

Het faillissementsbeslag en de nieuwe wereldorde

mr. M.J.W. van Ingen en mr. W.J. Smits¹

1. Inleiding

Het faillissementsbeslag, we weten het allemaal, omvat al hetgeen gefailleerde heeft en al hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft, aldus art. 20 Fw. Maar menig curator kent actief dat voor hem verborgen wordt gehouden. Tot een decennium geleden was het betrekkelijk eenvoudig dit aan het licht te brengen. Met wisselend succes. Sommigen wisten de dans tot ontspringen en fondsen over te boeken naar, of te behouden in, vreemde mogelijkheden. Giraal geld heeft aanzienlijke voordelen – zeker voor de curator – omdat het traceerbaar is middels een centrale database, te weten de administratie van de bank.

2. Hoe de wereld veranderde

Maar in 2008 veranderde het speelveld wezenlijk, met gevolgen die wij pas nu overzien. In 2008 raakte de wereld in een financiële crisis en met het faillissement van Lehman Brothers raakten veel mensen hun girale tegoeden kwijt. Het saldo op de bankrekening is immers niet meer of anders dan een vordering op de bank en zoals wij weten uit de *Loeffen/Mees* en *Hope*-arresten² is het verrichten van een betaling een schuldovertrekking door de bank de schuld van de debiteur. Wanneer de bank dan een ‘bad-debtor’ blijkt, openbaart zich het grote nadeel aan girale tegoeden.

Tegelijkertijd vormt de door de bank gehouden centrale database (of gekoppelde relationele databases) de ruggengraat van ons giraal betalingsverkeer; alleen zo kan immers worden voorkomen dat een rekeninghouder dezelfde gelden meermalen uitgeeft en daarmee hangt ons vertrouwde girale betalingsverkeer op een derde partij.³

1. Maarten van Ingen en Willem-Jan Smits zijn verbonden aan Watson Law, een kantoor gespecialiseerd in new tech en blockchain. De tekst voor deze bijdrage is afgesloten op 19 februari 2018.

2. *NJ 1988/104 (Loeffen/Bank Mees en Hope I)* en *NJ 1992/214 (Loeffen/Bank Mees en Hope II)*.

3. Sterker nog: de mogelijkheid tot dubbel betalen bestaat ook in ons huidige betalingsverkeer. Er is een moment van enkele seconden dat alle geldautomaten worden gesynchroniseerd. Wie precies op dat moment geld pint, zal dat niet van zijn rekening afgeschreven zien worden omdat de transactie dan niet meer wordt verwerkt in de database.

Dat systeem en met name de beperkingen daarvan, onder ogen ziende werd onder het pseudoniem Satoshi Nakamoto⁴ een document genaamd ‘*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*’ gepubliceerd.⁵

3. De blockchain-technologie

De uitvinding van Nakamoto was een decentraal netwerk om betalingen te verrichten zonder tussenkomst van een centrale derde partij. Oorspronkelijk was dat netwerk, Bitcoin genaamd,⁶ niet bedoeld om als valuta te fungeren, maar slechts om op een veilige wijze waarde(-n) te distribueren. Het grootste probleem is het voorkomen dat waarden meermalen worden overgedragen. De oplossing die Nakamoto daarvoor heeft is een technologie bekend als blockchain. De blockchain is een openbare, decentrale database die aanwezig is op alle computers die zijn aangesloten op het blockchain-netwerk. Iedere computer heeft dus toegang tot de volledige database, maar er kunnen alleen aan het einde van de database records worden toegevoegd. Met ieder blok data, waarin de verrichte transacties zijn vastgelegd, groeit de blockchain, wat ongeveer iedere 10 minuten plaats heeft.⁷

4. Wie (of welke groep personen) de mysterieuze Nakamoto is, is een geheim tot op de dag van vandaag. Tot 2010 hield hij zich bezig met het door hem bedachte systeem, maar in 2011 liet hij weten ‘to have moved on to other things’. De bitcoins op de rekening die hij voorheen controleerde, waard meer dan 12 miljoen euro naar de huidige tijd, zijn sindsdien niet meer aangeraakt.

5. Te raadplegen via: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Het slechts 8 pagina’s tellende document legt de basis voor cryptocurrency, maar bovendien voor een technologie die veel verder gaat dan enkel geldverkeer.

6. Enigszins verwarrend is dat het netwerk ‘Bitcoin’ (met een hoofdletter) heet en de valuta ‘bitcoin’.

7. Naast de transactiegegevens bevat het blok ook zogenaamde hashwaarden die berusten op de cryptografische verwerking van de transacties in dat blok. Bovendien moet het blok aansluiten op de keten en daarmee is het blok (en dus de transacties in dat blok) niet te manipuleren.

4. De bitcoin (of andere cryptocurrency)⁸

Zoals hiervoor opgemerkt groeit de blockchain met het bijschrijven van een blok met data. Zo eenvoudig als dit is gezegd, is dit echter niet. Om een datablok bij te schrijven moet een aantal – voor dit artikel versimplificeerde – stappen worden gevolgd.⁹ Om een transactie te kunnen doen is een digitaal adres vereist, een zogenaamde public key, wat enige vergelijking heeft met een IBAN-nummer. Bij deze public key behoort een private key, die zich laat kwalificeren als een digitale handtekening. Een transactie wordt aangeboden aan het blockchain-netwerk in een bepaald formaat. Computers over de wereld, aangesloten op dit netwerk, verzamelen die transacties. Deze computers, zogenaamde miners, verzamelen de transacties in datablokken. Bovendien wordt van elke transactie gecontroleerd of deze geldig is ondertekend met een private key, bij gebreke waarvan deze wordt genegeerd. Om een datablok bij te laten schrijven in de blockchain, moet een moeilijke cryptografische puzzel worden opgelost. Die puzzel heeft ten doel te waarborgen dat enkel geldige transacties aan de blockchain worden toegevoegd, terwijl deze vervolgens niet meer manipuleerbaar zijn. Het oplossen van die cryptografische puzzel kost rekenkracht en daarmee energie en dus geld. Daar staat tegenover dat ieder blok naast de verzamelde normale transacties ook nog een bijzondere transactie bevat waarin nieuwe bitcoins worden gecreëerd. Deze nieuwe bitcoins zijn de economische prikkel voor de miner om de puzzel als eerste juist op te lossen. Een bitcoin heeft waarde omdat het geld kost om deze te genereren, er slechts een beperkt aantal van is zodat er sprake is van ‘schaarste’¹⁰ en ze gemakkelijk kunnen worden geruild voor een tegenprestatie of ander ruilmiddel.¹¹ Daarmee vertoont

bitcoin grote gelijkenissen met goud. Andere blockchain-netwerken kennen dezelfde principes, maar – in min of meer vergelijkbare mate – een beloning in de vorm van een cryptocurrency.

5. Bitcoin heeft waarde, maar wat is het?

Hiervoor hebben wij uiteengezet hoe het blockchain-netwerk werkt en hoe daarmee bitcoin wordt gemaakt. Dat deze bitcoin een waarde heeft in de huidige economische tijd, zal niemand zijn ontgaan.¹² Maar wat is nu die waarde? De rechtspraak,¹³ literatuur¹⁴ en parlementaire geschiedenis¹⁵ zijn op dit moment eenduidig in het antwoord dat dit niet kwalificeert als geld. Evenmin kan een bitcoin worden gezien als giraal of elektronisch geld.¹⁶ Bitcoin kwalificeert ook niet als zaak in de zin van art. 3:2 BW, omdat de bitcoin niet een voor menselijke beheersing vatbaar object vormt. Wat rest is de vraag of een bitcoin een vermogensrecht is.¹⁷ Wij plaatsen daar met Rank¹⁸ onze twijfels bij. Ver-

miljoen per pizza!

8. In deze bijdrage wordt gesproken over bitcoins. Daarvoor kunnen ook andere zgn. cryptocurrencies worden gelezen, al zijn er verschillen tussen de diverse cryptocurrencies en hun werking.
9. Onderstaande omschrijving is een versimpelde weergave van de werking van de techniek. Alle details zijn te vinden in de standaardwerken: A. Narayanan (e.a.) *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies A Comprehensive Introduction*, USA: Princeton University Press 2016; A. Antonopoulos, *Mastering bitcoin*, USA: O'Reilly Media 2017.
10. Er komen maximaal 21 miljoen bitcoins in omloop. Nadat dit aantal is bereikt zullen nieuwe blokken geen speciale transacties met nieuwe bitcoins meer ontvangen. Dit betekent niet dat er voor de miners geen economische prikkel meer is om geldige blokken voor te dragen. Iedere transactie bevat namelijk een kleine transactie fee. Ook deze fee is voor de miner die als eerste de cryptografische puzzel oplost. Uiteraard geldt ook hier weer de voorwaarde dat het blok daadwerkelijk aan de blockchain dient te zijn toegevoegd.
11. Laszlo Hanyecz heeft naar verluid de eerste bekende bitcoin transactie met tegenwaarde uitgevoerd. Hij kocht op 17 mei 2010 twee pizza's voor 10.000 bitcoin. Met de kennis van nu zijn dat bijzonder dure pizza's gebleken: op het moment van schrijven ongeveer € 43
12. De gezamenlijke 'marketcap' van de meest populaire cryptocurrencies is op het moment van schrijven van deze bijdrage circa € 406.528.367.022. Vgl. <https://www.coinmarketcap.com>.
13. Rechtbank Overijssel oordeelde dat bitcoin geen geld is in de zin van afdeling 6.1.11 BW, Rechtbank Overijssel 14 mei 2014, JOR 2014, 266. Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft het vonnis van de Rechtbank Overijssel bekrachtigd, zij het dat het hof zich niet heeft uitgelaten over de vraag of bitcoin in juridische zin kwalificeert als geld. Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4219, r.o. 4.7.
14. B. Bierens in zijn noot in de JOR: Rechtbank Overijssel 14 mei 2014, JOR 2014, 266, nr. 2; A.W. Jongbloed, 'Bitcoins: virtueel geld, beslag op gebakken lucht?', *Tijdschrift voor Procespraktijk*, 2015, 3, par. 4; W.A.K. Rank, 'Bitcoins: civielrechtelijke en toezichtrechtelijke aspecten', in: J. Boersma (e.a.), *BITCOINS Civiele en fiscale aspecten in beeld*, Deventer: Kluwer 2015, par. 4; H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *T&C Burgerlijk Wetboek*, artikel 6:112 BW, aant. 2.
15. Brief Minister van Financiën van 19 december 2013 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, FM/2013/1939 U.
16. Elektronisch geld is in art. 1:1 Wft gedefinieerd als geldswaarde die elektronisch of magnetisch is opgeslagen die een vordering op de uitgever vertegenwoordigt, die is uitgegeven in ruil voor ontvangen geld om betalingstransacties te verrichten als bedoeld in art. 4, punt 5, van de richtlijn betaaldiensten, en waarmee betalingen kunnen worden verricht aan een andere persoon dan de uitgever.
17. M.F.M. van den Berg, J.W.P.M. van der Velden & C.W.M. Vergouden, 'De bitcoin-verzekering. Een kans voor de financiële sector om klantbelang centraal te stellen in innovatieve productontwikkeling?', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2014, 5, par. 3.1; M. Bernardt & J.D. van Vlastuin, 'De executie van bitcoins', *de Gerechtsdeurwaarder*, 2015, 1, p. 25.
18. W.A.K. Rank, 'Bitcoins: civielrechtelijke en toezichtrechtelijke aspecten', in: J. Boersma (e.a.), *BITCOINS Civiele en fiscale aspecten in beeld*, Deventer: Kluwer

mogensrechten zijn volgens art. 3:6 BW rechten die, hetzij afzonderlijk, hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Bitcoin voldoet in meer of mindere mate aan alle onderdelen van deze niet-limitatieve¹⁹ omschrijving. Een bitcoin is immers zoals we hebben gezien overdraagbaar. Bovendien heeft een bitcoin waarde, zodat het ertoe strekt – althans kan strekken – om de begunstigde tot de bitcoin stoffelijk voordeel te verschaffen.

De voorvraag die echter rijst is, of een bitcoin wel een recht is. De waarde van een bitcoin is immers inherent verbonden met de kenmerken ervan. Samengevat: bitcoin heeft waarde omdat het eigenschappen heeft die vergelijkbaar zijn met goud. Het decentrale karakter van bitcoin brengt met zich, dat het enkel houden van een bitcoin de begunstigde geen recht geeft op een tegenprestatie. Er is immers geen (uitgevende) partij die een dergelijke tegenprestatie zou moeten leveren. Het is de bitcoin zelf die intrinsieke waarde heeft.

Op dit punt zien wij parallellen met goodwill. Goodwill is een zekere meerwaarde die de bestanddelen van een onderneming tezamen genomen bezitten boven de waarde van elk van die bestanddelen afzonderlijk en heeft daarmee vergelijkbare intrinsieke waarde. Van goodwill wordt vrij algemeen aangenomen dat het geen vermogensrecht is.²⁰ Ook de vergelijking met software ligt voor de hand. Van software wordt aangenomen dat het geen vermogensrecht betreft.²¹ Het afgeleide daarvan is dat echter wel. Zo zal op de schrijver van de broncode van de software een auteursrecht rusten met betrekking tot die broncode. Daarmee bestaat een met de software samenhangend vermogensrecht.

6. Bitcoin in faillissement

Na de uiteenzetting wat een bitcoin eigenlijk is, is eminent dat een bitcoin waarde vertegenwoordigt. Ook de Belastingdienst vraagt daarom om vermogen belegd (of zo u wilt: belichaamd) in bitcoin op te geven. Daarmee is direct duidelijk dat de curator ook interesse zal hebben in deze waarde. De eerste vraag die daarbij rijst is de vraag of dit vermogen wel getroffen wordt door het faillissementsbeslag, mede gegeven het feit dat geen sprake is van een zaak of recht. Gegeven de door ons gemaakte vergelijking met een auteursrecht lijkt dat ook voor de hand te liggen, maar bij het auteursrecht berust dit op een uitdrukkelijke keuze van de wetgever. Omdat in veel gevallen geld in de vorm van euro's is gebruikt om bitcoins aan te schaffen lijkt voor de

hand te liggen dat daarmee de failliet ook gedwongen kan worden om medewerking te verlenen deze weer tegen geld te verruilen. Geld, wat vervolgens in de faillissementsboedel valt.

De praktijk stelt de curatoren voor nieuwe uitdagingen. Bij chartaal geld, neemt de curator het geld onder zich. Bij giraal geld bewaakt de centrale instantie de tegoeden en zij kan worden aangesproken als na het faillissement daar gelden van verdwijnen. Maar bij bitcoins is dat vele malen ingewikkelder. Ten eerste staan de bitcoins geregistreerd op een public key. Deze key, als gezegd vergelijkbaar met het rekeningnummer, is voor eenieder inzichtelijk. Ook transacties die gedaan zijn kunnen worden ingezien. Omdat de blockchain immers transparant is ten aanzien van alle opgenomen transacties, kan iedereen ten aanzien van alle transacties controleren of deze met de juiste private key zijn ondertekend.²² Een website die dit mogelijk maakt raadplegen is voor de curator te doen, maar daarvoor dient hij wel eerst de public key te kennen. Omdat die niet op naam geregistreerd is, is hij daarvoor al afhankelijk van de failliet. Zonder dat deze openbaart dat hij überhaupt beschikt over bitcoins, is dit voor de curator niet te controleren.²³

Het enige wat we kunnen vaststellen aan de hand van het voorgaande is dat de curator, als hij de public key heeft, in ieder geval kan nagaan welke transacties zijn gedaan en welke bitcoins staan geregistreerd op de public key.

Gesteld dat is vastgesteld dat er een public key is en de curator daarover beschikt, is de curator er nog niet. Om over de tegoeden te beschikken is immers de private key nodig. Deze private key is vaak ondergebracht in een zogenaamde wallet. Een wallet is een stukje software dat op een veilige manier een private key kan opslaan en transacties op de juiste manier naar het netwerk kan versturen.²⁴ Deze wallet is soms softwarematig, bijvoorbeeld een wallet die wordt gedraaid op een pc of laptop, maar populair is tegenwoordig de hardware-wallet, een op een USB-stick gelijkend stukje hardware. Bovendien kan gebruik worden gemaakt van een online wallet. In dat geval wordt de wallet software gedraaid door een derde partij en wordt de private key door die derde beheerd.

De curator die dacht dat hij met het feitelijk meenemen van de hardware-wallet of zelfs het wijzigen van het wachtwoord van de software-wallet

2015, par 6.

19. Asser 3-IV Algemeen goederenrecht, nr. 1.

20. Asser 3-IV Algemeen goederenrecht, nr. 4.

21. Noot H.J. Snijders onder HR 6 februari 1998, NJ 1999/479.

22. Via zogenaamde block explorers is het mogelijk om alle op de blockchain geregistreerde transacties in te zien. Dit kan bijvoorbeeld via de website <https://www.blockchain.info>.

23. Een aanwijzing zal te vinden zijn in email-verkeer, maar ook betalingen die (giraal) zijn gedaan aan traders.

24. Vaak wordt gedacht dat bitcoins op een wallet staan opgeslagen. Dat is niet juist, een bitcoin is alleen een ongespendeerde uitkomst van een eerdere transactie. Deze uitkomst kan worden gespendeerd door middel van een transactie die op zijn beurt dient te worden ondertekend met de op een wallet opgeslagen private key.

de feitelijke beschikkingsmacht heeft over de op de public key geregistreeerde bitcoins, komt echter bedrogen uit: een wallet heeft een beschermingsmechanisme voor verlies of onbruikbaar raken, de zogenaamde seed. De seed is een sequentie van woorden in een bepaalde volgorde waarmee een nieuwe private key kan worden gemaakt. Zolang de failliet daar beschikking over heeft is het weghalen van de wallet dan ook zinloos, al zal dat in de praktijk anders voelen.²⁵

Als de curator de beschikking heeft over zowel de public als de private key, wordt het natuurlijk zaak om de bitcoins te bewaren en eventueel te gelde te maken. Bewaren wordt een moeizame operatie voor de curator die niet per faillissement een cryptowallet ter beschikking zal hebben (overigens nog los van de vraag hoe daarop toezicht moet worden gehouden). Te gelde maken is eenvoudiger op een cryptobeurs, zij het dat daarvoor machtiging zou moeten worden gegeven door de rechter-commissaris. Gelet op het voorgaande en het vluchtige karakter van bitcoins,²⁶ is echter de vraag of die machtiging redelijkerwijs kan worden afgewacht, of dat de curator die het zo ver heeft gebracht de beschikking te hebben over de private en de public key er beter aan doet de vlucht naar voren te nemen.

7. Conclusie

Cryptocurrency, zoals bitcoin, is eenvoudig aan het zicht van de curator te onttrekken en de curator die wordt geconfronteerd met een boedel waarin deze worden aangetroffen moet zich terdege bewust zijn van de specifieke problemen om deze waarde voor de boedel te behouden. Van belang is zo spoedig mogelijk de beschikking te krijgen over de public- en private key en de bitcoins hetzij te gelde te maken, hetzij elders te bewaren. Bovendien is het met de public key mogelijk om te bezien welke transacties er zijn verricht, zodat ook transacties in het zicht van faillissement en na het faillissement onderzocht kunnen worden.

25. Voor de beeldvorming: op zichzelf is heel eenvoudig voorstelbaar dat een gefailleerde een vermogen omzet in cryptocurrency, zijn wallet (en daarmee zijn private key) vernietigt en op een willekeurige plaats ter wereld een nieuwe wallet installeert om vervolgens op basis van zijn 'seed' een nieuwe private key te genereren en daarmee de beschikking over zijn vermogen te 'hervatten'. Dat alles zonder dat een autoriteit of curator dat kan verhinderen. Juist daarom zijn cryptocurrency populair in bepaalde kringen.

26. Koersschommelingen van meer dan 25% zijn geregeld aan de orde van de dag.