

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De redelijke derde en de blockchain', WPNR 7072 (2015), p. 671-672

Privaatrecht actueel

De redelijke derde en de blockchain

T.F.E. Tjong Tjin Tai¹

Onlangs heeft de Hoge Raad wederom over de uitleg en toepassing van abstracte bankgaranties geoordeeld (HR 13 maart 2015, 13/04790, ECLI:NL:HR:2015:600). Dergelijke bankgaranties functioneren goed als de bank zich neutraal kan opstellen zonder risico's te lopen, wat gewaarborgd wordt doordat hij zich strikt conform de voorwaarden van de bankgarantie mag houden. Bij de uitleg daarvan komt de tekst groot gewicht toe. Niettemin bevestigt de Hoge Raad dat uitzonderingen mogelijk zijn: niet alleen blijkt dit daaruit dat de tekst alleen groot gewicht toekomt, dus niet allesbepalend is, maar ook doordat de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid tot afwijking kunnen nopen, in het bijzonder ingeval van bedrieglijk of willekeurig handelen van een partij (HR 26 maart 2004, NJ 2004/309 m.nt. P. van Schilfgaarde (Anthea Yachting/ABN AMRO)). Ook elders wordt een al te strikte, letterlijke uitleg afgewezen: in Engeland wordt de uitleg verricht naar de maatstaf van wat een redelijke persoon met de vereiste achtergrondkennis zou hebben begrepen, waarbij ingeval van meerdere mogelijkheden de 'business common sense' de doorslag geeft (Rainy Sky S.A. & Ors v Kookmin Bank [2011] UKSC 50, par. 21).

De problematiek van bankgaranties is mede van belang nu zij representatief is voor een grote categorie van gevallen waar derden betrokken raken bij de vraag of er sprake is van wanprestatie. Zo kan de notaris onder omstandigheden onrechtmatig handelen als hij zijn medewerking verleent aan het verlijden van een akte waardoor een der comparanten wanprestatie pleegt (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, waarover Waaijer, WPNR 7063 en Heyman, WPNR 7067). De Hoge Raad wees in dat arrest er terecht op dat de notaris daarbij slechts een globaal oordeel kan verrichten, gelet op zijn beperkte mogelijkheden voor onderzoek (r.o. 3.4.5). Ook bij de bankgarantie is de bank slechts beperkt in staat zich in de onderliggende rechtsverhouding te verdiepen. Vandaar dat de bank slechts betaling mag weigeren bij duidelijke bewijzen van bedrog of willekeur. Als dat echter aan de orde is, lijkt weigering ook geboden.

¹ Hoogleraar privaatrecht, Tilburg University, en redacteur van het WPNR.

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De redelijke derde en de blockchain', *WPNR* 7072 (2015), p. 671-672

Een geval waar particulieren wellicht vaker mee te maken hebben is de rol van betalings- of transactietussenpersonen als credit-cardbedrijven, PayPal, of handelsplatformen als eBay, marktplaats en Amazon die ook de betalingen faciliteren. Als er klachten rijzen is de vraag hoe de tussenpersoon zich opstelt: wie stelt hij in het gelijk? Meestal wordt daarbij de regel gehanteerd dat de koper bij klachten in elk geval zijn geld terugkrijgt (eBay Money back guarantee, PayPal aankoopbescherming). Amazon.com verwijst evenwel naar de *return policy* van de seller ingeval van *third party sellers*. Theoretisch zijn nog meer mogelijkheden beschikbaar, zoals dat terugbetaling alleen gebeurt bij niet toereikend onderbouwde betwisting door de verkoper, dat partijen er zelf uit moeten zien te komen, dat de tussenpersoon de betaling terugdraait en met de verkoper in overleg treedt. PayPal betaalt bij disputen ook de verkoper terug mits deze bewijs van verzending levert (Paypal Verkopersbescherming).

Dit lijken misschien gebrekkige mechanismen. Zij zijn alleen mogelijk doordat de tussenpersoon tal van dergelijke transacties uitvoert, die over geringe bedragen gaan, en daardoor de risico's kan beperken en zonodig beide partijen kan vergoeden. Bovendien heeft de tussenpersoon vanwege de grote hoeveelheid aan transacties het aanvullende mechanisme van de reputatie van kopers en verkopers, zodat zij er doorgaans voor zullen waken zich te onredelijk op te stellen. Bij teveel claims zal de koper of verkoper worden geweigerd. Deze *quick and dirty* oplossingen bereiken dusdoende waarschijnlijk een vergelijkbaar resultaat als de eerdergenoemde rechtspraak. Er is geen louter automatisme, er zijn ook correcties om misbruik tegen te gaan. Overigens leidt inmiddels het reputatiemechanisme weer tot geschillen als kopers of verkopers van oordeel zijn dat de reputatie ten onrechte verlaagd is.

Inmiddels is weer een nieuwe variant in de maak. Het fenomeen bitcoins heeft al veel aandacht in de media gekregen; ook juridische analyses zijn al verricht (*Bitcoins: Civiele en fiscale aspecten in beeld*, Deventer 2015, Van den Berg, Van der Velden en Vergouwen, *MvV* 2014, p. 128-134, Rank, *AAe* 2015, p. 177-185, Bierens, *Ondernemingsrecht* 2014/25, Jongbloed, *TvPP* 2015, p. 77-83, Spaas en Van Roey Thomas, *Computerrecht* 2015/84). Ook bij banken is hiervoor grote interesse, onder meer vanwege de techniek van wat heet de *blockchain* (vgl. Jongbloed, *TvPP* 2015, p. 83). Dit komt in wezen neer op een volledig openbaar register van alle 'betalingen' die met alle bitcoins zijn verricht. Transacties, dat wil zeggen overdracht van bitcoin,

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De redelijke derde en de blockchain', WPNR 7072 (2015), p. 671-672

worden gezonden naar alle bitcoin servers (en door een deel geverifieerd): daardoor is het praktisch onmogelijk om dit te vervalsen nu dan de meerderheid van alle servers moet worden gehackt of onder controle gebracht (de *51% attack*). Het vertrouwen is gedecentraliseerd en daardoor sterker.

Eén gedachte is dat deze technologie ook kan worden gebruikt om automatisch, zonder menselijke tussenkomst, betalingen te verrichten onder zekere condities of afhankelijk van zekere prestaties, objectief en automatisch vaststelbaar. Hoewel dit wellicht voordelen kan hebben in bepaalde verhoudingen of sociale domeinen waar onvoldoende zekerheid of vertrouwen aanwezig is, lijkt het een illusie dat hiermee de perfecte oplossing is bereikt. Zoals de aan het begin genoemde rechtspraak laat zien is het lastig – en naar ik vermoed: menselijkerwijs onmogelijk – om condities zodanig objectief te formuleren dat alle gevallen zijn voorzien van een redelijke oplossing en misbruik of onredelijkheid wordt uitgesloten. Die behoefte aan redelijkheid ligt diep en biedt een nuttig correctief. Zo beriepen handige jongens zich op de letterlijke voorwaarden van een aanbieding voor mobiele telefonie om winst te maken ten koste van de telecomprovider, maar kon dit trucje door de rechter worden geblokkeerd, hetzij door uitleg, hetzij op grond van de redelijkheid en billijkheid (HR 19 oktober 2007, NJ 2007/565 (Vodafone/ETC)). Iedere bevoegdheid kan worden misbruikt, en zodanig misbruik is verboden (art. 3:13 BW). Wellicht is deze behoefte minder groot in common law rechtsstelsels, echter zoals we zagen wil men ook daar niet in alle gevallen volledig aan een tekstuele uitleg zijn overgeleverd ongeacht de resultaten.

Hoewel het blind opvolgen van instructies in veel gevallen wenselijk kan zijn, lijken er institutionele correcties nodig te zijn om te ver gaand misbruik te voorkomen. Twee mogelijkheden hebben we gezien: de correctie van de redelijke tussenpersoon, en de terugkoppeling via reputatiemechanismen. Beide zijn afhankelijk van een redelijk oordeelsvermogen, ook al kan technische ondersteuning (zoals het gebruik van analyse van *big data* om patronen in reputatiemechanismen te onwaren) hierbij een rol spelen. De *blockchain* kan een zinvol additioneel instrument zijn dat besparingen, versnellingen of andere voordelen kan bieden, maar het lijkt erop dat er ten minste zal moeten worden nagedacht over een manier om teveel nadelige effecten te voorkomen. En daarbij lijkt het menselijk oordeelsvermogen vooralsnog onontbeerlijk te zijn: het gaat niet alleen om wat automatisch met *big data*

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De redelijke derde en de blockchain', WPNR 7072 (2015), p. 671-672

uit het verleden kan worden geleerd, maar ook om hoe we met nieuwe trucjes en fenomenen willen omgaan.