



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Inleiding: Derden in het privaatrecht: processen van betrokkenheid en distantie

Bos, T.M.; Dankers-Hagenaars, D.; Oderkerk, M.; Reinhartz, B.E.

Publication date

2008

Document Version

Final published version

Published in

Derden in het privaatrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Bos, T. M., Dankers-Hagenaars, D., Oderkerk, M., & Reinhartz, B. E. (2008). Inleiding: Derden in het privaatrecht: processen van betrokkenheid en distantie. In B. E. Reinhartz, A. E. Oderkerk, T. M. Bos, & D. L. M. T. Dankers-Hagenaars (Eds.), *Derden in het privaatrecht* (pp. 1-13). (Amsterdams Instituut voor Privaatrecht; No. 4). Boom Juridische uitgevers.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

DEEL III Personen- en familierecht	215
<i>C.M. Cappon</i>	
Van niet-uitgesloten derde tot eerstgeroepene	217
De historische betekenis van de wetwijziging van 1923 voor de erfrechtelijke emancipatie van de langstlevende in Nederland in de twintigste eeuw	
<i>J.H. de Graaf</i>	
Gelijke rechten voor paren van gelijk geslacht en de rechten van het kind als derde	245
<i>A.E. Oderkerk</i>	
De erkenning van een buitenlandse erkenning door een Nederlandse gehuwde man	271
De internationale openbare orde als derde noopt tot wijziging van art. 10 lid 2 sub a Wet conflictenrecht afstamming	
<i>B.E. Reinhartz</i>	
De Europese Verklaring van Erfrecht	301
De bescherming van crediteuren en debiteuren der nalatenschap	

Inleiding

Derden in het privaatrecht: processen van betrokkenheid en distantie

I Het emancipatieproces van de derde in het recht

Een 'derde' heeft een intrigerende positie ten opzichte van partijen die zich jegens elkaar hebben verbonden. De derde is weliswaar geen partij bij de rechtsverhouding tussen partijen, maar hij kan daar middellijk of onmiddellijk wel een zekere betrokkenheid bij hebben. Door de jaren heen is de derde dan ook veelvuldig onderwerp geweest van (privaatrechtelijke) beschouwingen en analyses.¹ Cahen geeft in zijn monografie van 2004 bijvoorbeeld een helder overzicht van de verscheidenheid aan uiteenlopende betrekkingen die kunnen bestaan tussen een – partijen bindende – overeenkomst en derden, alsmede van de ontwikkeling die heeft plaatsgevonden in de richting van een minder 'ondoordringbare afscheiding' tussen contractanten en derden.² De mate van doordringbaarheid van deze afscheiding vormde ook een thema in het proefschrift van Du Perron (1999) en stond centraal in de inaugurele rede van Sieburgh (2004).³ De erkenning van de – toenemende – betrokkenheid van een derde bij een tussen partijen geldende rechtsbetrekking is door Brenninkmeijer elf jaar geleden in het speciale nummer van *Ars Aequi* over de derde in het recht omschreven als een emancipatieproces dat de derde in het privaatrecht in zekere zin had doorgemaakt.⁴ In de loop der jaren heeft de derde een rechtens meer erkende positie als rechtssubject gekregen binnen de diverse deelgebieden van het recht. De derde heeft zich geëmancipeerd tot een al dan niet door partijen beoogde betrokkene bij een voor hem op enigerlei wijze relevante verhouding

¹ Zie bijvoorbeeld: J.P.L. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004 (Monografieën Nieuw BW B-57); S.C.J.J. Kortmann, *'Derden'-werking van aansprakelijkheid-bedingen* (diss Nijmegen RU), Deventer: Kluwer 1977; C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Kluwer: Deventer 1999; C.E. du Perron, *Aansprakelijkheid in groepen van contracten. Derdenwerking van overeenkomsten: een Franse les over de contractueel betrokken derde?* Deventer: Kluwer 1996 (Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus', nieuwe reeks nr. 5); C.B. Schutte, *Derdenwerking in het Europees vermogensrecht. Het rechtsverschijnsel derdenwerking rechtstheoretisch en rechtsvergelijkend onderzocht* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: z. uitg. 1994; C.H. Sieburgh, *Tertium Datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen RU), Deventer: Kluwer 2004.

² Cahen 2004, p. 2 (zie noot 1).

³ Zie noot 1 voor de vindplaatsen.

⁴ A.F.M. Brenninkmeijer, 'De derde in het recht', *AA* 1997, p. 7.

tussen contractspartijen. De volstrekt buitengesloten derde heeft een – zij het soms bescheiden – plaats gekregen binnen het rechtssysteem: de grens tussen *outsiders* en *insiders* is minder gesloten geworden. Zoals het dichtste net toch altijd nog voor het grootste deel uit mazen bestaat,⁵ zo vertoont ook de contractsomheining openingen, die in de loop der tijd groter lijken te zijn geworden, zodat niet steeds eenvoudig valt te bepalen:

‘of een persoon ten opzichte van een tussen anderen gesloten overeenkomst als derde of, eventueel in een bepaald opzicht, als partij daarbij moet worden beschouwd.’⁶

De geleidelijke integratie van de derde in het juridisch referentiekader is het resultaat van een (nog voortgaand) proces; in de volgende paragraaf (II) zullen enkele historische markeringspunten in deze ontwikkeling worden aangegeven (subparagraaf II.1). Tenslotte geeft ‘alleen kennis van de geschiedenis (...) ons echte vrijheid om de toekomst onder ogen te zien’.⁷ In andere maatschappijwetenschappen zijn overigens vergelijkbare ontwikkelingen in de analyse van de verhouding tussen *insiders* en *outsiders* aanwijsbaar. Zo is in de sociologie vanuit de kritiek op het statische karakter van de sociologiebeoefening een benadering ontwikkeld waarin de interactie tussen *insiders* en *outsiders* een centrale plaats heeft gekregen. Het theoretisch kader dat binnen deze sociologische school wordt gehanteerd, biedt ons inziens aanknopingspunten voor onze beschouwingen over de positie van derden in het recht. Een enkele hoofdlijn uit deze sociologische theorie wordt in subparagraaf II.2 beknopt weergegeven, waarna in subparagraaf II.3 het aan deze benadering ontleende theoretische kader voor de plaatsbepaling van de derde in het recht wordt geschetst.

De auteurs van de elf hierna volgende bijdragen hebben allen de derde in het privaatrecht centraal gesteld in hun onderzoek. Vanuit het gekozen internationaal, Europees of rechtsvergelijkend perspectief bezien, levert dat een breed scala aan derden op. In paragraaf III worden de verschillende derden in het in paragraaf II geformuleerde kader gepositioneerd.

⁵ A. Seghers, *Das siebte Kreuz*, Frankfurt am Main: Luchterhand Literaturverlag 1989 (oorspr. uitgave: (Mexico) 1942), p. 238: ‘(..). Dichter hätte das Netz nicht sein können, das über ihren hübschen Kopf geworfen war. Aber auch das dichteste Netz (...), besteht hauptsächlich aus Löchern’.

⁶ Asser/Hartkamp 2005 (4-II), nr. 392.

⁷ G.C.J.J. van den Berg, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 144.

II De (contracts)omheining vervaagt

1 Integratie van de *outsider* in het rechtssysteem

In de juridische literatuur wordt vanaf de laatste decennia van de negentiende eeuw onderkend dat wetsinterpretatie meer omvat dan enkel de toepassing van de tekstuele betekenis van wettelijke bepalingen. Na – en gedeeltelijk gelijktijdig met – een strikt legisme in de negentiende eeuw, verwoord door hoogleraren als Opzoomer, Diephuis en Land wordt tegen de achtergrond van de maatschappelijke en vooral economische ontwikkelingen duidelijk dat wetstoepassing in de rechtspraktijk noodzaakt tot een zekere interpretatievrijheid voor de rechter, aangezien de wetgever bij het opstellen van het Burgerlijk Wetboek van 1838 niet alle mogelijke rechtsvragen heeft (kunnen) voorzien.⁸

‘De bloeiperiode van het liberalisme is in deze tijd zowel op het politieke front als ook in de sociale verhoudingen voorbij. Het Burgerlijk Wetboek zelf zowel als de legistische interpretatie ervan – dit laatste als produkt van liberaal denken in een nog niet geïndustrialiseerde samenleving – moet opnieuw geïnterpreteerd, resp. veranderd worden in het licht van andere opvattingen over sociale verhoudingen in een zich snel tempo industrialiserende maatschappij’.⁹

Onder omstandigheden kon het zinvol of zelfs geboden zijn om de naleving en uitleg van overeenkomsten mede te toetsen aan ‘buitenwettelijke’ normen.

In het proces van rechtsvinding gericht op een rechtens aanvaardbaar resultaat inzake de gevolgen van partijovereenkomsten voor derden, bleek behoefte aan een minder dogmatische interpretatie van het bepaalde in art. 1376 lid I (oud) BW:

‘Overeenkomsten zijn alleen van kracht tusschen de handelende partijen.’

Een bepaling die werd gecombineerd met de opdracht in art. 1378 (oud) BW:

‘Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.’

Zo bepleitte Molengraaff in 1887 een ruime interpretatie van de bepaling inzake de onrechtmatige daad (art. 1401 oud BW): niet alleen degene die handelt in strijd met een door de wet verboden handeling zou gehouden moeten zijn de veroorzaakte schade te vergoeden, maar ook degene die handelt in strijd met regels van meer zedelijke aard en met hetgeen betamelijk is in het

⁸ Van den Bergh 1994, p. 123 (zie noot 7).

⁹ P.C. Kop, *Legisme en Privaatrechtswetenschap. Legisme in de Nederlandse Privaatrechtswetenschap in de negentiende eeuw*, Deventer: Kluwer 1992, p. 46.

maatschappelijk verkeer van de ene mens jegens de ander.¹⁰ Deze ruime interpretatie is later in 1919 in het arrest Lindenbaum-Cohen van de Hoge Raad gevolgd.¹¹

Voor een ruime interpretatie van wettelijke normen, of zo men wil: voor de toepassing van buitenwettelijke normen, kon in bepaalde gevallen het strikte onderscheid tussen relatieve (verbintenisrechtelijke) rechten en absolute (goederenrechtelijke) rechten een complicerende factor zijn.

Zo casseerde de Hoge Raad het arrest van het hof Amsterdam in de zaak Blaauboer-Berlips onder verwijzing naar het wettelijk stelsel. Enerzijds zouden overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen partijen en hun rechtsopvolgers onder algemene titel (art. 1376 BW). Anderzijds zou het recht op de vervulling van een verbintenisrechtelijke verplichting door de overgang op de rechtsverkrijger onder bijzondere titel een zakelijk karakter krijgen, iets dat gelet op de scherpe onderscheiding tussen zakenrecht (thans: goederenrecht) en verbintenissenrecht zonder een wettelijke bepaling niet kon worden aangenomen.¹²

De vraag naar de verhouding tussen de schending van een rechtsplicht door één van de contractspartijen en een schadevergoedingsactie uit onrechtmatige daad – in het verlengde van de criteria zoals geformuleerd in het arrest Lindenbaum-Cohen – heeft de rechtspraak in de eerste helft van de twintigste eeuw veelvuldig beziggehouden.¹³

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat na de Tweede Wereldoorlog een in de Algemene Voorwaarden bij een overeenkomst tussen partijen

¹⁰ Kop 1992, p. 50 (zie noot 9); deze ruime interpretatie van de onrechtmatige daad was overigens al eerder – door Belinfante in 1865 – bepleit.

¹¹ HR 31 januari 1919, *W* 10365.

¹² HR 3 maart 1905, *W* 8191. Blaauboer c.s. hadden op een publieke veiling enkele percelen bouwgrond van de gebroeders Berlips gekocht, waarbij in de veilingvoorwaarden en transportakte de bepaling was opgenomen dat de langs de percelen lopende strook grond, die in eigendom van Berlips bleef, zou worden opgehoogd en bestraat. Toen hieraan niet werd voldaan, werd Berlips aangesproken tot schadevergoeding maar inmiddels was de strook grond verkocht en verwees Berlips de eisers naar de nieuwe eigenaar. Hof Amsterdam oordeelde dat de eigenaar (Berlips) die met betrekking tot zijn zaak een verbintenis was aangegaan beperkt was in zijn genot en vrije beschikking over de zaak, zodat bij vervreemding de zaak niet anders dan met dezelfde beperking op de nieuwe eigenaar kon overgaan. In zijn noot onder HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 m.nt. CJHB (Plantage Hermanus), wijst Brunner er op dat in de rechtspraak, voorafgaande aan het HR-arrest inzake Blaauboer-Berlips in zodanige gevallen werd uitgegaan van een 'kwalitatieve verplichting', die van rechtswege met de zaak overging naar de verkrijger. Zoals bekend, is met de wettelijke regeling van de kwalitatieve verplichtingen en rechten in het nieuwe BW de benadering van de oudere rechtspraak 'in ere hersteld'.

¹³ Zie bijvoorbeeld: HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, 299; HR 11 november 1937, *NJ* 1937, 1096, ook: Cahen 2004, p. 7 (zie noot 1); HR 3 mei 1946, *NJ* 1946, 323, ook: Cahen 2004, p. 15-16 (zie noot 1). Zie over het grensgebied tussen contractuele verbintenis en onrechtmatige daad ook: Du Perron 1996, p. 59-65 (zie noot 1).

opgenomen exoneratiebeding ruimer toepassing vindt. De Hoge Raad heeft omtrent de derdenwerking van deze bedingen die de aansprakelijkheid sterk beperken dan wel uitsluiten een aantal arresten gewezen.¹⁴ Richtinggevend zijn de uitspraken: 'Moffenkit',¹⁵ 'Roteb',¹⁶ en het Securicor-arrest waarin de derde (de Makro) het in de overeenkomst inzake geldtransport tussen de Bank (Vlaer & Kol) en de transporteur (Securicor) opgenomen exoneratiebeding tegen zich moest laten gelden, ook al was de Makro geen partij bij de desbetreffende overeenkomst.¹⁷

In deze periode waarin de toelaatbaarheid en de betekenis van algemene voorwaarden, onder meer jegens derden, onderwerp van discussie vormen, zijn de voorbereidingen voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek naar aanleiding van het Ontwerp-Meijers in volle gang, waarbij ook de onderwerpen die relevant zijn voor de positie en belangen van derden in met name het verbintenissenrecht ter discussie staan.¹⁸ Dit betreft dan onderwerpen als het derdenbeding in de overeenkomst van borgtocht, driepartijen-overeenkomsten zoals de cessie, alsmede kwalitatieve verplichtingen en kwalitatieve rechten, maar ook de codificatie van de ruimere definitie van de onrechtmatige daad.

In het verlengde van deze discussies verschijnt rond de millenniumwisseling een aantal publicaties over de derde in (met name) het contractenrecht, waaronder

¹⁴ Zie ook Cahen 2004, p. 15-24 (zie noot 1).

¹⁵ HR 25 maart 1966, *NJ* 1966, 279 m.nt. GJS: Jegens een gemeente kan de fabrikant van een afdichtingsmiddel ('moffenkit') voor het voegen van rioolbuizen geen beroep doen op het exoneratiebeding in de overeenkomst tussen deze fabrikant en de aannemer die in opdracht van de gemeente een transportriool heeft aangelegd met gebruikmaking van dit middel; dus geen beroep mogelijk op de aansprakelijkheidsbeperking nu de bepaling slechts werkt tussen contractspartijen (art. 1376 BW), als gevolg waarvan de leverancier geacht wordt onrechtmatig te hebben gehandeld jegens de gemeente.

¹⁶ HR 7 maart 1969, *NJ* 1969, 249 m.nt. GJS: In het arrest inzake de gegaste uien was door onzorgvuldig handelen van de gemeentelijke reinigings- en ontsmettingsdienst van Rotterdam (Roteb) schade toegebracht aan een partij uien; de opdracht tot deze behandeling was met toestemming en zonder enige beperking van de eigenaar verstrekt door de 'houder' van de uien en voorzover er in de overeenkomst tussen de Roteb en de 'houder' al sprake was van een exoneratiebeding, dan moest de eigenaar deze aansprakelijkheidsbeperking, hoewel hij zelf geen partij was bij de overeenkomst ook tegen zich laten gelden, het beginsel van art. 1376 BW stond daaraan niet in de weg.

¹⁷ HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 m.nt. AJB.

¹⁸ In dat kader ontstonden er onder meer discussies over de nieuwe systematiek en terminologie, alsmede over de mate waarin open normen een rol kunnen spelen in het proces van rechtsvinding, waarbij de 'Leidse school' met Meijers geacht werd tegenover de 'Amsterdamse school' (Scholten) te staan, een debat tussen de nadruk op codificatie versus meer ruimte voor open normen ten behoeve van de rechtsvinding; een debat dat naar goed Nederlands gebruik heeft geresulteerd in een compromis door de wetgever en zoals het in de polder betaamt, wordt na de procedure het doek gesloten en zijn Leiden en Amsterdam inmiddels weer goede maatjes.

het analytische proefschrift van Du Perron uit 1999.¹⁹ Uit de analyse van Du Perron blijkt vooral dat het streven naar een alomvattende theorie zelfs enkel op het terrein van de overeenkomst, gezien het uiteenlopende karakter van de deelvragen die het onderwerp ‘overeenkomst en derde’ omvat, niet zinvol is. Wel kan naar zijn mening worden geconcludeerd dat de oplossing van vraagstukken rond ‘overeenkomst en derde’ in de eerste plaats voortvloeit uit beginselen zoals het autonomie- en het vertrouwensbeginsel. Rechten en verplichtingen van derden kunnen in zijn visie worden afgeleid zowel uit (autonome) normen van het betrokken contract, maar ook uit (heteronome) normen die buiten het contract gelegen zijn. In de inaugurele rede van Sieburgh (2004)²⁰ wordt hierop voortgebouwd, maar door een verschuiving van perspectief wordt tevens een stap verder gezet. Genoemde beginselen vormen naar haar mening een norm aan de hand waarvan vraagstukken met betrekking tot het hele burgerlijk recht, niet alleen kunnen, maar zelfs dienen te worden beantwoord. De beginselen vormen tezamen met culturele, sociale, economische, politieke en historische verhoudingen ‘de samenleving’. Sieburgh ziet deze samenleving als ‘derde’ waarmee bij het oplossen van vraagstukken steeds rekening dient te worden gehouden. De integratie van de derde is daarmee compleet: de derde wordt zelf tot norm.

2 Integratie van de *outsider* in de sociologie

Te constateren valt dat parallel aan de ontwikkelingen in de rechtsleer ten aanzien van de positionering van derden ook in de sociale wetenschappen de relatie tussen *insiders* en *outsiders* onderwerp van studie vormt. Evenals in de rechtsleer is ook in de sociale wetenschappen, onder andere in de sociologie, in de tweede helft van de vorige eeuw de interactie tussen betrokkenen en buitengesloten ‘derden’, alsmede de veranderingen in posities meer in de schijnwerpers komen te staan. In reactie op het op natuurwetenschappelijke criteria georiënteerde positivisme verschoof binnen de sociologie in de jaren zestig en zeventig de nadruk in methodologische zin van kwantitatief onderzoek naar meer kwalitatief onderzoek en in theoretische zin naar de achterliggende processen van de (gewenste) veranderingen in de maatschappij.²¹ Tegen de achtergrond van de op veranderingen gerichte maatschappelijke werkelijkheid van die jaren richtte ook de sociaal wetenschappelijke bestudering van de

samenleving zich op de dynamiek van de maatschappelijke processen. De tot dan toe dominante theorie binnen de sociologie, aangeduid als functionalisme, welke de samenleving omschreef in statische termen van functies en te vervullen ‘rollen’, werd vervangen door benaderingen waarin de – veranderende – verwevenheid tussen (groepen) mensen en hun interactiepatronen in een samenleving centraal stonden. Voor onze studie naar de derden in het recht en de positionering van de bijdragen in deze bundel biedt wellicht de in de zogeheten figuratiesociologie geformuleerde benadering de meest relevante aanknopingspunten.²²

In deze theoretische richting is de relatie tussen ‘binnen’ en ‘buiten’ – tussen *insiders* en *outsiders* – in maatschappelijke verbanden beschreven in termen van wederzijdse afhankelijkheid, waarbij het onderscheid tussen *insiders* en *outsiders* niet scherp is af te bakenen en vooral conceptueel van aard is. Het denken in categorieën van ‘wij’ tegenover ‘zij’ zou ten onrechte uitgaan van statische relaties en voorbij gaan aan de onderlinge afhankelijkheid en interacties tussen (leden van) de ‘wij-groep’ en de ‘zij-groep’. Bij een statische positionering van (groepen) mensen worden de wisselende constellaties van de categorieën – ofwel figuraties – veronachtzaamd. Op het moment dat een andere constellatie – ofwel figuratie – in ogenschouw wordt genomen, verandert het ‘wij’- en het ‘zij’-perspectief. De verhouding tussen ‘wij’ en ‘zij’ dient te worden gezien tegen de achtergrond van de wisselwerking, de interactie, tussen onderling afhankelijke (groepen) mensen, welke interactie mede wordt bepaald door machtsfactoren.²³ In dezelfde lijn kan de samenleving als geheel, de omgeving, het milieu waarin iemand handelend optreedt, niet worden afgedaan als marginale ‘omgevingsfactoren’. Een mens verhoudt zich tot zijn omgeving door onderdeel te zijn van verschillende figuraties, die voortdurend aan veranderingen onderhevig zijn. Wat wordt aangeduid met de twee verschillende begrippen ‘individu’ en ‘samenleving’ zijn geen gescheiden functionerende objecten, maar onderscheiden, doch onscheidbare niveaus van het menselijk samenleven.²⁴ De aan de samenleving inherente verandering, de dynamiek van

²² De figuratiesociologie is ontwikkeld door Norbert Elias, onder meer gasthoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam (1969-1971). Deze benadering is in Nederland door met name hoogleraar Sociologie Johan Goudsblom aan de Universiteit van Amsterdam ‘uitgedragen’. Zie ook: G. van Benthem van den Bergh, ‘Over de betekenis van de sociologie van Norbert Elias’, in: N. Elias, *Sociologie en geschiedenis en andere essays*, Amsterdam: Van Gennep 1971, p. 204-216. Zie over de richtingstrijd binnen de sociologie tussen deze ‘Amsterdamse school’ van figuratiesociologen en de verklarende sociologen, geconcentreerd in Groningen en later te Utrecht: C. van El, *Figuraties en verklaringen* (diss. Groningen RUG), Amsterdam: Aksant 2002. De term ‘figuratiesociologie’ ter aanduiding van deze benadering is niet door Elias geïntroduceerd, die zijn werk eerder wilde karakteriseren als ‘processociologie’, zie: Van El 2002, p. 63.

²³ N. Elias, *Was ist Soziologie?* München: Juventa Verlag 1970, p. 99.

²⁴ Elias 1970, p. 140 (zie noot 23).

¹⁹ Du Perron 1999 (zie noot 1).

²⁰ Sieburgh 2004 (zie noot 1).

²¹ Zie bijv.: D.L. Phillips, *Knowledge from what? Theories and Methods in Social Research*, Chicago: Rand McNally 1971; A. Gouldner, *The Coming Crisis of Western Sociology*, New York: Basic Books 1970; Th.S. Kuhn, ‘Logic of Discovery or Psychology of Research?’ In: I. Lakatos & A. Musgrave, *Criticism and the Growth of Knowledge*, London: Cambridge University Press 1970, p. 1-23.

het veranderingsproces, vormt in de visie van de figuratiesociologie het object van de sociologie als wetenschap.²⁵ Kortom: de verandering als het onveranderlijke element!²⁶

3 De posities van derden in het recht in termen van afstand en nabijheid

De kerngedachte van de figuratiesociologie ten aanzien van de verhouding en de interactie tussen *insiders* en *outsiders*, gezien vanuit het 'wij'- of het 'zij'-perspectief, kan (interessante) aanknopingspunten bieden voor een rechtswetenschappelijke bestudering van de derde als betrokkene of als (belanghebbende) buitenstaander. Waar het in de sociologie gaat om interactieprocessen tussen (groepen) mensen in uiteenlopende en steeds wisselende vervlechtingen, zullen de interactiepatronen tussen (groepen) mensen in de juridische context slechts van belang zijn voor zover deze 'rechtens relevant' worden gevonden, hetgeen een selectie aan interactieve betrekkingen tussen (groepen) (rechts)subjecten impliceert. Het juridische onderzoek spitst zich toe op de rechtspositie van rechtssubjecten: wanneer wordt een *outsider* in juridisch opzicht tot een *insider* en welke verhoudingen c.q. interactiepatronen bestaan er tussen de centraal staande rechtsfiguren of rechtssubjecten, c.q. de contractspartijen, en derden. Met een aan de figuratiesociologie ontleende benadering kan de privaatrechtelijke bestudering van de positie van derden worden geplaatst tegen de achtergrond van afstand versus nabijheid. Het rechtssubject dat vanuit een centraal gestelde rechtsbetrekking of rechtsfiguur als derde wordt beschouwd, kan een zeer nabije betrokkene zijn of een (tamelijk) veraf staande. De afstand tussen de centrale rechtsbetrekking en 'de derde' is niet gefixeerd. Nadere beschouwing van de positie van derden in termen van afstand en nabijheid leidt dan ook tot twee mogelijke dimensies: (diversiteit aan) distantie (a) en dynamiek (b).

²⁵ 'Die spezifische, dem evolutionären Wandel entsprungene Wandelbarkeit der Menschen ist das Unwandelbare, mit dem man hier zu tun hat', aldus Elias 1970, p. 123 (zie noot 23).

²⁶ Met zijn nadruk op de interactie tussen onderling afhankelijke (groepen) mensen keerde Elias zich tegen de sociologen die de samenleving beschrijven in termen van statische, onveranderlijke posities en functies. Elias noemt in dat verband met name Talcott Parsons, als vertolker van het 19^{de} eeuws positivisme, dat was ontwikkeld als tegenhanger van de klassieke grondleggers als Durkheim, Comte en (in zekere zin) Marx. Deze hebben, evenals in een latere periode Max Weber, geworsteld met het probleem van de verhouding tussen individu en samenleving, maar zijn er in de opvatting van Elias niet in geslaagd een afdoende theoretisch kader te ontwikkelen. In de richting van Weber voegt Elias daaraan toe: '*Das tut der Größe seines Werkes und dessen Bedeutung für die Soziologie keinen Abbruch*', zie: Elias 1970, p. 125 (zie noot 23).

- a. Vanuit iedere rechtsbetrekking of rechtsfiguur die centraal wordt gesteld, zal er veelal meer dan één rechtssubject als derde aan te wijzen zijn.²⁷ In termen van afstand en nabijheid is de ene derde niet gelijk aan de andere derde: er zullen meer betrokken en meer gedistantieerde derden zijn, ieder van deze derden heeft een andere afstand tot en zal derhalve een andere (rechts)positie innemen ten opzichte van de centraal gestelde rechtsfiguur of rechtsbetrekking dan de andere derden.
- b. De positie van een bepaalde derde kan aan verandering onderhevig zijn. Zoals in de figuratiesociologie iemand van de 'zij-categorie' kan gaan behoren tot de 'wij-categorie', kan de positie van een als derde gekwalificeerd rechtssubject in het privaatrecht verschuiven van een op enigerlei wijze op afstand belanghebbende tot zeer nabije, misschien zelfs als partij aan te merken, betrokkene. De positie van de derde is dynamisch en kan in de loop der tijd al dan niet onder invloed van zich wijzigende omstandigheden veranderen.

III De (dynamische) positie van derden in het privaatrecht: de bijdragen in deze bundel

Voor de beschrijving van de diversiteit aan posities en typen van derden zoals die in deze bundel *Derden in het privaatrecht* worden gepresenteerd, kan de boven beschreven positie van derden in termen van (diversiteit aan) distantie en dynamiek een verhelderend kader bieden.

1 Meer dan één derde – tussen zeer nabij en grote(re) afstand

In verschillende bijdragen in deze bundel komen rond een centrale rechtsbetrekking of rechtsfiguur verschillende typen derden in beeld.

Bij de interpretatie van overeenkomsten tussen contractspartijen jegens derden – zoals beschreven in de bijdrage van De Vries – komt aan de orde in hoeverre een toenemende nadruk op een meer 'objectieve' uitleg van de overeenkomst kan worden geconstateerd, naarmate de derde minder betrokken is geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst. Tegenover de veraf staande derden zou mogelijk niet kunnen worden volstaan met een 'subjectieve' uitleg, die mede is gebaseerd op hetgeen partijen over en weer hebben bedoeld of konden begrijpen.

Een overeenkomst tussen een advocaat en zijn cliënt dient niet alleen rekening te houden met de belangen van tamelijk voor de hand liggende, in de onmiddellijke nabijheid van contractspartijen opererende derden, zoals de belangen van de tegenpartij en andere bij de rechtsstrijd betrokken derden,

²⁷ Zie ook S.C.J.J. Kortmann, 'Derden in het faillissementsrecht', *AA* 1997, p. 54.

waaronder de gerechtelijke autoriteiten. Bannier en Fanoy betogen dat de rechtsbetrekking tussen een advocaat en zijn cliënt mede dient te worden bepaald door de 'publieke verantwoordelijkheid', een derde wiens aanwezigheid en betrokkenheid niet op het eerste gezicht werd verwacht, maar die ten aanzien van de (wijze van) nakoming van de overeenkomst tussen advocaat en cliënt in toenemende mate erkenning eist.²⁸

Dat vonnissen niet alleen rechtskracht hebben jegens de procederende partijen, maar ook werking kunnen hebben jegens derden, ondanks mogelijk bezwaar daartegen vanuit rechtsstatelijk oogpunt, wordt door Gras uiteengezet. Hij onderscheidt verschillende categorieën derden, jegens wie een zodanig vonnis rechtskracht heeft. Ter opheffing van het processuele nadeel dat een derde ondervindt, onderschrijft hij de in de Nederlandse rechtspraak onder omstandigheden gepraktiseerde toekenning van derdenverzet wanneer een belanghebbende derde ten onrechte geen invloed op de rechterlijke beslissing in de zaak tussen partijen heeft kunnen hebben.

Weliswaar wordt in de bijdrage van De Graaf slechts één derde als zodanig aangemerkt, maar gelet op de gehele constellatie – ofwel figuratie – van de beschreven familierechtelijke betrekkingen tussen een lesbische moeder en haar vrouwelijke partner, de duo-moeder, zou een groot aantal rechtssubjecten als derde kunnen fungeren. Op goede gronden – namelijk op basis van de bij de rechtsbetrekking meest nabije positie – beschouwt zij het kind van de lesbische moeder als derde. Er moet echter ook een donor in het spel zijn. Wegens de grote mate van normen- en waardegebondenheid van dit familierechtelijk onderwerp speelt ten slotte de samenleving onder de noemer van de 'openbare orde' ook een rol als (gedistantieerde) betrokkene en maakt deze als zodanig deel uit van de figuratie.

In de bijdrage van Oderkerk wordt de openbare orde verheven tot derde in de betekenis die Sieburgh daaraan geeft (zie slot paragraaf II.1). In de visie van Oderkerk dient echter niet alleen met de nationale maar met name ook met de internationale openbare orde rekening te worden gehouden. De erkenning in Nederland van het elders erkende vaderschap door een – niet met de moeder van het kind – gehuwde man lijkt op het eerste gezicht een uitsluitend procedureel vraagstuk. Het zijn echter de materieelrechtelijke aspecten die de uiterst complexe achtergrond vormen met veel onderling verweven relaties, waarin verschillende derden hun belangen tot gelding (proberen te) brengen. Naast de

²⁸ De actualiteit van de publieke verantwoordelijkheid van advocaten blijkt uit persberichten die na de afronding van de bijdrage door de auteurs zijn verschenen en waarin melding wordt gemaakt van het voornemen van de Orde van Advocaten om het toezicht op de beroepsgroep te vergroten door controle te gaan uitoefenen op de financiële administratie van advocatenkantoren. Dit voornemen is mede ingegeven door incidenten zoals fraude met de 'derdenrekening' waardoor enkele advocaten in opspraak raakten (De Volkskrant 20 september 2008).

(internationale) openbare orde als 'derde', zijn er verschillende betrokkenen aan te wijzen rondom de centrale rechtsfiguur: de erkenningprocedure van de gehuwde man jegens de Staat. Daarbij kan vooral worden gedacht aan het kind voor wie de uitkomst van deze procedure tot erkenning van de buitenlandse erkenning van groot belang is. Daarnaast komt als belanghebbende 'derde' de moeder van het kind in beeld, alsmede de echtgenote van de gehuwde man die erkenning van een buiten het huwelijk in het buitenland geboren en daar erkend kind heeft verzocht.

2 Eén – dynamische – derde

Waar in verschillende bijdragen één derde wordt aangewezen als belanghebbende bij een centrale rechtsfiguur of contractuele rechtsbetrekking, blijkt voor deze derde meestal geen onveranderlijke positie ten opzichte van het centrum te zijn weggelegd. De distantie tussen de derde en de centrale rechtsfiguur is in de loop der tijd aan wijzigingen onderhevig, welke bijvoorbeeld kunnen samenhangen met veranderingen in het rechtsstelsel.

Schwitters beschrijft de opkomst van een 'derde' die in het aansprakelijkheidsrecht de verbintenis tot schadevergoeding op zich neemt: de verzekeringsmaatschappij. In de loop der tijd is de derde verderaf komen te staan van de (toetsing van de) zorgvuldigheid van het feitelijk menselijk handelen dat als onrechtmatig wordt gekwalificeerd en is de nadruk verschoven naar een toedeling van de aansprakelijkheid met de daaraan verbonden schadevergoedingsplicht. Door Schwitters wordt dit proces aangeduid als de 'vermaatschappelijking' van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij de verzekeringsmaatschappij fungeert als een bepaald niet uitgesloten maar bureaucratisch rationeel handelende derde.

Een soortgelijke bureaucratisch rationeel handelende – heteronome – derde, wordt door Dankers-Hagenaars geïntroduceerd. De 'derde' is de landelijke overheid, die geen (onmiddellijke) partij is bij het contract tussen het waterbedrijf als leverancier en de afnemers van drinkwater. Wel vervult de landelijke overheid mede op grond van Europese Richtlijnen, die de voorwaarden voor de productie en levering van drinkwater bepalen, een uiterst belangrijke regiefunctie. Daarnaast zijn de lagere overheden van oudsher contractueel betrokken bij de levering van drinkwater. Door het onderbrengen van de drinkwaterbedrijven in privaatrechtelijke rechtspersonen is de lagere overheid als contractspartner op afstand van de afnemers komen te staan. Doordat de aandelen van deze drinkwaterbedrijven in handen van de (lagere) overheden zijn, kunnen zij wellicht als middellijke contractspartij van de afnemers worden beschouwd. Het opmerkelijke van de overheid als derde bij de levering van drinkwater zijn de 'twee wegen', namelijk de privaatrechtelijke en de publiekrechtelijke, waarlangs de overheid het 'algemeen belang' behartigt.

In een aantal artikelen in de bundel zijn wijzigingen in het rechtssysteem of wijziging van het als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel bepalend geacht voor de – verandering in de – positie van de derde.

In de hierboven reeds vermelde bijdrage van De Graaf is het kind van de lesbische moeder de derde in de relatie tussen de moeder en de duo-moeder. Naarmate de regelgeving zich meer richt op de gelijke behandeling van paren van hetzelfde geslacht, raken de belangen van het kind verder uit het zicht en komt deze derde op grotere afstand te staan van de steeds meer centraal gestelde rechtsbetrekking tussen de twee vrouwen.

Voor grensoverschrijdende verhoudingen, zoals die in de artikelen van Spiegel, Bos en Reinhartz worden beschreven, geldt dat de positie van de als derden aangemerkte rechtssubjecten verandert indien een ander materieel rechtsstelsel als toepasselijk recht wordt aangewezen.

Spiegel beschrijft het directe actierecht dat een aantal rechtsstelsels aan het slachtoffer van een grensoverschrijdende onrechtmatige daad jegens de verzekeringsmaatschappij van de veroorzaker toekent. In een zodanige situatie dringt zich de vraag op welk recht van toepassing is op het vorderingsrecht van de derde: het recht van de staat dat de onrechtmatige daad beheerst of het recht waaraan de verzekeringsovereenkomst is onderworpen?

Gedurende een grensoverschrijdende insolventieprocedure waarin de curator het initiatief heeft, staan in het artikel van Bos de concurrente en laagpreferente crediteuren als derden tijdelijk op grotere afstand van de centrale procedure ter afwikkeling van de insolventie. Voor de mate waarin deze derden in de wachtstand zijn geplaatst, is echter het als toepasselijk aangewezen materiële recht bepalend, dat op grond van de Europese Insolventieverordening in beginsel het recht van de lidstaat van de opening van de procedure is.

Bij Reinhartz vormt het Europese conflictenrecht eveneens een centraal element. De afwikkeling van grensoverschrijdende nalatenschappen zou gebaat zijn bij een Europese regeling van in ieder geval een internationaal erkende Verklaring van Erfrecht. Een zodanige verklaring zou op zijn minst kunnen bijdragen aan een bespoediging van het inzicht in de positie van derde belanghebbenden bij een nalatenschap, welke rechtspositie varieert naar gelang het toepasselijke materiële erfrecht.

Het erfrecht vormt ook het onderwerp van de bijdrage van Cappon waarin de langstlevende echtgenoot als derde figureert. Deze langstlevende echtgenoot moest in tijden van weleer de kinderen van de erflater bij de toedeling van de nalatenschap laten voorgaan, maar is inmiddels als eerste geroepen tot de nalatenschap van de overleden echtgenoot. Deze ‘derde’ is in feite geëvolueerd tot zeer nabije betrokkene. Gelijktijdig echter zijn andere belanghebbenden, namelijk de kinderen van de eerst overleden echtgenoot, op grotere afstand van de nalatenschap geplaatst.

Uit bovenstaand overzicht blijkt dat de derde vele gezichten heeft. Dan weer dichterbij, soms weer verderaf, maar de derde is altijd en onmiskenbaar door – soms flinterdunne – lijnen verbonden met de andere betrokkenen in de constellatie.

De redactie

Titia M. Bos

Diana Dankers-Hagenaars

Marieke Oderkerk

Barbara E. Reinhartz