast).<sup>118</sup>

Een ander punt van aandacht betreft de situatie dat er gebruik wordt gemaakt van een zogenaemde ‘multi-signature wallet’, waarbij er minimaal twee private keys nodig zijn om een transactie met de litigieuze cryptoactiva uit te voeren. Het is denkbaar dat de private keys in handen van verschillende personen zijn, die ieder in een andere jurisdictie gevestigd zijn of hun gewone verblijfplaats hebben.<sup>119</sup> Bij welke private key moet worden aangesloten? Volgens Bell en Cainer hoeft een dergelijke constructie niet voor een onoplosbaar probleem te zorgen: er zou aangesloten kunnen worden bij de gewoonlijke verblijfplaats of het centrum van belangen van die houder

van (een van) de private keys, die het nauwst met de betreffende transactie (‘participation’) verbonden is.<sup>120</sup>

Als we de zienswijze van Bell en Cainer en Takahashi volgen (én we ervan uitgaan dat er geen sprake is van een *multi-signature wallet*), zal in onze casus Duits recht van toepassing zijn op de vraag of er een geldige overdracht heeft plaatsgevonden. Y GmbH is immers in Duitsland gevestigd en vermoedelijk zal ook het centrum van de belangen van Y GmbH zich in Duitsland bevinden. Er wordt aangeknoopt bij het recht van de plaats waar de houder die controle heeft over de litigieuze cryptoactiva is gevestigd. Gelet op de genoemde nadelen weet ik niet of het aansluiten bij de gewoonlijke verblijfplaats of het centrum van belangen van de houder van de private key een goede methode is om het toepasselijke recht vast te stellen. Bij permissionless blockchains kleven aan de andere besproken optie – het toestaan van een rechtskeuze – echter ook nadelen, waardoor het lastig is een voorkeur uit te spreken.<sup>121</sup> Geabstraheerd van de casus voel ik bij permissioned blockchains zowel iets voor het aanvaarden van een interne rechtskeuze als iets voor het ontwikkelen van een op de PRIMA/PROPA-regel gebaseerde methode.

## 5 Conclusie

In dit artikel heb ik aandacht besteed aan enkele aspecten van het conflictenrecht ten aanzien van het goederenrechtelijk regime van cryptoactiva. Op dit vlak bestaat vanuit het Nederlandse *commune internationaal privaatrecht* bezien een leemte. Cryptovaluta zullen in de regel namelijk niet als een van de in titel 10.10 BW genoemde categorieën van goederen kunnen worden aangemerkt. Als gevolg hiervan kan geen verwijzingsregel worden aangewezen. Het is daardoor niet duidelijk welk recht het goederenrechtelijk regime van cryptoactiva beheerst. In de internationale rechtswetenschappelijke literatuur zijn verschillende voorstellen gedaan voor conflictregels en ook door intergouvernementele organisaties wordt aan mogelijke conflictregels gewerkt. Uit de bespreking van de verschillende voorstellen van conflictregels volgt dat er nog geen consensus bestaat over welke methode het meest bruikbaar is. Elk van de voorgestelde methoden heeft voor- en nadelen. Het is in ieder geval van belang dat bij het opstellen van mogelijke conflictregels aandacht wordt besteed aan het onderscheid tussen permissioned en permissionless blockchains. Gezien de nadelen die verbonden zijn aan uiteenlopende nationale conflictregels, lijkt streven naar harmonisatie en (Europees) uniform conflictenrecht mij het meest wenselijk. Door UNIDROIT is een concreet voorstel voor een conflictregel gedaan, maar deze

114 Commercial Court, 10 maart 2022, Lavinia Deborah Osbourne v Persons Unknown, Ozone [2022] EWHC 1021, r.o. 16 en Commercial Court, 15 juli 2021, Fetch.AI Ltd & Anor v Persons Unknown Category A & Ors [2021] EWHC 2254, r.o. 14.

115 Bell & Cainer 2020, p. 21. Zie ook Ng 2019, p. 334-335.

116 Villata 2023, p. 342-343; Bell & Cainer 2020, p. 23; Lehmann 2019, p. 14-15; Henckel 2022, p. 23.

117 Dit punt is ook opgeworpen in het kader van het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op de derdenwerking van de cessie van vorderingen, waarbij wordt aangeknoopt bij het recht van de plaats van vestiging van de cedent. Het voorstel is te raadplegen via [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), zie p. 19-20.

118 Ng 2019, p. 334-335; Goh Escolar 2023, p. 23.

119 Vgl. Takahashi 2022, p. 358; Goh Escolar 2023, p. 24; Bell & Cainer 2020, p. 24.

120 Bell en Cainer gaan niet in op de vraag hoe in een concreet geval beoordeeld moet worden welke houder het nauwst met de transactie verbonden is, zie Bell & Cainer 2020, p. 24-25. Zij verwijzen naar Dickinson 2019, p. 134-136. Vgl. ook Takahashi 2022, p. 358.

121 In de literatuur zijn ook andere voorstellen gedaan, maar het gaat de omvang van dit artikel te buiten om deze mogelijke oplossingen hier te bespreken. Ik verwijs de geïnteresseerde lezer voor een overzicht naar Goh Escolar 2023, m.n. p. 18-25 en Wendehorst 2023. Net zoals bij de in deze bijdrage besproken methoden kleven ook aan de andere voorstellen zowel voordelen als nadelen.

conflictregel is in zijn huidige vorm nog niet geheel geschikt en  
behoeft verduidelijking. De aangekondigde samenwerking  
tussen HCCH en UNIDROIT is daarom een positieve ont-  
wikkeling.