

## ■ Procesrecht algemeen

### JURISPRUDENTIE

**Exhibitievordering in niet-IE zaak (art. 843a Rv).  
Maatstaf voor aannemen van rechtsbetrekking bij  
tekortkoming of onrechtmatige daad**  
*HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1251*

Wat is de maatstaf voor het aannemen van een rechtsbetrekking bij tekortkoming of onrechtmatige daad in een niet-IE zaak?

#### *Casus en hoofdoverwegingen*

Semtex ontwerpt en verkoopt kinderkleding. Verweerders A en B zijn tot eind 2013 werkzaam geweest bij Semtex. In de arbeidsovereenkomsten van verweerders was een geheimhoudingsbeding en een beding strekkend tot een verbod op nevenwerkzaamheden opgenomen. Een concurrentie- of relatiebeding in de arbeidsovereenkomst ontbrak. Verweerder A heeft op haar een-na-laatste werkdag (17 september 2013) bij Semtex via WeTransfer vanuit haar Semtex-e-mailadres vier bestanden naar haar privé-e-mailadres gestuurd. Op 22 september 2013 heeft de partner van A bij het Benelux Bureau voor Intellectuele Eigendom het woord/beeldmerk 'X' geregistreerd voor onder meer kleding. Eind november 2013 heeft A een vennootschap opgericht (hierna: de 'vennootschap'). Verweerder B is op 1 januari 2014 in dienst getreden bij de vennootschap van A. De opgerichte vennootschap ontwerpt en verhandelt – net zoals Semtex – kleding.

Semtex heeft op 14 augustus 2014 ten laste van A en B en de vennootschap conservatoir bewijsbeslag doen leggen op mogelijk relevante digitale bestanden op de computers aanwezig in het bedrijfspand van de vennootschap, waaronder digitale foto's van kledingstukken, *moodboards*, kleurkaarten, stoffen, proefstukken, prototypes, enzovoort.

In deze procedure vordert Semtex inzage en afschrift van door het bewijsbeslag getroffen bescheiden, althans benoeming van een onafhankelijke derde om de inzage uit te voeren op grond van artikel 843a Rv en artikel 1019a Rv. Semtex legt aan haar vordering ten grondslag dat A en B in strijd hebben gehandeld met verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst en dat zij onrechtmatig hebben gehandeld jegens Semtex door oneerlijk te concurreren. De rechtbank heeft de vordering op beide grondslagen afgewezen. Het gerechtshof heeft het vonnis bekrachtigd en overweegt dat Semtex onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van een

onrechtmatigheid/tekortkoming. Meer specifiek heeft Semtex onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld dat A en B de verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst hebben geschonden. Verder heeft Semtex onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld dat en waarom A en B, gebruikmakend van informatie afkomstig van Semtex, Semtex benadeeld zouden hebben. Ten overvloede overweegt het gerechtshof dat de arbeidsovereenkomst geen concurrentie- en/of relatiebeding bevat en dat het A en B derhalve toegestaan is om werkzaamheden te verrichten en zaken te doen met relaties van Semtex, en daarbij gebruik te maken van de kennis, ervaring en persoonlijke *goodwill* die zij bij Semtex hebben opgedaan. De Hoge Raad overweegt dat het gerechtshof de juiste maatstaf heeft toegepast. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

#### *Duiding*

Dit arrest van de Hoge Raad gaat over de vordering op grond van artikel 843a Rv tot inzage of afschrift van beslagen bescheiden in een niet-IE-zaak. Is bewijsbeslag gelegd dan dient in een aparte procedure te worden bepaald of de in beslag genomen bescheiden ingezien mogen worden.

Het cassatiemiddel van Semtex klaagt dat het gerechtshof ten onrechte de maatstaf die in IE-zaken geldt, te weten dat de gestelde inbreuk op een IE-recht *voldoende aannemelijk* moet zijn, ten onrechte ook aanlegt in deze niet-IE-zaak. Semtex stelt dat het gerechtshof daarmee te zware eisen aan toewijsbaarheid van een vordering op de voet van artikel 843a Rv heeft gesteld. Het is onterecht dat het gerechtshof van Semtex heeft verlangd dat zij de gestelde schending van de arbeidsovereenkomst en het gestelde onrechtmatig handelen voldoende aannemelijk maakt.

De Hoge Raad wijst het cassatiemiddel van Semtex af en oordeelt dat het gerechtshof de juiste maatstaf heeft aangelegd. Uit artikel 843a lid 1 Rv volgt dat voor een succesvolle 843a-vordering onder andere vereist is dat er sprake moet zijn van een rechtsbetrekking tussen degene die inzage verzoekt/eist en degene die de bescheiden onder zich heeft. Een rechtsbetrekking in een IE-zaak is aanwezig indien de eiser/verzoeker zodanige feiten en omstandigheden stelt en met eventueel bewijsmateriaal onderbouwt, dat voldoende aannemelijk is dat inbreuk op een recht van intellectueel eigendom is gemaakt (*AIB/Novisem*<sup>1</sup> en *Synthon/Astellas*<sup>2</sup>). Voorgaande maatstaf geldt ook op een rechtsbetrekking die voortvloeit uit het onrechtmatig verkrijgen van bedrijfsgeheimen (*Organik/Dow*<sup>3</sup>). De Hoge Raad oordeelt in deze procedure dat deze maatstaf tevens geldt in zaken die niet zien op inbreuken van IE-rechten en/of onrecht-

1. HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).  
2. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon/Astellas*).  
3. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1775 (*Organik/Dow*).

matig verkrijgen van bedrijfsgeheimen. De Hoge Raad licht zijn overweging toe: de maatstaf van ‘voldoende aannemelijkheid’ stelt de rechter in staat een evenwicht te vinden tussen enerzijds het belang van de eiser/verzoeker om de waarheid te kunnen achterhalen en anderzijds het belang van verweerder om geen vertrouwelijke informatie prijs te hoeven geven.

Wat als ‘voldoende’ aannemelijk beschouwd moet worden kan niet in algemene zin worden beantwoord, aldus de Hoge Raad. Het komt steeds aan op een waardering van stellingen en verweren van partijen en de overtuigingskracht van het overgelegde bewijsmateriaal. Uitgangspunt moet zijn dat niet behoeft te worden voldaan aan de mate van aannemelijkheid die is vereist voor toewijzing in kort geding van een vordering die strekt tot een ge- of verbod of vordering tot schadevergoeding. Wel dient de mate van aannemelijkheid van een 843a-vordering aan hogere eisen te voldoen dan bij de beoordeling van een verzoek tot het in beslag mogen nemen van bewijsmateriaal.<sup>4</sup>

Conclusie van dit arrest is dat de Hoge Raad zijn lijn ter zake van 843a-vorderingen, en meer specifiek de maatstaf voor het aannemen van een rechtsbetrekking, doortrekt naar rechtsbetrekkingen bij tekortkoming of onrechtmatige daad.

#### **De ‘Coronabetekening’ is rechtsgeldig** *HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1088*

Is de ‘Coronabetekening’ rechtsgeldig?

##### *Casus en hoofdoverwegingen*

Aegan Airlines S.A. (hierna: ‘Aegan Airlines’) heeft bij wijze van procesinleiding een cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad. De griffier van de Hoge Raad heeft aan Aegan Airlines een oproepingsbericht doen toekomen. Aegan Airlines heeft het oproepingsbericht en de procesinleiding bij exploit doen betekenen aan verweerders. De deurwaarder heeft het exploit in gesloten envelop op het woonadres van verweerders achtergelaten en heeft het exploit voorzien met de volgende gestempelde tekst: ‘Voormeld adres in gesloten envelop met daarop de vermeldingen zoals wettelijk voorgeschreven, omdat ik wegens de door de overheid afgekondigde maatregelen in verband met het zgn. corona virus (covid-19) geen contact heb kunnen/mogen zoeken met iemand aan wie rechtsgeldig afschrift kon worden gelaten’.

De verweerders zijn vervolgens niet verschenen op de datum als vermeld in het oproepingsbericht. De advocaat-generaal heeft Aegan Airlines de mogelijkheid geboden tot het uitbrengen van een herstelexploot. Aegan Airlines heeft schriftelijk gereageerd op dit aanbod en daarbij gevoegd een reactie van het bestuur van de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders (KBvG).

In dit arrest gaat de Hoge Raad in op het al dan niet verlenen van verstek jegens verweerders. De Hoge Raad oordeelt dat tegen verweerders verstek verleend dient te worden.

##### *Duiding*

Artikel 139 Rv bepaalt dat verstek wordt verleend tegen de verweerder die niet in het geding verschijnt, mits het oproepingsbericht is betekend en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen.

In beginsel dient een exploit in persoon te worden betekend door een deurwaarder (art. 46 lid 1 Rv). Is het niet mogelijk om in persoon te betekenen, dan kan de deurwaarder het exploit in gesloten envelop aan de woonplaats van de ontvanger achterlaten (lees: door de brievenbus doen) ingevolge artikel 47 lid 1 Rv.

Gelet op het risico van besmetting van deurwaarders met het Coronavirus acht de richtlijn van het KBvG<sup>5</sup> het niet verantwoord dat deurwaarders exploten in persoon betekenen, omdat fysiek contact zo veel mogelijk vermeden dient te worden. De richtlijn van het KBvG adviseert deurwaarders derhalve om exploten te betekenen in een gesloten envelop aan de woonplaats van verweerder, conform artikel 47 lid 1 Rv.

Dit arrest beoordeelt of de voornoemde werkwijze een gebrek in het exploit oplevert dat met nietigheid is bedreigd als bedoeld in artikel 120 Rv, omdat de deurwaarder geen poging doet om in persoon te betekenen. Daarbij is van belang of de overheidsmaatregelen ter voorkoming van verspreiding van het virus, meer specifiek de 1,5 meter richtlijn van het RIVM, ertoe leidt dat sprake is van een feitelijke onmogelijkheid, als bedoeld in artikel 47 Rv. Ter zake van dit onderwerp overweegt de Hoge Raad kort samengevat als volgt.

De Eerste Kamer heeft op 16 juni 2020 de Verzamelwet COVID-19 (hierna: de ‘spoedwet’) aangenomen. Artikel 1 van de spoedwet bepaalt dat sprake is van een feitelijke onmogelijkheid als bedoeld in artikel 47 Rv zolang de 1,5 meter richtlijn van het RIVM geldt wegens besmettingsgevaar voor COVID-19. De spoedwet voorziet er verder in dat artikel 1 terugwerkt tot en met 16 maart 2020. Daarmee wordt bedoeld dat alle exploten die conform de richtlijn van de KBvG zijn betekend rechtsgeldig zijn betekend. Om voornoemde redenen concludeert de Hoge Raad in onderhavige zaak dat sprake is van een ‘feitelijke onmogelijkheid’ in de zin van artikel 47 lid 1 Rv.

De deurwaarder kan volstaan met vermelding in het exploit dat uitreiking op grond van artikel 46 Rv feitelijk onmogelijk is wegens het besmettingsgevaar met COVID-19 (dan wel een vermelding met gelijke strekking). Ten overvloede vermeldt de Hoge Raad dat hetzelfde geldt voor de kantoorbetekening (art. 63 Rv).

4. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958 (*Molenbeek Invest/Begeer c.s.*) en HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3304 (*AIB/Novisem*).  
5. Zie voor de richtlijn: [www.kbv.nl/8155/coronavirus.html](http://www.kbv.nl/8155/coronavirus.html).

Conclusie is dat de deurwaarder het exploit rechtsgeldig heeft uitgebracht. De Hoge Raad verleent verstek tegen verweerders.

Zie ook W. van de Donk & S.J.M. van der Putten, 'Betekenen van exploten in de coronacrisis; de drie staatsmachten in actie', *BER* 2020, afl. 5, p. 25-32.

## LITERATUUR

### **De rol van de kantonrolzitting; meer (van maken) dan een administratieve bijeenkomst**

**Mr. dr. K.G.F. van der Kraats**

*Bron: Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2020, afl. 3*

De auteur betoogt dat de kantonrolzitting meer zou moeten zijn dan een administratieve bijeenkomst. Een meer betrokken rol van de eisende partij bij de kantonrolzitting kan bijdragen aan een voortvarender civiele procedure.

### **De dagvaardingsprocedure in civiele zaken bij de rechtbank in eerste aanleg in Duitsland vergeleken met de Nederlandse procedure na KEI-wetgeving en Spoedwet KEI**

**Mr. E.W. Mehring**

*Bron: Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR) 2020, afl. 3*

De auteur vergelijkt de procesgang in eerste aanleg in het Duitse recht met het Nederlandse. De verschillen liggen volgens de auteur in de details. De auteur is na een uitvoerige uiteenzetting van mening dat de Duitse civiele procedure soepeler, misschien zelfs effectiever, verloopt dan de Nederlandse civiele procedure.

### **Opschietende paddenstoelen en buurtrechtspraak. De opkomst van de buurtrechter en hoe de rechtspraak deze innovatie nader vorm moet geven**

**Mr. R.C. Hartendorp**

*Bron: Ars Aequi (AA) 2020, afl. 6*

In deze bijdrage laat de auteur ons de totstandkomingsgeschiedenis én de huidige experimenten op het gebied van buurtrechtspraak zien. Er wordt tevens een aantal aanbevelingen gedaan hoe de rechtspraak haar organisatie van innovatie kan vormgeven om vernieuwingen zoals buurtrechtspraak tot een succes te maken.

### **Drempels tegen hoger beroep en cassatie tegen een deelgeschilbeschikking**

**Mr. N. Wouters**

*Bron: Letsel en Schade (L&S) 2020, afl. 2*

De auteur beschrijft de appelverboden in de deelgeschilprocedure, schetst de voorwaarden waaronder ze kunnen worden doorbroken en laat zien hoe hoger beroep of cassatieberoep moet worden ingesteld.

*Remko van Baarlen*  
CMS

## ■ **Verbintenissenrecht/consumëntenrecht**

### JURISPRUDENTIE

#### **Aansprakelijkheid gebrekkige PIP-borstimplantaten**

*HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090*

Is het ziekenhuis aansprakelijk voor de door een vrouw geleden schade die is ontstaan doordat de hulpverlener bij de uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst een (borst)implantaat bij haar heeft geplaatst dat ongeschikt is gebleken? Is sprake van tekortkoming en toerekenbaarheid van het ziekenhuis?

*Casus en hoofdoverwegingen*

*PIP-implantaten*

PIP-implantaten zijn met siliconen gevulde borstimplantaten die werden geproduceerd door een Franse rechtspersoon, Poly Implant Protheses (PIP). De PIP-implantaten zijn voorzien van een CE-markering en werden wereldwijd in veel klinieken veelvuldig toegepast.

Als gevolg van fraude zijn PIP-implantaten die niet met medicinale maar met industriële siliconen gevuld waren, toch voorzien van een CE-markering. Deze fraude is begin 2010 ontdekt.

De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) heeft in april 2010 een verbod uitgevaardigd op de handel en toepassing van PIP-implantaten. In 2012 heeft IGZ ziekenhuizen en privéklinieken geadviseerd alle vrouwen met PIP-implantaten op te roepen voor controle en de implantaten eventueel te verwijderen. Inmiddels is de Franse fabrikant failliet.

*Feiten*

In 1984 heeft een vrouw in het Jeroen Bosch Ziekenhuis een borstvergrotingsingreep ondergaan waarbij door een plastisch chirurg twee siliconenprotheses zijn geplaatst. In 1997 zijn deze protheses vervangen.

In maart 2000 is de prothese in de linkerborst van de vrouw vervangen door een PIP-implantaat. Het inbrengen van het PIP-implantaat was onderdeel van een geneeskundige behandelingsovereenkomst in de zin van artikel 7:446 BW.

In december 2011 heeft de vrouw zich met pijnklachten gemeld bij haar huisarts, die haar heeft doorverwezen naar het ziekenhuis. In juni 2012 zijn beide protheses bij verzoekster verwijderd en vervangen door nieuwe. Het uit de linkerborst verwijderde PIP-implantaat bleek te zijn gescheurd.

Het PIP-implantaat dat bij verzoekster is ingebracht was ondeugdelijk omdat het een verhoogde kans op scheuren en lekken had. Het staat niet vast dat het bij verzoekster ingebrachte PIP-implantaat industriële siliconen bevatte.

*Procedure*

Bij het hof loopt de procedure tussen de vrouw en het ziekenhuis over de vraag of het ziekenhuis aansprakelijk is voor de schade die de vrouw heeft geleden als gevolg van het feit dat bij haar een gebrekkig PIP-borstimplantaat is geplaatst. De vrouw stelt dat het plaatsen van het gebrekkige PIP-borstimplantaat een tekortkoming

in de uitvoering van de overeenkomst inhoudt die aan het ziekenhuis kan worden toegerekend op grond van artikel 6:77 BW.

De rechtbank wijst de vordering van de vrouw af. De vrouw gaat in hoger beroep. Het hof stelt op grond van artikel 392 Rv de volgende prejudiciële vragen:

1. Is een ziekenhuis aansprakelijk voor de schade die het gevolg is (geweest) van het inbrengen van een gebrekkig PIP-implantaat en dient het gebrek aan dat ziekenhuis te worden toegerekend? Welke van de in het tussenarrest van 16 april 2019 genoemde feiten en/of omstandigheden zijn voor de beoordeling van belang? Zijn nog andere, niet benoemde feiten en/of omstandigheden van belang?
2. Is voor de beantwoording relevant of het gebrek bestaat uit de kans op voortijdig lekken van het implantaat of dat het gebrek is gelegen in het feit dat in plaats van medicinale siliconen industriële siliconen zijn gebruikt bij de vervaardiging ervan?

De Hoge Raad komt – samengevat – tot het volgende antwoord op de prejudiciële vragen.

Het PIP-implantaat dat industriële siliconen bevat, was volgens de op dat moment heersende medische inzichten ongeschikt en voldeed niet aan de wettelijke normen. Het gebruik van dit ongeschikte implantaat levert een tekortkoming op.

Het gebruik van een PIP-implantaat dat niet was gevuld met industriële siliconen, maar dat wel een verhoogde kans had op scheuren en lekken – dat wil zeggen: een kans die groter was dan van andere implantaten met dezelfde functie – levert in beginsel een tekortkoming op, behalve als een dergelijk implantaat naar de medische inzichten van destijds *state of the art* was, zodat het gebruik daarvan geen tekortkoming oplevert.

De (eventuele) tekortkoming kan het ziekenhuis echter niet worden toegerekend en het ziekenhuis is om die reden niet aansprakelijk.

#### *Duiding*

##### *Tekortkoming*

Het gebruik van een ongeschikt of gebrekkig implantaat levert in beginsel een tekortkoming op zoals bedoeld in artikel 6:74 BW in de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. De Hoge Raad houdt hierbij echter rekening met de ontwikkeling van medische hulpmiddelen en inzichten. Als het implantaat op het moment van toepassing *state of the art* was, dan levert het gebruik géén tekortkoming op. De bewijslast voor de *state of the art*-norm rust op het ziekenhuis.

##### *Toerekenbaarheid*

De hoofdregel van artikel 6:77 BW is dat de door het gebruik van een ongeschikte zaak ontstane tekortkoming wordt toegerekend aan de schuldenaar. Dit is anders indien dit, gelet op de strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandig-

heden van het geval, onredelijk zou zijn. De stelplicht en de bewijslast dat toerekening onredelijk is, rusten op degene die zich op de uitzondering beroept, in dit het geval het ziekenhuis.

De Hoge Raad oordeelt dat toerekening aan het ziekenhuis onredelijk zou zijn. De achtergrond hiervan is het feit dat het ziekenhuis niet wist van de ongeschiktheid van de producten en dit ook niet kon weten. Hierbij worden de volgende omstandigheden overwogen. Het gaat om grootschalige en ernstige fraude bij de productie en de aanbidding ter keuring van de implantaten. Eventuele (grotere) deskundigheid van de hulpverlener met betrekking tot de ongeschikte zaak speelt daarom in dit geval geen rol.

Daarnaast zal de aansprakelijkheid van de hulpverlener voor de schade die patiënten door de implantaten hebben geleden, leiden tot een grote hoeveelheid, deels omvangrijke, schadeclaims, waartegen voor hulpverleners hier te lande slechts een beperkte mogelijkheid bestaat zich te verzekeren.

Bovendien is de producent van de PIP-implantaten gefailleerd, zodat het niet mogelijk is voor de hulpverlener om, langs welke weg ook, regres op de producent te nemen.

##### *Duidelijkheid*

In de diverse procedures die betrekking hebben op het gebruik van PIP-implantaten, is nu duidelijk dat de aansprakelijkheid niet bij het ziekenhuis kan worden neergelegd.

De Hoge Raad heeft met dit arrest voorts een richtlijn gegeven voor de aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen als het gaat om het gebruik van ongeschikte (medische) hulpmiddelen.<sup>1</sup> De *state of the art*-norm werd in de zaak over het gebruik van een Miragelplompegel bij een oogoperatie direct door de Hoge Raad toegepast<sup>2</sup> en zal in de toekomst ongetwijfeld vaker gebruikt worden.

#### **Schenking door misbruik van omstandigheden – bewijslastverdeling**

*HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1240*

Zijn schenkingen van vader aan zoon tot stand gekomen door misbruik van omstandigheden? Heeft het hof de hoofdregel van de bewijslastverdeling bij een beroep van de schenker op misbruik van omstandigheden (art. 7:176 BW) terecht terzijde geschoven?

##### *Casus en hoofdoverwegingen*

Een vader is afkomstig uit een vermogende adellijke familie. De vader maakt forse schulden en heeft, mede door ouderdom, gezondheidsproblemen. Van 1998 tot 2012 trekt de vader veel op met zijn jongste zoon en diens partner. De zoon helpt zijn vader met zijn persoonlijke en medische verzorging en zijn financiële zaken. Ook verblijft de vader regelmatig in het landhuis van de zoon in Frankrijk.

1. Zie ook T. Hartlief, 'Medische hulpmiddelen en de prijs van een bijzonder regime', *NJB* 2015/1187, afl. 25.  
2. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082.

De zoon schiet vaak grote bedragen aan zijn vader voor vanwege de door de vader gemaakte schulden. Voor deze leningen heeft de vader meerdere schuldbekentnissen ondertekend.

In maart 2008 ontvangt de vader ruim € 960 000 uit een erfenis. Voordat het bedrag op zijn rekening staat, heeft de vader een vijfde schuldbekentenis aan de jongste zoon en diens partner ondertekend voor een bedrag van € 350 000. Ook bevestigt de vader (schriftelijk) te zullen bijdragen aan de restauratie van het landhuis om zo de opgebouwde schulden te vereffenen.

Na korte tijd is het volledige bedrag uit de erfenis van de bankrekening van vader verdwenen. Een deel is overgemaakt naar de jongste zoon, maar voor het overige is onduidelijk wat er met het geld is gebeurd. De jongste zoon heeft van het ontvangen geld onder meer een appartement voor de vader aan zijn landhuis laten bouwen.

Vanaf 2012 wendt de vader zich voor financieel advies tot zijn oudste zoon die de overboekingen en schenkingen ontdekt. De vader vordert terugbetaling van een bedrag van ruim € 950 000. De vordering tot betaling berust onder meer op onrechtmatige daad, bestaande in misbruik van omstandigheden.

De rechtbank merkt de schuldbekentenis van € 350 000 aan als schenking die onder misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Voor het overige worden de vorderingen van vader afgewezen.

Het hof is van oordeel dat de vader onvoldoende heeft bewezen dat sprake is van misbruik van omstandigheden en wijst alle vorderingen van vader af. Het hof wijkt af van de hoofdregel van de bewijslastverdeling van artikel 7:176 BW. Reden hiervoor is dat de jongste zoon niet langer toegang heeft tot de financiële administratie van de vader en voorts verwijst het hof naar 'de onderhavige feiten en het tijdsverloop'.

De vader klaagt dat het hof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom is afgeweken van de hoofdregel van de bewijslast van artikel 7:176 BW. Het middel slaagt. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak naar het Gerechtshof Amsterdam.

#### *Duiding*

Volgens artikel 3:44 lid 4 BW is misbruik van omstandigheden aanwezig 'wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.'

Het vereiste dat de rechtshandeling door de ander is bevorderd, betekent niet dat vereist zou zijn dat ook het initiatief tot de handeling van die ander is uitgegaan

of dat deze zich actief heeft opgesteld; het enkele in ontvangst nemen van een verklaring kan voldoende zijn.<sup>3</sup> Het oordeel dat inderdaad sprake is van misbruik van omstandigheden komt erop neer dat de ander enkel in verband met diens bekendheid met de bijzondere omstandigheden, van medewerking aan de rechtshandeling behoorde af te zien.<sup>4</sup>

In geval van een rechtshandeling door een persoon op leeftijd met lichamelijke en/of geestelijke klachten die min of meer afhankelijk was van de wederpartij, terwijl de verrichte rechtshandeling voor deze persoon nadelig was en voor de wederpartij voordelig, zal een beroep op misbruik van omstandigheden niet snel worden verworpen.<sup>5</sup> Samenvattend zal in geval van schenking door een vader in een min of meer afhankelijke positie de lat voor het aannemen van misbruik van omstandigheden relatief laag liggen.

Daarboven biedt artikel 7:176 BW een aanvullende bescherming voor de schenker die zich beroept op misbruik van omstandigheden. Artikel 7:176 BW keert de bewijslast om in het geval de schenker feiten stelt waaruit volgt dat de schenking door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. In dat geval rust de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde, tenzij een notariële akte is opgemaakt of de omkering van de bewijslast in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid.

Naar oud recht<sup>6</sup> was voor een schenking een notariële akte nodig, juist om de schenker te beschermen tegen lichtvaardige schenkingen of misbruik van omstandigheden. Nu het vormvereiste is afgeschaft, wordt de schenker 'slechts' beschermd door artikel 3:44 BW. De wetgever erkent dat de bescherming die met het wilsgebrek misbruik van omstandigheden kan worden geboden, mede afhankelijk is van de verdeling van de bewijslast en voert artikel 7:176 BW in. Uit de memorie van toelichting volgt:<sup>7</sup> 'Het komt mij gewenst voor ter versterking van de positie van de schenker in de onderhavige materie een bijzondere regel op te nemen, die bij een beroep zijnerzijds op vernietigbaarheid wegens misbruik van omstandigheden de bewijslast van het tegendeel in beginsel op de begiftigde legt. (...) Voorts is een uitzondering opgenomen voor het geval de in de hoofdregel vervatte verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. Van dit laatste zal de rechter dan wel uitdrukkelijk verantwoording moeten afleggen, ervan uitgaande dat feiten zijn gesteld die deze afwijking van de hoofdregel rechtvaardigen. Men denke bijv. aan het geval dat alleen de schenker over het bewijsmateriaal beschikt of dat zijn betoog zo onwaarschijnlijk is dat voorlopige aanvaarding ervan de

3. MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 212 e.v.

4. Conclusie P-G Valk, ECLI:NL:PHR:2020:165.

5. HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8459, NJ 2003/243 en HR 9 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AF9656, NJ 2004/141, conclusies van P-G Hartkamp (ECLI:NL:PHR:2002:AE8459 en ECLI:NL:PHR:2004:AF9656).

6. Art. 1719 BW (oud).

7. *Kamerstukken II* 1981/82, 17213, nr. 3, p. 8-9.

wederpartij in een onredelijke bewijspositie zou brengen.<sup>8</sup>

Door de omkering van de bewijslastverdeling in artikel 7:176 BW vult de wetgever de bescherming van artikel 3:44 BW aan. Tegelijkertijd kan de rechter beslissen dat de omkering van de bewijslast in de bijzondere omstandigheden van het geval in strijd is met redelijkheid en billijkheid. Gedacht kan worden aan gevallen waarin misbruik van omstandigheden zeer onwaarschijnlijk is of de wederpartij, anders dan de schenker, geen toegang heeft tot relevant bewijsmateriaal. De Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter van zijn beslissing uitdrukkelijk verantwoording dient af te leggen en daarbij tevens tot uitdrukking moet brengen welke door de begiftigde gestelde feiten afwijking van de hoofdregel van artikel 7:176 BW rechtvaardigen.<sup>9</sup> Dit gaat niet zover dat slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden van de bewijslastverdeling van artikel 7:176 BW kan worden afgeweken.<sup>10</sup> Duidelijk wordt dat het door de rechter afwijken van de hoofdregel van artikel 7:176 BW vooral degelijk en concreet moet worden gemotiveerd.

In deze procedure wijkt het hof af van de hoofdregel van artikel 7:176 BW en rust de bewijslast op de schenker. Als reden verwijst het hof naar 'de onderhavige feiten en het tijdsverloop'. Het hof noemt als reden voorts dat de jongste zoon niet beschikt over de financiële administratie van de vader. Dit zou een invulling kunnen zijn van het hierboven aangehaalde voorbeeld uit de Parlementaire Geschiedenis 'dat alleen de schenker over het bewijsmateriaal beschikt'. Het is echter zeer de vraag, en in elk geval niet gemotiveerd, of het bewijs (alleen) in de financiële administratie van vader gezocht moet worden. Ook de verwijzing naar de onderhavige feiten – die talrijk zijn – acht de Hoge Raad onvoldoende nu het hof niet duidelijk maakt welke concrete feiten zouden moeten leiden tot het terzijde schuiven van de bewijslastverdeling van artikel 7:176 BW. Het Gerechtshof Amsterdam zal zich nu over de zaak buigen.

## LITERATUUR

### **Small massaclaims. De inzet van de Europese Procedure voor Geringe Vorderingen (EPGV) bij de afwikkeling van grensoverschrijdende massaschade**

**Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon, L. Bos**

*Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvCH) 2020, afl. 3*

De Europese Procedure voor Geringe Vorderingen (Verordening (EU) 2015/2421), ook wel de *small claims*-procedure genoemd, wordt regelmatig ingezet in grensoverschrijdende zaken waarin sprake is van een groot aantal gelijksoortige schadevorderingen. Voorbeelden zijn luchtvaartclaims en de recente *Airbnb*-zaak. In dit artikel wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de *small claims*-procedure zich leent voor de afwikkeling van massaclaims.

### **Een verkenning van de ACM Leidraad bescherming van de online consument**

**Mr. dr. M.Y. Schaub**

*Bron: Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken (TvCH) 2020, afl. 3*

De ACM geeft in haar Leidraad 'Bescherming van de online consument. Grenzen aan online beïnvloeding' met behulp van voorbeelden aan waar volgens haar de grens ligt tussen toegestaan online verleiden van online consumenten en verboden misleiden. Deze bijdrage bespreekt de ACM Leidraad in vogelvlucht met een weergave van de inhoud op hoofdlijnen en er worden een aantal inhoudelijke punten uitgewerkt.

### **Wijzigen van contracten in de coronacrisis**

**Mr. L. van Egteren**

*Bron: Vastgoed Fiscaal & Civiel (VGFC) 2020, afl. 3*

Deze bijdrage gaat in op de vraag of de coronacrisis in de vastgoedsector grondslag biedt om een contract te wijzigen op grond van artikel 6:258 BW. Daarbij komen eerst de wettelijke vereisten van artikel 6:258 BW aan de orde, gevolgd door de toepassing van artikel 6:258 BW op de huidige coronacrisis.

### **Europese harmonisatie van effectenaansprakelijkheidsrecht?**

**Prof. mr. B.J. de Jong**

*Bron: Ondernemingsrecht (ONDR) 2020, afl. 9, art. 102*

In dit artikel worden de mogelijkheden voor verdergaande harmonisatie van aansprakelijkheidsrecht onderzocht, met het geharmoniseerde aansprakelijkheidsrecht wegens schending van mededingingsrecht als inspiratiebron. Er worden diverse suggesties gedaan voor onderwerpen waarop harmonisatie denkbaar is. De verwachting is niettemin dat er nog een lange weg te gaan is naar (meer) uniforme privaatrechtelijke beleggersbescherming op de Europese kapitaalmarkten.

### **Het opzet de verzekeraar te misleiden na verwezenlijking van het risico**

**Mr. L. Bartels**

*Bron: Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht (NTHR) 2020, afl. 3*

In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de inhoud van het arrest van de Hoge Raad van 21 februari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:311) met betrekking tot de uitleg van het opzetbegrip in artikel 7:941 lid 5 BW en wordt dit arrest besproken in het licht van hetgeen reeds is geschreven met betrekking tot deze materie.

### **De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen en de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling uit art. 7:758 lid 4 BW – Aandachtspunten voor de praktijk**

**Mr. J.M. Henriquez, mr. L. Rijzewijk**

*Bron: Tijdschrift voor Bouwrecht (TBR) 2020, afl. 6, art. 80*

De Wet kwaliteitsborging voor het bouwen (Wkb) en haar nieuwe aansprakelijkheidsbepaling hebben verstrekkende gevolgen voor de werking (en inkleuring) van privaatrechtelijke normen die het bouwproces be-

8. Zie ook HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1272.

9. HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1272.

10. HR 2 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA8445.

heersen. Aan de aansprakelijkheidsregeling van artikel 7:758 BW zal een vierde lid worden toegevoegd. In deze bijdrage wordt ingegaan op de achtergrond van de nieuwe aansprakelijkheidsbepaling in de Wkb en de inhoudelijke verschillen met de huidige regeling van artikel 7:758 lid 3 BW.

*Annelies Zwart*  
CMS