

Smart contracts en 'andere verbintenissen uit de wet'

Onlangs verscheen het artikel '*Blockchain en rechtsorde*' van Paul Oude Luttighuis als reactie op het rapport '*Smart contracts als specifieke toepassing van de blockchain technologie*' (hierna: "het rapport"). Zoals wellicht de bedoeling was van zijn artikel, heeft het mij aan het denken gezet.

Begrijp ik het goed, dan bestaat de kritiek op het rapport enerzijds uit het punt dat wij – de (juridische) schrijvers van het rapport – ons wat betreft de mogelijke juridische betekenis van een smart contract te veel hebben beperkt tot enkel rechtshandelingen. Anderzijds zou, kort gezegd, de gekozen definitie voor smart contracts (nog) niet bevredigend zijn.

Vooraf dat eerste punt vind ik interessant. Niet in de laatste plaats omdat wij inderdaad, waar het de juridische verschijningsvorm van smart contracts betreft, vooral onderzoek hebben gedaan naar rechtshandelingen. Meer dan welke juridische betekenis smart contracts in het algemeen (moeten) hebben, hebben wij namelijk onderzocht hoe smart contracts gebruikt kunnen worden en welke juridische verschijningsvorm een smart contract in een bepaald geval heeft. Een blockchain toepassing – in het bijzonder smart contracts – zal dikwijls gericht zijn op een rechtshandeling, maar dat hoeft zeker niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn. Zo zijn bijvoorbeeld ook de bewijsfunctie en de automatische uitvoering van een (wettelijk) proces besproken in het rapport. In ieder geval hebben wij ons gericht op de juridische verschijningsvormen die "de bedoeling" van de gebruiker van een smart contract vertegenwoordigt in het smart contract. Is een smart contract bijvoorbeeld bedoeld om een overeenkomst onder opschortende voorwaarden aan te gaan, waarbij een overeenkomst tot stand komt wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan?¹ Of is het smart contract bedoeld als eenzijdige rechtshandeling, bijvoorbeeld erkenning?² Enzovoorts. Overigens is in het rapport benadrukt dat er meer juridische verschijningsvormen te identificeren kunnen zijn. De in het rapport opgenomen lijst van verschijningsvormen dient in eerste instantie om duiding te geven aan de volgens ons meest voorkomende juridische handelingen die door een smart contract kunnen worden uitgevoerd.

Wat betreft de overige opmerkingen op dit punt, dat het rapport te beperkt zou zijn omdat niet is gekeken naar welke (juridische) betekenis smart contracts zouden moeten hebben, ben ik inderdaad van mening dat dat een politieke vraag is. Wij hebben het niet als onze taak ervaren die vraag te beantwoorden, zeker niet tijdens een eerste verkenning.

¹ Zie p. 29 van rapport.

² Zie p. 30 e.v. van het rapport.

Los van het vorenstaande ben ik van mening dat vooral energie moet worden gestoken in die toepassingen van smart contracts en op basis van de blockchain technologie, die een verbetering (kunnen) betekenen ten opzichte van reeds bestaande toepassingen of die überhaupt een leemte vullen. Voor sommigen lijkt de tendens immers dat de blockchain technologie de oplossing is voor alles, terwijl men zich – wanneer blockchain het antwoord lijkt – eerst dient af te vragen of dat wel echt zo is. Is de blockchain technologie daadwerkelijk beter, praktischer, werkbaarder dan de bestaande methode, pas dan komt men toe aan de juridische vragen die aan de betreffende toepassing (kunnen) kleven. Wellicht dat ons oog wat betreft de juridische verschijningsvormen van smart contracts ook om die reden niet is gevallen op de “andere verbintenissen uit de wet”.

Toch vind ik de opmerking van de heer Oude Luttighuis interessant. Derhalve heb ik, in de stijl van het rapport, alsnog gekeken welke vragen opkomen bij smart contracts in combinatie met de in het rapport niet behandelde andere (privaatrechtelijke) vormen van verbintenissen uit de wet dan rechtshandelingen, namelijk de (1) onrechtmatige daad, (2) zaakwaarneming, (3) onverschuldigde betaling en (4) ongerechtvaardigde verrijking. De bedoeling van degene die de handeling verricht staat daarbij voorop.

1. Onrechtmatige daad

Als eerste de onrechtmatige daad (artikel 6:162 e.v. BW), dat vijf vereisten kent. Dit onderwerp is kort aangestipt in het rapport, daar waar het de aansprakelijkheid betrof. Maar in het rapport zijn we niet ingegaan op een smart contract in de vorm van een onrechtmatige daad.

De eerste vraag die bij deze rechtsvorm op komt is of het smart contract zelf een onrechtmatige daad kan zijn. Wil sprake zijn van een onrechtmatige daad, dan moet zijn voldaan aan vijf vereisten, te weten:

- (1) een onrechtmatige gedraging (doen of nalaten);
- (2) toerekenbaarheid van de daad aan de dader;
- (3) schade;
- (4) causaal verband tussen de daad en de schade; en
- (5) relativiteit.

Het antwoord op die eerste vraag – met betrekking tot het eerste vereiste – dient m.i. reeds negatief te worden beantwoord. Een smart contract bewerkstelligt automatische executie (althans is een code die automatische executie bewerkstelligt), en kan niet worden aangemerkt als gedraging. Een gedraging is volgens het woordenboek een manier waarop iemand zich gedraagt. *Iemand* refereert vervolgens aan een *persoon*, welk begrip dient te worden vertaald als een individu of mens, of een (juridische) organisatie met rechten en plichten. Een smart contract voldoet daaraan niet. Een smart contract kan op zichzelf dus geen onrechtmatige daad zijn.

De vervolgvraag, of een smart contract kan worden gebruikt om een onrechtmatige daad te plegen (althans of een smart contract een rol kan spelen bij een onrechtmatige daad), kan vervolgens wel positief worden beantwoord. Het voornoemde vereiste van de onrechtmatige gedraging kan immers gelegen zijn in vele handelingen (en dus te wijten zijn aan verschillende betrokkenen) ten aanzien van een smart contract. Enkele voorbeelden van handelingen zijn: het coderen en/of het opdracht geven tot coderen of het leveren van input (bijvoorbeeld als orakel) op een smart contract. Voorts dient dan uiteraard ook aan de andere 4 voorwaarden te zijn voldaan, wil daadwerkelijk sprake zijn van een onrechtmatige daad.

De vragen hoe de vereisten van de onrechtmatige daad in een bepaalde situatie ingekleurd moeten worden, zijn vrij casuïstisch en gaan dit artikel te buiten. De meest interessante vragen die voorts opkomen waar het smart contracts en onrechtmatige daad betreft, zijn de vragen rond aansprakelijkheid. En deze zijn, zoals eerder opgemerkt, reeds besproken in het rapport. Korthedshalve verwijs ik in dit kader dan ook naar het rapport.³

Hoewel ze in beginsel als rechtmatige daden worden aangemerkt, verschijnen de hierna volgende drie typen van verbintenissen vaak in samenloop met een onrechtmatige daad.⁴

Zaakwaarneming

Zaakwaarneming is het zich willens en wetens én op redelijke grond inlaten met de behartiging van eens anders belang, zonder de bevoegdheid daartoe te ontleen aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde rechtsverhouding (art. 6:198 BW). Hier ontstaat dus in veel gevallen een verbintenis zonder dat de belanghebbende daar vooraf mee heeft ingestemd.

Zowel de zaakwaarnemer als de belanghebbende (degene die is waargenomen) hebben verplichtingen jegens elkaar. De zaakwaarnemer dient bij de zaakwaarneming 'de nodige zorg' te betrachten en, wanneer dat van hem verwacht kan worden, de begonnen waarneming voort te zetten. Daarnaast dient de zaakwaarnemer, zodra dat kan, verantwoording af te leggen aan de belanghebbende van hetgeen hij voor hem heeft gedaan en gaat doen én deelt hij mee welke gelden hij heeft ontvangen of uitgegeven ten behoeve van de belanghebbende. De belanghebbende op zijn beurt dient, voor zover zijn belang naar behoren is behartigd, de schade van de zaakwaarnemer te vergoeden die deze heeft geleden als gevolg van de zaakwaarneming. De vraag of de

³ Zie p. 37 e.v. van het rapport.

⁴ Waarover meer in Spier e.a., Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding 2015 (Vriesendorp), nr. 287, 289; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 400.

belangen van de belanghebbende naar behoren zijn behartigd dient objectief te worden beantwoord.⁵

Leent de zaakwaarneming zich voor nu voor een smart contract? Zoals reeds in het rapport opgemerkt is een smart contract een 'als dit gebeurt – dan gebeurt dat'-toepassing van de blockchain technologie. Zaakwaarneming gebeurt in principe in een onverwachte situatie, althans is niet vooraf afgesproken. Zou immers vooraf afgesproken zijn wanneer en hoe zaakwaarneming plaatsvindt, dan is sprake van een overeenkomst – een andere verbintenis uit de wet. Dat lijkt moeilijk met elkaar te rijmen.

Het zou evenwel mogelijk zijn dat de zaakwaarnemer zijn waarnemingsactiviteiten codeert in een smart contract; van te voren bepaalt hij dan bijvoorbeeld wanneer en hoe geëxecuteerd wordt. De gebondenheid van de belanghebbende kan echter pas achteraf worden beoordeeld, wanneer is vastgesteld of de zaakwaarnemer zich aan zijn verplichtingen heeft gehouden. Want nogmaals: zou dat vooraf worden bepaald en ook geaccordeerd door de belanghebbende, dan is sprake van een overeenkomst en niet van zaakwaarneming. Met al die omstandigheden moet rekening gehouden worden bij de codering van het smart contract. Bovendien kan de uitvoering van een smart contract niet meer achteraf worden beïnvloed door juridische normen als redelijkheid (en billijkheid); wijziging achteraf is niet (zonder meer) mogelijk. Het lijkt mij daarom niet raadzaam om de vergoeding van gemaakte kosten (of schade) afhankelijk te maken van een smart contract.

Een andere situatie wat betreft zaakwaarneming is die waarin een deelnemer aan een smart contract wordt waargenomen door een zaakwaarnemer ten aanzien van het betreffende smart contract. Maar de zaakwaarneming zelf vindt dan plaats in de "gewone wereld" en niet in de vorm van een smart contract.

Onverschuldigde betaling

Onverschuldigde betaling ziet op de situatie dat iemand zonder rechtsgrond een goed – dat kan een geldsom zijn, maar dat is niet noodzakelijk, er kan zelfs sprake zijn van een prestatie van andere aard – heeft ontvangen. Degene die het goed of de geldsom heeft gegeven is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. In geval van een prestatie van andere aard, heeft degene die deze heeft verricht jegens de ontvanger het recht op ongedaanmaking daarvan. Zoals het begrip doet vermoeden, ziet de onverschuldigheid meestal op betaling en ontvangst van een geldsom.

Los van de vragen ten aanzien van de goeder trouw van de ontvanger, die in de codering van een smart contract weinig tot geen plaats hebben maar op grond van de wet een

⁵ Zie bijvoorbeeld: Rb. Zeeland- West Brabant, 30 12 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:10131.

zeer belangrijke rol in nemen, vraag ik me af hoe men een betaling codeert die veelal het gevolg is van een onmiskenbare vergissing. Laat staan hoe men dan bij voorbaat al rekening houdt met het terugdraaien daarvan.

De figuur van onverschuldigde betaling biedt meerdere uitdagingen, zoals het recht van de ontvanger (bezitter) te goeder trouw van een onverschuldigde betaling om – binnen de grenzen van de redelijkheid – een vergoeding te krijgen voor de ontvangst en teruggave van het onverschuldigd betaalde. Zolang die vergoeding niet is ontvangen heeft de bezitter het recht afgifte van de (onverschuldigd) ontvangen zaak op te schorten. Doet degene die onverschuldigd heeft betaald echter afstand van zijn recht op terugvordering, dan vervallen daarmee ook de rechten van de ontvanger op vergoeding van kosten en schade.

In alle voornoemde gevallen spelen de *goeder trouw* en de *redelijkheid* een hoofdrol. Zaken die achteraf beoordeeld dienen te worden en waarvoor in de code van een smart contract m.i. weinig tot geen ruimte is, tenzij vooraf een zgn. orakel wordt benoemd die de betreffende beoordeling zal uitvoeren en kan ingrijpen of *corrigeren* wanneer daar aanleiding toe is.⁶

Hoewel vast niet onmogelijk, lijkt dus ook de figuur van onverschuldigde betaling niet ideaal om in een smart contract te zetten. Bovendien vraag ik me ook hier af in welke situatie het mogelijk (in verband met de onmiskenbare vergissing die veelal de oorzaak van de onverschuldigde betaling zal zijn) is en praktischer dan de 'traditionele wijze'.

Dat brengt me wel op een andere situatie, namelijk die waarin een onverschuldigde betaling geschiedt op basis van een smart contract. Het zal – zeker wanneer men nog niet gewend is aan het gebruik van smart contracts – vast wel eens gebeuren dat de executie van een smart contract en de "reguliere" uitvoering van (rechts)handelingen door elkaar lopen. Zo is de situatie denkbaar dat betaling van partij A naar partij B plaats zal vinden op basis van een smart contract wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Stel dat partij A om welke reden dan ook, ook uit zichzelf het bedrag overmaakt aan partij B voordat dit zal zijn gebeurd op basis van het smart contract, dan zal de betaling die daarop volgt – die op basis van het smart contract – onverschuldigd zijn. Men zou dan buiten het smart contract om kunnen afspreken dat de "gewone" betaling als onverschuldigd wordt aangemerkt en wordt terugbetaald. Het gaat immers erg ver om met alle onvoorziene omstandigheden rekening te houden bij de codering. Het is zelfs de vraag of dat überhaupt kan. Het verdient niettemin aanbeveling om vooraf over dergelijke situaties na te denken. Ongetwijfeld zijn er nog andere situaties te verzinnen waarin de betaling die op basis van een smart contract plaatsvindt, onverschuldigd is.

⁶ Met *corrigeren* wordt uiteraard een op technische wijze mogelijke aanpassing van het smart contract bedoeld.

Ongerechtvaardigde verrijking

De laatste vorm van een verbintenis uit de wet is de ongerechtvaardigde verrijking. Ook deze figuur wordt op basis van de wet gedomineerd door de redelijkheid. Hij die namelijk ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking, aldus art. 6:212 BW.

Opnieuw loopt men aan tegen het feit dat de beoordeling of iets in redelijkheid is gebeurd achteraf plaatsvindt. Speelt in het overeenkomstenrecht soms de vraag of de (beperkende danwel de aanvullende) werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden weg gecontracteerd, bij de in dit artikel behandelde andere vormen van verbintenissen is voor die vraag geen plaats. Redelijk is de maatstaf, punt uit.

Bij deze rechtsvorm is, meer dan bij de voornoemde drie, het onderscheid tussen de *permissioned* en de *permissionless* blockchain van belang.⁷ Zo zal men in een *permissioned* blockchain, omdat daarvoor toegang is vereist, niet snel anoniem of pseudoniem zijn. Dat maakt een *permissioned* blockchain wat mij betreft geen geschikt medium om ongerechtvaardigd te worden verrijkt (als dat dus opzettelijk gebeurt).

De *permissionless* blockchain daarentegen, die voor een ieder toegankelijk is, is daarvoor een aanlokkelijker medium. Denk bijvoorbeeld aan de DAO-affaire. Op *permissionless* blockchains vindt namelijk geen identificatie en authenticatie plaats en zijn deelnemers dus nagenoeg anoniem.

Ook hier geldt dan: is over dit soort situaties niets geregeld in het smart contract, dan zal de ongedaanmaking van de ongerechtvaardigde verrijking moeten worden afgedwongen in de "gewone wereld". Dat zal dus gemakkelijker gaan wanneer bekend is wie degene is die ongerechtvaardigd is verrijkt.

Conclusie

Kom ik terug op de kritiek op rapport, enerzijds dat de mogelijke juridische betekenis van smart contracts te veel is beperkt tot enkel rechtshandelingen, en anderzijds dat de gekozen definitie voor smart contracts (nog) niet bevredigend is.

Gezien het vorenstaande kom ik tot de conclusie dat in het licht van het rapport terecht is gekozen voor de daarin opgenomen verschijningsvormen. Het is ook nimmer de inzet geweest een alomvattend rapport te schrijven. Niettemin kunnen de hiervoor behandelde onderwerpen een zekere toevoeging op het rapport vormen.

⁷ Zie voor een uitleg van deze begrippen p. 14 en 15 van het rapport.