

## De partij-ongelijkheid en de consequenties daarvan in een civiele procedure

5

J.M. van Dunné\*

### 10 1 Inleiding

Van oudsher heeft het recht en de rechtsbedeling, iets van doen met: ‘gelijk – gelijk behandelen’, ‘onpartijdig’ zijn bij het geven van rechterlijke uitspraken en ‘ieder het zijne geven’. Zogenaamde ‘klassejustitie’ is uit den boze; de rechter spreekt recht  
15 zonder aanzien des persoons. Die strikte onpartijdigheid is een prachtig ideaal, ‘een ieder is gelijk voor de wet’, maar wat nu als de partijen volkomen *ongelijk* zijn qua financiële middelen (voor geld is alles te koop), kennis (kennis maakt macht) of maatschappelijk aanzien (*‘birds of a feather, stick together’*)? Wanneer partijen in zo’n situatie door het recht op voet van gelijkheid behandeld worden, staat de sterkste  
20 partij toch bij voorbaat sterker in het geding, met zicht op een voor haar gunstige uitspraak? Indien een zwakke partij geen geld voor een advocaat heeft, kan zij rechtsbijstand krijgen, de *pro deo*-advokaat, het rechtssysteem voorziet in dat probleem. Indien zo’n partij wat meer bemiddeld is, kan zij een rechtsbijstandverzekering nemen en zich aldus van rechtsbijstand voorzien als er  
25 kwade tijden zijn. Niets aan de hand dus? Maar de vermogende tegenpartij kan toch – geld speelt geen rol – zich van een heel goede, en dus dure, advocaat voorzien (goed is meestal duur, weten wij)? En dan heeft de sterke partij toch nog altijd overwicht in het geschil vanwege zijn betere rechtsbijstand?

Gaat van dit scenario niet op zich al afschrikwekkende werking uit, in de zin  
30 dat de zwakke partij bij voorbaat de moed in de schoenen zinkt wanneer zij de procespositie en daarmee de proceskansen van de sterke wederpartij overziet? Dat is toch vechten tegen de bierkaai?

---

\* Prof.mr. J.M. van Dunné is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Zijn er niet bepaalde gebieden waar deze problematiek meer dan elders  
opspeelt, zoals bij produktaansprakelijkheid, medische aansprakelijkheid of  
35 milieuaansprakelijkheid, vanwege het kennismonopolie van die wederpartij?

Het zijn intrigerende vragen die hier gesteld zijn, waarbij de voorlopig gegeven  
bevestigende antwoorden voor velen, juristen en niet-juristen, intuïtief aannemelijk  
zullen voorkomen. Men heeft al gauw een geval voor ogen, van gehoord, gelezen, of  
40 zelf meegemaakt, dat steun biedt aan deze voorstelling van zaken. Maar is dat  
voorlopige oordeel juist, of alleen maar een vooroordeel? In de jaren '70 sprak men in  
de rechtsvinding van 'voor-oordeel', in navolging van Essers *Vorverständnis*, maar  
ieder voor-oordeel, ons irrationele maar noodzakelijke hulpmiddel, moet getoetst  
worden op rationele gronden. Dat is het thema van deze bijdrage aan 'Krom-recht'.  
45 Bij de uitnodiging van de redactie werd mij meegedeeld dat men geen literatuur over  
het onderwerp had kunnen vinden. Dat geeft allereerst aan dat er nog vrijwel niet over  
dit onderwerp nagedacht is, maar vooral dat het heel goed is dat de AA-redactie deze  
materie eens op de kaart gezet heeft. Tenslotte is een prettige bijkomstigheid dat de  
auteur daarmee *carte blanche* gekregen heeft om het onderwerp naar eigen smaak in  
50 te vullen.

Hierbij is mijn (voorwaardelijk) opzet als volgt. Ik wil eerst nagaan wat er van  
die indruk van de invloed van partij-ongelijkheid bij nader inzicht overblijft. Is het zo  
erg als daareven door mij gesteld werd? Waarin zit precies de ongelijkheid van  
partijen, is dat in hoofdzaak tot het verschil in rechtsbijstand te herleiden? En is dat  
55 verschil zo levensgroot? Waarin komt dat verschil tot uitdrukking bij het voeren van  
een civiel proces? Hoe kijkt de rechter (arbiter) tegen een dergelijk verschil aan in de  
procedure? Zijn er instrumenten om dat te corrigeren tijdens de procedure?

Na aldus een inventarisatie gemaakt te hebben van het verschil in  
procespositie dat maatschappelijk sterke en zwakke partijen hebben, komen wij  
60 vervolgens aan de vraag toe welke remedies er zijn om aan een dergelijke misstand  
het hoofd te bieden. Dit gebeurt in de veronderstelling dat gelijkheid van partijen in  
ons rechtssysteem een zo groot goed is - als grondslag van het procesrecht - dat dit  
bescherming verdient. Daarbij komen de volgende punten aan de orde:

- Is er verschil in kwaliteit van rechtsbijstand en zo ja, hoe kan dat verholpen  
65 worden?

- Kan de doctrine inspelen op ongelijkheid van partijen, in de zin dat bij het vormen van rechtsnormen rekening gehouden wordt met de maatschappelijk sterke positie van een bepaalde partij?
- Heeft de Hoge Raad en/of het OM bij de hoogste rechter, hier een taak?
- 70 - Bieden proefprocedures voldoende soelaas voor het probleem van rechtsongelijkheid?
- Zijn *class actions* de oplossing?
- Zou de zogenaamde *action civile* (voeging van burgerlijke partij in een strafproces) meer toegepast kunnen worden?

75

Dan wordt het tijd voor enkele conclusies.

## 2 De ene advocaat is de andere niet. Verschil in kwaliteit van rechtsbijstand en hoe dit te verhelpen?

80

Net zo als er ‘grote’ partijen en ‘kleine’ partijen zijn, zijn er ‘grote’ en ‘kleine’ advocaten die rechtsbijstand verlenen. Het is iets te eenvoudig om aan te nemen dat ‘grote’ advocaten van ‘grote’ kantoren afkomstig zijn en vice versa. Nu zijn er, afgezien van de mammoet-kantoren (waarmee studenten doodgegooid worden, in posters en presentaties), veel middelgrote kantoren, en nog meer kleine kantoren, met ‘één-pitters’ aan het eind van de rij. Het komt allereerst voor dat ‘grote’, bekende advocaten ooit voor zichzelf begonnen zijn of tot een kleiner kantoor toegetreten zijn. Daarnaast zijn er kleine, heel gespecialiseerde kantoren die een uitstekende naam hebben (natte praktijk, vervoersrecht, verzekeringsrecht, arbeidsrecht, etc.). Er zijn ook middel-grote kantoren met een algemene praktijk die heel goed bekend staan en nooit aan de mega-ontwikkelingen hebben willen meedoen. Ik raad de student-lezer dan ook aan om verder te kijken dan de posters die op de universiteit hangen: het grote internationale werk wordt niet alleen door de mammoeten gedaan, die de hype op de voet volgen.

95

De praktijk leert dat het een wat te gemakkelijke constatering is dat ‘groot’ ook ‘beter’ is, althans mijn praktijk (ik gebruik het adjectief ‘groot’ voortaan in ruime zin, als ervaren advocaat, met overeenkomstig tarief). Ik kom bij arbitrages, cursussen en advieswerk allerlei soorten advocaten tegen: de circus-artiesten (die in de nok

100 werken) en de stalknechten. Ik verbaas mij vaak over het niveau van ‘grote’  
advokaten en weet van bevriende rechters en raadsheren dat hun ervaring vaak weinig  
anders is. Een advocaat moet, net als een arts of een ingenieur, zijn vak bijhouden en  
daar ontbreekt het veelal aan. Voor een jurist gaat het hierbij behalve om wetgeving,  
vooral om jurisprudentie en tenslotte ook om de literatuur. Een paar voorbeelden.

105 Nog een kleine tien jaar na invoering van het huidige BW kwam ik in  
arbitrages regelmatig advokaten tegen die de wettelijke rente lieten ingaan op het  
moment van ingebrekestelling of de datum van het verzoekschrift. Artikel 6:119 BW  
zegt echter dat het moment van in verzuim geraken het ijkpunt is, dat ligt vaak veel  
eerder in tijd, maanden en soms jaren, en bij een claim van tonnen of miljoenen gaat  
110 het al gauw over geld. Nu is dat een vrij duidelijke bepaling, maar zodra het om de  
verzuimregeling zelf gaat (artikel 6:81 e.v. BW), raken veel praktijkjuristen het spoor  
bijster. Gelukkig maar dat de Hoge Raad een paar jaar geleden gezegd heeft dat we  
die regeling niet letterlijk moeten nemen; het was dan ook een onbegrijpelijke  
regeling (ik zeg studenten altijd dat het een teken van intelligentie is wanneer men die  
115 regeling niet begrijpt).<sup>1</sup> Dat brengt ons op het bijhouden van de rechtspraak.

Eind jaren '80 gaf ik eens een cursus contractenrecht en behandelde het  
*Haviltex*-arrest van 1981. In de pauze kwam een advocaat op mij af, van een van de  
grootste kantoren, die heel enthousiast was over hetgeen hij net over *Haviltex* gehoord  
had, hij had namelijk een contractspraktijk. Dat geeft te denken, vooral als men beseft  
120 dat *Haviltex* voor de laatbloeiers is, die jurisprudentie stond namelijk al decennia vast.

Tot slot een voorbeeld over het bijhouden van de literatuur. Ik werd eens als  
arbiter gevraagd in een grote ‘*corporate take-over*’-zaak (dat moet in het Engels). Nu  
had ik kort tevoren een artikel over het *Hoog Catharijne*-arrest (1995) geschreven en  
ik dacht nog: ‘Toch leuk dat advokaten je verhalen lezen, je schrijft niet voor noppes’.  
125 Tijdens de lange mondelinge behandeling kwam dat arrest en de problematiek ervan  
in het geheel niet ter sprake, ook niet van de zijde die er een beroep op had kunnen  
doen.

Deze voorbeelden zijn met vele uit te breiden. De boodschap is echter, niet alleen dat  
130 veel advokaten hun vak niet bijhouden, maar dat dit evengoed voorkomt bij grote als  
kleinere kantoren, alle vakbladen die men kan ‘koppensnellen’ en kantoorcursussen

---

<sup>1</sup> Ik verwijst voor die materie naar mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, Deventer: Kluwer 2005, p.632 e.v.

ten spijt. Daar zit het verschil dus niet in. Vaak is het probleem dat men het eigen specialisme heel goed beheerst, maar de algemene ontwikkelingen van het contractenrecht of onrechtmatige daadsrecht niet op de voet gevolgd heeft en men voortbouwt op de ooit op de universiteit verkregen kennis. Dwaling is toch een 'wilsgebrek'? Hoezo, onderzoek- en spreekplicht? (ik heb dat wat oudere mede-arbiters uit balie en rechterlijke macht eens een keer moeten uitleggen). Natuurlijk hebben grote(re) kantoren het voordeel dat ze ingewikkelde zaken beter kunnen 'managen', een team samenstellen waarin allerlei specialisaties vertegenwoordigd zijn, met een administratieve ondersteuning, etc. Maar wij hadden het over 'meesterschap is vakmanschap'.

Wat is hieraan te doen? Uiteraard door meer nascholing; nu zijn post-doctorale opleidingen en cursussen al enige tijd op de markt, universitair en anderszins, maar kennelijk is dat nog niet voldoende. De grote(re) kantoren geven eigen cursussen, de kleinere doen dat in samenwerkingsverband, dus er gebeurt al heel wat. In ons land liepen wij overigens niet voorop (in Engeland kende de balie al veel eerder het puntensysteem) en andere beroepsgroepen, medici, accountants, e.d. hadden al jaar en dag nascholing als vast onderdeel. De wetgever zou ook wat aan de kwaliteit van wetgeving kunnen doen. Indien enkele jaren voor invoering over de onbegrijpelijkheid van een wettelijke regeling geklaagd wordt,<sup>2</sup> kan men verwachten dat het bij ongewijzigde invoering een janboel wordt. En dan is Justitie als wetgevingsdepartement nog heilig bij de andere departementen die op het gebied van milieu, landbouw, arbeid, etc. wetgeving afscheiden. Men moet het de praktijkjurist niet moeilijker maken dan het al is (dit geldt trouwens ook voor de rechter, maar dat thema is hier niet aan de orde). Er was vroeger een Staatscommissie voor de burgerlijke wetgeving, waarvan de (jonge) Beekhuis secretaris was, met een puik aan leden, die toezicht hield op het niveau van wetgeving. Met de komst van het Nieuw BW is die commissie afgeschaft; al het werk was toch al gedaan. Zo'n commissie, die vooral de bruikbaarheid van wetgeving in de juridische praktijk in het vaandel heeft staan, is echter hoog nodig (te beginnen met het nieuwe BW).<sup>3</sup>

Omdat de kwaliteit van rechtsbijstand geen doorslaggevende factor is bij het probleem van de rechtsongelijkheid van partijen, laat ik dit onderwerp verder rusten. Ik wil er nog wel op wijzen dat er in de praktijk voor 'kleine' partijen vele andere

---

<sup>2</sup> J.B.M. Vranken in de *NJB* special van 1988 over de verzuimregeling van artikel 6:81 e.v. BW

<sup>3</sup> Zie voor een pleidooi voor zo'n commissie mijn 'Vijf jaar een nieuw BW', *Trema* 1997, p.216-222.

wegen voor juridisch advies en rechtsbijstand openstaan op gespecialiseerde terreinen  
165 en vaak van hoog juridisch niveau: juridische afdelingen van vakbonden,  
brancheorganisaties, verenigingen en stichtingen, e.d. Daar weet men ook de weg wel  
naar de gespecialiseerde (kleine) advocatuur.<sup>4</sup>

Ik teken hierbij aan dat de kosten van gespecialiseerde, ervaren advocaten, met  
ondersteuning van staf en management, die prohibitief zijn voor een kleine partij die  
170 haar recht wil halen in een complexe zaak in een rechtsstelsel als het Amerikaanse  
met zijn *contingency fee*, geen beletsel vormen. In ons land heeft de Nederlandse Orde  
van Advocaten onlangs echter de deur voor *no cure no pay* als basis voor  
rechtsbijstand weer dicht gegoooid. Dat wil niet zeggen dat in de praktijk niet al jaar en  
dag informele regelingen bestaan tussen advocaten en cliënten op dit gebied.

175

### 3 De betekenis van de doctrine voor de opheffing van ongelijkheid van partijen in een rechtsgeschil

180 De wetgever kan zoals gezegd uit zijn middagslaap komen en wat aan ons probleem  
gaan doen. Wat kan echter de rechtswetenschap doen? Allereerst de kopkleppen  
afdoen, het probleem niet ontkennen of negeren; de redactie van dit blad was daarbij  
al behulpzaam. Het de ogen sluiten voor de maatschappelijke werkelijkheid is een  
bekend probleem in academische kringen, de ivoren toren als status-symbool.  
185 Dogmatiek *pur sang* is nog overal aanwezig en toonaangevend. Het positivisme, ook  
wel bekend als 'legisme', is momenteel (weer) stevig in het zadel, al of niet op  
verkapte wijze. 'Doe nou maar gewoon wat de wet (of Hoge Raad) zegt, dan doe je al  
gek genoeg'.<sup>5</sup> Toch is de rechtseconomie van de 'Oostenrijkse School' al rond 1880  
ontstaan (die veel Nederlandse auteurs aan het begin van de vorige eeuw geïnspireerd  
190 heeft bij de aanvaarding van de 'risicoleer'), heeft de rechtssociologie zich in 1902 op  
een befaamd congres in Parijs gepresenteerd, en kwam niet zo lang daarna in

---

<sup>4</sup> Ik laat in het midden dat de ervaren en rechtschapen rechter/arbiter best in de gaten heeft wanneer een zwak standpunt door een sterke advocaat goed gebracht wordt en dat in zijn oordeel betreft. Hij kan zelfs uit zijn lijdelijke slof schieten en de zwak optredende partij met de sterke positie op ideeën proberen te brengen, of ambtshalve aanvulling van gronden toepassen. Nu let de goede rechter/arbiter er toch altijd wel op *wie* wat zegt; zoals Bregstein het eens op college zei (jaren '50, UvA): 'De rechter spreekt recht zonder aanzien des persoons, maar met aanzien des procureurs'.

<sup>5</sup> Voor de rechtsvinding in het algemeen en de heersende positivistische wind die daar heerst, zie R.C. Hartendorp en H. Wagenaar, 'De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie', *R&R* 2004, p.60-89.

Duitsland en elders de rechtspsychologie op. Dat zou de dogmatisch ingestelde civilist toch aan het denken kunnen zetten. Het recht is zoals bekend een maatschappijwetenschap; veel auteurs die de wetenschappelijke bladen en series vullen (en dan heb ik het nog niet eens over de vakpers) kennen de maatschappij voornamelijk uit de mond van de verzekeringswereld die op stereotype wijze bezorgd is over toenemende aansprakelijkheden ('Amerikaanse toestanden') of het grote bedrijfsleven dat niet op consumentenclaims of milieuclaims zit te wachten. Er is echter ook nog een ander deel van diezelfde maatschappij dat onze aandacht vraagt, een groep die bij de *Kampf ums Recht* het onderspit dreigt te delven.

Nu kent ons privaatrecht van oudsher (de Romeinen waren zo gek nog niet) leerstukken waarbij ruimte geboden wordt aan de zwakke rechtspartij. Het beginsel van de goede trouw, modieuzer: 'redelijkheid en billijkheid', is natuurlijk bij uitstek geschikt om aan dergelijke noden tegemoet te komen. Ik laat dat aan de fantasie van de lezer over hoe bij rechtsfiguren als dwaling, wanprestatie, overmacht, onvoorziene omstandigheden, misbruik van omstandigheden, etc. het beginsel van de goede trouw al ruim een halve eeuw een opmars gemaakt heeft die niet meer te stuiten is. In de kern genomen, is dat meestal tot voordeel van de 'kleine' partij die wat minder handig geopereerd heeft tegenover een geroutineerde, uiterst zakelijke wederpartij. Bij de uitleg van overeenkomsten is de oude *contra proferentem*-regel (niet uit het oud-BW overgenomen in het huidige BW), inhoudende dat een contract wordt uitgelegd in het nadeel van de opsteller ervan, een goed voorbeeld van bescherming van de kleine partij. Jammer dat de Hoge Raad daarover de laatste tijd zo moeilijk doet (geen regel, slechts 'algemeen gezichtspunt' – en daarmee in cassatie niet toetsbaar); de wetgever moest het BW aanpassen na de EG-richtlijn inzake oneerlijke bedingen uit 1993, waardoor de belangen van de consumenten in ieder geval zijn veilig gesteld.<sup>6</sup>

In de sfeer van onrechtmatig handelen kennen wij eveneens dergelijke figuren, bijvoorbeeld de gevaarzetting waardoor het slachtoffer op het verkeerde been gezet is, soms letterlijk, met het aannemen van een vermoeden van schuld bij de professionele dader. In de jurisprudentie van de Hoge Raad van het laatste decennium, trefwoord: 'omkeringsregel', is een van de categorieën waarin tot omkering van de bewijslast overgegaan wordt, zo stelde ik eens vast, het bestaan van een kennisvoorsprong, of

---

<sup>6</sup> Het bewuste artikel is art. 6:238 lid 2 BW. Zie voor de *contra proferentem*-regel uitvoerig mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, p. 161-165 en p. 198-220. De figuur van misbruik van economische machtspositie (*economic duress*) zou in ons recht meer ontwikkeling verdienen, zie idem, p.584 e.v.

zelfs monopolie bij een der partijen.<sup>7</sup> De verbazing over deze ‘omkeringsregel’ in de literatuur wordt voornamelijk gevoed door het gebrek aan het bijhouden van het vak aansprakelijkheidsrecht en verontrusting over toenemende ‘Amerikaanse toestanden’ in dat rechtsgebied, soms met zoveel woorden erbij gehaald.

Ik wil daarnaast een paar voorbeelden geven waarbij bekende auteurs, al lang geleden, nadrukkelijk aandacht gevraagd hebben voor de positie van een maatschappelijk minder krachtige partij, die meestal aan het kortste eind trekt.

230 Paul Scholten bepleitte in zijn proefschrift uit 1899 al een uiterst modern aansprakelijkheidsrecht dat niet langer op schuld gebaseerd was, waarbij geen dogma’s maar de billijkheid, ethische en sociaal-economische opvattingen de doorslag moeten geven. Hij is voorstander van het begrip *onderneming* dat ontwikkeld moet worden. Hij volgt daarbij duidelijke de eerder genoemde risicoleer die in Oostenrijk (en Duitsland) ontwikkeld werd:

‘Niet toch de zaken, die gebruikt worden of de personen die werkzaam zijn in de onderneming veroorzaken op zichzelf het gevaar, maar het complex van beide, de onderneming brengt dit teweeg. En van de gehele werking door die personen en zaken heeft de ondernemer het voordeel, hij personificeert alle belangen, die zich door die doen gelden. Alle schade die ontstaat door zaak of persoon is gevolg van de onderneming, zij is het noodzakelijke passief van de winst die deze als zodanig behaalt (ondernemerswinst). Zij verenigt in zich de elementen, die hier de aansprakelijkheid doen ontstaan – *belang* en *gevaar* – op haar dus moet deze rusten.

245 Dit is de enige rationele oplossing.’<sup>8</sup>

Deze visie werd door veel schrijvers gevolgd, maar heeft de Asser-serie nooit gehaald, behalve in het door Scholten zelf geschreven deel over Zakenrecht (zie hiernaan onder). Het is de in het naoorlogse Duitsland algemeen aanvaarde vorm van aansprakelijkheid; in de Amerikaanse literatuur staat het als *enterprise liability* bekend.

---

<sup>7</sup> Vgl. mijn artikel ‘Causaliteitsproblemen in het milieuaansprakelijkheidsrecht: alternatieve causaliteit en res ipsa loquitur II’, *TMA* 1999, p.145-157, ook opgenomen in mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, Deventer: Kluwer 2004, p. 495 e.v.

<sup>8</sup> P. Scholten, *Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad*, (diss. Amsterdam, UvA), Amsterdam: Scheltema en Holkema 1899, p.145 e.v.



Scholten heeft zijn standpunt enkele jaren later ook doorgetrokken naar de causaliteit: de adequatietheorie, gebaseerd op de figuur van de ‘verhoogde kans’ op schade, dient voor bedrijven strenger toegepast te worden. Dat wordt door niemand  
255 minder dan Meijers overgenomen in 1935: bij schade veroorzaakt *door bedrijven* gaat het ‘om niet meer dan dat het bedrijf de kans op het ongeval objectief verhoogd heeft’, ook al is dat qua waarschijnlijkheid ‘een mogelijkheid van één op de tienduizend’. Let wel, Meijers heeft het hier over adequate, het redelijk voorzienbaar gevolg, dat ‘een onmiddellijk en dadelijk gevolg’ van het schadetoebrengende  
260 handelen voorstelt.<sup>9</sup> In de literatuur van de laatste tijd is er een aantal schrijvers dat het *conditio sine qua non*-vereiste (hierna: CSQN) (onmiddellijk en dadelijk gevolg) als ‘minimumvereiste’ naar voren geschoven heeft; pas als dat vervuld is zou men aan de toerekening naar redelijkheid (hierna: TNR) toekomen. Men ziet uit het gegeven citaat van Meijers dat dit al naar maatstaven van de adequateleer (van 1927) onzin is.  
265 Adequate verving immers de CSQN en in 1970 werd adequate weer door TNR vervangen, en daarbij gaat het steeds om het ‘onmiddellijke of rechtstreekse gevolg’ van het handelen.<sup>10</sup> Niet toevallig zijn het dezelfde schrijvers die zich zo’n zorgen maken over Amerikaanse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht en als gevolg daarvan de problemen voor verzekeraars. Ik sta hierbij stil, omdat wanneer men de  
270 ongelijkheid van partijen serieus neemt, dat wil zeggen de sterkere positie waarin bedrijven verkeren, men vanzelf op het beschreven standpunt van Scholten en Meijers uitkomt: een verzaamd causaliteitsregime. Rechts tegenover *averechts*.

Scholten en Meijers (op veel andere terreinen, zoals de rechtsvinding, elkaars tegenpool) hebben met dezelfde eendracht een pseudo-risicoaansprakelijkheid  
275 gesignaleerd ten aanzien van schade toegebracht aan onroerend goed door naburige werkzaamheden, ingevolge de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 1881. Risicoaansprakelijkheid ‘in het kleed der schuldaansprakelijkheid’. Het ging daarbij om schade als gevolg van aanleg van spoorwegen, wegen en mijnbouw.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Ik heb dit eerder aan de orde gesteld ‘Mijn en dijn in de ontwerp-Mijnbouwwet’, *NJB* 2002, p. 566.

<sup>10</sup> De laatste jaren heb ik in verschillende artikelen op dit fenomeen gewezen, maar het lijkt tot dovemansoren gericht. In de jongste Asser/Hartkamp, *Verbintenis uit de wet III*, Zwolle: Tjeenk Willink, nr. 426 e.v. gaat Hartkamp, geleid door Sieburgh, eveneens de kant van de CSQN revival op, zie voor deze kwestie de kritiek in mijn *Verbintennisrecht, Deel 2*, p. 444-459.

<sup>11</sup> Zie Asser/Scholten, *Zakenrecht II*, Zwolle, Tjeenk Willink 1945, p.123; E.M. Meijers, *Verzamelde Privivaatrechtelijke Opstellen III*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 244 (citaten in mijn *Verbintennisrecht, Deel 2*, p. 841 e.v.).

280 Tot dusver hadden wij het over aansprakelijkheid van bedrijven, als sterke partij in  
een geschil. De *overheid* is natuurlijk ook geen kleine jongen; op vergelijkbare wijze  
werd bij aansprakelijkheid van de overheid een strenge aanpak gevolgd. Dit heeft  
bijvoorbeeld geleid tot jurisprudentie waarin aangenomen wordt dat ‘schuld in  
beginsel vaststaat’ indien een gemeente tegenover een private partij handelde zonder  
285 dat van enig verwijt sprake was maar wel schade toegebracht werd. Gevallen die  
veelal onder rechtsdwaling te brengen zijn.<sup>12</sup> De laatste tijd hanteert de cassatierechter  
hierbij de ‘verkeersopvatting’ van artikel 6:162 lid 3 BW, dat tot nog toe een vrijwel  
slapend bestaan leidde. In het arrest *B. – Staat* van 1998 zegt de Raad het zonder veel  
omhaal; een niet verwijtbare onjuiste uitleg van de wet (de HR was op dat punt  
290 intussen omgegaan) wordt het bestuursorgaan toegerekend naar de in het verkeer  
geldende opvattingen, en wel hierom:

‘Laatst bedoelde opvattingen verzetten zich ertegen dat de overheid zich tegenover  
een burger met vrucht zou kunnen beroepen op dwaling dan wel onzekerheid omtrent  
295 de juiste uitleg van de wet; hierbij speelt niet alleen een rol dat de wettelijke  
regelingen niet van de burger afkomstig zijn, maar ook dat het redelijker is de schade  
die voor een individuele burger voortvloeit uit een besluit waarvan naderhand komt  
vast te staan dat het op een onjuiste wetsuitleg berust, voor rekening te brengen van de  
collectiviteit, dan om die schade voor rekening te laten van de burger jegens wie dat  
300 rechtens onjuiste besluit werd genomen.’<sup>13</sup>

De toerekening naar verkeersopvattingen (dit is zondags voor risicoaansprakelijkheid,  
maar anders schrikt iedereen zo) biedt voor ons onderwerp veel mogelijkheden.  
*Richesse oblige*, evenals de bekende *noblesse*; of de overheid nog onder die laatste  
305 typering past, laat ik wijselijk in het midden. *Altesse oblige*, wellicht?

#### 4 Is er een taak voor Hoge Raad en OM op dit gebied?

---

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld, uit een reeks: HR 30 januari 1987, *NJ* 1988, 89, (*Gem. Blaricum – Roozen*, m.nt. MS); HR 26 september 1986, *NJ* 1987, 253, (*Staat – Hoffmann-La Roche*, m.nt. MS).

<sup>13</sup> HR 20 februari 1998, *NJ* 1998, 526, ov. 5.2; tevoren werd de aansprakelijkheid door de HR gewoon op onrechtmatige daad gebaseerd. Zie voor de opbloei van art. 6:162 lid 3, verkeersopvatting, mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, p. 150 e.v.

310 De Hoge Raad is de hoeder van de rechtseenheid en rechtsvorming, kortom: de  
rechtsontwikkeling. Indien de behandeling van een cassatieberoep te weinig op dat  
gebied zou kunnen betekenen, valt het zwaard van artikel 81 RO en ziet de  
cassatierechter af van het geven van een motivering voor afwijzing van het beroep (de  
schrik van iedere cassatie-advokaat). Deze regel zou een keerzijde moeten hebben:  
315 indien het in het belang van de rechtsontwikkeling is, trekt de Hoge Raad zich  
rechtsvragen aan die het college beantwoordt. Dat zou allereerst gedaan kunnen  
worden door middel van de figuur van het *obiter dictum*, de overweging ten  
overvloede, die over het hoofd van partijen heen (bindt hen namelijk niet) aan de  
rechtsgemeenschap gericht is. Van dat middel zou de Hoge Raad mijn inziens veel  
320 meer gebruik kunnen maken om gebreken in het recht te verhelpen, duistere zaken te  
verhelderen, als *service maison*, zonder dat men hoeft te wachten totdat een dergelijke  
rechtsvraag via cassatie aangekaart wordt. Hiertoe behoort ook de figuur die in het  
Amerikaanse recht bekend staat als ‘*prospective overruling*’: de rechter geeft in zijn  
uitspraak aan dat hij in de toekomst op de aangegeven wijze zal beslissen, al is er in  
325 de onderhavige zaak geen grond voor. Het zijn mogelijkheden om de  
rechtsontwikkeling te sturen, met name wanneer de wetgever in gebreke gebleven is,  
door of niet in aktie te komen, of dat op minder begrijpelijke wijze te doen.<sup>14</sup>

Ook zou het OM vaker cassatie in het belang der wet kunnen instellen (artikel 78 RO)  
330 om ontsporingen op het gebied van partij-ongelijkheid te herstellen, die vanwege hun  
aard niet vanzelf tot cassatieprocedures zullen leiden. Cassatie in het belang der wet  
zou, als tegenhanger van artikel 81 RO, veel meer een beleidsinstrument kunnen  
worden. Dat zou passen in een stelsel als het onze waarbij de procureur-generaal ook  
een ombudsman-achtige functie heeft; in dat kader kan hij initiatieven nemen binnen  
335 de rechterlijke macht. Ik weet niet of er tegenwoordig veel op dat gebied gebeurt; in  
de jaren '70 was er een geruchtmakende zaak van de torenhoge incassotarieven (vaak

---

<sup>14</sup> In landen waar men verlof moet krijgen om cassatie (of zelfs appel) in te stellen, is vaak sprake van een actief beleid van de cassatierechter. Zo hoorde ik vele jaren geleden eens van de president van het Bundesgerichtshof van Duitsland in een bijdrage aan een congres dat de hoogste rechter de hoven aanspoorde om bepaalde typen zaken aan te dragen, omdat men op dat gebied een standaardarrest wilde wijzen.

in combinatie met colportage), waarbij P-G Langemeijer de Kring van Kantonrechters benaderd heeft en deze desgevraagd een richtlijn terzake opgesteld heeft.<sup>15</sup>

340

5 Kan de oplossing voor partij-ongelijkheid gevonden worden bij proefprocedures, class actions en action civile?

Enkele observaties over een onderwerp dat een eigen behandeling zou verdienen, op de valreep dus. In het verleden zijn voor het hier besproken probleem van  
345 ongelijkheid van partijen vaak oplossingen gevonden door de bundeling van krachten van zwakke partijen die in hetzelfde schuitje zaten. Dat gebeurde soms door een ideële stichting, die enkele private partijen in de procedure betrok uit vrees dat zij zelf niet-ontvankelijk verklaard zou worden wegens gebrek aan erkend belang. Een  
350 voorbeeld hiervan is de bekende Kalimijnen-zaak met een arrest uit 1988 (na 14 jaar procederen), waarbij enkele Westlandse tuinders als procespartij ingebracht zijn door de Stichting Reinwater en naderhand zelf inderdaad uit de procedure werd gezet. Toen was er nog geen collectieve actie aanvaard in ons recht, noch in de rechtspraak (*De Nieuwe Meer*, 1986) noch in de geldende wetgeving (artikel 3:305a BW werd in 1994  
355 ingevoerd). Het *Kalimijnen*-arrest is een goed voorbeeld van een proefprocedure; de uitspraak had een reflex-werking op schade van andere Nederlandse tuinders en waterleidingbedrijven, waarbij de Franse mijnen uiteindelijk vele miljoenen schadevergoeding betaald hebben.<sup>16</sup>

In de even bekende DES-zaak, leidend tot een arrest in 1992, zagen wij dat de  
360 6 DES-slachtoffers die de procedure tegen 10 farmaceutische bedrijven aangespannen hadden, na verloop van tijd verbonden waren aan een daartoe opgerichte vereniging, waarbij ruim 20.000 vrouwelijke slachtoffers zich gemeld hadden. Het leidde tot decennia van procederen. Het arrest van 1992 betekende slechts een tussenstand; na moeizame onderhandelingen is vorig jaar pas overeenstemming bereikt over een  
365 schikking.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Een richtlijn die, heel curieus, door de opvolger van Langemeijer ter vernietiging in cassatie in het belang der wet voorgedragen werd, zie voor die geschiedenis mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, p. 383 e.v.

<sup>16</sup> HvJ 30 november 1976, *NJ* 1977, 494.

Hoe staat het in dit verband met de *class actions* van artikel 3:305a BW? Het probleem is hierbij dat de regeling al voor invoering in 1994 gekortwiekt werd bij amendement van CDA-VVD-zijde: er kan geen schadevergoeding *in geld* gevorderd  
370 worden. Daarmee werd de angel uit deze aktie gehaald, die juist ‘kleine’ partijen tot steun had kunnen zijn. Deze beperking werd in het wetsvoorstel van 2004, naar aanleiding van de DES-affaire, gehandhaafd. Ook dit onderwerp moet hier verder blijven rusten.<sup>18</sup>

In de laatste jaren zien wij organisatievormen die een steeds hechter aanzien  
375 hebben, waarbij de belanghebbenden hun vordering overgedragen hebben aan een stichting, die hun belangen verder behartigt en in rechte optreedt. Daarbij gaat het om schadevergoeding in geld. Voor de gedupeerde beleggers in World Online heeft de Vereniging van Effectenbezitters in 2000 de Stichting VEB-Actie WOL opgericht en gefinancierd en zo ruim 10.000 aandelenbezitters gebundeld. Voor de Rechtbank  
380 Amsterdam werd in 2003 een eerste succes geboekt. In de Legio Lease-zaak werd een soortgelijke weg gevolgd: de Stichting Leaseverlies procedeert hier namens gedupeerde afnemers van het effectenlease-product tegen onder andere de Dexia Bank.<sup>19</sup> De schadevergoeding die binnengehaald wordt in dergelijke procedures, wordt onder de deelnemende private personen verdeeld. Aldus is een remedie  
385 gevonden voor de beperking die artikel 3:305a BW gebracht heeft.

Bestaande organisaties die belangen van ‘kleine partijen’ behartigen brengen de ‘abstracte toetsing’ van standaardvoorwaarden overeenkomstig artikel 6:240 BW in beeld. De Consumentenbond heeft medio jaren ’90 daarvan gebruik gemaakt in een aktie tegen Nutsbedrijven, hetgeen uiteindelijk in een procedure die geen eclatant  
390 succes was in 1997 tot een arrest geleid heeft,. Het ging om onredelijk bezwarende bedingen in de algemene voorwaarden van dergelijke bedrijven, bij de voorziening van gas, water en elektra, waarbij de aansprakelijkheid voor materiële schade bij het uitvallen van de voorziening tot een klein bedrag beperkt werd. Na een echech voor het Hof Den Haag, dat de wettelijke regeling niet begrepen had, greep de Hoge Raad in,  
395 maar zonder echt orde op zaken te stellen. Het circus van de onderhandelingen kon

---

<sup>17</sup> Zie voor de schikking onlangs P.R. van Regteren Altena en M. ten Cate, ‘Collectieve actie en collectieve afwikkeling, samen uit samen thuis’, AA 2005, p. 235-242.

<sup>18</sup> Ik verwijs hiervoor naar Thema-nummers in *TMA*, 2004, nr. 4 en 5, met bijdragen van vele auteurs. Met name L.J. Smale, p.128 e.v., heeft kritiek op de gemiste kans van de wetgever om het verbod op vorderingen in geld op te heffen.

opnieuw beginnen. Al met al een weinig effectief middel, wanneer de rechter zich afstandelijk opstelt. Ik verwijs naar elders voor een analyse hiervan.<sup>20</sup>

400 Rechtsvergelijking zou bij de toepassing van *class actions* baat gebracht hebben. Dat  
geldt ook voor een in ons land minder bekende rechtsfiguur: de *action civile* uit  
Franse (en Belgische) recht, de voeging van een burgerlijke ('beledigde') partij in het  
strafproces. Anders dan in ons recht, geldt hierbij geen beperking van het geldelijke  
belang, in combinatie met een Openbaar Ministerie (OM) dat geen bevoegdheid heeft  
om tot seponering van een zaak over te gaan wanneer een burger om vervolging  
405 vraagt en zich gemeld heeft voor voeging. De vaak aanzienlijke proceskosten  
(bijvoorbeeld bij milieuvervuiling van rivieren) zijn dan voor het OM. Behalve door  
particulieren, verenigingen en Non-Gouvernementele Organisaties wordt van dit middel  
ook door gemeenten gebruikt gemaakt tegen watervervuiling door grote bedrijven.<sup>21</sup>

410

#### 6 Conclusies: ongelijk - ongelijk behandelen

Indien men de rechtspositie van een 'kleine' partij overziet, die dreigt onder te gaan  
wanneer zij het in een procedure tegen een 'grote' wederpartij moet opnemen, blijken  
415 er in het recht best remedies te bestaan voor die benarde positie. Het is opvallend, wat  
de doctrine betreft, dat al ruim een eeuw geleden er aandacht voor dit probleem  
bestond, nog wel van grote auteurs als Scholten en Meijers, maar dat hun  
beschouwingen vandaag de dag nog lezen of dit door progressieve schrijvers in onze  
tijd geschreven is en nog steeds grote weerstand in sommige kringen zal oproepen.  
420 Dat zegt iets over het kritische gehalte van de hedendaagse rechtswetenschap. Het  
wordt tijd om de *ongelijkheid* van partijen serieus te nemen en daaruit consequenties  
te trekken voor het aansprakelijkheidsrecht en contractenrecht. Verschillende  
suggesties werden door mij gedaan, vaak ontleend aan de jurisprudentie. De figuur  
van aansprakelijkheid op grond van de verkeersopvatting (artikel 6:162 lid 3 BW) zou

---

<sup>19</sup> Vgl. Rb. Amsterdam 17 december 2003, LJN AO5586; zie bovendien Rb. Amsterdam 17 december 2003 LJN AO0367 (*VEB en VEB-Actie WOL – ABN AMRO c.s.*) Zie ook: [www.veb.net](http://www.veb.net) en voor de Dexia-zaak [www.leaseverlies.nl](http://www.leaseverlies.nl), voor recente rechtspraak.

<sup>20</sup> Zie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 1*, p. 376 e.v.

<sup>21</sup> Zie over dit onderwerp o.m. E.H. Hulst, *TMA* 1987, p. 92. Bij de hervorming van art. 332 Sv heeft indertijd de Commissie-Terwee-van Hilten het Franse recht niet onderzocht, en voornamelijk naar Engels recht gekeken.

425 hier bijvoorbeeld in een behoefte kunnen voorzien. Op veel andere punten zou een  
aktieve wetgever, daarin geleid door een eveneens actieve Hoge Raad en OM, de  
positie van kleine partijen kunnen versterken. Dat geldt enerzijds onderhoud en  
verbetering van het bestaande privaatrecht (c.q. procesrecht), anderzijds het invoeren  
430 van rechtsregels die meer gericht zijn op het opheffen van ongelijkheid van  
procespartijen. De weegschaal van Justitia zou daarmee al aan het begin van een  
procedure meer in evenwicht kunnen zijn. Dat zou in ieder geval een wenkend  
perspectief zijn. Dat er ook al in de studie, de opleiding van latere praktijkjuristen,  
aandacht aan het onderwerp van rechtsongelijkheid gegeven moet worden, is iets dat  
Rechtenfaculteiten en academische schrijvers zich ter harte zouden moeten nemen.