

Interventie door derden in de civiele dagvaardingsprocedure

*Eric Tjong Tjin Tai**

1. Inleiding

Het burgerlijk procesrecht kent verschillende manieren waarop derden kunnen deelnemen of betrokken raken¹ bij een geding tussen twee partijen.² Er is de mogelijkheid van voeging en tussenkomst (art. 217 Rv), vrijwaring (art. 210 e.v. Rv) en gedwongen deelneming ex art. 118 Rv. Daarnaast staat in bijzondere omstandigheden na afloop van de procedure ook het rechtsmiddel van derdenverzet (art. 376 Rv) open voor een derde.³ Deze rechtsfiguren worden meestal afzonderlijk van elkaar besproken.⁴ Voor de praktijk is het echter ook belangrijk te weten hoe deze verschillende mogelijkheden zich tot elkaar verhouden, en of hiermee een wenselijk totaalbeeld wordt gerealiseerd. In dit artikel zal ik een poging ondernemen om de verschillende rechtsfiguren in onderling verband te presenteren, in het licht van achterliggende beginselen en doelen.⁵

Eerst zal ik kort de problematiek schetsen, door te bespreken waarom bij voorkeur derden buiten een procedure worden gelaten (par. 2) en welke middelen er zijn om derden die enig belang bij de procedure hebben toch daarbuiten te laten (par. 3). Daarna zal ik analyseren welke belangen derden kunnen hebben om wel bij een procedure betrokken te zijn en daarbij schetsen welke varianten er zijn om aan deze belangen tegemoet te komen zonder daarbij aan efficiëntie in te boeten (par. 4). Daarbij zal ik ook ingaan op de verschillende rechtspolitieke en individuele afwegingen die hier een rol spelen en die verklaren waarom er verschillende rechtsfiguren nodig zijn.

Dit mondt uit in een beschrijving van de afzonderlijke rechtsfiguren, de criteria voor toepassing van die figuren en hun onderlinge verhouding (par. 5). Ik sluit af met een korte conclusie (par. 6).

2. Reden voor terughoudendheid bij derdeninterventie

In het algemeen is het wenselijk dat een procedure tussen twee, en niet meer dan twee, partijen wordt gevoerd. De meeste regels van het procesrecht gaan uit van twee partijen: eiser en gedaagde. Het belang van efficiënte procesvoering (mede begrepen in het begrip goede procesorde⁶) is daarmee gediend. Deelneming van meer dan twee partijen compliceert de procedure en leidt al snel tot vertraging:⁷ meer partijen moeten stukken indienen, iedereen moet op elkaar kunnen reageren, en er moet rekening worden gehouden met meer dan twee posities en standpunten. In de praktijk kunnen deze complicaties worden beperkt doordat de partijen meestal in twee tegengestelde kampen worden verdeeld, waarbij elk kamp (merendeels) één gezamenlijk standpunt inneemt,⁸ veelal vertegenwoordigd door één gezamenlijke advocaat; de situatie is dan voor het grootste deel te beschouwen als een tweepartijensituatie, ook al zijn er meer dan twee partijen betrokken. Als meer dan twee partijen met verschillende standpunten bij een discussie zijn betrokken, kan het handiger zijn om de geschillen steeds paars-

* Prof. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University.

1 Het gaat hier zowel om gevallen waar de derde het initiatief neemt als om gevallen waar deze passief is; als ik iedere keer deze varianten uitdrukkelijk zou benoemen, leidt dit tot erg omslachtige en moeilijk leesbare formuleringen. Voor de eenvoud zal ik daarom vaak verkort spreken over bijv. 'mogen of moeten deelnemen' en 'betrokken raken'. De lezer kan zo nodig de langere omschrijving substitueren.

2 Ik bespreek alleen de dagvaardingsprocedure. Bij de verzoekschriftprocedure gelden andere regels, gelet op de aard van die procedure.

3 Ik bedoel hiermee dat het derdenverzet toegelaten wordt (los van de vraag of het daadwerkelijk slaagt); ik gebruik deze en vergelijkbare kortere formuleringen om voorgaande omslachtige (zij het preciezere) omschrijving te vermijden.

4 In HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:164 (*Earth Concepts*), r.o. 3.2.4 worden deze vier opties wel allemaal als mogelijkheden genoemd.

5 Over deze figuren uitgebreid M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, die ook veel praktische kwesties bespreekt. In nr. 8 en 9 noemt hij overigens enkele andere figuren waarmee in andere landen derden bij een procedure kunnen worden betrokken. Zie eerder ook M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

6 V.C.A. Lindeijer, *De goede procesorde* (diss. Groningen), 2006, p. 85-87 en 474-479, en ook M.W. Knigge, *De procesovereenkomst* (diss. Leiden), 2012, p. 97 over beperking van de inzet van overheidsmiddelen. Vgl. ook HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, *NJ* 2015/206 (*Fiar/St. Thuiskopie*), r.o. 4.2.2 inzake voeging.

7 De Folter 2009, nr. 125. Onredelijke vertraging is een grond om voeging af te wijzen: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, *NJ* 2015/206 (*Fiar/St. Thuiskopie*), r.o. 4.2.2; vgl. eerder De Folter 2009, nr. 140 en 144. Evenzo ten aanzien van vrijwaring: HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0567, *NJ* 1992/446, De Folter 2009, nr. 25, en ten aanzien van art. 118 Rv: HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, *NJ* 2014/525, r.o. 3.14. Ook De Folter 2001, p. 184 over doelmatigheid als criterium om de toelaatbaarheid van subjectieve cumulatie aan af te meten (HR 12 januari 1939, *NJ* 1939/915 en HR 27 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6384, *NJ* 1980/102).

8 Het komt wel regelmatig voor dat de samen optrekkende partijen over een ondergeschikt punt (zoals bijv. de mogelijkheid van bepaalde executiematregelen, of aansprakelijkheid voor bepaalde schadeposten) verschillende standpunten innemen. Het kan ook gaan om een meer wezenlijk punt, zoals aansprakelijkheid van bestuurders voor een onrechtmatige daad van een vennootschap, maar dan zijn partijen vaak wel eensgezind over een ander onderwerp (bijv. dat er niet onrechtmatig is gehandeld door de vennootschap) en nemen zij in elk geval geen tegengestelde standpunten in.

gewijs op te lossen in afzonderlijke procedures tussen twee partijen onderling.

Toch kunnen zich gevallen voordoen waarin er redenen zijn om een derde bij de procedure toe te laten (al dan niet gedwongen). Deze komen er in essentie op neer dat er bepaalde belangen van de derde aan de orde zijn (par. 4).

Daarbij moet echter worden bedacht dat er zelfs als er zo'n derdenbelang aan de orde is toch reden kan zijn voor terughoudendheid om de derde bij de procedure te betrekken.⁹ Het is namelijk goed mogelijk dat de derde daar helemaal niet op zit te wachten. Het kan zijn dat de derde geen interesse heeft in de uitkomst en geen voorkeur voor het standpunt van eiser of gedaagde, of erop vertrouwt dat de partij met wier standpunt de derde het eens is de procedure goed genoeg zal voeren: eiser en de derde besparen dan (proces)kosten als deze derde niet in de procedure betrokken wordt.¹⁰ Waarom zou de derde er dan met de haren bij gesleept moeten worden? Vanuit het oogpunt van de derde is dat ook in beginsel niet nodig, het vonnis heeft immers in de regel geen werking jegens die derde (vgl. art. 236 Rv ten aanzien van gezag van gewijsde).

3. Manieren om deelname van derden te vermijden

Het belang van efficiënte procesvoering en de wens om derden niet nodeloos lastig te vallen bieden tezamen een verklaring voor twee processuele figuren om de deelname van derden te vermijden: vertegenwoordiging en het informeren van derden.

Allereerst is er de neiging om in het procesrecht (en materieel recht) te werken met verschillende vormen van *vertegenwoordiging*.¹¹ Dit kan de vorm krijgen van *privatieve vertegenwoordiging*,¹² waarmee een meerpartijensituatie wordt vereenvoudigd tot een tweepartijensituatie. Daarnaast zijn er gevallen waarin wordt aangenomen dat zekere derden waarschijnlijk, wat we zouden kunnen noemen, *feitelijk vertegenwoordigd*

zijn.¹³ Het gaat dan om gevallen waarin we de procesopstelling van een partij willen toerekenen aan een derde zonder dat sprake is van vertegenwoordiging in de zin van de volmacht van art. 3:60 BW (in naam van een ander rechtshandelingen verrichten). Een voorbeeld is als een zaak tijdens een procedure daarover wordt overgedragen: opvolgende rechtsverkrijgers zijn juridisch gebonden door de opstelling van de eerdere eigenaar/partij (art. 236 lid 2 Rv¹⁴). Een ander voorbeeld is een vordering tot ontruiming: een toewijzend vonnis kan ook tegen derden (zoals inwonende familieleden van de huurder) ten uitvoer worden gelegd,¹⁵ wat gerechtvaardigd kan worden door het vermoeden dat de argumenten die deze derden naar voren zouden brengen feitelijk door de huurder al zullen worden aangedragen.¹⁶ Er zal dan een correctie nodig zijn voor gevallen waar dit vermoeden ongegrond blijkt (par. 4.3). Vertegenwoordiging in al deze vormen kunnen we beschouwen als een vorm van centralisering, een figuur die bekend is uit het aansprakelijkheidsrecht:¹⁷ we stellen een partij aan die als aanspreekpunt kan dienen, wat veel zaken vereenvoudigt.¹⁸

Een enigszins verwante figuur is overigens de gecentraliseerde betekening, zoals ten aanzien van een maatschap en vof (art. 51 Rv) of erfgenamen (art. 53 Rv).¹⁹ Daarmee wordt een groep partijen eenvoudig gedagvaard, maar dit kan ook ertoe leiden dat veel van de gedaagden zich feitelijk vertegenwoordigd voelen door één van de wel verschenen partijen en dan zelf verstek laten gaan. Omdat zij juridisch wel van meet af aan partij zijn, is dit geen geval van deelneming van derden.

Een tweede figuur beoogt om op informele basis vast te stellen dat de derde er geen behoefte aan heeft om daadwerkelijk deel te nemen. De Folter noemt een rechtsfiguur, de *litis denuntiatio*, die inhoudt dat de derde wordt gewezen op de procedure en dan de gelegenheid heeft om desgewenst deel te nemen.²⁰ In één geval heeft de Hoge Raad zo'n werkwijze ook erkend als mogelijkheid om daadwerkelijke oproeping te ver-

9 Vgl. de argumentatie van J.A. Möhlmann, 'Herstel van verzuim en strijd tegen tegenstrijdige beslissingen. Over de oproeping van derden ex artikel 118 Rv', *TCR* 2017, afl. 3, p. 100-110, p. 103 n.a.v. het betoog van A-G Asser in zijn conclusie (nr. 2.7) voor HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1483, *NJ* 1995/564 dat het onnodig bezwarend lijkt om steeds te verlangen dat een eiser werkelijk volgens art. 5:57 BW alle eigenaren van naburige erven dagvaardt, ook al kan de zaak potentieel betrekking hebben op hun verplichtingen.

10 Het gaat dan niet alleen om griffierecht (dat alleen verschuldigd is bij verschijnen) of de proceskostenveroordeling (die ook verschuldigd kan zijn bij verstek, als het gaat om een daadwerkelijk opgeroepen partij), maar ook om de daadwerkelijke kosten die niet geheel door een eventuele gunstige proceskostenveroordeling worden gedekt.

11 De gemeenschap kan bijv. worden vertegenwoordigd ex art. 3:171 BW, waarna alle deelgenoten vanzelf zijn gebonden en geen derdenverzet kunnen instellen; zij zijn immers als materiële partij aan te merken (HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0586, *NJ* 1992/461). Over vertegenwoordiging bij de maatschap K. Teuben, 'Procederen door en tegen personenvennootschappen', *MvV* 2009, p. 269-278.

12 Zie bijv. HR 1 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:495, *NJ* 2022/151 over de privatieve vertegenwoordiging van erfgenamen door de executeur, reden waarom geen toepassing wordt gegeven aan art. 118 Rv. Art. 376 Rv bepaalt uitdrukkelijk dat derdenverzet niet openstaat als de derde vertegenwoordigd was.

13 Hierna komen diverse voorbeelden aan de orde, waarbij steeds correcties nodig zijn. Vgl. overigens R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht. Deel V* (2de druk), Leiden: E.J. Brill 1900, p. 386-397 over verschillende vormen van 'vertegenwoordiging' en de vraag of die aan derdenverzet in de weg zouden moeten staan.

14 'Onder partijen [in de zin van lid 1; ETTT] worden mede begrepen de rechtverkrijgenden onder algemene of bijzondere titel, tenzij uit de wet anders voortvloeit.'

15 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4519, *NJ* 1983/267 (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*). Dit is dus een uitzonderingsgeval waarin een vonnis wel tegen derden kan worden geëxecuteerd.

16 Wanneer dat zo is, zullen die derden zich normaliter ook bij de uitspraak neerleggen omdat zij geen andere argumenten daartegen naar voren kunnen brengen.

17 R.P.J.L. Tjittes, 'Centralisering van aansprakelijkheden', *NJB* 1995, p. 274-282; K.J.O. Jansen, 'Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid', in: I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 165-186.

18 Om dit artikel niet nog verder te laten uitdijen laat ik hier de discussie over collectieve acties buiten beschouwing, ook al spelen daar vergelijkbare vragen.

19 Bijv. ook art. 6:260 lid 4 BW inzake rechtverkrijgenden ter zake van een kwalitatieve verplichting.

20 De Folter 2009, nr. 8. Zie in Duitsland art. 72 Zivilprozessordnung (*Streitverkündung*).

mijden.²¹ Een bijkomend voordeel hiervan is dat de derde geen risico op een proceskostenveroordeling loopt.

4. Redenen voor interventie van derden

We hebben gezien dat er diverse redenen zijn om derden niet bij een procedure te betrekken als dat niet nodig is, en dat er middelen zijn om dit te vermijden. Soms moeten of mogen derden desondanks wel in het geding deelnemen. Of, op welk moment en op wiens initiatief dit moet gebeuren, kan wisselen; er zijn daarom diverse processuele rechtsfiguren. De aard van het belang en de wijze waarop dat belang geraakt wordt, kunnen de verschillende figuren maar ten dele verklaren.

Ik zal betogen dat de afbakening het beste is te verklaren als het resultaat van rechtspolitieke afwegingen over de kans dat derden de behoefte zullen voelen zich daadwerkelijk in het geding te mengen, naast overwegingen van efficiëntie. Om dit te beargumenteren loop ik verschillende groepen gevallen na, beginnend bij gevallen waar de derde absoluut betrokken moet zijn, langs gevallen waar de betrokkenheid minder dringend is en meer op rechtspolitieke keuzes berust, naar facultatieve vormen.

4.1 De vordering gericht tegen een derde

De belangrijkste reden om een derde te betrekken is dat in de procedure ook over een recht of verplichting van de derde wordt beslist. Het duidelijkste voorbeeld is als de vordering ook expliciet (mede) tegen de derde is gericht. In de regel moet de derde dan ook worden gedagvaard, de derde moet immers ex art. 6 EVRM in de gelegenheid worden gesteld zijn standpunt daarover kenbaar te maken in rechte.²² In zo'n geval gaat het eigenlijk niet om een derde, maar is duidelijk dat deze van meet af aan partij had moeten zijn. Toch kan dit zich voordoen in gevallen waar bij vergissing de verkeerde partij is gedagvaard: art. 118 Rv kan in bepaalde gevallen gebruikt worden om zulke fouten te herstellen (par. 5.1). Als dit in zo'n geval wordt nagelaten, zal de rechter eiser niet-ontvankelijk verklaren of de vordering afwijzen. Als de vordering wel kan worden toegewezen tegen een wel gedaagde partij, zal de derde geen nadeel van de uitspraak ondervinden nu hij geen partij is.

4.2 De processueel ondeelbare rechtsverhouding

Soms is het niet direct duidelijk dat een recht van een derde bij de procedure is betrokken, omdat de vordering zich niet tot die derden richt. Toch kan het dan nodig zijn ook derden daarbij te betrekken omdat de in geschil zijnde rechtsverhouding intrinsiek is verbonden aan een vaststelling van rechten of verplichtingen van deze derden. Dit is het leerstuk van de zoge-

naamde 'processueel ondeelbare rechtsverhouding'.²³ Een voorbeeld is de verdeling van een nalatenschap.²⁴ Als slechts één van de erven wordt opgeroepen en wordt beslist hoe moet worden verdeeld (een woning moet bijvoorbeeld worden verkocht en de opbrengst worden verdeeld), zal de tenuitvoerlegging onvermijdelijk de rechten van de erven raken, ook al is die vordering misschien niet tegen deze erven gericht.²⁵ Nu lijkt uit art. 6 EVRM al te volgen dat de overige erven in zo'n geval ook opgeroepen moeten worden. De figuur van de ondeelbare rechtsverhouding presenteert dit niet als een kwestie van hoor en wederhoor maar als een belang van ordelijke rechtspraak, de vaststelling van het recht: de rechtsverhouding tussen erven is ondeelbaar en daarom *moet* er in één uitspraak over worden beslist.

Als bijkomend argument wordt ook wel gewezen op de onwenselijkheid van tegenstrijdige uitspraken.²⁶ Het argument van voorkoming van tegenstrijdige uitspraken heeft echter geen absolute gelding.²⁷ Het gebeurt wel vaker dat rechters over eenzelfde kwestie of zelfs eenzelfde geschil moeten oordelen en daar tot verschillende uitkomsten komen, maar dat is geen reden om koste wat kost uniformiteit af te dwingen.²⁸ Het probleem lijkt mij eerder dat tegenstrijdige uitspraken nodeloos werk met zich brengen: rechters moeten dan extra werk verrichten om onwerkbare consequenties van die uitspraken te vermijden.

Deze twee argumenten, efficiëntie en vermijden van tegenstrijdige uitspraken, zijn bijzonder klemmend in een geval als de verdeling van de nalatenschap: daar moet een eenduidige en voor alle betrokkenen bindende vaststelling van de toestand van de nalatenschap worden bereikt.²⁹ Een ander voorbeeld is

21 HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0480, *NJ* 1992/280 en HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0482, *NJ* 1992/281 inzake het toenmalige art. 12a Rv (thans art. 118 Rv): de oproeping van de derde (eigenaar bij vordering tegen huurder) kan achterwege blijven als een verklaring in het geding wordt gebracht dat de eigenaar geen bezwaar heeft tegen de verzochte vordering.

22 Art. 6 lid 1 EVRM: 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen (...).' In HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2898, *NJ* 2000/288 wordt daadwerkelijk naar art. 6 EVRM verwezen (voor toepassing van thans art. 118 Rv bij een 'eigen beursje').

23 In HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911, *NJ* 1993/489 (*Clarijs/Van Goethem*), r.o. 3.4 omschreven: 'Van ondeelbaarheid van een rechtsverhouding in die zin dat daaromtrent door de rechter slechts kan worden beslist in een geding waarin alle bij deze rechtsverhouding betrokkenen partij zijn, is sprake indien het rechtens noodzakelijk is dat de beslissing ten aanzien van al die betrokkenen in de zelfde zin luidt. Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.'

24 Zoals aan de orde in HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, *NJ* 2018/81; vgl. HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:997, *NJ* 2021/53.

25 Natuurlijk zijn er beslissingen denkbaar die niet de rechten van de andere erven raken, maar het zal praktisch erg lastig zijn vooraf te bepalen of dit daadwerkelijk het geval is, en mogelijk zouden de overige erven zich ook erover willen uitlaten of het gaat om een geval waar hun rechten worden geraakt.

26 Zie hierover kritisch Möhlmann 2017, par. 4 en A.C. van Schaick, 'Tegenstrijdige beslissingen', *NTBR* 2013, afl. 1, p. 1-2.

27 Aldus terecht Möhlmann 2017, par. 4.3 en Van Schaick 2013; ook HR 26 mei 2023, ECLI:NL:HR:2023:784, r.o. 3.1.3.

28 Een kras voorbeeld is HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5796, *NJ* 2008/199 en HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5798, waar de Hoge Raad werd geconfronteerd met tegengestelde uitspraken van verschillende kamers van eenzelfde hof over de kwalificatie van hetzelfde vergoedingsrecht bij een vakantiepark.

29 De tenuitvoerlegging van een uitspraak over de verdeling zal meestal leiden tot objectieve wijzigingen die niet slechts relatieve werking hebben jegens de partijen.

de uitkoop van de gezamenlijke aandeelhouders ex art. 2:92a BW: dit vereist immers dat *alle* aandeelhouders worden uitgekocht, zodat de beslissing ook jegens alle aandeelhouders hetzelfde zal moeten luiden.³⁰

In andere gevallen waar de wet eist dat derden worden opgeroepen, is deze argumentatie echter niet dwingend. Neem als voorbeeld art. 3:245 BW:

‘Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.’

Als de pandhouder zo’n procedure begint, is niet onmiddellijk duidelijk waarom de pandgever hier een probleem mee zou hebben en zich hiertegen zou verzetten. Een reden waarom de pandgever zich wel in de procedure zou willen mengen, kan zijn dat (bijvoorbeeld) de pandgever de derde toestemming had gegeven voor gebruik van het goed en de voorwaarden van verpanding dit toelieten. Maar men zou ook kunnen betogen dat de derde dan desgewenst in zijn verweer de pandgever betreft (via inbreng van verklaringen en dergelijke): de oproeping van de pandgever lijkt dus niet per definitie nodig.

Een ander voorbeeld waar het zinvol lijkt om derden op te roepen, maar dit niet absoluut nodig zou zijn, is een vordering tot aanwijzen van een noodweg (art. 5:57 BW). Het lijkt handig om de eigenaren van alle relevante erven in de procedure op te roepen om te bepalen waar de weg het beste kan liggen, maar nodig is dit niet.³¹ Als niet alle eigenaren worden opgeroepen, kan het gevolg zijn dat in een procedure tegen A wordt geoordeeld dat de weg beter over het land van B kan lopen, en tegen B dat de weg over het land van A moet lopen. Dit is tegenstrijdig, maar niet ontoelaatbaar. Toch is er een reden waarom dit onwenselijk is: voor derden (zoals toekomstige rechtsverkrijgers) is het dan onduidelijk wat de objectieve rechtstoestand is.³²

In deze twee gevallen is de rechtsverhouding strikt genomen niet ondeelbaar, het is alleen wenselijk om de derden op te roepen (zodat ook de uitspraak tegen allen gelijklopend is), en de wetgever vond het nodig die oproeping als regel in de wet vast te leggen. Kortom: wat een processueel ondeelbare rechtsverhouding is, is niet louter een kwestie van logica, maar ook van wenselijkheid, rechtspolitiek. Vinden we het erg dat er tegenstrijdige uitspraken zijn, en vinden we het erg dat er misschien uitspraken worden gedaan die achteraf zinloos blijken?

30 HR 1 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1407, NJ 2022/62.

31 HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1483, NJ 1995/564; HR 12 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2035, NJ 1996/437: in de tweede zaak kon oproeping achterwege blijven omdat het hof zich ook zonder oproeping op verantwoorde wijze een oordeel kon vormen over de belangen van de derden.

32 Dit kan ook daadwerkelijk juridisch problematisch zijn. Stel dat X deze tegenstrijdige uitspraken heeft verkregen en dus geen noodweg op land van A of B kan afdwingen. Y koopt vervolgens het land van A en van B en krijgt dit geleverd. Krachtens art. 236 lid 2 Rv is Y ook als partij gebonden aan de uitspraken tegen A en B, maar die zijn tegenstrijdig: welke prevaleert dan?

Hierbij gaat het dus niet louter om de rechten van derden, want de werking van de uitspraak is in beginsel beperkt tot de partijen. Veeleer is het vooral in het belang van de rechtspraak, en mogelijk ook van eiser, dat van meet af aan alle betrokkenen partij zijn in de procedure, om latere executieproblemen te vermijden.³³ Art. 118 Rv is het belangrijkste instrument om dit te bewerkstelligen na de dagvaarding; terecht kan dit zowel ambtshalve door de rechter als op verzoek van eiser worden toegepast (par. 5.1).

Overigens is een bijkomend argument het voorkomen van ‘opzetjes’ (par. 4.3), waarbij de ene gerechtigde doelbewust de andere gerechtigde zou benadelen door ontoereikend te procederen. Kennelijk acht de wetgever het risico op zulke situaties zodanig groot dat het bij de in de wet geregelde gevallen beter leek de derden direct op te roepen (terwijl het bovendien gaat om betrekkelijk eenvoudig te identificeren derden). Een alternatief zou zijn een verplichting om de derde op de hoogte te stellen (par. 5.5).

4.3 Redenen voor facultatieve deelneming van derden

We zagen dat de verplichte oproeping ex art. 118 Rv ook gevallen omvat waar de oproeping eigenlijk niet absoluut noodzakelijk is maar de mogelijke belangen van derden het kunnen rechtvaardigen dat oproeping verplicht is. Daarnaast zijn er echter ook gevallen met enigszins vergelijkbare belangen van derden, waar kennelijk de redenen voor terughoudendheid bij het betrekken van derden in de procedure (zie par. 2) zwaarder weegt. In zulke gevallen is het beter om deelneming van derden *facultatief* mogelijk te maken, waarbij er diverse mogelijkheden zijn: oproeping op verzoek van eiser ex art. 118 Rv en deelneming op verlangen van de derde (derdenverzet, voeging, tussenkomst) of op verzoek van gedaagde (met name vrijwaring).

Een paar voorbeelden. Het dictum in een vonnis in een ontruimingsprocedure dat luidt dat de verkoper de zaak ‘met alle zich daarop en daarin bevindende personen en roerende goederen [dient] te verlaten en te ontruimen’, kan ook tegen derden ten uitvoer worden gelegd, hoewel die geen partij waren bij de procedure.³⁴ Dat is praktisch, omdat de eiser dan niet alle individuele leden van (bijvoorbeeld) een gezin hoeft te dagvaarden, waar meestal niemand op zit te wachten. De hoofdbewoner vertegenwoordigt dan in feite de overige bewoners. Maar die werking ten opzichte van derden kan ook te ver gaan; het is bijvoorbeeld mogelijk dat een derde een eigen, sterker recht heeft (bijvoorbeeld uit hoofde van onderverhuur in bepaalde situaties). Om de rechten van die derde te beschermen kan deze zich dan ook tegen de tenuitvoerlegging van die uitspraak verzetten. De Hoge Raad heeft aangegeven dat in zo’n geval de derde in kort geding de schorsing van de executie

33 Mijns inziens is dit punt in de literatuur onderbelicht gebleven doordat dit leerstuk van oudsher werd benaderd vanuit de *exceptio plurium litis consortium*, wat een verweer van gedaagde was. Naar mijn mening is het belang van gedaagde bij dit leerstuk ondergeschikt (hoewel niet irrelevant) aan dat van rechter, eiser en derden.

34 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4519, NJ 1983/267 (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*).

kan verzoeken, en dat de voorzieningenrechter zo nodig aan schorsing de voorwaarde kan verbinden dat derdenverzet wordt ingesteld door de derde.³⁵ De proceseconomie rechtvaardigde in dit geval de uitbreiding van de werking van het vonnis tot niet in het geding betrokken derden (op basis van feitelijke vertegenwoordiging), maar daartegenover staat dat die derden zich dan ook tegen de uitspraak moeten kunnen verzetten.

Een enigszins vergelijkbare situatie zien we in het geval van beslag op een goed dat na beslaglegging is overgedragen. De levering is niet werkzaam jegens de beslaglegger, die de hoofdzaak in beginsel tegen de schuldenaar aanhangig moet maken.³⁶ Maar de executie van die uitspraak zal ook de nieuwe rechthebbende raken.

In deze gevallen is het belang van de derde gewaarborgd door de mogelijkheid van derdenverzet (art. 376 Rv). Dit geldt in alle gevallen waar een recht van de derde wordt benadeeld. Het is efficiënt om niet altijd de derde op te roepen, die hier om de in paragraaf 3 aangegeven redenen veelal niet op zit te wachten. Voor dergelijke gevallen is kennelijk de inschatting dat het weinig voorkomt dat de derde toch zelf wil deelnemen, en dan is het praktischer om het initiatief bij deze derde te laten via derdenverzet, voeging of tussenkomst.³⁷ Als eiser dit wil, kan deze op basis van art. 118 Rv vragen alsnog de derde-verkrijger op te roepen (mogelijk hoorde eiser pas tijdens de procedure van de overdracht), maar een verplichting hiertoe is overbodig.

Een ander voorbeeld is een procedure over de geldigheid van een rechtshandeling die de toestemming behoeft van de echtgenoot ex art. 1:88 BW. Dit betreft geen ondeelbare rechtsverhouding, zodat de niet-handelende echtgenoot niet bij die zaak behoeft te worden betrokken, maar omgekeerd bindt de uitspraak die niet-handelende echtgenoot niet. Om te vermijden dat de rechtshandeling later alsnog wordt aangetaast, kunnen de wederpartij en/of de handelende echtgenoot daarom ook de niet-handelende echtgenoot ex art. 118 Rv laten oproepen: het gaat dan dus om facultatieve oproeping (de keuze kan dan door eiser of door gedaagde worden gemaakt).³⁸

Nog een reden voor deelneming van derden is om ‘opzetjes’ tussen partijen te voorkomen.³⁹ In het hierboven genoem-

de voorbeeld van ontruiming kan ook sprake zijn van opzet tussen de partijen in de procedure om een derde die in de woning verblijft te benadelen. Een ander geval is dat een verzekeringsnemer ontoereikend verweer voert tegen een aansprakelijkstelling in het besef dat de schadevergoeding uiteindelijk toch door de verzekeraar wordt gedragen. Dit is opgelost door de verzekeraar de mogelijkheid te geven onder de betaling uit te komen op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁰ Maar een andere oplossing is dat de verzekeraar zich in de procedure zou mogen voegen, of zelfs – als men zover zou willen gaan – derdenverzet zou kunnen instellen tegen de eerdere uitspraak.⁴¹ Juridisch kunnen dit soort kwesties dus materieelrechtelijk – zoals door het onthouden van een aanspraak – of procesrechtelijk – door vormen van derdeninterventie – worden opgelost.⁴² In wezen betreft het gevallen waar een derde feitelijk werd vertegenwoordigd, maar die vertegenwoordiging niet in alle gevallen aan de derde hoort te worden toegerekend, en dus een correctiemogelijkheid nodig is. Er wordt een balans gezocht tussen het direct laten meeproceduren van de derde en de mogelijkheid van correctie achteraf; die balans hangt waarschijnlijk mede af van de inschatting hoe vaak zulke correcties nodig zullen zijn.

Merk op dat het in deze gevallen niet altijd duidelijk is of er daadwerkelijk is voldaan aan het vereiste voor derdenverzet dat er sprake is van benadeling in een *recht* van de derde (par. 5.4). Niettemin is het redelijk dat derdenverzet openstaat. Het bestaan van deze categorie kan verklaren waarom het formele vereiste van ‘benadeling in een recht’ moeilijk af te bakenen is: het is deels verwaterd voor gevallen waar de feitelijke vertegenwoordiging tekortschiet. Deze gevallen kunnen niet door art. 118 Rv worden opgelost, omdat eiser geen belang heeft bij de oproeping en de rechter niet altijd uit de feiten zal kunnen opmaken dat er sprake is van zo’n opzette en dus niet ambts-halve art. 118 Rv zal toepassen.

Kortom, naast de verplichte oproeping ex art. 118 Rv is het wenselijk dat er naar keuze van partijen en/of de derde mogelijkheden zijn de derde bij de procedure te betrekken. Voorop staan facultatieve oproeping ex art. 118 Rv en derdenverzet als vangnet. Daarnaast is het praktisch dat de derde ook eigener beweging tijdens de procedure (via voeging en tussenkomst) kan interveniëren, en dat gedaagde de derde in vrijwa-

35 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4519, *NJ* 1983/267 (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*), r.o. 3.2.

36 HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3299, *NJ* 2016/425 (*Promneftstroy/Yukos*) en HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:164 (*Earth Concepts/Upstream*).

37 Als er grond is voor derdenverzet is er altijd ook grond voor voeging of tussenkomst (par. 5.2).

38 HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:810, *NJ* 2021/3, r.o. 2.9.3 en 2.9.6. Het gaat daar om een rechtshandeling die op de huwelijksgoederengemeenschap kan worden verhaald, waar derdenverzet mogelijk is door de niet-betrokken partner (HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0650, *NJ* 1990/192 en HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7679, *NJ* 2004/570).

39 Van Boneval Faure 1900, p. 351, 358 en 412-416, overigens erop wijzend dat de pauliana dit ten dele al ondervangt. Een recent voorbeeld van zo’n opzette is beschreven in Rb. Amsterdam 27 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:679 (benadeling in kader echtscheiding, waar derdenverzet werd toegelaten).

40 HR 21 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1581, *NJ* 2007/371 (*Eindhoven/Allianz*).

41 Dit heeft nadelen: voeging zou kunnen uitmonden in een impliciete verplichting voor de verzekeraar om zich steeds te voegen, wat onwenselijk is (vgl. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1529, *NJ* 2019/462, waar zo’n verplichting bij vrijwaring impliciet leek te worden afgewezen), terwijl derdenverzet in zulke gevallen meestal niet zou worden toegelaten omdat het recht van de verzekeraar niet rechtstreeks is benadeeld; het optrekken van de mogelijkheden voor derdenverzet is vanwege de in dit artikel bepleite terughoudendheid evenmin wenselijk.

42 Vgl. K. Wiersma, *Het rechtsmiddel verzet van derden* (diss. Leiden), 1952, p. 153-156, die een geval bespreekt (HR 3 november 1899, *W.* 7355) waar derdenverzet door een hypotheekhouder niet nodig zou zijn als dit materieelrechtelijk adequaat kan worden opgelost door de hypotheekhouder niet gebonden te achten aan de materiële toestand, gelet op de opgewekte schijn.

ring kan oproepen.⁴³ De afbakening tussen de verplichte oproeping (processueel ondeelbare rechtsverhouding) en andere middelen is niet logisch maar rechtspolitiek van aard.

4.4 Zwakkere belangen van derden

Voor de volledigheid stip ik ook nog twee andere soorten belangen aan die derden kunnen hebben voor deelneming. Deze zijn zwakker en kunnen reden zijn de derden toelating te weigeren.

Als eerste kunnen er ook andere (feitelijke) belangen van derden aan de orde zijn. De vraag is of de mogelijkheid voor derden om zich in het geding te mengen ook moet worden uitgebreid tot andere vormen van benadeling dan benadeling in een recht; dit komt per definitie neer op feitelijke benadeling. Dit speelt in beginsel alleen bij voeging en tussenkomst (par. 5.2).

Ten tweede is er het meer abstracte of zelfs ideële belang dat een derde kan hebben bij de uitkomst van de zaak.⁴⁴ In het kader van voeging en tussenkomst wordt een belang bij voorkomen van precedentwerking stevast verworpen als voldoende grond.⁴⁵ Daar staat tegenover dat het ook nuttig kan zijn dat derden hun zienswijze naar voren brengen. In sommige procedures wordt uitdrukkelijk gezocht naar inbreng van derden, die men dan met de dure term ‘amicus curiae’ bekleedt.⁴⁶ Een iets directer belang dat volstond voor voeging werd ook aangenomen bij het Zorginstituut ten aanzien van de verzekeraarbaarheid van een behandeling, ook al had de Staat daar geen belang bij.⁴⁷ Evenzo slaagde een vordering tot voeging van de Staat wel bij een zaak over de volkenrechtelijke immuniteit, omdat de Staat die immuniteit moet waarborgen.⁴⁸ Er moeten in elk geval grenzen worden gesteld. Een werkgever zal er ongetwijfeld nadeel van kunnen ondervinden als een werknemer in een procedure betrokken is, doordat de werkgever dan vaker de werknemer zal missen (voor zittingen en overleg) en de werknemer ook minder geconcentreerd is op het werk, maar uiteraard zal de werkgever zich niet om die reden in de procedure mogen (laat staan moeten) mengen.

4.5 Conclusie

Ik heb beargumenteerd dat de processueel ondeelbare rechtsverhouding niet alleen gevallen omvat waar deelname van derden *nodig* is, maar ook gevallen waar dit *wenselijk* is. De verplichte oproeping is dan een rechtspolitieke keuze. Dit wordt duidelijk als we zien dat er daarnaast gevallen zijn die sterk lijken op een ondeelbare rechtsverhouding, maar waar de oproeping facultatief is. Daarnaast heb ik betoogd dat we deze mogelijkheden moeten beschouwen als onderdeel van het hele scala van middelen waarmee derden tot een procedure kunnen worden toegelaten: op initiatief van de rechter, eiser of de derde. Dit verklaart de veelheid aan deelnemingsvormen en maakt het mogelijk verbanden daartussen te leggen.

5. De verschillende deelnemingsvormen

De bovenstaande overwegingen leiden tot diverse verbanden tussen de verschillende rechtsfiguren voor deelneming van derden.

5.1 Oproeping op grond van art. 118 Rv

De ‘gedwongen tussenkomst’ ex art. 118 Rv houdt in dat een derde wordt opgeroepen in het geding. De daadwerkelijke verschijning is weliswaar facultatief, maar het gevolg is dan wel verstekverlening, waarna de uitspraak ook jegens de voormalige derde (thans partij) geldt (en er geen derdenverzet meer openstaat).

In het verleden werd dit behandeld onder de leer van de zogenaamde *exceptio plurium litis consortium*, aangezien het nalaten zodanige derde te dagvaarden leidde tot niet-ontvankelijkheid.⁴⁹ Inmiddels heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat zodanig verzuim in elk geval in eerste instantie zonder meer kan worden hersteld op de voet van art. 118 Rv, en in veel gevallen ook later, in hoger beroep of zelfs na cassatie en verwijzing.⁵⁰ Hierdoor is er slechts een klein toepassingsbereik voor niet-ontvankelijkheid overgebleven.⁵¹ Men kan zich zelfs afvragen of de oproep van een derde daadwerkelijk ooit te laat kan zijn, aangezien het ook mogelijk is dat de derde pas via derdenverzet in de procedure deelneemt, en dat is nog later dan bij oproeping ex art. 118 Rv.

43 Deze varianten heb ik niet apart besproken omdat hun functie in dit kader geen bijzondere aandacht behoeft; ik bespreek ze kort in par. 5.

44 De algemene tendens is terughoudendheid; een schijnprocedure louter om een juridisch geschilpunt te beslechten wordt niet toegelaten. Zoals A-G Biegman-Hartogh, concl. nr. 4.3 voor HR 24 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0639, *NJ* 1989/425, zei: ‘Louter uit leergierigheid mag men de rechter niet lastig vallen.’

45 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602, *NJ* 2015/295 (*TenneT/ABB*); HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:750, *NJ* 2021/199 (*St. Loterij Incasso/Staatsloterij*). Zie over precedentwerking ook B.T.M. van der Wiel, ‘Derdenwerking van rechterlijke uitspraken’, *NJB* 2011/671 n.a.v. HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *NJ* 2014/201 (*WorldOnline/VEB*). Zie ten aanzien van de Staat: HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:306, *NJ* 2017/125.

46 Deze figuur is in het Nederlandse burgerlijk procesrecht te vinden in art. 44a en 393 lid 2 Rv.

47 HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:306, *NJ* 2017/125.

48 HR 11 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2534, *NJ* 2015/369 (*EOO/VEOB*).

49 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/35; uitvoerig G.J. Harryvan, *Exceptio plurium litis consortium*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2012.

50 HR 7 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2159, *NJ* 2003/244; HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4035, *NJ* 2005/297; HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:177, *NJ* 2021/54; HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, *NJ* 2021/126.

51 Dit kan als eiser geen gebruik maakt van de geboden gelegenheid de derde op te roepen (HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, *NJ* 2018/81). Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/35 noemt het geval van een zeer laat inroepen van de *exceptio plurium litis consortium*. Hier kan tegen in worden gebracht dat dit dan veeleer mede het gevolg lijkt van verzuim of zelfs opzet van gedaagde om de relevante feiten naar voren te brengen, wat dan niet de schuld van eiser zou zijn en veeleer een schending van art. 21 Rv door gedaagde zou inhouden.

Voortbouwend op paragraaf 4 kan het toepassingsbereik van art. 118 Rv het beste worden begrepen als bestaande uit drie categorieën:

1. verplichte oproeping bij zogenaamde processueel ondeelbare rechtsverhoudingen;
2. facultatieve oproeping; en
3. verplicht herstel van processuele gebreken.

Ad 1. De verplichte oproeping is voor een deel uitdrukkelijk geregeld in de wet.⁵² Diverse bepalingen betreffen gevallen waar een procedure over een zaak wordt gevoerd en er twee verschillende zakelijk gerechtigden op de zaak zijn: de vruchtgebruiker en hoofdgerechtigde (art. 3:218 BW), de pandhouder en pandgever (art. 3:245 BW), de eigenaar en erfpachter (art. 5:95 BW) en de eigenaar en opstalgerechtigde (art. 5:104 lid 1 jo. art. 5:95 BW). Een ander geval is een vordering jegens een huurder tot verwijdering van beplanting: de eigenaar moet daar in beginsel bij worden betrokken, aangezien deze er belang bij kan hebben dat de beplanting niet verwijderd wordt.⁵³ Verder zijn er:⁵⁴ bepaling van een erfgrans, waar alle betrokken erven moeten worden opgeroepen (art. 5:32 lid 1 BW), immers de uitspraak moet jegens allen hetzelfde luiden, een vordering tegen een gemeenschap,⁵⁵ verdeling van een nalatenschap,⁵⁶ gezamenlijke uitkoop van aandeelhouders ex art. 2:92a BW⁵⁷ en verhaal op het vermogen van een maatschap.⁵⁸ Een ander geval is verzet door een derde tegen executie (of een vordering door een derde tot opheffing van conservatoir beslag); dan moet zowel executant als geëxecuteerde worden opgeroepen.⁵⁹ Zie evenzo de vernietiging van een meerpartijenovereenkomst.⁶⁰

Ad 2. Daarnaast zijn er gevallen waarin oproeping op facultatieve basis kan worden toegelaten, op verzoek van eiser.⁶¹ Mijns inziens is hier in elk geval grond voor wanneer er sprake is van (mogelijke) benadeling in het recht van de derde, zoals vereist bij derdenverzet. Die oproeping kan in het belang van eiser zijn, om later derdenverzet of executiegeschillen te voorkomen. Ook kan dit in het belang van gedaagde zijn. De ratio voor deze wenselijkheid kan volgen uit het gegeven dat (a) de uitspraak anders niet goed uitvoerbaar is en/of (b) er een vervolprocedure tegen de derde nodig is, of (c) de derde mogelijk niet goed feitelijk vertegenwoordigd wordt in de procedure, terwijl diens recht wel benadeeld wordt (par. 4.2 en 4.3).

Er zal bij categorie 1 en 2 derdenverzet mogelijk zijn als is nagelaten art. 118 Rv toe te passen.⁶² Art. 118 Rv en derdenverzet overlappen dus ten aanzien van deze twee categorieën.

Overigens kan ik mij indenken dat er gevallen zijn waar de rechter ambtshalve eiser de gelegenheid wil bieden voor facultatieve oproeping van een derde. Het lijkt mij zinvol als de rechter dan uitdrukkelijk vermeldt dat eiser gelegenheid krijgt tot oproeping, maar dat het niet gaat om een processueel ondeelbare rechtsverhouding en eiser ongestraft kan nalaten de derde op te roepen.

Ad 3. De derde categorie toepassingen van art. 118 Rv betreft herstel, om te zorgen dat uiteindelijk de juiste partijen bij de procedure betrokken zijn.⁶³ Die herstelmogelijkheid is zinvol uit oogpunt van efficiënte procesvoering; anders zou eiser zekerheidshalve altijd allerlei extra naspeuringen doen en veel partijen dagvaarden die misschien niet daadwerkelijk in de procedure gemengd willen worden. Het herstel kan ook nodig zijn vanwege een foutje dat niet fataal behoort te zijn, zoals het geval dat op gedaagde de schuldsaneringsregeling van toepassing is verklaard, zodat de bewindvoerder in plaats van gedaagde hoort te worden gedagvaard bij het instellen van een rechtsmiddel.⁶⁴ Het veranderen van de formele procespartij kan weliswaar door een eenvoudige correctie in de procedure

52 Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 118 Rv, aant. 2.2.
53 HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0480, *NJ* 1992/280 en HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0482, *NJ* 1992/281.
54 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2022/35; F.J.P. Lock, 'Samen uit, samen thuis. Nieuwe regels voor de processueel ondeelbare rechtsverhouding', *TvPP* 2017, afl. 4, p. 127-138.
55 Als daarentegen een deelgenoot een vordering namens de gemeenschap instelt, kan deze mogelijk een vertegenwoordigingsbevoegdheid ontleenen aan art. 3:171 BW.
56 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, *NJ* 2018/81. Vgl. HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:997, *NJ* 2021/53 voor een ander geschil tussen erfgenamen.
57 HR 1 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1407, *NJ* 2022/62.
58 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, *NJ* 2013/290.
59 HR 9 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1173, *NJ* 2022/293, verwijzend naar art. 438 lid 6 en 705 lid 3 Rv. Vgl. art. 477b lid 3 Rv: de derde-beslagene kan in zo'n geval de geëxecuteerde met inachtneming van art. 118 Rv oproepen (HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4008, *NJ* 2012/482, r.o. 3.3).
60 HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:274, *NJ* 2021/126, berustend op art. 3:51 lid 1 BW.

61 Bijv. HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:810, *NJ* 2021/3, waar is aangegeven dat oproeping ex art. 118 Rv niet *verplicht* was (er was geen ondeelbare rechtsverhouding), maar wel *mogelijk* (omdat dit praktisch was). Dit betrof een rechtshandeling die op de huwelijksgoederengemeenschap kan worden verhaald, waar derdenverzet mogelijk is door de niet-betrokken partner (HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0650, *NJ* 1990/192 en HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7679, *NJ* 2004/570).
62 Evenzo Möhlmann 2017, par. 3.3 (rechten van derden worden geraakt), die verder HR 5 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3665, *NJ* 2002/410 (belanghebbenden bij testament) en HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183, *NJ* 2018/78 (diverse betrokkenen bij onteigening) bespreekt. Een ander voorbeeld is HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2898, *NJ* 2000/288 over het 'eigen beursje'; zie thans het beperkter geformuleerde art. 245 Rv, en zie over deze kwestie ook vroeger Wiersma 1952, p. 210-211.
63 Waar Möhlmann 2017, par. 3.2 terecht op wees. Dit geldt dus niet bij privatieve vertegenwoordiging, zoals in HR 1 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:495, *NJ* 2022/151, waar art. 118 Rv niet werd toegepast om de erfgenamen op te roepen aangezien deze al door de executeur werden vertegenwoordigd.
64 HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1311, *NJ* 2018/70. Vgl. HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:982 over een opvolgend curator.

zelf worden verwezenlijkt,⁶⁵ maar om te waarborgen dat de bewindvoerder daadwerkelijk op de hoogte is van de procedure is het nodig om deze ook te dagvaarden, wat alleen kan worden bereikt door toepassing van art. 118 Rv. Derdenverzet zou dan een nodeloos omslachtige wijze zijn om hetzelfde te bereiken. Dit betekent dat er twee ‘vangnetten’ zijn voor een verzuim om een relevante derde in het geding te betrekken: de (gedwongen) oproeping ex art. 118 Rv en derdenverzet. Overigens is in deze gevallen van herstel vaak geen derdenverzet mogelijk, simpelweg doordat de uitspraak – als de derde niet wordt opgeroepen – een niet-ontvankelijkverklaring zal inhouden, omdat niet de juiste wederpartij was opgeroepen.

Ik merk op dat herstel niet per se veronderstelt dat eiser een verzuim heeft begaan door bepaalde derden niet eerder op te roepen. Soms was daar eerder geen aanleiding voor, doordat eiser de benodigde informatie over de rechtstoestand niet had of kon hebben, of door ontwikkelingen na de dagvaarding, en bleek pas gaandeweg (bijvoorbeeld door het gevoerde verweer) dat het toch nodig was bepaalde derden op te roepen.⁶⁶ Een voorbeeld is dat gedaagde een reconventionele vordering tegen een vof (eiser in conventie) wil instellen: dan moeten de andere vennoten ook in de procedure worden betrokken en moet gedaagde (eiser in reconventie) dus ex art. 118 Rv de gelegenheid krijgen deze alsnog op te roepen.⁶⁷ Een ander voorbeeld is een vordering tot aanwijzen van een noodweg: als daar ter verweer wordt aangevoerd dat de noodweg beter op andere erven kan worden gelegd, is het zinvol dat de eigenaren van de andere erven in de procedure worden betrokken.⁶⁸

Art. 118 Rv dekt derhalve vooral gevallen waarin ook derdenverzet mogelijk zou zijn, plus enkele restgevallen waar een andere partij bij de procedure moet worden betrokken, maar dit door processuele verwickelingen (al dan niet een lacune in de wetgeving), ontbreken van kennis, of als gevolg van onoplettendheid niet is gebeurd.

5.2 Voeging en tussenkomst

Ingevolge art. 217 Rv is er alleen een ‘belang’ vereist voor voeging of tussenkomst.⁶⁹ De vraag in de rechtspraak is wat telt als voldoende belang in de zin van art. 217 Rv.⁷⁰

De Hoge Raad heeft in 2014 overwogen dat vereist is dat de tussenkomende partij ‘voldoende belang heeft zich met dat doel [een eigen vordering instellen; ETTT] in te mengen in het aanhangige geding in verband met de nadelige gevolgen die

zij van de uitspraak in de hoofdzaak kan ondervinden’,⁷¹ terwijl voor voeging geldt dat ‘voldoende [is] dat de partij die voeging vordert nadelige gevolgen kan ondervinden van een uitkomst van de procedure die ongunstig is voor de partij aan wier zijde zij zich voegt’.⁷² Dit is later verder uitgewerkt:

‘Onder nadelige gevolgen zijn in dit verband te verstaan de feitelijke of juridisch [sic] gevolgen die de toe- dan wel afwijzing van de in die procedure ingestelde vordering of het gezag van gewijsde van in de uitspraak in die procedure gegeven eindbeslissingen zal kunnen hebben voor degene die de voeging vordert.’⁷³

Voor voeging of tussenkomst is dus ofwel een feitelijk gevolg/belang, ofwel een juridisch gevolg/belang vereist. Ik zou hier willen verdedigen dat de deelcategorie juridisch belang samenvalt met de categorie ‘benadeling in een recht’, die we kennen uit derdenverzet.⁷⁴ Hieruit volgt onmiddellijk dat in gevallen waar later derdenverzet mogelijk zou zijn, de derde dus zonder meer recht heeft om te voegen/tussen te komen. Het omgekeerde geldt natuurlijk niet: voeging en tussenkomst zijn ook mogelijk bij een feitelijk gevolg en zijn dus ruimer dan derdenverzet. Het voordeel van de hier genoemde gelijkshakeling is dat hiermee meer uniformiteit tussen de verschillende deelnevingsvormen wordt bewerkstelligd.

Zo’n voldoende (feitelijk) belang is bijvoorbeeld de positie van een executeur bij een procedure over de afwikkeling van een nalatenschap.⁷⁵ Ook de cessionaris heeft voldoende belang bij de procedure tussen cedent/schuldeiser en schuldenaar.⁷⁶ Dat geval is interessant omdat de cessionaris eigenlijk de materiële procespartij is na cessie en dus in de plaats zou moeten treden van de cedent,⁷⁷ maar als dit niet wordt medegedeeld, is de cessionaris toch gebonden,⁷⁸ zodat er geen grond is voor toepassing van art. 118 Rv of derdenverzet.

65 HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1881, *NJ* 2015/307.

66 Bijv. ook oproeping bij cassatieberoep tegen een afgewezen vordering tot tussenkomst (HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:183 (onteigening)), of in het geval van een partij die eerder wel deelnam maar niet in cassatie was opgeroepen (HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:649, *NJ* 2018/214).

67 HR 20 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:485, *NJ* 2020/123.

68 HR 14 oktober 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1483, *NJ* 1995/564; HR 12 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2035, *NJ* 1996/437.

69 Ik ga hier grotendeels voorbij aan het verschil tussen voeging en tussenkomst, nu dat hier merendeels niet relevant is.

70 De Folter 2009, nr. 128-130.

71 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, *NJ* 2015/206, r.o. 4.1.2. Voor tussenkomst geldt een hogere drempel, aangezien dit verstorerend is dan voeging, vgl. HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6692, *NJ* 2008/168.

72 HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6692, *NJ* 2008/168, r.o. 5.3. In deze zaak ging het om de uitleg van een rechtsregel die materiële gevolgen had voor de voegende partij.

73 HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1602, *NJ* 2015/295 (*TenneT/ABB*), r.o. 3.2.

74 Het lijkt mij ook lastig een voorbeeld te verzinnen waarin wel sprake is van juridisch gevolg/belang dat geen benadeling in een recht inhoudt, of omgekeerd.

75 HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5241, *NJ* 2014/58.

76 HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6692, *NJ* 2008/168.

77 J.W.A. Biemans, *Rechtsgevolgen van stille cessie* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, par. 3.5.11, verwijzend naar HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0620, *NJ* 1993/204.

78 De cessionaris is opvolger onder bijzondere titel en moet het gezag van gewijsde van de uitspraak tegen zich laten gelden (art. 236 lid 2 Rv), zie verder Biemans 2011, par. 3.5.11.

Een beperking is dat voeging of tussenkomst kan worden afgewezen bij vrees voor onredelijke vertraging:⁷⁹ hier zien we het argument van efficiëntie terugkomen (par. 2).

Een gedetailleerde behandeling van alle mogelijke gevallen van voeging en tussenkomst gaat het doel van dit artikel te buiten. De bedoeling was vooral om te laten zien welke overwegingen een rol spelen bij het al dan niet toelaten van derden in een geding. Zoals de hierboven genoemde voorbeelden laten zien, zijn voeging en tussenkomst inderdaad ruimer dan derdenverzet en art. 118 Rv. Ook gevallen van feitelijke benadeling kunnen hieronder vallen. Dit blijkt ook uit de positie van de waarborg. De waarborg heeft altijd belang om zich te voegen (zie par. 4.4), al zou dit kunnen worden afgewezen bij vrees voor onredelijke vertraging.

Als er een grond is voor toepassing van art. 118 Rv zal er per definitie grond zijn voor tussenkomst: art. 118 houdt immers een *gedwongen* tussenkomst in, en als het verplicht is om de derde gelegenheid te geven deel te nemen aan de procedure, zal deze derde wanneer hij eigener beweging intervenieert uiteraard ook moeten worden toegelaten. In de literatuur wordt geïmpliceerd dat als er grond is voor derdenverzet, er ook voldoende belang is voor voeging of tussenkomst.⁸⁰ Ik heb eerder in deze paragraaf aangegeven dat ik het hiermee eens ben.

5.3 Vrijwaring

Voor vrijwaring is voldoende 'dat de waarborg krachtens zijn rechtsverhouding tot de gewaarborgde, ook al is deze van geheel andere aard dan die waarop de vordering in de hoofdzaak is gegrond, verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen'.⁸¹ De ratio voor vrijwaring is dat de gedaagde in de hoofdzaak (de gewaarborgde) daarmee ervan verzekerd is dat als in de hoofdzaak wordt beslist dat hij een (betalings)verplichting heeft, dan ook in de vrijwaringsprocedure van het bestaan van deze verplichting wordt uitgegaan. Hetzelfde gerecht behoort namelijk in beide zaken te beslissen, en tevens de beslissing in de vrijwaringsprocedure aan te houden totdat ook in de hoofdzaak wordt beslist,⁸² zodat tegenstrijdige uitspraken worden voorkomen.⁸³ Deze norm lijkt niet tot veel problemen te leiden.

Uit de aard van de vrijwaring lijkt te volgen dat de waarborg *altijd* mede gerechtigd is zich in de hoofdzaak te voegen

of tussen te komen.⁸⁴ Dit is geïmpliceerd in de twee subcategorieën van vrijwaring: persoonlijke of eenvoudige vrijwaring (art. 214 Rv) en vrijwaring wegens uitwinning (art. 212-213 Rv). De eerste categorie geeft volgens art. 214 Rv de waarborg 'slechts' het recht om zich te voegen zonder de zaak van de gewaarborgde over te nemen. Art. 212 Rv geeft de waarborg het recht de hoofdzaak over te nemen van de gewaarborgde, wat blijkbaar mede impliceert het mindere recht om zich in die zaak te voegen (vgl. art. 214 Rv).⁸⁵ Dit recht is overigens geen verplichting.⁸⁶ Dit kan ook worden afgeleid uit het feit dat een waarborg geen recht tot derdenverzet toekomt (par. 5.4), waaruit ook volgt dat de waarborg niet noodzakelijk in de hoofdzaak hoeft te worden betrokken ex art. 118 Rv.⁸⁷

5.4 Derdenverzet

Ingevolge art. 376 Rv kan een derde zich verzetten tegen een uitspraak tussen andere partijen op de grond dat deze uitspraak 'hunne regten benadeelt'. Derdenverzet heeft tot gevolg dat een derde 'inbreekt' in een procedure nadat deze al tot een uitspraak heeft geleid (en mogelijk zelfs al in kracht van gewijsde is gegaan). In zijn algemeenheid is het onwenselijk dat dit gebeurt, wat aangeeft dat er eigenlijk vooraf iets is misgegaan. Derdenverzet moet daarom restrictief worden toegepast.⁸⁸

De wet spreekt van benadeling in *rechten*. Enkele benadeling in een belang is niet voldoende.⁸⁹ Een voorbeeld is dat derdenverzet door de Staat niet werd toegestaan in een procedure waarin een naburige staat tot schadevergoeding werd veroordeeld; de Staat wilde derdenverzet instellen om de goede betrekkingen met die andere staat niet te verstoren; de Hoge Raad overwoog dat 'het verzet door derden openstaat, niet reeds wanneer de derden in hunne belangen maar wanneer zij in hunne rechten benadeeld worden'.⁹⁰

Het criterium 'benadeling in rechten' is niet zo duidelijk en kan mijns inziens het beste worden begrepen in relatie tot art. 118 Rv. Zoals in paragraaf 5.1 betoogd kan derdenverzet mijns inziens in alle gevallen worden toegepast waar art. 118 Rv verplicht of facultatief kan worden ingeroepen. Er is reden

79 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:768, *NJ* 2015/206, r.o. 4.2.2: de algemene toets is de goede procesorde, waar onredelijke vertraging een species van vormt. Ook HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1787, *NJ* 2019/451, r.o. 2.4.4 en HR 15 januari 2021, ECLI:NL:HR:2021:43, *NJ* 2021/28, r.o. 3.3.

80 Snijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 376 Rv, aant. 6 en Boek 1, titel 9 Rv, aant. 3; De Folter 2009, nr. 118.

81 HR 10 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0567, *NJ* 1992/446. De Folter 2009, nr. 28-36 bespreekt de historische discussie.

82 Vgl. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1529, *NJ* 2019/462.

83 De Folter 2009, nr. 15; Snijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, Boek 1, afd. 10, par. 2 Rv (art. 210 e.v.), aant. 2.

84 R.P. Cleveringa, *Van Rossum. Verklaring van het Nederlands Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (4de druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1972, art. 285, aant. 4 wijst op oude rechtspraak van de Hoge Raad (onder een toen geldende striktere norm) waarin wel vrijwaring werd toegestaan maar geen voeging, en beschouwt dit als argument tegen een te strenge norm voor voeging.

85 Het is mij niet duidelijk of De Folter 2009, nr. 85-86 dit onderschrijft of niet. Mogelijk impliceert hij dat het bij vrijwaring wegens uitwinning niet voor de hand ligt dat de waarborg zich beperkt tot voeging in de hoofdzaak.

86 Zo valt af te leiden uit HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1529, *NJ* 2019/462.

87 De Folter 2009, nr. 47 bespreekt de mogelijkheid om via vrijwaring een vorm van gedwongen tussenkomst te bewerkstelligen.

88 Zie ook de overwegingen uit HR 21 maart 1924, ECLI:NL:HR:1924:60, *NJ* 1924, p. 535, geciteerd in concl. A-G J.B.M.M. Wuisman 26 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1834, nr. 2.4.1.

89 Concl. A-G J.B.M.M. Wuisman 26 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1834, nr. 2.4.2 geeft aan dat feitelijke benadeling niet volstaat.

90 HR 21 maart 1924, ECLI:NL:HR:1924:60, *NJ* 1924, p. 535, geciteerd in concl. A-G J.B.M.M. Wuisman 26 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1834, nr. 2.4.1, zie ook Wiersma 1952, p. 112.

om vaak art. 118 Rv toe te passen (verplicht dan wel vrijwillig), nu dat alleen leidt tot lichte vertraging en geringe kosten wegens de dagvaarding, waarna de derde zelf kan kiezen wel of niet te verschijnen (en partij wordt, en dus geen derdenverzet meer kan instellen). Dit lijkt beter dan het alternatief, dat de derde pas hoort van de procedure als de executie al in gang is gezet, en dan halsoverkop een executiegeschil moet aanspannen, met hoge kosten tot gevolg. Derdenverzet is dan vooral een vangnet voor gevallen waarin de oproeping achterwege is gebleven.⁹¹ Het is mogelijk dat de rechter en partijen niet zagen dat er grond was voor verplichte oproeping ex art. 118 Rv: een verzuim. Ook kan het gaan om het achterwege laten van facultatieve oproeping; dan lijkt zowel rechter als eiser in te schatten dat de derde zich waarschijnlijk voldoende feitelijk vertegenwoordigd voelt (par. 3).⁹² Die inschatting zal hopelijk meestal juist zijn. Dit alles verklaart waarom derdenverzet zo weinig wordt toegepast, ook al zou er potentieel in veel gevallen sprake kunnen zijn van benadeling in een recht.

Derdenverzet wordt dan ook vooral toegepast in gevallen van feitelijke vertegenwoordiging waar het inefficiënt is om de derde in alle gevallen op te roepen.⁹³ Derdenverzet is dan zinvol als uitzondering, ter bescherming tegen ontoereikende feitelijke vertegenwoordiging (waaronder begrepen samenspanning tussen de procespartijen ten koste van de derde).⁹⁴

Let wel, dit geldt alleen voor feitelijke vertegenwoordiging. Als de derde juridisch vertegenwoordigd is, is derdenverzet uitdrukkelijk uitgesloten door art. 376 Rv.⁹⁵ Een voorbeeld is vertegenwoordiging van deelgenoten in een gemeenschap door de deelgenoot die een vordering instelt ten behoeve van de gemeenschap.⁹⁶ Omgekeerd geldt overigens dat als de wettelijk aangewezen vertegenwoordiger niet in de procedure was betrokken (zoals de faillissementscurator of bewindvoerder), deze wel derdenverzet zou kunnen instellen.⁹⁷ Als dit eerder wordt opgemerkt, kan toepassing worden gegeven aan art. 118 Rv (par. 5.1).

Voorbeelden van feitelijke vertegenwoordiging zijn diverse gevallen waar de uitspraak jegens derden kan worden geëxecuteerd.⁹⁸ In paragraaf 4.3 is al het geval van ontruiming besproken: ook al is dan een executiegeschil mogelijk, er zou ook der-

denverzet kunnen worden ingesteld.⁹⁹ Dit geldt ook waar executie mogelijk is op goederen van een derde, zoals bij verhaal op de huwelijksgoederengemeenschap, waar de niet in de procedure betrokken partner derdenverzet kan instellen.¹⁰⁰

Een ander voorbeeld is als een derde de positie van een der partijen overneemt (vgl. art. 236 lid 2 Rv).¹⁰¹ In zulke gevallen kan de uitspraak inderdaad een derde benadelen. Een voorbeeld is de verkrijger van een beslagen goed (par. 4.3). Ook diverse gevallen van zakelijke rechten vallen hieronder,¹⁰² waardoor de verkrijger van zo'n recht vaak samen met de eigenaar of hoofdgerechtigde in een procedure moet worden betrokken (en zo nodig op verzoek van de beslaglegger ex art. 118 Rv worden opgeroepen). Het ligt voor de hand dat in dergelijke gevallen ook derdenverzet toegestaan is als 'vangnet' voor verzuim om art. 118 Rv toe te passen. Deze categorie is in die zin begrensd, dat de derde geen derdenverzet kan instellen als de rechtsverkrijging plaatsvond na de uitspraak; de belangen van de derde zijn immers tot dat moment 'behartigd' door de eigenaar/rechthebbende, en de derde-verkrijger treedt geheel in diens plaats (art. 236 lid 2 Rv).¹⁰³

Ik merk overigens op dat de toepassing van derdenverzet ook kan worden beperkt door de werking van het vonnis te begrenzen.¹⁰⁴

Tot slot wijs ik op een discussie in de literatuur over de vraag of derdenverzet ook mogelijk is bij een uitgelokt veroordelend vonnis tot betaling dat was verkregen teneinde paulianeus handelen verplicht te maken.¹⁰⁵ Het voert te ver hier nader op in te gaan.

5.5 Alternatief: informeren van de derde

Hoewel deze vier figuren al een weelde aan mogelijkheden lijken te bieden, is er mijns inziens toch reden om na te denken over een laatste aanvulling. Hierboven heb ik al een paar keer aangestipt dat het zinvol kan zijn toe te laten dat oproeping achterwege kan blijven als de derde op de hoogte wordt gesteld van een mogelijk relevante procedure en deze heeft laten weten vooralsnog geen behoefte te hebben zich in de procedure te mengen (zonder een inhoudelijk standpunt in te nemen).

91 De Folter 2009, nr. 118 spreekt van een 'reactief karakter'.

92 Overigens zouden partijen het de rechter gemakkelijk kunnen maken door in gevallen waar een derde mogelijk belang zou hebben bij de procedure, maar zich adequaat vertegenwoordigd voelt door de wel in de procedure betrokken partijen, een verklaring door die derde van die strekking over te leggen.

93 Van Boneval Faure 1900, p. 419-424 noemt gevallen als de rechtsopvolger, de verhuurder tegenover de huurder en de niet in vrijwaring opgeroepen verkoper.

94 Zie ook De Folter 2009, nr. 159 en De Folter 2001, p. 23-25.

95 Wiersma 1952, p. 157-175 bespreekt diverse gevallen; zie ook Sniijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 376 Rv, aant. 3.

96 Ingeval de vordering door een deelgenoot ex art. 3:171 BW is ingesteld, zie HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0586, *NJ* 1992/461.

97 Wiersma 1952, p. 208-210.

98 Overigens kan een derde zich ook tegen de executie zelf verzetten (bijv. art. 438 lid 5 Rv). Dit is geen 'derdenverzet' in de zin van het rechtsmiddel van art. 376 Rv, maar in dergelijke gevallen zal er vaak wel derdenverzet ex art. 376 Rv mogelijk zijn (indien dat verzet tegen de executie een gepondeerde reden heeft).

99 HR 14 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4519, *NJ* 1983/267 (*Schuring/Sweelinck Conservatorium*); en zie Wiersma 1952, p. 205-208 over ontruiming en onderhuur.

100 HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0650, *NJ* 1990/192 en HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7679, *NJ* 2004/570.

101 Wiersma 1952, p. 137-150: uitbreiding krachtens rechtsverkrijging, vgl. Sniijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 376 Rv, aant. 4.

102 Zie par. 5.1, waar diverse gevallen van een 'processueel ondeelbare rechtsverhouding' op grond van de wet worden genoemd.

103 Wiersma 1952, p. 143 wijst erop dat er bijzondere regels zijn voor schorsing bij bepaalde vormen van overgang onder algemene titel tijdens het geding (zoals overliden).

104 Zoals ten aanzien van de borg: het vonnis tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar bindt de borg niet, zodat de borg geen derdenverzet kan instellen (HR 1 december 1939, *NJ* 1940/443; Wiersma 1952, p. 162). Zie ook Wiersma 1952, p. 140-145 over beperkte werking van het vonnis om deze reden.

105 Wiersma 1952, p. 118-119 en 211-212. Kritisch: Van Boneval Faure 1900, p. 358-360. Verder Sniijders, in: *GS Burgerlijke rechtsvordering*, art. 376 Rv, aant. 8 sub 3 en F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 23 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8092, *NJ* 2012/376.

Dit zou van belang zijn als alternatief voor verplichte oproeping ex art. 118 Rv bij de processueel ondeelbare rechtsverhouding.¹⁰⁶ Het voordeel dat dit niet via oproeping gebeurt, is dat de derde hierdoor geen partij wordt en dus buiten een eventuele kostenveroordeling blijft,¹⁰⁷ en ook niet gebonden is aan enig gezag van gewijsde: de derde kan, mocht de procedure echt een ongewenste wending nemen, via derdenverzet en dergelijke alsnog zijn rechten bewaken. Dit klinkt misschien onwenselijk, omdat daardoor toch een mogelijkheid blijft dat de procedure wordt opengebroken of achteraf deels zinloos blijkt, maar zoals ik in paragraaf 2 heb betoogd, is dit uit oogpunt van efficiëntie verantwoord: in de meeste gevallen zal dit er niet van komen, zodat het beter is voor de rest van de gevallen een uitzonderingsmogelijkheid te bieden dan voor alle gevallen te eisen dat derden feitelijk nodeloos worden opgeroepen, wat leidt tot extra belasting van henzelf en het juridisch apparaat. Voor partijen en de rechter is dit ook eenvoudiger, omdat zij hiermee op een praktische wijze meer zekerheid krijgen over het standpunt van de derde zonder de additionele kosten, vertraging en verwickelingen van deelname van een extra partij.

Zo'n mededeling aan en verklaring van de derde is een paar keer in de Nederlandse rechtspraak als mogelijkheid aangestipt,¹⁰⁸ maar nooit systematisch. Overigens is een vergelijkbare figuur te vinden bij het informeren van een mogelijke wederpartij over een voorlopige bewijsverrichting (art. 190 en 206 Rv), waar de rechter zich ervan moet vergewissen dat deze mededeling adequaat heeft plaatsgevonden. Een regeling zou kunnen inhouden dat partijen (eiser en gedaagde) de mogelijkheid hebben om zo'n verklaring van de derde te vragen, met als eis dat hierbij een onafhankelijk jurist (advocaat of wellicht notaris) optreedt namens de derde (dat wil zeggen, namens de derde de verklaring opstelt en indient). Die kan de derde dan ook voorlichten over de voor- en nadelen van het daadwerkelijk deelnemen aan de procedure. De kosten daarvan zouden dan mogelijk bij partijen kunnen worden gelegd, aangezien die er belang bij hebben dat de procedure goed verloopt en niet nodeloos wordt gevoerd. Dit heeft misschien ook wel bezwaren (wie selecteert de advocaat, hoe wordt gewaakt tegen uit de hand lopende kosten, en wordt de derde hiermee toch niet onder druk gezet?). Er zijn ook andere mogelijkheden denkbaar, zoals zonder tussenkomst van een advocaat (waarbij dan wel latere correctiemogelijkheden nodig zijn). Hoe dan ook lijkt het mij zinvol een dergelijke mogelijkheid te onderzoeken als aanvulling op het totaalpakket aan instrumenten.

Overigens zal de vraag zijn wat het gevolg is van het informeren van de derde. Het zou mijns inziens een minder belastend alternatief zijn voor oproeping ex art. 118 Rv, maar zou denk ik niet tot gevolg moeten hebben dat de derde daarna

geen derdenverzet kan instellen. Weliswaar valt te betogen dat de derde de kans had zich in de procedure te mengen en dan die kans heeft verspeeld en dus geen recht meer heeft op derdenverzet. Maar derdenverzet komt zo weinig voor dat het mij beter lijkt dat vangnet niet weg te halen. Juist de mogelijkheid van derdenverzet zou derden kunnen geruststellen, waardoor zij niet nodeloos zullen deelnemen.

6. Conclusie

Ik heb beargumenteerd dat het stelsel van deelnemingsvormen van derden voortkomt uit verschillende inschattingen over de noodzaak om derden uitdrukkelijk in de procedure te betrekken om hun belangen te verdedigen. Dit kan zijn vanwege de ernst van het belang van de derde (zoals bij de verplichte oproeping bij een vordering tegen de derde), maar kan ook berusten op inschattingen over de kans dat de derde al voldoende vertegenwoordigd wordt door een wel opgeroepen partij. Daarnaast zijn er verschillende vangnetten aanwezig om eventuele verzuimen en onjuiste inschattingen te corrigeren. Voor de precieze afbakening, waaronder ook de keuze om oproeping verplicht te stellen of facultatief mogelijk te maken, spelen proceseconomie en efficiëntie een belangrijke rol. Vanwege deze rechtspolitieke afwegingen en inschattingen is er geen strikt logische afbakening mogelijk.

Verder kunnen verschillende varianten worden gekozen: als regel de derde laten oproepen, de mogelijkheid geven tot latere oproeping en de mogelijkheid van derdenverzet of verzet tegen de executie. Ook de keuze van deze mogelijkheden berust op inschattingen die niet puur logisch zijn en ook niet louter op empirische gegevens berusten.

Door de deelnemingsvormen in onderling verband, vanuit deze ratio, te beschouwen is het mogelijk verbanden te leggen. Ik heb in het bijzonder verdedigd dat art. 118 Rv en derdenverzet grotendeels overlappen, als we beseffen dat deze zowel *verplichte* oproeping (processueel ondeelbare rechtsverhouding) als *facultatieve* oproeping omvatten en de grens tussen beide een kwestie van rechtspolitiek is. De rechtspraak en literatuur over deze twee rechtsfiguren heb ik geprobeerd uitputtend te behandelen. Voor de volledigheid heb ik ook nog kort de relatie met voeging en tussenkomst en vrijwaring aangestipt.

106 Eiser zou dan zelfs vooraf de derde kunnen informeren en verklaringen bij dagvaarding in het geding brengen.

107 Weliswaar zou referte mogelijk zijn, maar dat kan in het vervolg problemen opleveren als de derde toch bezwaren zou willen opwerpen tegen de uitkomst van het geding: is er dan geen sprake van rechtsverwerking?

108 HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0480, NJ 1992/280 en HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0482, NJ 1992/281. Zie verder par. 3.