

Preadvies KNB 2018 Onderdelen VI en III

Verkeerde uitbetaling, verzekering en verzekeringsplicht van de notaris: beroepsfouten, betaalfouten en wat een notaris nog meer van verzekeringen moet weten

De blockchain als alternatief voor de notariële praktijk

1. Inleiding

In deze bijdrage bespreek ik achtereenvolgens het preadvies van mr. W. Hendriksen en mr. P. de Jong Schouwenburg over “Verkeerde uitbetaling, verzekering en verzekeringsplicht” en het preadvies van prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai over “De blockchain als alternatief voor de notariële praktijk”. De preadvies maken onderdeel uit van de preadvies inzake de ‘Financiële zorgplicht van de notaris’. Hoewel de preadvies onderling verschillen in (wetenschappelijke) benadering en opbouw, zijn beide preadvies interessant om te lezen en bieden ze voldoende stof tot verder nadenken.

2. Verkeerde uitbetaling, verzekering en verzekeringsplicht van de notaris: beroepsfouten, betaalfouten en wat een notaris nog meer van verzekeringen moet weten Preadvies mr. W. Hendriksen en mr. P. de Jong Schouwenburg

2.1. Korte samenvatting

Het preadvies van Hendriksen en De Jong Schouwenburg – beiden advocaat – heeft blijkens de inleiding tot doel om “een groter bewustzijn” te creëren “van de verzekeraarheid van verkeerde uitbetalingen, de daarmee gemoeide kosten, de beperkingen in de dekking en de verhouding tot de reguliere beroepsaansprakelijkheidsverzekering”. Zoals de inleiding aangeeft komen ook andere onderwerpen aan bod, die in meer of mindere mate met het hoofdthema samenhangen. De auteurs gaan onder andere in op de oprichting van de KNB (par. 1.1) en de Stichting Voorzieningsfonds (par. 4) en behandelen een aantal losse praktijkvoorbeelden (par. 5). In de kern behandelt het preadvies twee overlapende onderwerpen: de (collectieve) verzekeringsplicht voor de notaris en de risico’s rondom het notariële betalingsverkeer die al dan niet worden gedekt door een verzekering. De preadvies biedt ruimte voor vervolgvragen en nadere verdieping aan de hand van recente(re) literatuur.¹

2.2. Verplichte (collectieve) verzekering

De verzekeringsplicht komt – na algemene beschouwingen over de ratio van aansprakelijkheidsrecht en verzekering – aan bod in par. 2 en



Prof. mr. J.W.A. Biemans*

wordt voorgezet in hoofdzakelijk het tweede en derde deel van par. 3.1, waar ook de met de beroepsaansprakelijkheidsverzekering gepaard gaande kosten worden besproken. De auteurs schetsen de totstandkoming van de verzekeringsplicht sinds 1978 en bespreken de perikelen rondom de verplichte *collectieve* beroepsaansprakelijkheidsverzekering na een procedure die was aangespannen door een aantal notarissen tegen de KNB, de daarop volgende overgang naar een vrijwillige collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekering en het huidige art. 15 Verordening Beroeps- en gedragsregels 2011. Op grond van die bepaling is de notaris niet alleen verplicht om zich te verzekeren, met gedetailleerde aanwijzingen met betrekking tot de inhoud van de polis (leden 1 en 2), maar ook verplicht om deel te nemen aan door de KNB afgesloten collectieve verzekeringen (lid 3).

De auteurs laten onbesproken wie de verzekeringnemer en verzekerde is. Het antwoord op die vraag lijkt voor de hand te liggen: de notaris. Immers, op grond van art. 15 Verordening Beroeps- en gedragsregels 2011 rust de verzekeringsplicht op de notaris. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de notaris (mede) aansprakelijk is, ongeacht of de cliënt de opdracht heeft verstrekt aan diens praktijkvennootschap. Gaat het om fouten van medewerkers die in dienst zijn van een praktijkvennootschap en ook

* Hoogleraar Burgerlijk recht, i.h.b. Goederenrecht en Notarieel recht, Universiteit Utrecht en medewerker van het WPNR.
(J.W.A.Biemans@uu.nl)

1. Bijvoorbeeld, zonder volledigheid te betrachten, bij het onderdeel over de kwaliteitsrekening (par. 3.4) de daarover verschenen proefschriften (A. Steneker, *Kwaliteitsrekening en afgescheiden vermogen* (Serie Onderneming en Recht deel 31; diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005; E.C.M. Wolfert, *De kwaliteitsrekening* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2008); en, algemeen, het Asser-deel over verzekeringen (Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012).

om de aansprakelijkheid van de praktijkvennootschap als opdrachtnemer, dan ligt het voor de hand dat de verzekeringsplicht (mede) op de praktijkvennootschap ligt, en/of dat de praktijkvennootschap verzekeringnemer en/of verzekerde is.²

Hoewel de auteurs een aanzienlijk deel van hun preadvies inruimen over de verplichte (collectieve) verzekering, nemen zij aan het einde van de bespreking geen standpunt in over de wenselijkheid van verplichte verzekeringen en/of de wenselijkheid van verplichte collectieve verzekeringen. Dat de auteurs van een verplichte verzekering voorstander zijn, lijkt te volgen uit par. 2.1, waar ze onderstrepen dat verplichte verzekeringen voor het notariaat in het belang van het publiek zijn, en de verplichte verzekering daarmee indirect ook het notariaat dient.

2.3. Verzekering en risico's rondom betalingsverkeer

De specifieke risico's rondom het notariële betalingsverkeer die worden gedekt door een (verplichte) verzekering worden genoemd in (deels) par. 3.1, waar de beroepsaansprakelijkheidsverzekering als zodanig wordt besproken en par. 3.2 t/m 3.4, waar achtereenvolgens de fraude- en transportverzekering, de administratieve betaalfoutverzekering en de kwaliteitsrekening aan bod komen. De auteurs noemen volledigheidshalve in par. 4 de Stichting Voorzieningsfonds, die (ook) schade kan vergoeden van cliënten van notarissen die in gebreke zijn de cliëntengelden waarover zij de beschikking hebben, te verantwoorden,³ en in zoverre ook een soort 'verzekeraar' is. Uit par. 3.3 blijkt dat ook de in par. 3.1 genoemde beroepsaansprakelijkheidsverzekering bepaalde betaalfouten dekt, namelijk de 'indirecte' betaalfouten, zijnde "betalingen die bewust door de notaris worden verricht en waarvan achteraf wordt vastgesteld dat de notaris een partij ten onrechte als rechthebbende heeft aangemerkt, of bijvoorbeeld ten onrechte is uitgegaan van toestemming van de rechthebbende". De administratieve betaalfoutverzekering ziet op een fout in het opgegeven rekeningnummer of het uitbetaalde bedrag. Het gaat om een verzekering tegen gebreken in de administratieve afwikkeling door de overboeking op een verkeerd rekeningnummer of van een onjuist bedrag (par. 3.3). De fraude- en transportverzekering biedt dekking tegen onder andere frauduleuze handelingen door medewerkers (par. 3.3).

2.4. Verband met (het onderwerp van) het preadvies van A. Steneker, "Opschorting van uitbetaling"

De beroepsaansprakelijkheidsverzekering dekt zoals gezegd betaalfouten van de notaris die pas

achteraf aan het licht komen. Een dergelijke verzekering kan de notaris helpen in het geval dat een curator zich achteraf op het standpunt stelt dat de gelden die door de failliet naar de kwaliteitsrekening zijn overgeboekt ten onrechte zijn ontvangen en zijn doorbetaald door de notaris. Het zal ten eerste gaan om gevallen zoals aan de orde in de arresten *Vis q.q./NMB* en *JPR Advocaten/Gunning q.q.*⁴ (onterecht ontvangen betaling; curator spreekt verkrijger aan) en voorts om gevallen zoals aan de orde in de arresten *Huijzer q.q./Rabobank* en *ING/Manning q.q.*⁵ (onterechte uitvoering van een betalingsopdracht door de bank; curator spreekt bank (lees: notaris) aan). Een dergelijk (in het preadvies overigens niet besproken) probleem kan zich voordoen indien een partij in het zicht van het faillissement een betaling verricht via de kwaliteitsrekening van de notaris. Het is daarbij denkbaar dat de partij het bedrag overmaakt op de dag voordat hij zijn faillissement aanvraagt, de betaling wordt ontvangen op de dag daarna, de notaris vervolgens de betaling verricht vanaf de kwaliteitsrekening aan de wederpartij op dezelfde dag en vervolgens het faillissement van de opdrachtgever wordt uitgesproken, dat terugwerkende kracht heeft (art. 20 Fw). In een dergelijk geval zal de notaris niet opschorten, zoals wordt geadviseerd in het preadvies, maar al hebben uitbetaald, omdat er op het moment van uitbetalen geen problemen (leken te) zijn.

2. De Wet op het notarisambt laat ook op andere punten in het midden of een bepaling ziet op de notaris als natuurlijke persoon of diens praktijkvennootschap. Zie nader J.W.A. Biemans, *Insolventierecht en het notariaat, een tweeluik* (Serie Ars Notariatus deel 162; inaugurale rede Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 2.3 en i.h.b. 2.3.2.
3. Zie Vaststellingsbesluit selectielijst neerslag handelingen Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie beleidsterrein Notariaat over de periode na 1975, onder 3, 'Stichting Voorzieningsfonds'.
4. HR 31 maart 1989, *NJ* 1990/1 (Vis q.q./NMB), respectievelijk HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/264 (JPR Advocaten/Gunning q.q.). Het gaat hier om de toepassing van o.a. art. 6:114 lid 2 BW, art. 23 Fw en art. 7:534 BW.
5. Zie HR 28 april 2006, *NJ* 2006/503 (Huijzer q.q./Rabobank) respectievelijk HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *JOR* 2012/236 (ING/Manning q.q.). Het gaat hier om de toepassing van art. 52 Fw. Zie voor de procedure tegen de bestuurder die opdracht had gegeven, HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/240, *JOR* 2015/248.

De klap zal in dit soort gevallen pas later komen, op het moment dat de curator zich (wellicht pas maanden later) op het standpunt stelt dat de notaris destijds ten onrechte de gelden heeft ontvangen en/of ten onrechte uitvoering heeft gegeven aan de betalingsopdracht van de gefailleerde cliënt. Het antwoord op de vraag of in een dergelijk geval de notaris en/of de uiteindelijke ontvanger van de gelden gehouden is om de gelden terug te boeken, is niet eenvoudig te beantwoorden en laat ik hier buiten beschouwing. Ik volsta hier op te merken dat het niet uitgesloten is dat een curator (ook) de notaris tot betaling kan aanspreken op grond van de genoemde rechtspraak en bepalingen uit de Faillissementswet, en dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering de notaris hier uit de brand kan helpen.⁶

2.5. Het nieuw op te richten Kwaliteitsfonds

Zoals gezegd noemen de auteurs in hun preadvies de Stichting Voorzieningsfonds. In dat kader dient tevens het Kwaliteitsfonds (of ‘Garantiefonds’)⁷ te worden genoemd dat notarissen in de toekomst moet vrijwaren van financiële en juridische gevolgen als ze een zwevend protocol⁸ op zich nemen.⁹ Overeenkomstig de brief van de voorzitter van de KNB aan de Tweede Kamer is daarover op de website van de KNB¹⁰ te lezen:

“Steeds vaker willen verzekeraars zwevende protocollen niet opnieuw verzekeren tegen aansprakelijkheid, omdat het mogelijk besmet is met verborgen schadeclaims. De aangewezen notaris loopt daardoor financiële en juridische risico’s voor dossiers waar hij niet bij betrokken was en waar hij niet verantwoordelijk voor wil zijn. Notarissen weigeren daarom regelmatig zo’n protocol te accepteren.”

Het Kwaliteitsfonds dient derhalve te faciliteren dat notarissen als waarnemer kunnen worden aangewezen om de continuïteit naar de cliënten toe te kunnen waarborgen en eventuele problemen op te lossen en het protocol te schonen. Naast de Stichting Voorzieningsfonds dient ook het Kwaliteitsfonds als een verzekering. Bijzonder is dat het Kwaliteitsfonds gefinancierd zal worden door een heffing per gepasseerde akte voor rekening van de cliënt. De cliënten van de notaris financieren aldus deze ‘verzekering’.

2.6. Wie is de verzekerde?

Waar de notaris zich met een beroepsaansprakelijkheidsverzekering in de regel tegen zijn eigen ‘fouten’ zal verzekeren, verzekert hij zich met de administratieve betaalfoutverzekering en de fraude- en transportverzekering tegen onbedoelde respectievelijk bedoelde fouten van zijn (administratief) medewerkers. Aangenomen mag worden dat in alle gevallen de notaris eerst zal

(laten) proberen de gelden terug te krijgen van degene die de betaling ten onrechte heeft ontvangen, bijvoorbeeld omdat sprake is van onverschuldigde betaling. De verzekeringen hebben daarmee in de kern betrekking op een eventueel bewaringstekort op de notariële kwaliteitsrekening dat door de foute overboeking kan zijn ontstaan. Het is de vraag wie in dit verband de verzekerde zou moeten zijn van dergelijke verzekeringen. Het is uiteraard verdedigbaar dat de notaris (of de praktijkvennootschap) dat moet zijn, aangezien die (mede)aansprakelijk is voor een eventueel bewaringstekort. In het geval van een faillissement van de notaris valt de uitkering daarmee in de faillissementsboedel. Het is ook verdedigbaar dat een dergelijke verzekering de belanghebbenden bij de kwaliteitsrekening als verzekerden dient te hebben. Immers, de notaris is ten aanzien van de kwaliteitsrekening weliswaar beheer- en beschikkingsbevoegd, maar de gelden op de kwaliteitsrekening vallen in beginsel niet in zijn vermogen (behoudens voor zover het geld aan de notaris persoonlijk toebehoort), maar behoren toe aan de belanghebbenden bij de kwaliteitsrekening. In zoverre hebben zij te gelden als de uiteindelijke belanghebbenden bij de schadeverzekering en is verdedigbaar dat zij – afhankelijk van de bewoordingen in de polis – een rechtstreekse aanspraak zouden kunnen hebben jegens de verzekeraar.¹¹

6. De beroepsaansprakelijkheidsverzekering vervult in zoverre een functie die vergelijkbaar is met het oude art. 19 lid 3 Algemene Bankvoorwaarden.
7. Zie hierover ook T.A. de Boer & R.J. Holtman, ‘De zware waarneming en de overname van probleemprotocollen’, WPNR 2018/7196, par. 3 en 4 (p. 442-443).
8. Zwevende protocollen zijn alle dossiers en akten die onbeheerd worden achtergelaten wanneer een notaris wordt ontslagen, komt te overlijden of failliet gaat.
9. Zie Wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het notarisambt i.v.m. het inrichten van een fonds voor niet-verhaalbare noodzakelijke kosten voor de continuïteit en kwaliteit van protocollen en voor de vergoeding van de kosten voor toezicht en tuchtrechtspraak, Kamerstukken 34 810. Ook de kosten voor tuchtrecht en toezicht die door de Wet doorberekening kosten toezicht en tuchtrecht juridische beroepen bij het notariaat zijn neergelegd, worden uit dit fonds betaald.
10. Te vinden via <https://www.knb.nl/nieuwsberichten/kwaliteitsfonds-noodzakelijk-voor-klant-notaris>, bericht van 22 november 2017, met een link aan de brief van de voorzitter van KNB aan de Tweede Kamer d.d. 21 november 2017.
11. Vgl. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:308 (art. 81 RO).

2.7. Negatieve rente

Een interessant onderwerp dat de auteurs behandelen in par. 4 is voor wiens rekening en risico de negatieve rente dient te komen op een kwaliteitsrekening. Volgens de KNB dient deze rente voor rekening van de cliënt te komen. Dat standpunt is goed verdedigbaar, zeker gelet op de regeling die geldt voor positieve rente, welke rente aan de cliënt moet worden vergoed. Dergelijke negatieve rente zou eveneens naar analogie in mindering kunnen worden gebracht op het uit te keren bedrag aan de cliënt. Wordt de negatieve rente echter als 'kosten' beschouwd, en dat is ook verdedigbaar, dan is verrekening niet mogelijk overeenkomstig art. 6 Regeling op het notarisambt en zou deze afzonderlijk in rekening moeten worden gebracht. Ook zouden deze kosten vooraf aan de cliënt kenbaar moeten worden gemaakt. Vanuit het perspectief van de voorlichting van de cliënt verdient de laatste benadering m.i. de voorkeur; de auteurs zijn voorstander van de eerste benadering.

3. De blockchain als alternatief voor de notariële praktijk

Preadvies prof. mr. dr. T.F.E. Tjong Tjin Tai

3.1. Korte samenvatting

Het preadvies van Tjong Tjin Tai heeft 'de blockchain als alternatief voor de notariële praktijk' als onderwerp. De onderzoeksvraag van het preadvies is in hoeverre de blockchaintechnologie invloed kan of zal hebben op de notariële dienstverlening. Na een inleiding op de blockchaintechnologie in par. 2 gaat het preadvies in op de vertrouwensfunctie en rol van de notaris in par. 3, om vervolgens in te gaan op de mogelijke disruptieve ontwikkeling van de blockchaintechnologie voor het notariaat in par. 4. De preadviseur leidt deze paragraaf in door terug te blikken op de introductie van de auto (en de verdringing van het paard) als vervoermiddel (par. 4.1). De toepassing van blockchaintechnologie wordt in vier paragrafen geconcretiseerd: het opzetten van de openbare registers op basis van de blockchain (par. 4.2) en de blockchain als instrument ten behoeve van de registratie en dagtekening van documenten (par. 4.3), uitgewerkt aan de hand van vier aspecten van de rol van de notaris bij akten, te weten: de bewijsfunctie, de controle op en vaststelling van de inhoud, de zorgplicht jegens partijen en de zorgplicht jegens derden en publieke belangen (par. 4.3.1 t/m 4.3.5), het betalingsverkeer via de blockchain (par. 4.4), met een tussenconclusie over complexe transacties (par. 4.5) en een restparagraaf waarin algemeen de vraag wordt gesteld of de blockchaintechnologie nieuwe kansen biedt voor de notaris, en waarin en passant nog andere toepassingen worden genoemd (par. 5). Het preadvies sluit af met een slotconclusie (par. 6). Hoewel het preadvies in-

gaat op de zorgplicht van de notaris, ontbreekt een onderdeel over het notariële tuchtrecht en de blockchain.

3.2. Openbare registers

In de paragraaf die handelt over toepassing van de blockchaintechnologie door de openbare registers op te zetten op basis van de blockchain, stelt het preadvies dat dit niet betrekking heeft op de notaris, maar eerder op het Kadaster. De notaris blijft een rol behouden, omdat het niet gaat om een 'permissionless' blockchain, maar een 'permissioned' blockchain¹² waarbij het notariaat als aangewezen partij de blocks valideert. Een dergelijke toepassing van de blockchain is geen bedreiging voor het notariaat, concludeert Tjong Tjin Tai terecht. De notaris behoudt zijn controlerende rol, en, zo voeg ik daar aan toe, waarschijnlijk ook het Kadaster. Het mogelijke probleem dat Tjong Tjin Tai signaleert dat niet gegarandeerd kan worden dat de blockchain blijft bestaan, zie ik minder. Indien bij de openbare registers voor blockchain wordt gekozen, zou dat nieuwe stelsel wettelijk moeten worden verankerd in de Kadasterwet, en vormt dat de garantie voor het voortbestaan van het nieuwe systeem. Een vrijwillige overstap voor degenen die zich willen aansluiten bij een landregistratie-blockchainsysteem zou niet werken; het is bij een dergelijk stelsel alles of niets.

Een probleem dat ik bij een dergelijke overstap wel zou zien, is dat de huidige blockchaintechnologie zoals die bijvoorbeeld de betalingstransacties van bitcoins faciliteert vooralsnog te rudimentair is om het bestaande systeem van de openbare registers en het kadaster te vervangen. De blockchaintechnologie zou ten eerste niet alleen de overdracht van registergoederen moeten faciliteren, maar ook andere vormen van overgang, zoals verkrijging door erfopvolging. Daarnaast zou de 'code' van de blockchain moeten voorzien in het vestigen van beperkte rechten, zoals hypotheekrechten, vruchtgebruik, erfdienstbaarheden, erfpacht en opstalrecht, alsmede in de splitsing van gebouwen in appartementsrechten, en de stapeling van de verschil-

12. Zie voor dit onderscheid ook P. de Filippi & A. Wright, *Blockchain and the law*, Cambridge: Harvard University Press 2018, p. 31-32. Vgl. voorts over de blockchain, ENISA Opinion Paper on Cryptocurrencies in the EU, d.d. 1 september 2017, te vinden op <https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-position-papers-and-opinions/enisa-opinion-paper-on-cryptocurrencies-in-the-eu>.

lende (beperkte) rechten. Ook in het (inschrijven van) conservatoir en executoriaal beslag op een registergoed zou moeten worden voorzien.¹³ Meer algemeen gesteld, de huidige blockchain-technologie faciliteert alleen ‘betaling’ of ‘overdracht’, maar zou rekening moeten houden met de rechten van derden. Bij de introductie van de blockchaintechnologie is het bovendien de vraag of nog moet worden uitgegaan van de bestaande percelen in Nederland met de bijbehorende kadastrale nummers. De blokchaintechnologie zou eigenlijk op voorhand moeten voorzien in de splitsing van percelen en de samenvoeging daarvan. Dat alles vereist een aanpassing van de blockchaintechnologie zelf; die dient op een hoger niveau te functioneren dan de bitcoin blockchaintechnologie. Een dergelijk stelsel zal vanaf het begin meteen goed moeten worden opgezet om latere problemen te voorkomen.

3.3. Aandelen

De notaris is op grond van de bepalingen in Boek 2 BW ook betrokken bij de uitgifte, overdracht en bezwaring van aandelen in besloten vennootschappen. Ook ten aanzien hiervan is het denkbaar dat de blockchaintechnologie wordt toegepast. Het preadvies noemt dit in par. 5, in het kader van het aanhouden van een centraal aandeelhoudersregister. Ten aanzien van een dergelijke toepassing passen vergelijkbare opmerkingen als bij landregistratie, namelijk dat de blockchaintechnologie ook zal moeten voorzien in de mogelijkheid om bijvoorbeeld een pandrecht, recht van vruchtgebruik of een gelegd beslag in de blockchain mogelijk te maken.

3.4. Registratie van digitale akten in de blockchain

In par. 4.3 bespreekt de preadviseur de mogelijkheid om digitale akten in de blockchain te zetten. Begrijp ik het goed, dan gaat het hier om de akten die onderdeel uitmaken van het protocol van de notaris. Het preadvies bespreekt in het bijzonder de rol van de notaris. Door toepassing van de blockchaintechnologie kan (het moment van) de ondertekening worden gegarandeerd, maar is de notaris nog nodig om onder meer de identiteit vast te stellen van partijen, de wilsvorming te controleren en informeren over de gevolgen van de akte (Belehrungspflicht) en meer in het algemeen in het kader van de zorgplicht jegens partijen en derden en publieke belangen in het algemeen, zo wordt betoogd. Hier kan mijns inziens worden onderscheiden tussen enerzijds het opnemen van een notariële akte in de blockchain als zodanig en het elektronisch verlijden van akten zonder tussenkomst van een notaris. Dat laatste is mijns inziens niet nodig om een digitale notariële akte op te nemen in de blockchain. De notaris zou in plaats van zijn handte-

kening onder de akte voortaan het groene licht (de vereiste ‘permission’) kunnen geven om de notariële akte te laten opnemen in het blockchain-protocol. De andere functies van de notaris zou onverkort in stand kunnen blijven. Een vervolgvraag is wat een dergelijk blockchain-protocol zou moeten omvatten: alleen de akten van een notaris, in een bepaald protocol, of alle protocollen van de notarissen in Nederland. Dat laatste zou beter aansluiten bij het overnemen en waarnemen van protocollen door andere notarissen, en bij de zogenaamde zwevende protocollen. Een andere vraag is of een dergelijk blockchain-protocol openbaar dient te zijn voor het publiek, toegankelijk voor alle notarissen of alleen toegankelijk voor desbetreffende notaris. Tjong Tjin Tai wijst ten aanzien van de eerste optie op verschillende bezwaren, zoals een mogelijke inbreuk op de privacy van partijen en het gevaar dat derden (criminelen) toegang krijgen tot de blockchain en daarmee kunnen knoeien. Hoewel het aantrekkelijk kan klinken om notariële akten in de blockchain te zetten, blijft aldus het onduidelijk wat de winst daarvan is, zo volgt uit het preadvies.

3.5. Betalingsverkeer

Het preadvies behandelt voorts de toepassing van de blockchaintechnologie op het (notariële) betalingsverkeer. Ook hier geldt dat in de mogelijkheid van bijvoorbeeld beslag onder de notaris moeten worden voorzien (art. 25 lid 5 Wna). In het preadvies lijkt het niet kunnen leggen van beslag als een voordeel te worden gezien; naar mijn mening staat die zienswijze haaks op het uitgangspunt van art. 3:276 BW, de positie van schuldeisers in het algemeen en op de in de wet geboden mogelijkheid van beslag onder de notaris (art. 25 lid 5 Wna). Het niet kunnen leggen van beslag is mijns inziens derhalve onwenselijk; met het leggen van beslag onder de notaris moet de wet of de blockchaintechnologie op een of andere wijze rekening houden.

13. Vgl. ook J. Vos, C.H.J. Lemmen, & B. Beentjes, 'Blockchain-based Land Administration: Feasible, Illustory or Panacea?', in: *Responsible Land Governance: Towards and Evidence Based Approach*, Washington, D.C. March 20-24, 2017: *Proceedings of the Annual World Bank Conference on Land and Poverty* Washington, D.C.: The World Bank 2017, par. 3 en 5.

Het preadvies gaat in op de mogelijkheid om met cryptocurrencies te betalen. De rol van blockchain en cryptocurrencies in het notariaat worden tegelijk behandeld; het gaat uiteraard om andere aspecten. Het is ten eerste denkbaar dat de notaris een kwaliteitsrekening aanhoudt waarop geen giraal geld is geadministreerd, maar bijvoorbeeld bitcoins of andere cryptocurrencies.¹⁴ Het preadvies lijkt daarop te zinspelen in par. 4.4. Het openen van een dergelijke rekening kan noodzakelijk zijn als partijen met cryptocurrencies willen betalen, of als dergelijke cryptocurrencies zich in een nalatenschap bevinden en de notaris deze onder zich dient te houden. Het schijnt dat een gerechtsdeurwaarder (die net als een notaris een kwaliteitsrekening kan aanhouden, zie art. 19 Gerechtsdeurwaarderswet) al eerder een dergelijke rekening heeft geopend in het kader van beslag op cryptocurrencies.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat een betaling via de kwaliteitsrekening wordt vormgegeven als een smart contract met een voorwaardelijke betalingsconstructie. Het kan dan ook gaan om een betaling in euro's. Afbetaling van de hypothecaire geldlening zou leiden tot de doorhaling van het hypotheekrecht of de inschrijving in de openbare registers van de akte van levering ex art. 3:89 BW zou leiden tot de overboeking van (het restant van) de koopsom aan de verkoper. Het is bij registergoederentransacties algemeen de vraag of een betaling (in euro's) via de blockchain de rol van de notaris kan vervangen. Een dergelijke betaling zou via een smart contract vormgegeven kunnen worden. Tjong Tjin Tai wijst er terecht op dat bij het opzetten van een dergelijk smart contract rekening dient te worden gehouden met (onverwachte) complicaties bij de vastgoedtransactie, met uitlegperikelen en vage normen en andere (in de literatuur reeds genoemde, bekende) problemen bij smart contracts. Het preadvies noemt als alternatief de controlerende functie van de notaris in dergelijke gevallen, een vorm van permissioned blockchain of een permissioned smart contract als tussenvorm; dat lijkt mij een goede middenweg. De notaris die dergelijke smart contracts gebruikt, zal bovendien bedacht moeten zijn mogelijke aansprakelijkheidsrisico's indien het door hem opgezette systeem gehackt wordt en/of programmeerfouten ('bugs') bevat.

3.6. Afsluiting

De introductie van een of meer van de verschillende hiervoor genoemde functies van de blockchaintechnologie in het notariaat kan tot een verschuiving leiden, zoals het preadvies terecht aangeeft. Ook wijst het preadvies op een mogelijk ondersteunende sleutelrol van het notariaat

bij smart contracts voor het notariaat, bijvoorbeeld door het vaststellen van de identiteit van partijen en het verifiëren van de inhoud van bepaalde akten voordat deze in de blockchain kunnen worden opgenomen (een vorm van permissioned blockchain of smart contracts). De notaris, zoals Tjong Tjin Tai opmerkt, wordt dan meer procesbegeleider dan realisator van de akte en de transactie. Het zou interessant zijn om deze nieuwe rol van de notaris ook tegen het notariële tuchtrecht te houden. Een mogelijk gevaar is dat de notaris in dit soort rollen (te veel) op de stoel van de rechter gaat zitten. Indien de notaris wordt ingeschakeld om als dergelijke procesbegeleider op te treden zal derhalve vooraf goed moeten worden vastgelegd waarop hij controleert en – om de cirkel dan rond te maken – te bezien in hoeverre zijn nieuwe rol binnen de blockchain en smart contracts gedekt wordt door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering.

14. Vergelijk voor een pleidooi voor een kwaliteitsrekening waarop girale effecten worden geadministreerd J.W.A. Biemans & G.C.L. van Leeuwen) 'De kwaliteitsrekening en het bank- en effectenrecht. Een verkenning', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 202-209.