

Conclusie van Antwoord

PETER BAUER (hierna: eiser) woonachtig te Berlijn, Duitsland

Tegen

AMSTERDAM LIVING B.V. (hierna: gedaagde) gevestigd te Amsterdam, Nederland

op 28 januari 2021

Bij voorbaat ontkent gedaagde alle stellingen van eiser, voor zover zij deze in het navolgende niet uitdrukkelijk erkent;

1. Feiten

- 1.1. Gedaagde is actief als vastgoedontwikkelaar in Nederland. Gedaagde is in Amsterdam overgegaan tot de bouw van tien nieuwe luxe appartementen, o.a. gericht op verhuur aan buitenlandse toeristen. Voor de financiering van dit project maakt de gedaagde gebruik van een ‘Initial Token Offering’ (ITO). In plaats van het werven van leningen of investeringen via conventionele routes verkoopt de gedaagde ‘Apartment Revenue Tokens’ (ART). Een ART is gekoppeld aan één appartement. De aankoopprijs van de ART moet betaald worden in de cryptomunt die hoort bij het Ethereum blockchain: Ether (ETH).
- 1.2. Voor de verkoop van de ART hanteert de gedaagde een koopcontract waar tevens algemene voorwaarden op van toepassing zijn (hierna: *Token-koopovereenkomst*). Alvorens enige transactie is uitgevoerd, heeft eiser deze Token-koopovereenkomst gesloten met gedaagde.
- 1.3. De Token-koopovereenkomst tussen gedaagde en eiser strekt tot de verkoop van 1 ART door gedaagde aan eiser waarbij de eiser de koopprijs van 150 ETH dient te betalen aan de gedaagde.
- 1.4. Door te beschikken over 1 ART wordt de eiser deelnemer aan het ‘Apartment Revenue Smart Contract’ (ARSC). Bij het sluiten van de Token-koopovereenkomst zijn eiser en gedaagde partij geworden bij twee overeenkomsten, namelijk de Token-koopovereenkomst en het ARSC.
- 1.5. Het ARSC vervult de taak om, conform de Token-koopovereenkomst, investeerders 0,20 ETH uit te betalen voor iedere dag dat het appartement verhuurd is gedurende een periode van vier jaar, te beginnen op 1 januari 2020. Het ARSC ontvangt hiertoe onafhankelijk geverifieerde informatie en stelt op basis daarvan vast of een appartement wel of niet verhuurd is op een bepaalde dag. Indien aan de voorwaarden wordt voldaan, een appartement is verhuurd en het

wallet beschikt over de ART, zal het ARSC volledig autonoom 0,20 ETH overmaken naar het wallet dat beschikt over dit ART.

- 1.6. De eiser heeft echter op 10 juni 2020 per ongeluk zijn ART overgemaakt naar een ander Smart Contract. Hij wilde eigenlijk 1 ETH overmaken naar dit Smart Contract, maar heeft per ongeluk 1 ART overgemaakt. Dit Smart Contract was tevens incompatibel met het ERC-20 Protocol waardoor de overgemaakte 1 ART ‘bevroren’ is door dit Smart Contract en is hierdoor verloren.
- 1.7. Conform de Token-koopovereenkomst, heeft eiser een geschil omtrent de vernietiging van dit ART aanhangig gemaakt bij een Arbitration Hub op het Jur Court Layer dat handelt naar Nederlands recht. Hiermee vordert de eiser betaling van de 0,20 ETH voor iedere dag dat het appartement is verhuurd, maar hij dit niet kreeg door niet te beschikken over het ART.
- 1.8. De procedure bij het Jur Court Layer stelt vast dat de eiser geen recht heeft op betaling na 10 juni 2020 en dat de gedaagde geen verantwoordelijkheid is toe te schrijven voor de vernietiging van het token door de eiser of het technische gebrek in ERC-20 dat de vernietiging mogelijk heeft kunnen maken.
- 1.9. Vervolgens heeft de eiser een procedure gestart bij dit Hof waarbij eiser een betaling van 0,20 ETH vordert of een overeenkomstig bedrag in Euro’s voor iedere dag dat het appartement verhuurd is in de periode van 10 juni 2020 tot en met 31 december 2023.

2. Technisch Kader

2.1. Arbitrage

- 2.1.1. Jur A.G. is een Zwitsers bedrijf gespecialiseerd in ‘online dispute resolution’ (ODR) op basis van blockchain technologie. Hiertoe bieden ze een aantal diensten aan waaronder het Jur Court Layer.
- 2.1.2. Het Jur Court Layer is gestructureerd als een groep onafhankelijke arbitrale hoven die bij elkaar gebundeld zijn op het Jur Court Layer-platform. Het Jur Court Layer-platform biedt de technische infrastructuur om blockchain-gebaseerde ODR mogelijk te maken in een arbitrale context.
- 2.1.3. Ieder arbitraal hof dat zich aansluit op het Jur Court Layer-platform wordt vertegenwoordigd als een ‘arbitration hub’. Ieder arbitration hub wordt beheerd door een ‘hub admin’ die de praktische administratie van het arbitration hub beheert.
- 2.1.4. Ieder arbitration hub heeft de vrijheid om zijn eigen selectie te maken in materieel en procedureel recht. Dit heeft tot consequentie dat het Jur Court Layer beschikt over een grote selectie aan arbitrale hoven die ieder opereren binnen een bepaalde nationale arbitrale rechtsorde. Hierbinnen heeft men ook de mogelijkheid om een keuze te maken uit verschillende arbitrale hoven die toegespitst opereren op een

bepaald materieelrechtelijk vakgebied zoals IT-recht, bouwrecht of verzekeringsrecht.

- 2.1.5. Eiser heeft bij het aanhangig maken van zijn conflict op het Jur Court Layer een keuze gemaakt voor een arbitration hub dat functioneert binnen de kaders van het Nederlands procedureel en dwingend materieel recht.
- 2.1.6. Bij het aanhangig maken van een zaak bij een geschikt arbitration hub, wordt er een selectie aan arbiters gemaakt die over de zaak zal beslissen. Dit kan, afhankelijk van het beleid van het arbitration hub, zowel handmatig gebeuren door het hub admin, als geautomatiseerd door het Jur algoritme.
- 2.1.7. Bij het arbitration hub dat in dit conflict gebruikt is, worden arbiters op basis van het Jur algoritme geselecteerd. Dit algoritme levert compleet willekeurige resultaten. Als bron van willekeur wordt de stand van de blockchain gebruikt. Het algoritme is daarmee ook open en transparant. Alle procespartijen hebben namelijk toegang tot het algoritme en kunnen de resultaten verifiëren door dezelfde inputs als het algoritme in te voeren en ook hetzelfde resultaat als output te zien.¹ Het algoritme is tevens niet door een persoon te corrumperen omdat het omgeven is door een verificatie procedure die door de blockchain gewaarborgd is.
- 2.1.8. Het Jur Court Layer biedt veel technische mogelijkheden waaronder het houden van video zittingen. Hierdoor kan het feitelijke arbitrageproces heel precies worden nagebootst in een digitale omgeving aangezien je nog steeds beschikt over een mogelijkheid tot mondelinge behandeling.
- 2.1.9. In een plenaire video call tussen beide partijen worden de praktische onderdelen van het arbitrage traject overeengekomen zoals het aantal zittingen, data etc. Op grond hiervan wordt er een document opgesteld dat door beide partijen elektronisch ondertekend wordt.²
- 2.1.10. Het Jur Court Layer ondersteunt een ‘digital signature’ systeem dat op basis van de blockchain identiteit van de procespartijen ‘eIDAS-compliant’ handtekeningen produceert onder digitale documenten, producties en ander bewijsmateriaal.
- 2.1.11. Het Jur Court Layer staat een groot aantal middelen toe die het proces kunnen dienen zoals het opgeven van digitale documenten, schriftelijke behandeling van vragen, zittingen via videoverbinding, aanstellen van experts etc.³
- 2.1.12. Nadat het concept arbitrale vonnis is opgesteld moet deze eerst door een peer review proces om gecontroleerd te worden en zijn geldigheid te krijgen. Dit proces gebeurt door drie nieuwe arbiters te selecteren doormiddel van hetzelfde algoritme waarmee de ‘normale’ arbiters gekozen worden. Deze arbiters stemmen onafhankelijk van elkaar over de kwaliteit van het vonnis.
- 2.1.13. Indien het arbitrale vonnis is goedgekeurd door het peer-review panel zal het bekendgemaakt worden aan de procespartijen en nadat de termijn voor eventuele

¹ Jur Court Layer Whitepaper p. 35.

² Jur sheet 40 terms of reference.

³ Jur sheet 41 jur evidentiary phase.

aanvullingen en/of interpretaties is verstreken, gaat het arbitrale vonnis in kracht van gewijsde.

2.2. Ethereum-blockchain

- 2.2.1. Blockchain is een netwerk waarbij deelnemers elkaar onderling controleren, hiermee is het transparant. Tevens wordt er geen gebruik gemaakt van een derde partij of tussenpersoon wat maakt dat er sprake is van decentralisatie, ook bekend als een peer-to-peer netwerk.
- 2.2.2. Het decentrale concept van de blockchain wordt opgevangen door controle van de overige deelnemers op het netwerk. Voor het uitvoeren van een transactie keurt een meerderheid van de deelnemers deze transactie goed én registreert deze in een register, 'ledger'. Hierdoor ontstaat er een 'distributed immutable ledger', vergelijkbaar met een transactiegeschiedenis.
- 2.2.3. De transactiegeschiedenis staat niet op één centraal punt opgeslagen, elk persoon op het netwerk heeft een kopie van de transactiegeschiedenis en kan daarmee nieuwe transacties controleren en goedkeuren. Dit concept maakt het onmogelijk om te frauderen met oude data doordat een meerderheid van de personen op het netwerk een verandering controleert en deze goedkeurt. Dit creëert de transparantie in het netwerk.
- 2.2.4. Ethereum is een netwerk platform gebaseerd op de blockchain technologie. De cryptocurrency verbonden aan dit platform is 'Ether' (ETH), de cryptocurrency worden bewaard in een online digitale portemonnee, 'het wallet'.
- 2.2.5. Ethereum is bedoeld als een nieuw soort online netwerk waarop gedecentraliseerde applicaties (DAPPs) en Smart Contracts gezet kunnen worden die via de bovengenoemde blockchain technologie worden uitgevoerd.
- 2.2.6. Smart contracts zijn geschreven volgens een bepaalde programmeertaal. Binnen dit kader bestaat er een keuzemogelijkheid wat betreft het protocol dat wordt toegepast. In dit geschil wordt er gewerkt via het ERC-20 Protocol⁴.
- 2.2.7. Het ERC-20 Protocol heeft zes functies volgens welke het de taken van een Smart Contract uitvoert. Een voorbeeld van een functie is 'transferFrom' die zorgt voor de overdracht van tokens van een gebruiker naar de ander.
- 2.2.8. Het ERC-20 Protocol komt met een bekend gebrek.⁵ Normaliter, bij het versturen van een token naar een contract dat incompatibel is met de desbetreffende token zal de transactie afgewezen worden door het ontvangende Smart Contract waardoor de transactie niet plaats zou vinden. Echter in het geval van tokens geschreven op basis van het ERC-20 Protocol gebeurt dit niet volgens deze weg. Als het ontvangende Smart Contract dit protocol niet ondersteund, wordt de

⁴ Het ERC-20 protocol <https://github.com/ethereum/EIPs/issues/20>

⁵ Problems and issues if ERC-20 token standard, Medium
(<https://ethex-smm.medium.com/problems-and-issues-of-erc-20-token-standard-9c92cbdea389>)

transactie niet afgewezen. Hierdoor wordt de token bevroren, raken deze verloren en worden ze onbruikbaar.

2.3. Apartment Revenue Smart Contract

- 2.3.1. ‘Apartment Revenue Smart Contract’ (ARSC) is een Smart Contract, een software script dat wordt uitgevoerd op de Ethereum blockchain.
- 2.3.2. Een Smart Contract wordt in de blockchain geplaatst en is daarmee onveranderbaar en gedecentraliseerd. Dit maakt dat de contracten uitsluitend kunnen worden uitgevoerd zoals ze zijn geprogrammeerd en op de blockchain zijn geplaatst.
- 2.3.3. Door het plaatsen van het Smart Contract op de blockchain is deze beveiligd tegen fraude, censuur, interventies van derde of downtime door hacking. Ze kunnen niet offline worden gehaald door andere partijen en zijn daarmee beschermd tegen hacken.
- 2.3.4. Een Smart Contract werkt volledig geautomatiseerd en deterministisch. Het vervult een taak als aan alle voorwaarden wordt voldaan. Een ‘If A, Then B’ principe.
- 2.3.5. Als aan de in het Smart Contract vastgelegde voorwaarde wordt voldaan wordt een taak uitgevoerd. Deze taak kan het overmaken van cryptocurrency naar bepaalde wallets zijn. Deze taak wordt via de blockchain principes uitgevoerd en moet dus goedgekeurd en geregistreerd worden door een meerderheid van de deelnemers verbonden aan het blockchain netwerk.

2.4. Appartement Revenue Tokens

- 2.4.1. Appartement Revenue Tokens (ARTs) zijn appartement inkomsten munten die via de Ethereum blockchain in omloop zijn. Elke ART is gekoppeld aan een van de appartementen in het nieuw gebouwde appartementencomplex.
- 2.4.2. ARTs is een crypto token volgen het ERC-20 Protocol. In dit protocol staan de regels beschreven over de werking en uitwisseling van de tokens zoals hierboven uitgelegd. Deze werking en uitwisseling wordt gecontroleerd door de Ethereum blockchain zoals hierboven beschreven.
- 2.4.3. Je beschikt over een ART als deze zich in je ‘Ethereum wallet’ bevindt, een digitale portemonnee die functioneert op basis van het Ethereum blockchain.

3. Juridisch Kader

3.1. Geldigheid arbitrageovereenkomst

- 3.1.1. Op basis van artikel 1020, eerste lid Rv hebben partijen de mogelijkheid om bij overeenkomst de tussen hen bestaande geschillen te onderwerpen aan arbitrage. Eiser stelt dat het niet noodzakelijk is dat partijen expliciet naar arbitrage verwijzen om te spreken van een arbitrageovereenkomst (zie Dagvaarding,

onderdeel 1.3.). Op grond van artikel 1021 Rv dient de overeenkomst tot arbitrage te worden bewezen door een geschrift.

3.1.2. Partijen hebben in de Token-koopovereenkomst de volgende geschillenbeslechting clause opgenomen:

“Alle geschillen die voortvloeien uit of verband houden met dit contract zullen definitief worden beslecht door een procedure via de Jur Court Layer. De Jur Court Layer is een online geschillenbeslechtsmechanisme (‘Online Dispute Resolution’). De partijen aanvaarden de werking en het reglement van de Jur Court Layer, zoals vastgelegd op de Jur-website.”

3.1.3. Eiser heeft in de dagvaarding reeds gesteld dat er sprake is van een geldige arbitrageovereenkomst (zie Dagvaarding, onderdeel 1.3.). Gedaagde betwist dit standpunt niet.

3.2. Jur Court Layer als arbitraal hof

3.2.1. In de geschillenbeslechting clause hebben partijen afgesproken dat alle geschillen die voortvloeien of verband houden met de Token-koopovereenkomst zullen worden beslecht door een procedure via de Jur Court Layer (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 3.1.2.).

3.2.2. Op grond van artikel 1036, eerste lid Rv kunnen partijen het arbitrale geding voeren op de wijze die zij overeenkomen. Het uitgangspunt is dat partijen zelf de mogelijkheid hebben om hun procesrecht te bepalen. Eiser stelt zich voornamelijk op het standpunt dat de ‘Whitepaper’ (zie Dagvaarding, productie 1.) en ‘het reglement van de Jur Court Layer, zoals vastgelegd op de website’ (zie Dagvaarding, onderdeel 2.1.) het procedurele recht tussen partijen bepaalt. Hoewel deze documenten informatie verschaffen over de Jur Court Layer, miskent eiser de wijze waarop procedures via het Jur Court Layer worden gevoerd. In onderdeel 2 Technisch Kader is uiteengezet op welke wijze geschillen via de arbitration hub worden opgelost. Het geldende procesrecht tussen partijen wordt bepaald aan de hand van de regels die de desbetreffende hub hanteert. Jur Court Layer omschrijft de processuele werking van een hub als volgt: *“Jur delivers a suitable framework for the creation of a true digitized legally binding arbitration. Then it is up to the individual Arbitration Hub to set up Hub Rules fully compliant with international law (e.g. New York Convention, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) and the domestic law of the country where the Arbitration Hub has its registered office, so as to ensure the legal force of the awards issued.”*⁶ In casu hebben partijen het geschil in eerste instantie voorgelegd aan een arbitration hub die onderworpen was aan Nederlands recht. Deze hub bepaalde het van toepassing zijnde processuele recht tussen partijen. Dit recht was volledig in overeenstemming met de dwingende bepalingen uit boek vier Rv.

⁶ Jur Court Layer Whitepaper, p. 31 (<https://jur.io/wp-content/uploads/2019/05/jur-whitepaper-v.2.0.2.pdf>).

- 3.2.3. Dat brengt met zich mee dat noch de ‘Whitepaper’ noch ‘het reglement van Jur Court Layer’ het procesrecht tussen partijen bepaalt. Het standpunt van eiser dat enkel de bepalingen uit boek vier Rv van toepassing zijn, kan geen stand houden. Immers zijn deze bepalingen reeds geïncorporeerd in het processuele recht van de hub aan wie het geschil was voorgelegd. Aanvullende regels die deze hub stelde, zijn daardoor eveneens van toepassing.
- 3.2.4. Op grond van artikel 1054, tweede lid Rv beslist het scheidsgerecht naar de door partijen aangewezen regelen des rechts. Partijen zijn in dat kader het volgende overeengekomen in de Token-koopovereenkomst: *“De rechtsverhoudingen tussen de partijen worden geregeld door dit contract (met inbegrip van het ARSC) en door de algemene beginselen van de Blockchain-community; zoals vastgelegd in de relevante technische standards. Nationaal recht is niet van toepassing op de partijverhouding.”*
- 3.2.5. Op basis van deze bepaling zijn partijen overgekomen dat het toepasselijke recht wordt gevormd door het ERC-20 Protocol en de Blockchain-community beginselen. Het Smart Contract (ARSC) fungeert op basis van het ERC-20 Protocol, in tegenstelling tot hetgeen eiser stelt, kan het Smart Contract zelf geen materieel toepasselijk recht vormen. Eiser stelt zich echter op het standpunt dat partijen niet kunnen kiezen voor deze principes en dat de Token-koopovereenkomst wordt gereguleerd door nationaal recht (zie Dagvaarding, onderdeel 2.4 t/m 2.8.).
- 3.2.6. Gedaagde is het niet eens met dit standpunt. In casu is er namelijk sprake van een geldige rechtskeuze. Nationaal recht is, in beginsel, niet van toepassing in de arbitrageprocedure van de Jur Court Layer. Op basis van de Rome-I Verordening dient de nationale rechter conflictenrecht toe te passen, dat betekent dat de overheidsrechter dient te beoordelen welk nationaal recht van toepassing is. In tegenstelling tot de nationale rechter, is het arbitrale hof niet gebonden aan deze verplichting.⁷ Op grond van artikel 1054, tweede lid Rv kon het geschil tussen partijen daarom worden beoordeeld aan de hand van niet-statelijk recht, met uitsluiting van nationaal recht.⁸ Enkel in die gevallen waarin toepassing van niet-statelijk recht in strijd zou zijn met voorrangregels of regels van openbare orde, kan nationaal recht een rol spelen.⁹ Volgens eiser leidt de toepassing van het ERC-20 protocol ertoe dat zijn fundamentele rechten worden geschonden. Op basis van de jurisprudentie en de uitleg in de literatuur kan er in zeer uitzonderlijke omstandigheden een beroep worden gedaan op de openbare orde-exceptie.¹⁰ Gedaagde is van mening dat het ‘enkel niet weten hoe het ERC-20

⁷ N. Peters, ‘Het belang van de plaats van arbitrage voor het toepasselijke recht’, Bb 2017/13, p. 45.

⁸ N. Peters, IPR, Proces & arbitrage: Over grondslagen en rechtspraktijk (diss. Groningen), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2015, p. 306-307.

⁹ Peters Supra 6.

¹⁰ Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 2019/130-136.

Protocol functioneert' niet kan worden gekwalificeerd door eiser als geldige reden om zichzelf te disculperen van zijn eigen onderzoeksplicht. Verder kan het argument van eiser dat het ERC-20 Protocol niet kan gelden als materieel recht, omdat het gaat om privé regels die slechts binnen een bepaalde gemeenschap gelden, niet als juist worden aanvaard (zie Dagvaarding, onderdeel 2.5.). In tegenstelling tot een procedure bij de overheidsrechter biedt arbitrage juist de mogelijkheid aan partijen om 'privé regels' van toepassing te verklaren. In arbitrageprocedures is het zelfs zeer gebruikelijk dat partijen overeenkomen dat specifieke regels op hun overeenkomst van toepassing zijn en daarmee afwijken van de algemene regels uit het Burgerlijke Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (Rv).

- 3.2.7. Op grond van artikel 1054, tweede lid Rv kan de arbitration hub tevens rekening houden met de toepasselijke handelsgebruiken op basis van artikel 1054, vierde lid Rv. Op basis van deze bepaling mag het geschil tussen partijen voor de arbitration hub worden opgelost aan de hand van de 'Lex Mercatoria'.¹¹ Vraag is echter wel wat er onder deze 'Lex Mercatoria' dient te worden verstaan. Volgens de Memorie van Toelichting gaat het om "*de internationaal, algemeen aanvaarde handelsgebruiken die in principe onafhankelijk van nationaal recht geldend zijn*".¹² De klassieke Lex Mercatoria geldt sinds de middeleeuwen, maar in de afgelopen decennia zijn er verschillende aanvaarde handelsgebruiken tot stand gekomen die aanvulling bieden op de Lex Mercatoria. Een voorbeeld hiervan is de 'Lex Informatica', die als volgt wordt omschreven: '*Lex Informatica is viewed as a natural extension of Lex Mercatoria, a complementary toolkit for the regulation of online transactions through the establishment of technical norms, in addition to contractual rules. Just like Lex Mercatoria, Lex Informatica ultimately relies on self-regulation: it is a system of customary rules (or standards) and technical norms elaborated by online users for internal use by community members. The system operates transnationally, across borders, independent of national boundaries and domestic laws.*'¹³ Een ander voorbeeld is de 'Lex Cryptographia'.¹⁴ Dit zijn regels en standaarden die voortkomen uit de Blockchain-community voor regulering van de blockchain technologie en Smart Contracts. Hoewel sommigen van mening zijn dat de 'Lex Cryptographia' nog niet kan worden gezien als aanvulling op de Lex Mercatoria, zijn er in de literatuur sterke argumenten te vinden die pleiten voor het tegendeel. Aron Wright en Primavera De Filippi stellen bijvoorbeeld: '*Today, we might be facing a similar inflection point in the history of the Internet. Just as the growth of decentralized communications layers, such as*

¹¹ Peters Supra 7, p. 306.

¹² *Kamerstukken II* 1983-84, 18 464, nr. 3 (MvT), p. 23.

¹³ Aron Wright en Primavera De Filippi, *Decentralized Blockchain Technology And The Rise of Lex Cryptographia*, p. 45-48.

¹⁴ *Id.*, p. 48-51.

*TCP/IP and HTTP, lead to the recognition of Lex Informatica, the progressive deployment of blockchain technology may give rise to yet another body of law—Lex Cryptographia—characterized by a set of rules administered through self-executing smart contracts and decentralized (and potentially autonomous) organizations.*¹⁵ In de Token-koopovereenkomst hebben partijen afgesproken dat de ‘algemene beginselen van de Blockchain-community’ en de voorwaarden uit het ERC-20 Protocol van toepassing zijn (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 3.2.4.). Gedaagde stelt zich op het standpunt dat deze ‘algemene beginselen van de Blockchain-community’ en het ‘ERC-20 Protocol’ kunnen worden gekwalificeerd als ‘Lex Cryptographia’ en daarmee onder de reikwijdte van de Lex Mercatoria vallen en van toepassing zijn op het geschil tussen eiser en gedaagde voor de arbitration hub.

- 3.2.8. Het voorgaande brengt met zich mee dat de arbitration hub bevoegd was om het tussen partijen bestaande geschil op te lossen aan de hand van het ERC-20 Protocol en de Blockchain-community beginselen. Voor de toepassing van nationaal recht, zoals eiser beweert, is in de procedure voor de arbitration hub geen plaats.
- 3.2.9. In de Dagvaarding stelt eiser dat het voor de toepassing van de Lex Mercatoria uitmaakt of Bauer onderdeel is van de Blockchain-community (zie Dagvaarding, onderdeel 2.6.). Dit standpunt raakt kant noch wal. Het gaat er voor de toepassing van de Lex Mercatoria immers niet om of men ergens ‘onderdeel’ van is. Op het moment dat men handelt binnen een bepaalde sector dan zijn de toepasselijke handelsgebruiken op basis van artikel 1054, vierde lid Rv van toepassing. De functie en ratio van artikel 1054, vierde lid Rv zou ernstig worden ondermijnd, indien dit Hof gehoor zou geven aan het standpunt van eiser.
- 3.2.10. Op basis van artikel 1027, eerste lid Rv kunnen partijen de benoeming van een arbiter overdragen aan een derde. In de Jur Court Layer worden arbiters geselecteerd op basis van een algoritme (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 2.1.7.). Dit algoritme functioneert in casu als de ‘derden’ die de arbiters selecteert. Eiser stelt dat artikel 1027, eerste lid Rv beoogt te waarborgen dat arbiters op transparante wijze worden benoemd en dat zij onpartijdig en onafhankelijk dienen te opereren (zie Dagvaarding, onderdeel 2.10.). Gedaagde betwist deze uitleg van artikel 1027, eerste lid Rv niet. Desondanks kan het standpunt van eiser dat het gebruik van een algoritme zou leiden tot een ‘black box’ niet als juist worden aanvaard. In de Jur Court Layer worden de arbiters geselecteerd door een algoritme op basis van een random number generator die de blockchain als entropische “seed value” gebruikt. Dit proces is door beide partijen onafhankelijk te verifiëren door de seed value te pakken die op dat moment gold en het handmatig door het algoritme te halen. Hiermee is de wijze waarop arbiters

¹⁵ Id, p. 48.

gekozen worden, in tegenstelling tot wat eiser beweert, wel te verifiëren.¹⁶ Van een gebrek aan transparantie is dan ook geen sprake. Verder benadrukt Jur Court Layer het belang van een onpartijdige en onafhankelijke arbiter: *‘One of the key features of the Court Layer is the truly randomized appointment of arbitrators. What does “truly randomized” mean and how is that achieved? There are several requirements to keep in mind that such a selection should meet: It should be fair for everyone, no arbitrator should be chosen because of any factor related to either of the counterparties; it should be transparent, both counterparties should know which procedure has been used to select the arbitrator; it should be verifiable, so that both counterparties can check that the selected arbitrators are the ones supposed to be according to the known procedure and that nothing happened in the middle; it should not be corruptible, in the sense that it should not be possible for any of the counterparties to influence or change the appointment of an arbitrator that was truly randomly selected.’*¹⁷

- 3.2.11. Het voorgaande brengt met zich mee dat het beroep van eiser op artikel 1065, eerste lid, onder b Rv niet kan slagen aangezien de wijze waarop de arbiters worden geselecteerd wel in overeenstemming is met de eisen van de wet. Echter, indien dit Hof van mening is dat een algoritme niet kan worden gekwalificeerd als de ‘derde’ die de arbiters selecteert, dan nog kan eiser geen beroep doen op artikel 1065, eerste lid, onder b Rv. Artikel 1052, derde lid Rv bepaalt: *‘Een partij die aan de samenstelling van het scheidsgerecht heeft medegewerkt, kan in het arbitraal geding of bij de gewone rechter geen beroep doen op de onbevoegdheid van het scheidsgerecht op de grond dat het scheidsgerecht in strijd met de daarvoor geldende regelen is samengesteld.’* Uit het feitenverloop (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 1) blijkt dat eiser op geen enkel moment heeft geprotesteerd tegen de wijze waarop arbiters via de Jur Court Layer werden gekozen. Eiser heeft actief meegewerkt aan de procedure voor de arbitration hub en wist, althans kon en behoorde te weten, dat arbiters via een algoritme werden gekozen. Nu eiser zijn actieve medewerking heeft verleend aan de wijze waarop de arbiters via het Jur Court Layer worden gekozen, kan hij geen beroep doen op artikel 1065, eerste lid, onder b Rv.
- 3.2.12. Ook het beroep van eiser op artikel 1065, eerste lid, onder e Rv kan niet worden gehonoreerd door dit Hof. Op basis van hetgeen gedaagde in 3.2.10. en 3.2.11. van de Dagvaarding heeft gesteld, is er geen sprake van strijdigheid met de openbare orde. Noch het beginsel van onpartijdigheid, noch het beginsel van onafhankelijkheid wordt door de procedure via het Jur Court Layer geschaad.
- 3.2.13. Artikel 1036, tweede lid Rv bepaalt dat het scheidsgerecht de partijen behandelt op voet van gelijkheid. De tweede volzin van dit artikel stelt vervolgens: *‘Het*

¹⁶ Jur Court Layer Whitepaper, p. 37-38.

¹⁷ Jur Court Layer Whitepaper, p. 36.

scheidsgerecht stelt partijen over en weer in de gelegenheid hun standpunten naar voren te brengen en toe te lichten en zich uit te laten over elkaars standpunten en over alle bescheiden en andere gegevens die in het geding ter kennis van het scheidsgerecht zijn gebracht. Eiser stelt, in de ogen van gedaagde terecht, dat het beginsel van hoor en wederhoor met zich meebrengt dat partijen adequaat dienen te worden gehoord door het scheidsgerecht (zie Dagvaarding, onderdeel 2.12.). Voorts stelt eiser dat de procedure via de Jur Court Layer geen mogelijkheid biedt tot mondelinge behandeling. Partijen krijgen, volgens eiser, enkel de mogelijkheid om hun standpunten schriftelijk naar voren te brengen. Opnieuw miskent eiser de wijze waarop procedures via de arbitration hub worden gevoerd. Hoewel het klopt dat er geen mondelinge behandeling op zitting kan plaatsvinden, betekent dit geenszins dat er geen ruimte bestaat voor mondelinge behandeling. In de whitepaper wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid van mondelinge behandeling via ‘hearings’ geboden.¹⁸ Deze ‘hearings’ vinden online via het systeem van de Jur Court Layer plaats.

- 3.2.14. Daarnaast doet eiser een beroep op artikel 1038b Rv (zie Dagvaarding, onderdeel 2.12 en 2.13.).¹⁹ In dit artikel staat dat het scheidsgerecht op verzoek van partijen, of uit eigen beweging, de partijen in gelegenheid stelt om hun zaak op zitting mondeling te komen toelichten, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. In tegenstelling tot wat eiser beweert, hebben partijen wel de vrijheid om vooraf overeen te komen dat zij wensen af te zien van een mondelinge behandeling op zitting.²⁰ Dit betekent, nogmaals, niet dat daarmee voor partijen de mogelijkheid ontvalt om geen mondeling online verweer te voeren (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 3.2.13.). Partijen hebben daarvoor wel degelijk de mogelijkheid om zowel schriftelijk als mondeling adequaat verweer te voeren en bewijs te leveren. Het standpunt van eiser dat er sprake is van schending van hoor en wederhoor, en dat het arbitrale vonnis daarmee openstaat voor vernietiging op basis van artikel 1065, eerste lid, onder e Rv gaat dus niet op.
- 3.2.15. Artikel 1057, tweede lid Rv stelt dat het vonnis van het scheidsgerecht op schrift dient te worden gesteld en ondertekend dient te worden door de arbiters. Daarnaast dient het vonnis te voldoen aan de vereisten die in artikel 1057, derde lid Rv worden gesteld. Tot slot draagt het scheidsgerecht op basis van artikel 1058, eerste lid, onder a en b Rv zorg voor dat een afschrift van het vonnis aan partijen wordt gezonden en het origineel wordt nedergelegd ter griffie van de rechtbank. Eiser stelt zich primair op het standpunt dat het opnemen van de eindbeslissing in een PDF-document niet voldoet aan de eisen die de wet stelt (zie Dagvaarding, onderdeel 3.1.). Daarnaast is volgens eiser evenmin voldaan aan de voorwaarden

¹⁸ Jur Court Layer Whitepaper, p. 31.

¹⁹ In de Dagvaarding staat artikel 1039, tweede lid Rv. Dit artikel gaat echter niet over de mondelinge toelichting, maar over bewijs.

²⁰ Jur Court Layer Whitepaper, p.

uit artikel 1072b, derde lid Rv (zie Dagvaarding, onderdeel 3.3.). Dit artikel bepaalt dat het vonnis van de arbitration hub ook in elektronische vorm kan worden opgemaakt door het te voorzien van een gekwalificeerde handtekening als bedoeld in artikel 3, onderdeel 12, van verordening (EU) nr. 910/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende elektronische identificatie en vertrouwensdiensten voor elektronische transacties in de interne markt en tot intrekking van richtlijn 1999/93/EG (PbEU 2014, L 257)).

- 3.2.16. Anders dan eiser betoogt, is gedaagde van mening dat de procedure voor de Jur Court Layer wel aan de wettelijke vormvereisten van een arbitraal vonnis voldoet. Op basis van artikel 1058, eerste lid, onder a Rv heeft de arbitration hub de verplichting om een *“gewaarmerkt afschrift van het vonnis aan partijen te verstrekken.”* In de ogen van eiser kan een PDF-bestand niet worden gekwalificeerd als een afschrift. Dit standpunt is onjuist. In de Memorie van Toelichting heeft de wetgever inzake artikel 1058, eerste lid, onder a Rv geen uitleg gegeven over het begrip ‘afschrift’. Dit laat ons echter niet achter met lege handen, dit begrip wordt door de wetgever op een eerder moment in de wetsgeschiedenis namelijk wel gedefinieerd, bij de uitleg van artikel 1040, tweede lid Rv. De wetgever stelt dat onder een afschrift wordt verstaan: *“Een kopie of letterlijke weergave van het gehele oorspronkelijke stuk.”*²¹ Aangezien het gaat om twee bepalingen uit hetzelfde wetboek, ligt het in de rede om aan te nemen dat deze uitleg ook kan worden gebruikt bij artikel 1058, eerste lid, onder a Rv. Het opnemen van de eindbeslissing van de arbitration hub in een PDF-bestand kwalificeert daarom wel degelijk als afschrift. Daarnaast dient het te gaan om een ‘gewaarmerkt afschrift’. Blijkens de wet kan ondertekening van een arbitraal vonnis op twee manieren plaatsvinden. Het vonnis dient ofwel op schrift te worden gesteld en door de arbiters te worden ondertekend (zie artikel 1057, tweede lid Rv). Ofwel dient het vonnis in elektronische vorm te worden opgemaakt door het te voorzien van een gekwalificeerde handtekening (zie artikel 1072b, derde lid Rv). Alvorens gedaagde verweer zal voeren op het standpunt van eiser ten aanzien van de elektronische handtekening, dient de ratio en de werking van de gekwalificeerde handtekening duidelijk te zijn. De wetgever stelt in de Memorie van Toelichting: *“De ondertekenaar versleutelt het te verzenden bericht met de private sleutel. Dit levert een bericht op dat bestaat uit een reeks getallen, welke reeks pas leesbaar wordt na ontcijfering. Voor deze ontcijfering moet de publieke sleutel worden gebruikt. De sleutels zijn zo aan elkaar verbonden dat een bericht dat met de private sleutel is versleuteld, slechts met de publieke sleutel kan worden ontcijferd. Maar omgekeerd is het met kennis van de publieke sleutel praktisch niet mogelijk om een versleuteld bericht te maken. Daardoor is het ook niet mogelijk dat een derde het versleutelde bericht zonder bezit van de private*

²¹ Kamerstukken II 2012-13, 33611, 3, p. 22-23.

sleutel kan wijzigen: dat zou immers vereisen dat de derde de versleutelde reeks getallen zodanig weet te wijzigen dat deze na toepassing van de publieke sleutel weer een zinvolle, doch gewijzigde tekst oplevert. De gekozen techniek is evenwel zodanig dat een wijziging in de versleutelde tekst ook een groot deel van de tekst radicaal wijzigt, en het praktisch niet mogelijk is een zinnige wijziging aan te brengen met louter proberen.”²² In deze Conclusie van Antwoord heeft de gedaagde reeds uitleg gegeven over de wijze waarop een procedure voor de Jur Court Layer wordt gestart (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 2). Hierbij worden onder andere twee ‘hashes’ gecombineerd tot één ‘merged sequence’.²³ Deze ‘sequence’ fungeert als publieke sleutel. Wanneer het vonnis voor de arbitration hub ondertekend wordt door de arbiters, geven zij aan dit vonnis een eigen ‘hash code’.²⁴ Deze ‘hash code’ fungeert als private sleutel. Op het moment dat het arbitrale vonnis via de arbitration hub door middel van PDF-bestand elektronisch wordt verstrekt aan partijen zijn beide ‘hashes’ noodzakelijk om het vonnis te kunnen lezen. Dat brengt met zich mee dat de elektronische verstrekking door middel van een PDF-bestand wel degelijk kan worden gekwalificeerd als een gekwalificeerde handtekening. Op basis van artikel 1058, eerste lid, onder a Rv is er sprake van een ‘gewaarmerkt afschrift’.

- 3.2.17. Tot slot stelt eiser zich op het standpunt dat niet is voldaan aan het vereisten van artikel 1058, eerste lid, onder b Rv (zie Dagvaarding, onderdeel 3.1.). In deze Conclusie van Antwoord heeft de gedaagde reeds gesteld dat de processuele regels die de arbitration hub hanteert in overeenstemming zijn met de dwingende bepalingen uit boek vier Rv (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 2.1.4.). Dit brengt met zich mee dat er wel degelijk een afschrift van het vonnis ter griffie is nedergelegd van de rechtbank. Het beroep van eiser op artikel 1065, eerste lid, onder d Rv kan daarom niet slagen.
- 3.2.18. Het beroep van eiser op artikel 1065, eerste lid Rv kan niet door dit Hof worden gehonoreerd. Dat betekent dat er tussen eiser en gedaagde een geldig arbitraal vonnis ligt, dat kracht van de gewijsde geniet op grond van artikel 1059 jo. artikel 236, eerste lid 1 Rv. Dit Hof kan daarom niks anders doen dan zichzelf onbevoegd te verklaren en eiser niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vordering.

3.3. Toepasselijk recht Token-koopovereenkomst

- 3.3.1. Hoewel gedaagde van mening is dat dit Hof niet bevoegd is om van het geschil kennis te nemen, zal gedaagde alsnog verweer voeren op de overige standpunten van eiser. In tegenstelling tot een procedure bij een arbitraal hof, kan er bij de overheidsrechter geen recht worden gesproken enkel op basis van niet-statelijk

²² *Kamerstukken II 2000-01, 27743, 3, p. 2.*

²³ Jur sheet 32 Appointment schema.

²⁴ Jur Court Layer Whitepaper, p. 34.

recht. Dat betekent dat aan de hand van de Rome-I Verordening dient te worden vastgesteld welk recht van toepassing is op de Token-koopovereenkomst.

- 3.3.2. Eiser merkt, terecht, op dat bij een rechtskeuze op basis van de Rome-I Verordening een onderscheid gemaakt dient te worden tussen de conflictenrechtelijke en de materieelrechtelijke rechtskeuze (zie Dagvaarding, onderdeel 4.3.). Door een conflictenrechtelijke rechtskeuze wordt al het objectief toepasselijke recht terzijde geschoven, zowel de dwingendrechtelijke als aanvullende bepalingen. Bij een materieelrechtelijke rechtskeuze wordt alleen het objectief toepasselijke aanvullende recht vervangen door het aanvullende recht van het gekozen rechtsstelsel. Een keuze voor niet-statelijk recht, zoals overeengekomen in de Token-koopovereenkomst (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 3.2.4.) behelst een materieelrechtelijke rechtskeuze, waarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de bepalingen van dwingend recht van het objectief toepasselijke rechtsstelsel. Dit heeft tot gevolg dat het ERC-20 Protocol en de Blockchain-community principes enkel de aanvullende bepalingen van het objectief toepasselijke recht vervangen.
- 3.3.3. Eiser stelt zich op het standpunt dat op basis van artikel 4, eerste en tweede lid jo. artikel 19, eerste lid Rome-I het objectief toepasselijke recht Nederlands recht is (zie Dagvaarding, onderdeel 4.6. t/m 4.10.). Gedaagde betwist dit standpunt niet. Het voorgaande brengt met zich mee dat de dwingende bepalingen van Nederlands recht van toepassing zijn, maar dat de aanvullende bepalingen van Nederlands recht worden beheerst door het ERC-20 Protocol en de Blockchain-community beginselen.

3.4. Relevantie ARSC voor interpretatie Overeenkomst Partijen

- 3.4.1. In casu maken partijen bij de uitvoering van de Token-koopovereenkomst gebruik van een Smart Contract (ARSC). In het technisch kader wordt reeds beschreven op welke wijze dit Smart Contract functioneert (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 2). Ten aanzien van de relevantie voor de interpretatie van de uit de Token-koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen; is van belang de wijze waarop het Smart Contract binnen de Nederlandse rechtsorde kan worden gekwalificeerd.
- 3.4.2. Eiser is van mening dat de interpretatie en uitleg van de Token-koopovereenkomst tussen partijen dient te geschieden aan de hand van zowel het ARSC als de Token-koopovereenkomst (zie Dagvaarding, onderdeel 5.4. en 5.5.). Hoewel het ARSC een belangrijke rol speelt in uitvoering van de overeenkomst tussen partijen, is gedaagde van mening dat dit een onjuist standpunt is. Het is belangrijk dat er twee toepassingen van Smart Contracts worden onderscheiden.²⁵ Enerzijds

²⁵ E. de Vries, *Smart contracts: een keten van vertrouwen reikend tot in de fysieke wereld*, NTBR 2019/12.

kan een Smart Contract zodanig worden opgesteld dat hiermee de gehele rechtsverhouding tussen partijen wordt vormgegeven. Het uitvoeren van een transactie op het Smart Contract brengt in dit geval een overeenkomst tot stand, en stelt het Smart Contract in staat om uitvoeringshandelingen te gaan verrichten ter nakoming van de overeenkomst. Anderzijds is het mogelijk dat het Smart Contract uitsluitend bepaalde handelingen verricht ter uitvoering van een eerder gesloten overeenkomst. In dat geval wordt de rechtsverhouding tussen partijen niet beheerst door het Smart Contract, maar is het Smart Contract uitsluitend faciliterend voor de feitelijke uitvoer van contractueel bepaalde handelingen. In dit geval is het Smart Contract vooral een instrument dat partijen hanteren ter regulering van hun rechtsverhouding, en niet voor het scheppen van een rechtsverhouding. Uit het feitenrelaas en het technisch kader blijkt duidelijk dat in deze zaak het ARSC enkel functioneert ter uitvoering van de tussen partijen gesloten Token-koopovereenkomst (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 1 en 2). Dit brengt met zich mee dat dit Hof voornamelijk aandacht dient te besteden aan de Token-koopovereenkomst, en het ARSC (beter gezegd het ERC-20 Protocol) bij de interpretatie van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen slechts een marginale rol mag spelen. Het is immers voornamelijk de Token-koopovereenkomst die de rechtsverhouding tussen partijen reguleert en niet zozeer het ARSC.

- 3.4.3. Bij de uitleg van overeenkomsten speelt in het Nederlandse recht de subjectieve rol uit Haviltex een belangrijke rol. Het gaat hierbij om de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. Dit Hof mag, zoals eiser terecht stelt, bij de uitleg van de Token-koopovereenkomst dus niet enkel kijken naar de letterlijke bewoording van de tekst, maar dient ook rekening te houden met andere omstandigheden.

3.5. Aard van het ART als beleggingsinstrument

- 3.5.1. Eiser gebruikt in de dagvaarding (zie Dagvaarding, onderdeel 6.2., 6.3. en 6.5.) de term: ‘belegger’ en/of ‘belegging’. Gezien de bredere context van het geding acht gedaagde het nuttig om nadere invulling te geven aan het karakter van het ART als beleggingsinstrument en de manier waarop het ART en de Token-koopovereenkomst geïnterpreteerd moeten worden.
- 3.5.2. Eiser en gedaagde hebben zich met het sluiten van de Token-koopovereenkomst gebonden aan de bepalingen binnen deze koopovereenkomst en tevens aan de algemene voorwaarden die hierop van toepassing zijn. Als gevolg hiervan heeft gedaagde een bedrag van 150 ETH ontvangen en heeft eiser 1 ART ontvangen. Door de ART in ontvangst te nemen is eiser partij geworden bij het ARSC die als zelf uitvoerend Smart Contract conform de regels van de originele Token-koopovereenkomst en diens algemene voorwaarden functioneert. Hetgeen

het ARSC feitelijk geprogrammeerd is om uit te voeren is al in de Token-koopovereenkomst met bijbehorende algemene voorwaarden vastgelegd. Beide partijen hebben dus, al dan niet indirect, ingestemd met de acties die het ARSC uitvoert.

- 3.5.3. Het ART is naast technisch hulpmiddel ten behoeve van het feitelijke functioneren van het ARSC ook te zien als een digitaal recht aan toonder zoals bedoeld in artikel 3:93 BW. In de algemene voorwaarden van de Token-koopovereenkomst is opgenomen dat de houder van een ART een recht op betaling van 0,20 ETH toekomt voor iedere dag dat het appartement waaraan het ART gekoppeld is, verhuurd wordt. De gedaagde heeft een weloverwogen keuze gemaakt om haar investeringsprogramma op deze wijze in te richten..
- 3.5.4. Het gebruik van het ARSC biedt een hogere mate van zekerheid aan zowel eiser als gedaagde. Het ARSC controleert namelijk zelf op basis van onafhankelijk verifieerbare informatie of een van de tien appartementen in het complex van gedaagde verhuurd is zoals beschreven in onderdeel 2.3. van dit document. Dit verlicht de administratieve druk voor gedaagde omdat de gedaagde nu niet meer handmatig hoeft te controleren welke appartementen wanneer verhuurd zijn om vervolgens handmatig betalingen te verrichten naar haar investeerders. Tevens verhoogt dit de zekerheid voor de investeerders, waaronder de eiser, dat er gegarandeerd en op zeer korte termijn wordt uitbetaald, conform de regels die zijn afgesproken in de Token-koopovereenkomst en zijn geprogrammeerd in het ARSC.
- 3.5.5. Gedaagde beoogt de verhandelbaarheid van het ART als fundamenteel element van haar investeringsmogelijkheid. Immers biedt een “anonieme” investering meer mogelijkheden dan een persoonsgebonden investering. Het was een gerichte keuze van gedaagde om aan haar investeerders de mogelijkheid te bieden om het ART te behouden voor de gehele looptijd van de overeenkomst à vier jaar, of om vroegtijdig het ART te verkopen voor een directe betaling in plaats van de betaling af te wachten als gevolg van de verhuur van de appartementen.
- 3.5.6. Gezien de anonieme en verhandelbare aard van de ART kan de gedaagde niet geacht worden enige verantwoordelijkheid op zich te nemen met betrekking tot het verlies, vernietigen of anderzijds onbruikbaar maken van het ART. Een fundamenteel element van niet-persoonsgebonden investeringen zoals het recht aan toonder als bepaald in artikel 3:93 BW is dat de entiteit die de investeringsmogelijkheid verleent fundamenteel controle verliest over de circulatie ervan. Gedaagde heeft in dit geval de mogelijkheid tot vrije circulatie van het ART opengesteld ten gunste van haar investeerders en heeft hiermee ook een grote mate van controle en verantwoordelijkheid overgedragen aan haar investeerders. Vanaf het moment van emissie van de ARTs heeft gedaagde hier noch zeggenschap, noch enige invloed over. Als gevolg hiervan is het fundamenteel

onredelijk om gedaagde aansprakelijk te stellen voor het nalatig handelen van een van haar investeerders die op eigen houtje kunnen beschikken over hun ART.

3.6. Onvoorziene omstandigheid & Redelijkheid en Billijkheid

- 3.6.1. Artikel 6:258, eerste lid BW bepaalt dat de gevolgen van een overeenkomst door de rechter kunnen worden gewijzigd op grond van een onvoorziene omstandigheid, indien deze onvoorziene omstandigheid van dien aard is dat de overeenkomst op basis van de redelijkheid en billijkheid niet in stand kan blijven. Eiser stelt zich op het standpunt dat gedaagde een beroep had moeten doen op deze bepaling, alvorens zij stopte met het uitbetalen van 0,20 ETH aan eiser (zie Dagvaarding, onderdeel 6.10. en 6.12.). In tegenstelling tot hetgeen eiser beweert, is er geen sprake van een onvoorziene omstandigheid. Blijkens de wetsgeschiedenis gaat het om de vraag: *“Van welke veronderstellingen partijen zijn uitgegaan: of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd”*.²⁶ In de Token-koopovereenkomst zijn partijen duidelijk overeengekomen dat enkel het bezit van één ART recht geeft op de dagelijkse betaling van 0,20 ETH (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 1). Op het moment dat eiser zijn eigen ART had overgemaakt naar een andere Smart Contract, verloor zij dit recht. Dit brengt met zich mee dat er geen sprake is van een onvoorziene omstandigheid en dat gedaagde dus geen verplichting had om een beroep te doen op artikel 6:258, eerste lid BW. Ten overvloede wijst gedaagde nog op het feit dat partijen wel degelijk kunnen afwijken van artikel 6:258, eerste lid BW.²⁷
- 3.6.2. Vervolgens doet eiser een beroep op de derogerende werking van artikel 6:248, tweede lid BW (zie Dagvaarding, onderdeel 6.11.). Dit artikel bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In de dagvaarding stelt eiser dat *“het op basis van de redelijkheid en billijkheid niet mogelijk is om aan niemand ETH over te maken en enkel te profiteren van de belegging van de eiser”* (zie Dagvaarding, onderdeel 6.11.). Uit standpunt komt, volgens gedaagde, niet duidelijk naar voren waar in deze cases de onredelijkheid precies zit. In de Token-koopovereenkomst hebben partijen afgesproken dat enkel het bezit van een ART recht geeft op betaling van de ETH. Het is aan de eigen schuld van eiser te wijten dat hij zijn ART heeft verloren. Verder blijkt uit de jurisprudentie dat de rechter zeer terughoudend dient om te gaan bij de toepassing van de redelijkheid

²⁶ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 968; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 973.

²⁷ TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 970/1; MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 975.

en billijkheid.²⁸ Dit brengt met zich mee dat eiser geen rechtsgeldig beroep kan doen op artikel 6:248, tweede lid Rv.

3.7. Ongerechtvaardigde verrijking

- 3.7.1. Eiser stelt dat het feit dat het huurbedrag à 0,20 ETH per verhuurde dag niet is overgemaakt naar de eiser leidt tot een ongerechtvaardigde verrijking in de zin van artikel 6:212, eerste lid BW (zie Dagvaarding, onderdeel 6.14.). Om een correct beroep te doen op artikel 6:212, eerste lid BW moet aan een aantal vereisten voldaan worden. Hieronder zal gedaagde de vereisten behandelen en beargumenteren waarom er in dit geval geen sprake is van een situatie zoals beschreven in artikel 6:212, eerste lid BW.²⁹
- 3.7.2. Allereerst vereist artikel 6:212, eerste lid BW dat er een verrijking plaatsvindt. In casu is hier geen sprake van. Het klopt dat er vanaf 10 juli 2020 geen transactie plaatsvindt vanuit het ARSC naar de eiser van de 0,20 ETH voor iedere dag dat het appartement verhuurd is. Het is echter onredelijk om te stellen dat gedaagde hiermee verrijkt is, omdat de gedaagde niet beschikt over de ETH die normaliter zou zijn overgemaakt naar de eiser. Alle investeerders worden namelijk volledig automatisch betaald door het ARSC zoals beschreven in het gerechtelijk bevel “[...] betaalt het ARSC een vergoeding van 0,20 ETH aan de Ethereum-portemonnee (wallet) waarin de betreffende ART wordt gehouden [...]”. Het ARSC kan zowel transacties verrichten vanuit een eigen wallet als vanuit een wallet dat toebehoort aan een andere partij zoals Amsterdam Living B.V. In het gerechtelijk bevel staat namelijk niet specifiek gedefinieerd welk wallet fungeert als bron voor de rendement betalingen aan de investeerders. Uitgaande van het scenario waarbij het ARSC betalingen verricht vanuit een eigen wallet zou gedaagde geen toegang hebben tot dit wallet omdat de exclusieve controle over dit wallet berust bij het ARSC. Het ARSC is slechts geprogrammeerd om houders van het ART te betalen voor iedere dag dat het appartement verhuurd is. Er is geen mogelijkheid voor de gedaagde om te interveniëren in de functionaliteit van het ARSC. Het belangrijkste doel van het ARSC is namelijk het reduceren van fraude en het verhogen van vertrouwen tussen de Amsterdam Living BV en haar investeerders. Om dit te bewerkstelligen zijn er, conform de beginselen van de Blockchain-community, geen handmatige tussentijdse wijzigingen in het Smart Contract mogelijk omdat dit een afbreuk zou doen aan het investeerdersvertrouwen in het ARSC. Doordat eiser de ART heeft overgemaakt, heeft hij niet langer recht op de betaling van 0,20 ETH. Dit betekent echter niet dat gedaagde is verrijkt. Immers kan gedaagde niet beschikken over het wallet vanuit waar het rendement wordt betaald aan investeerders.

²⁸ Asser/Sieburgh 6-III 2018/416.

²⁹ Hijma, in: T&C Burgerlijk wetboek 2019, art. 6:212 BW, aant. 2.

- 3.7.3. Ten tweede moet er sprake zijn van een verarming van, in dit geval, de eiser. Eiser stelt dat hij verarmd is, omdat hij niet meer betaald wordt conform zijn verwachtingen van 0,20 ETH per dag dat het appartement verhuurd is (zie Dagvaarding, onderdeel 6.15.). Echter heeft de eiser recht op betaling verloren op het moment dat hij zijn ART heeft overgemaakt. Het is daarom niet aannemelijk dat een verarming heeft plaatsgevonden aangezien de eiser niet meer voldeed aan de in de Token-koopovereenkomst vastgelegde voorwaarden voor betaling door het ARSC. Het door de eiser geïnterpreteerde verlies van inkomsten is slechts te zien als een logisch eindresultaat van de acties van eiser, onafhankelijk van de gedaagde. Het is te vergelijken met iemand die een koffie to-go bestelt op het station en al rennend struikelt over zijn eigen losse veters, waardoor de koffie valt en verspreid is over de tegels van het station. Deze persoon is nu één koffie armer. Het is logisch om te stellen dat de persoon in kwestie zijn koffie het liefst had opgedronken. Het is echter niet logisch om te stellen dat deze persoon verarmd is als gevolg de originele overeenkomst tussen zichzelf en de koffieverkoper.
- 3.7.4. Ten derde dient er sprake te zijn van een verband tussen verrijking en verarming. Wij zien in dat er een verband is tussen het feit dat eiser zijn rendement niet meer ontvangt en het feit dat het ARSC het rendement niet meer overmaakt aan eiser. Dit verband is echter pas tot stand is gekomen door het overmaken, al dan niet met intentie, van het ART door eiser. Dit verband is noch veroorzaakt door gedaagde, noch had gedaagde enige invloed op de consequenties van de ART-overmaking, waardoor, als er verondersteld wordt een verband te zijn, het ontstaan hiervan niet toegerekend kan worden aan de gedaagde. Hierdoor acht gedaagde dat eiser, als verwezenlijker van dit verband, hiervoor de verantwoordelijkheid draagt.
- 3.7.5. Tot slot dient een verrijking onrechtvaardig te zijn. Op dit front acht gedaagde het evident dat een eventuele verrijking niet ongerechtvaardigd is, omdat het direct berust op de afspraken in de Token-koopovereenkomst en hieruit zijn rechtvaardiging haalt. Hierin is namelijk bepaald dat slechts aan de houder van het ART een vergoeding zal worden uitbetaald. Zodra een wallet(houder) niet beschikt over een ART, vindt er ook geen transactie plaats. Het is duidelijk dat de huidige situatie, waarbij eiser geen rendement betalingen ontvangt door het ontbreken van het ART in zijn wallet, berust op de regels en afspraken primair voortvloeiend uit de Token-koopovereenkomst los van de discussie over een eventuele verrijking of verarming. Daarnaast vormen ook de transactionele regels opgenomen in onder andere het ERC-20 Protocol een rechtvaardigende verklaring voor de situatie waarin eiser zich verkeert (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 2.2.8.). Voorts spelen ook de algemene beginselen van de Blockchain-community een rol waarbij een grote zorgvuldigheid verondersteld wordt aan de kant van haar gebruikers. In deze Conclusie is de ratio achter het functioneren van het ARSC verklaard (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 3.5.3.) en blijkt dat er goede

reden is voor het hanteren van de transactionele regels die van toepassing zijn op het ARSC en de Token-koopovereenkomst. De eiser als geïnformeerd individu met een affiniteit voor alternatieve vormen van investering was, minimaal op elementair niveau, op de hoogte van de wijze waarop het ARSC functioneerde en heeft ingestemd met dit framework voor zijn investering. Alle informatie over het functioneren van het ARSC is immers opgenomen in de Token-koopovereenkomst en alle partijen hebben hiermee ingestemd. Het is evident dat het niet de intentie van eiser was om diens ART over te boeken en daarmee te verliezen, echter betekent dit niet dat dit onrechtmatig is, noch dat hierdoor een verplichting ontstaat bij gedaagde ter compensatie van eiser.

3.7.6. Eiser stelt in de dagvaarding dat de vernietiging van het ART niet als rechtvaardigingsgrond voor de zogenaamde ongerechtvaardigde verrijking kan dienen omdat, door zijn gebrek aan kennis, Bauer de bijkomende risico's van het gebruik van het ARSC niet aanvaard zou hebben (zie Dagvaarding, onderdeel 6.17.). Hierin wordt tevens gesteld dat gedaagde de risico's van het gebruik van het ARSC niet aanvaard zou hebben. Beide standpunten van eiser zijn onjuist. Allereerst is het van belang om te stellen dat Amsterdam Living B.V. een bewuste keuze heeft gemaakt voor het gebruik van een Smart Contract voor deze investeringsmogelijkheid. De onderbouwing hiervan is te vinden in deze conclusie (zie Conclusie van Antwoord, onderdeel 3.5.3 t/m 3.5.6.). Gedaagde heeft hierbij ook de nodige risico's aanvaard van het gebruik van dit middel. Ten tweede is het niet van belang of eiser op de hoogte was van het functioneren van het ERC-20 Protocol en de mogelijkheid tot het token verlies die in casu heeft plaatsgevonden. Het element dat van belang is voor de juridische verhouding tussen eiser en gedaagde is het al dan niet beschikken over het ART. De contractuele verplichting van gedaagde strekte in uitsluitend tot het leveren van het ART en vervolgens het uitbetalen van het rendement aan de houder van het ART. Eiser heeft ten tijde van het sluiten van de Token-koopovereenkomst ingestemd met deze voorwaarden en als gevolg hiervan kan ook geen extra verplichting worden geïnterpreteerd aan de kant van de gedaagde tot compensatie voor verlies van het ART. Gezien de verhandelbare aard van het ART bestaat de mogelijkheid tot verlies, zoals dat bij ieder ander recht aan toonder is. Een eventueel gebrek aan lidmaatschap van de Blockchain-community staat niet in de weg dat de eiser de risico's inherent aan het gebruik van een investeringstoken geaccepteerd heeft. Men hoeft ook geen lid te zijn van de, al dan niet bestaande, NS-community om het risico op verlies van je treinkaartje te accepteren.

4. Eis in reconventie

4.1. Met conclusie:

1. Dit Hof zich onbevoegd dient te verklaren, nu er reeds een geldig arbitraal vonnis tussen partijen ligt dat kracht van de gewijsde geniet op grond van artikel 1059 jo. artikel 236, eerste lid 1 Rv.
2. Eiser in conventie in zijn vordering niet-ontvankelijk te verklaren, althans hem de vordering te ontzeggen;
3. Eiser in conventie en reconventie te veroordelen in de kosten van het geding, een en ander voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.