

Recht over tijd

Hoever reikt het privaatrecht in het verleden?

Recht over tijd

Hoever reikt het privaatrecht in het verleden?

Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2018

Prof. mr. M.A. Loth

Mr. L.P.W. van Vliet

Zutphen 2018



UITGEVERIJ *Paris*

Recht over tijd
Hoever reikt het privaatrecht in het verleden?

ISBN 978-94-6251-192-7
NUR 822

© 2018 Prof. mr. M.A. Loth en mr. L.P.W. van Vliet

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Houdbaar recht; over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht — Marc Loth / 7
1.1	Inleiding / 7
1.2	Omgaan met het verleden; een paradigmawisseling / 14
1.3	De beperkte houdbaarheid van de vordering; verjaring / 19
1.4	De verlenging van de houdbaarheid; doorbrekings-jurisprudentie / 24
1.5	De houdbaarheid van de verbintenis; de tijd en de onrechtmatige daad / 29
1.5.1	Onrechtmatigheid toen en daar... / 29
1.5.2	Causale verbanden met hier en nu... / 34
1.5.3	De schade en verder... / 38
1.6	Compensatie, restitutie, satisfactie of distributie? / 40
1.6.1	Compensatie / 41
1.6.2	Restitutie / 46
1.6.3	Satisfactie / 52
1.6.4	Distributie / 55
1.7	Variabelen van vorderingen op grond van historisch onrecht / 57
1.7.1	Tijdsverloop / 58
1.7.2	Partijen / 60
1.7.3	Remedies / 65
1.7.4	Morele legitimaties / 67
1.7.5	Politieke afwegingen / 70
1.8	Conclusies / 72
1.9	Literatuur / 75
2	Verjaring en kunstvoorwerpen — Lars van Vliet / 83
2.1	Inleiding / 83
2.2	De traditionele rechtvaardiging voor verjaring / 86
2.3	Technieken om de verjaring niet te laten lopen / 91
2.4	Enige historische opmerkingen over het vereiste van openbaarheid / 92
2.4.1	Vanuit het Romeinse recht via de Franse <i>Code civil</i> / 92
2.4.2	Het oude Franse <i>coutumiere</i> recht, Pothier en de <i>Code civil</i> / 95
2.4.3	Het nut van de drie <i>necs</i> bij het ontbreken van goede trouw / 98

2.5	Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1992 / 99
2.5.1	Openbaar bezit / 99
2.5.2	De discussie rondom artikel 3:105 BW / 100
2.5.3	Klooster in een landschap / 102
2.6	Het Duitse recht / 103
2.7	Het Franse recht / 107
2.8	Het Belgische recht / 110
2.9	Het Zuid-Afrikaanse recht / 116
2.10	De staten New Jersey, Californië en New York, en de federal HEAR Act / 119
2.10.1	Afscheid van het regime van ' <i>adverse possession</i> ' / 119
2.10.2	Het doolhof van <i>accessio temporis</i> / 121
2.10.3	Beperkingen aan het recht op teruggave / 123
2.10.4	De Holocaust Expropriated Art Recovery Act van 2016 / 128
2.10.5	Rechtskeuze door de New Yorkse rechter / 132
2.11	Zwitserland / 134
2.12	<i>Contra non valentem agere</i> / 135
2.13	Bewijslastverdeling / 142
2.14	Verschil tussen vereiste van openbaar bezit en de <i>discovery</i> <i>rule</i> / 146
2.15	Lastige afweging / 147
2.16	Conclusie / 151

Hoofdstuk 1

Houdbaar recht; over de aansprakelijkheid voor historisch onrecht

Marc Loth^{*}

‘We can no longer afford to take that which was good in the past and simply call it our heritage, to discard the bad and simply think of it as a dead load which by itself time will bury in oblivion.’

Hannah Arendt¹

‘For the great wrongs in society, little can be expected.’

Harriet Beecher Stowe²

1.1 Inleiding

Twee civiele zaken, één uit de VS en één uit eigen land:

Een van de eerste *slavery reparation suits* was de zaak van *Deadria Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation*.³ Het betrof een claim van een individuele eiseres tegen enkele grote bedrijven (een bank, een verzekeringsmaatschappij, een spoorwegmaatschappij en een aantal andere bedrijven), gebaseerd op de stelling dat deze ongerechtvaardigd waren verrijkt door onbetaalde slavenarbeid.⁴ De schade was begroot op 40 miljoen dollar aan onbetaalde arbeid tussen 1790 en 1860, naar huidige maatstaven het astronomische bedrag van 1,4 triljoen dollar. De claim behelsde een vordering tot restitutie, schadevergoeding, *punitive damages* en tot verantwoording van de dankzij de slavernij gemaakte winsten door de rechtsvoorgangers van deze bedrijven. Na samenvoeging met andere zaken is de vordering

* Prof. mr. M.A. Loth is hoogleraar Privaatrecht aan de Tilburg Law School. Met dank aan Karlijn van Doorn, Rob van Gestel, Lars van Vliet en Jan Vranken voor hun kritische lezing en nuttige opmerkingen bij een eerdere versie van deze tekst. Vanzelfsprekend is de uiteindelijke tekst uitsluitend mijn verantwoordelijkheid. Ik dank Lisanne van Es voor haar inhoudelijke voorwerk voor de paragraaf over verjaring.

1. Arendt 1973, p. ix.
2. Beecher Stowe 2001 (geciteerd uit Brophy 2003, p. 500).
3. Zie daarover Yamamoto e.a. 2003, en Brophy 2006, p. 123-126.
4. Mevrouw Paellmann stelde te zijn de ‘great-great-granddaughter of Clara and Abel Hinds, Africans who were enslaved on a South Carolina sea island rice plantation’.

in eerste aanleg in een uitgebreide beslissing verworpen,⁵ welk oordeel in hoger beroep heeft standgehouden.⁶ Sindsdien zijn nog wel enkele pogingen ondernomen maar geen enkele vordering tot schadevergoeding op grond van het slavernijverleden is toegewezen.⁷ Kort samengevat zijn dergelijke vorderingen al snel verjaard, ontbreken direct benadeelden of normschenders, is de onrechtmatigheid betwistbaar, de causaliteit onduidelijk en de schade onbepaalbaar. De kern van de problemen is dat te veel tijd is verstreken sinds de afschaffing van de slavernij, meer dan vijf generaties terug.

Brophy (2006) analyseert meer in detail de factoren die aan het geringe succes van *slavery reparations suits* in de VS ten grondslag liggen. In de eerste plaats zijn er problemen met betrekking tot de identificatie van eisers en gedaagden. Benadeling door slavernij veronderstelt afstamming van iemand die door slavernij is benadeeld, dan wel benadeling van een eiser door de gevolgen van slavernij. Een individuele eiser kan namens een voorouder schade vorderen voor onrecht dat deze is aangedaan (*ancestor-based theories*), dan wel op eigen naam vergoeding eisen van de zelf ondervonden gevolgen van dat onrecht (*descendant-based theories*).⁸ In de praktijk is zowel het één als het ander vrijwel onhaalbaar omdat het praktisch onmogelijk is om individuele eisers van nu te verbinden aan benadeelden van toen. Daardoor staan in *slavery reparations suits* vrijwel altijd groepen benadeelden tegenover groepen bevoordeelden, bedrijven, of overheden (voor het profiteren van slavernij en/of het toestaan daarvan). Daarmee worden

5. U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, *In re African American Slave Descendants litigation*, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005). De gronden worden als volgt samengevat: 'First, Plaintiffs' claims are beyond the constitutional authority of this court. Without alleging any specific connection between themselves and the named Defendants, Plaintiffs lack essential constitutional standing requirements to bring their claims. Second, prudential limitations prohibit the court from deciding such broad questions of social importance when such claims are brought on behalf of absent third parties, as Plaintiffs attempt here. Third, the long-standing and well-reasoned political question doctrine bars the court from deciding the issue of slavery reparations, an issue that has been historically and constitutionally committed to the Legislative and Executive branches of our government. Fourth, Plaintiff's claims are untimely. Conceding that many of the torts alleged in the Complaint occurred prior to the formal end of slavery, Plaintiffs fail to show how any of these claims fall within the applicable statutes of limitations. Finally, under the rules of procedure which guide the federal judicial system, Plaintiffs' Complaint fails to state a claim upon which relief can be granted, a serious defect the court cannot overlook regardless how egregious the circumstances giving rise to the claims.'
6. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 13 December 2006, *In re African American Slave Descendants Litigation*, 471 F. 3d 754 (7th Cir. 2006), met enkele aanpassingen van ondergeschikt belang. Zie ook Lutz 2008.
7. Hylton 2004, p. 47. De beweging is reeds enige tijd over haar hoogtepunt heen (W. Olsen, 'So long, slavery reparations', *Los Angeles Times*, 31 oktober 2008).
8. Wenger 2006, p. 286.

hele andere overwegingen relevant; niet alleen meer overwegingen van corrigerende rechtvaardigheid, maar ook overwegingen van distributieve rechtvaardigheid.⁹ Dat maakt het nog ingewikkelder om een door het privaatrecht erkende vorm van herstel te vinden, hoewel er wel degelijk verbanden bestaan tussen historisch onrecht en actuele achterstelling.¹⁰ Dat roept de vraag op of hier niet eerder een taak voor de wetgever is weggelegd dan voor de rechter.¹¹ In de tweede plaats is er natuurlijk de kwestie van de verjaring van de vorderingen (in de VS de diverse '*statutes of limitations*'), die in de weg staat aan actuele vorderingen met betrekking tot historisch onrecht (in casu gepleegd vóór 1865, de afschaffing van de slavernij). Doorbreking van de verjaring is overigens niet onmogelijk, ook niet in de VS, maar is doorgaans beperkt tot heel specifieke gevallen.¹² In de derde plaats rijzen vragen met betrekking tot de grondslag van de vordering; is dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, of uit ongerechtvaardigde verrijking?¹³ En, indien voor het eerste wordt gekozen, hoe zit het eigenlijk met de onrechtmatigheid? Slavernij was destijds toch niet illegaal? Ten slotte is er de kwestie van de begroting van de schade en de daarmee samenhangende causaliteitsvragen. Hoe kan historisch onrecht worden verbonden aan actuele schade? Welke invloed hebben interveniërende factoren gehad op de causale keten?¹⁴ Al met al zijn er in het Amerikaanse recht zoveel

-
9. Brophy: 'Group identity serves, in Verdun's article as in much reparations scholarship, as a proxy for evidence of of discrimination' (Brophy 2003, p. 507).
 10. 'It seems that few deny that there are connections between past wrongdoing and present harm (though recognition of that fact may be more prevalent among victims than among descendants of perpetrators), but the problem becomes putting that connection into some framework the law recognizes' (Brophy 2003, p. 504, en Brophy 2006, p. 101-102).
 11. Zoals kennelijk ook de rechter oordeelde in de hiervoor aangehaalde zaak: 'The opinion dismisses the suit because of a lack of connection between plaintiffs and defendants. The court went on to state that the dispute is inherently political and one that is not subject to resolution by a court. These kind of claims are best heard, the court argued, by legislatures. It also found that the suit was barred by the statute of limitations' (Brophy 2006, p. 126).
 12. Zie Brophy: 'The case for tolling the statute of limitations turned on the doctrine of fraudulent concealment, which tolls the running when the defendant has fraudulently concealed the facts that constitute the basis of the action and the plaintiff could not have discovered those facts through reasonable investigation' (Brophy 2006, p. 117).
 13. Brophy: 'In essence, the difference is between the harm to one person and the benefit to the other. Harm is almost always greater than benefit' (Brophy 2006, p. 104).
 14. Brophy: 'There are problems in connecting the past wrongdoers with their successors (who would be the present defendants); problems in connecting past victims with their successors (who would be the present plaintiffs); and connections between past wrongs and present claims' (Brophy 2003, p. 505).

hindernissen dat een succesvolle vordering niet in het verschiet ligt.¹⁵

De tweede zaak is die van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden.¹⁶ De procedure was aangespannen door zeven weduwen van slachtoffers, een dochter van een slachtoffer en een overlevende van de mannen die op 7 december 1947 door Nederlandse militairen standrechtelijk zijn geëxecuteerd in het dorpje Rawagedeh in toenmalig Nederlands Oost-Indië (het Comité Nederlandse Ereschulden heeft zich als eiser in de zaak gevoegd). Eisers vorderden een verklaring voor recht dat de Staat jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade. De Staat beriep zich op de verjaring van de vordering. De rechtbank oordeelde dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, echter uitsluitend jegens de weduwen van de geëxecuteerde mannen en de mannen die gewond zijn geraakt (het beroep op verjaring slaagt dus wel tegen volgende generaties wier belangen minder direct bij de executies zijn betrokken). Bij dit oordeel nam de rechtbank in aanmerking dat het gaat om een zeer uitzonderlijke situatie waarvoor geen precedent bestaat, dat de Staat van deze executies (ook naar toen geldend recht) een ernstig verwijt kan worden gemaakt¹⁷ (dus niet enkel op grond van gewijzigde inzichten), dat de Staat van meet af aan kennis droeg van deze feiten en niettemin een afwachtende houding heeft aangenomen, en dat het weliswaar om oude feiten gaat maar wel uit een periode van de Nederlandse geschiedenis die nog niet is afgewikkeld. Dat de Staat zelf ook nog geen streep heeft gezet onder deze periode blijkt uit het 'verruimde restitutiebeleid' ten aanzien van claims van (nabestaanden van) overlevenden van de Tweede Wereldoorlog.¹⁸ Bovendien gaat het om een periode uit de geschiedenis waarvan nog mensen in leven zijn die de aan de orde zijnde feiten hebben meegemaakt. Ten

15. Brophy: 'If there are going to be reparations, they will most likely not come from the courts, because of problems with locating a substantive basis for most suits and with locating appropriate plaintiffs and defendants, and because of the statute of limitations' (Brophy 2006, p. 126). Positief gesteld: 'To have a succesful lawsuit, there will need to be plaintiffs who have an identifiable connection to the harm of slavery, who locate defendants who caused the harm that those plaintiffs suffered, and somehow the plaintiffs will have to get over the statute of limitations' (Brophy 2006, p. 127).

16. Rb. Den Haag 14 december 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793.

17. Reeds in 1948 werden deze executies in een VN-rapport 'deliberate and ruthless' genoemd (r.o. 4.14).

18. R.o. 4.16, zie hierover Veraart 2012, p. 255: 'Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan de recente teruggave van kunstvoorwerpen die door de Nazi's waren geroofd en na de bevrijding in handen van de Nederlandse staat waren gekomen [op basis van de adviezen van de Restitutiecommissie, ML], maar ook aan de 764 miljoen gulden die door de staat, de beurs, verzekeraars en banken in 1999 en 2000 werd betaald aan de Nederlands Joodse gemeenschap ter compensatie van tekortkomingen in de wijze waarop het Nederlands rechtsherstel na de oorlog had plaatsgevonden.'

slotte weegt de rechtbank mee dat van onoverkomelijke bewijsproblemen geen sprake is omdat de Staat zowel de executies als de onrechtmatigheid daarvan heeft erkend.¹⁹

In een vergelijkbare zaak van een individuele weduwe van een slachtoffer van een executie te Peniwen (Oost-Java) tegen de Staat enkele jaren later, oordeelde de rechtbank dat ook de omstandigheid meeweegt dat ‘de Indonesische weduwen gezien hun juridische, maatschappelijke, culturele, politieke en economische positie lange tijd feitelijk geen toegang tot het recht hadden’, waardoor niet van hen kon worden verlangd dat zij de Staat aansprakelijk stelden binnen een redelijke termijn nadat de schade bekend was geworden. In deze zaak wees de rechtbank de vergoeding voor gedeerd levensonderhoud toe (en wees zowel de vordering tot vergoeding van immateriële schade als van een forfaitair bedrag van 20.000 euro af).²⁰ In weer andere (gevoegde) zaken deed de rechtbank op dezelfde dag uitspraak. Hier ging het om de gevolgen van misdragingen die in 1946 en 1947 plaatsvonden in (thans) Zuid-Sulawesi. In deze zaken oordeelde de rechtbank – anders dan in de zaak *Rawagedeh* – dat het beroep op verjaring niet alleen jegens de weduwen maar ook jegens hun kinderen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank woog mee dat de wet in het kader van de benadeelden door gedeerd levensonderhoud geen onderscheid maakt en dat niet valt in te zien waarom de kinderen daardoor minder getroffen zouden zijn dan de weduwen. Op de achtergrond van deze procedures speelt de politieke erkenning van het in voormalig Nederlands Oost-Indië gepleegde onrecht een rol. In 2005 heeft minister Bot in een toespraak in Indonesië erkend dat Nederland zich achteraf bezien ‘met de grootschalige inzet van Nederlandse militairen in 1947 aan de verkeerde kant van de geschiedenis heeft geplaatst’. Daarbij heeft hij namens de Nederlandse regering diepe spijt betuigd voor het daardoor bij een groot aantal Indonesiërs veroorzaakte leed. In 2013 heeft de Nederlandse regering in een regeling aangeduid als ‘de Bekendmaking’ uitgesproken te willen onderzoeken of met weduwen in een gelijke positie als de weduwen van *Rawagedeh* en Zuid-Sulawesi tot een minnelijke regeling kan worden gekomen.²¹ Ten slotte wees de Haagse rechtbank onlangs

19. Tegen dit vonnis is geen hoger beroep ingesteld, evenmin is een schadestaatprocedure gevolgd. De weduwen ontvingen van de Staat ieder een bedrag van 20.000 euro (plus kosten). Eenzelfde bedrag is in 2013 uitgekeerd aan ieder van tien weduwen en kinderen van slachtoffers van zuiveringsacties op (thans) Zuid-Sulawesi in 1946 en 1947.

20. Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2449.

21. Voluit: ‘Bekendmaking van de Minister van Buitenlandse zaken en de Minister van Defensie van 10 september 2013 (...) van de contouren van een civielrechtelijke afwikkeling ter vergoeding van schade aan weduwen van slachtoffers van standrechtelijke

vonnis in een zaak waarin een individuele benadeelde de Staat aansprakelijk stelde voor (de gevolgen van) de gestelde foltering tijdens verhoren afgenomen in de periode van de eerste politionele actie. De rechtbank wees het beroep op verjaring af en achtte bewezen dat de eiser bij ondervraging tijdens zijn Nederlandse gevangenschap in 1947 is geslagen met een stuk hout en dat toen een sigaret op zijn hoofd is uitgedrukt. De zaak resulteerde in een verklaring voor recht dat de Staat aansprakelijk is en in een immateriële schadevergoeding van 5000 euro.²²

In de zaak *Deardria Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation* werd de vordering van de eiseres afgewezen, kort samengevat omdat te veel tijd was verstreken. In de zaak van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden werden de vorderingen van de eisers toegewezen; kennelijk was hier nog niet te veel tijd verstreken. Natuurlijk hebben beide zaken zich in verschillende jurisdicties afgespeeld, maar toch rijst de vraag naar een (diepere) verklaring.²³ Dat is hier dan ook mijn onderzoeksvraag: wat verklaart het verschil tussen de beide uitspraken? Waar ligt de grens tussen aansprakelijkheid voor het slavernijverleden, en die voor de misdragingen in een postkoloniale oorlog in de jaren veertig van de vorige eeuw? Is dat louter dat er in het eerste geval meer tijd is verstreken dan in het tweede? Of betreft het niet louter een ‘*difference in degree*’, maar een ‘*difference in principle*’? Als dat laatste het geval is, welke principiële gronden zijn hier dan in het spel?²⁴ Hoe kunnen we die inzetten bij de beoordeling van nieuwe vorderingen op grond van historisch onrecht? Aan deze vragen is dit preadvies gewijd, waarbij ik vooralsnog onder ‘historisch onrecht’ niets meer of minder versta dan ‘die gevallen waarin, vele jaren na dato, langs juridische weg gezocht wordt naar erkenning en genoegdoening voor leed

executies in het voormalige Nederlands-Indië van vergelijkbare ernst en aard als Rawagedeh en Zuid Sulawesi.’ De Bekendmaking voorziet in een schikkingsbedrag van 20.000 euro per weduwe (inclusief alle kosten).

22. Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525 (zie ook Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702, Rb. Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8642, en Rb. Den Haag 8 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:4448).

23. Nadat deze tekst gereed was, las ik dat (ook) H.L. Wesseling de aansprakelijkheid voor slavernij en de gebeurtenissen in Rawagedeh vergelijkenderwijs bespreekt (Wesseling 2018, p. 33-42, met dank aan Jan Vranken die dit onder mijn aandacht bracht). Overigens wil Wesseling niets weten van excuses van de overheid voor het slavernijverleden of het koloniale verleden.

24. Hylton schrijft hierover: ‘If four generations is not too long, then why should we consider six generations too long? Once this question is seriously thrown into play in courts, many property rights and legal entitlements start to look less predictable. Since much of law, and especially property law, seeks to settle expectations, this is a position it should avoid’ (Hylton 2004, p. 49).

dat in het verleden is toegebracht aan (groepen) mensen hier en elders'.²⁵ Deze omschrijving is zowel partieel als vaag. Partieel, omdat zij uitsluitend iets zegt over de schaal van het onrecht en het tijdstip waarop het is gepleegd. Vaag, omdat in het midden blijft hoe groot die schaal moet zijn en hoe lang geleden het onrecht zich heeft afgespeeld. De reden om 'historisch onrecht' in dit stadium niet vollediger en preciezer te willen omschrijven is dat het nu juist deel uitmaakt van dit onderzoek om te verkennen welk historisch onrecht wél binnen het bereik van het aansprakelijkheidsrecht kan worden gebracht en welk onrecht niet. Dan is het geen goede start om op voorhand op grond van conceptuele overwegingen (door een definitie) de grenzen te trekken die het onderzoek juist in kaart wil brengen.

Het probleem van de afgrenzing van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht is in ons land nog niet systematisch onderzocht, al zijn er hier en daar wel aanzetten. Bovendien is in de Amerikaanse literatuur een debat gevoerd over de *slavery reparations suits* en zien wij ook in Nederland een opkomend maatschappelijk debat over het herstel van historisch onrecht in de sfeer van de dekolonisatie in voormalig Nederlands-Indië, het misbruik in de Rooms-Katholieke Kerk en andere vormen van historisch onrecht. Om die reden wil ik een verkennend onderzoek doen naar de rol die het aansprakelijkheidsrecht in Nederland zou kunnen spelen bij de omgang met historisch onrecht. Daarbij komt het geldende recht aan de orde, waaruit ik relevante leerstukken selecteer (zoals verjaring, onrechtmatigheid, causaliteit). Mede geïnspireerd door het Amerikaanse recht onderzoek ik welke denkrichtingen hier mogelijk zijn. Bovendien ga ik min of meer uitvoerig in op de vraag naar de legitimatie van aansprakelijkheid voor historisch onrecht; welke zijn de legitimerende principes en wat zijn hun grenzen? Hopelijk is daarmee niet alleen de theorievorming gediend, maar ook de rechtsvorming. Ik verwacht dat de civiele rechter in de nabije toekomst met (veel) meer gevallen van historisch onrecht zal worden geconfronteerd, en dat het aansprakelijkheidsrecht daardoor nieuwe wegen zal inslaan. Daarbij zullen zeker ook de 'zachtere' functies van het aansprakelijkheidsrecht worden aangesproken en nieuwe remedies worden beproefd. Die heb ik hier en daar wel genoemd, maar niet systematisch onderzocht (omdat zij weer niet specifiek zijn voor de aansprakelijkheid van historisch onrecht).

De opzet van dit preadvies is als volgt. In paragraaf 1.2 wordt de achtergrond geschetst: een paradigmawisseling in de manier waarop wij omgaan met

25. Giesen 2017, p. 1. Deze definitie omvat dus zowel de gevallen die toen al onrechtmatig waren als die welke dat nog niet waren, maar die wij achteraf wel als zodanig beoordelen ('onrecht' is hier dus niet in de beperkte zin van 'onrechtmatig' te verstaan, maar in de bredere zin van 'onrechtvaardig'). De reden hiervoor is dat ik op voorhand geen gevallen wil uitsluiten van de analyse.

het verleden. Juist doordat in de samenleving, de politiek en het recht het historische verleden steeds minder als een afgesloten hoofdstuk wordt beschouwd, wordt de vraag naar de aansprakelijkheid voor historisch onrecht relevant. Voor de beoordeling van vorderingen op grond van historisch onrecht is allereerst van belang de vraag naar de verjaring van die vorderingen. Verjaring beperkt de houdbaarheid van vorderingen in het civiele recht (par. 1.3), maar kan worden doorbroken. In paragraaf 1.4 wordt onderzocht welke omstandigheden voor de doorbreking van de verjaringsregeling in geval van historisch onrecht van belang zijn. Voorts onderzoek ik de invloed van het tijdsverloop op de onderliggende verbintenis uit onrechtmatige daad en de daarvoor geldende vereisten: onrechtmatigheid, causaliteit en schade (zie par. 1.5). De antwoorden op de vraag naar het *wanneer* van aansprakelijkheid laten nog veel onduidelijkheid bestaan, reden waarom wij het onderzoek vervolgen naar het *waarom* van aansprakelijkheid. Daarbij komen de onderliggende principes aan de orde: compensatie, restitutie, preventie, satisfactie (genoegdoening) en distributie (zie par. 1.6). In het licht van de bevindingen kunnen vervolgens de variabelen voor de toe- of afwijzing van vorderingen op grond van historisch onrecht worden onderzocht (zie par. 1.7). Daarbij zal blijken dat de zaak van Deadria Farmer-Paellmann zich in een aantal relevante opzichten onderscheidt van die van de weduwen van Rawagedeh (het tijdsverloop, de aard van de partijen, de gevorderde remedies, de morele legitimaties en de politieke afwegingen). Dat vormt het antwoord op de onderzoeksvraag naar de verklaring van het verschil in succes van de beide zaken. In paragraaf 1.8 rond ik af met enkele conclusies over de houdbaarheid van het aansprakelijkheidsrecht.

1.2 Omgaan met het verleden; een paradigmawisseling

Hoe wordt in onze samenleving, de politiek, de moraal en het recht met het verleden omgegaan? In de beantwoording van deze vraag heeft zich sedert ruwweg de Tweede Wereldoorlog een belangrijke kentering voltrokken, zó belangrijk, dat wel van een paradigmawisseling kan worden gesproken.²⁶ Voor die tijd was het historische verleden vooral een rustig bezit, zoals fraai tot uitdrukking komt in het uit de Duitse doctrine afkomstige leerstuk van de ‘*Unvordenklichkeit*’, het vermoeden dat een feitelijke toestand in het verleden op rechtmatige wijze was ontstaan en derhalve een rechtstoestand was. Het behelst twee elementen: (i) het positieve element

26. Bevernage spreekt van een ‘cultural turn in political science’ (Bevernage 2015, p. 2). Het begrip paradigma is hierin dus niet alleen als wetenschappelijke notie bedoeld, maar in een bredere maatschappelijke en culturele betekenis. Het is overigens niet de bedoeling in deze paragraaf stelling te nemen in een historisch debat, maar wel om de achtergrond te schetsen van de toenemende aandacht voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht, als ook van het dilemma dat daarbij onder ogen moet worden gezien.

houdt in dat een bepaalde generatie niet beter wist, dan dat een bepaalde toestand altijd zo geweest was, en (ii) het negatieve element houdt in dat het levende geslacht nooit van vroegere generaties had gehoord, hoe die toestand was ontstaan of wat eraan voorafgegaan was.²⁷ In dit opzicht stemmen gewoonte en verjaring overeen; beide consolideren een bestaande toestand. Omstreeks het midden van de dertiende eeuw deden de aan het Romeinse recht ontleende, en door het Canonieke recht ruimere toepassing gegeven, instituten van de *immemoriale possessie* en *praescriptie* hier te lande hun intrede, waarmee het accent verschoof naar het idee dat een bepaalde rechtstoestand was ontstaan door een lang tijdsverloop. Zij pasten wonderwel in een samenleving die gekenmerkt werd door respect voor sinds mensenheugenis bestaande toestanden.²⁸ De geschiedenis van het leerstuk van de verjaring vertoont tot aan de codificatie overigens een verbrokkeld beeld. Paradoxaal genoeg droeg het daarom nauwelijks bij aan waar het primair voor bedoeld was, namelijk het bieden van rechtszekerheid. In dit opzicht hebben de codificaties van 1838 en 1992 verbetering gebracht; strakke en scherpe termijnen begrenzen en legitimeren de beperkte houdbaarheid van rechtsvorderingen, en daarmee de vereenzelviging van feit en recht. Ik kom hierop terug bij de bespreking van de verjaring (par. 1.3).

Na de Tweede Wereldoorlog is dit paradigma vrij radicaal verlaten voor een andere manier van omgaan met het verleden, door sommigen wel aangeduid als een 'politiek van spijt'.²⁹ Onder invloed van de transitie van autoritaire naar democratische regimes en het idee van universele mensenrechten, werden wereldwijd nieuwe, indringende vragen gesteld over het min of meer recente historische verleden. Nadat de verhalen over een Duizendjarig Rijk, een klasseloze maatschappij en de superioriteit van rassen, standen en volken schipbreuk hadden geleden, vroegen overlevenden, slachtoffers en nabestaanden om erkenning van hun leed en om een beter begrip van dat verleden. Het resultaat is een 'democratisering van het verleden', een ander verhaal over het verleden waarin de onderdrukten van weleer een significante rol spelen waaraan zij erkenning ontleen, alsook de troost die een verklaring voor hun leed kan bieden.³⁰

Vanzelfsprekend ligt dan de schuldvraag om de hoek en daarmee wordt het herschrijven van de geschiedenis zelf voorwerp van (voortgezette) politieke strijd. Voor een belangrijk deel is de kans op een pacificatie van de

27. Van Iterson 1962, p. 427.

28. Van Iterson 1962, p. 471.

29. Olick & Coughlin 2003, p. 2-28. In kritische zin Torpey, die de preoccupatie met het verleden ziet als een substituut voor het verlies van perspectieven voor de toekomst als het socialisme en de natiestaat (Torpey 2001).

30. Cairns 2003, p. 48. Zie hierover ook Barkan 2003, p. 67.

onderdrukkers en onderdrukten van weleer afhankelijk van de mate waarin zij erin slagen samen te werken aan nieuwe verhalen over het gedeelde, traumatische verleden (vergelijk de rol van waarheidscommissies).³¹ De nalatenschap van de vorige eeuw biedt een overvloed aan aanleidingen om het verleden te onderzoeken en te herschrijven: behalve de Tweede Wereldoorlog en de Holocaust is er de nasleep van de dekolonisatie, de Apartheid, de slavenhandel, de onderdrukking van inheemse bewoners en de afwikkeling van het verleden in onder meer Tibet, Rwanda, Soedan en voormalig Joegoslavië. In al deze en andere gevallen wordt geprobeerd anders met het verleden om te gaan dan voorheen; niet meer als een voldongen feit of zelfs als een verdrongen verleden, maar als voorwerp voor onderzoek vanuit het perspectief van de destijds onderdrukten.³² Zowel de verwerking van het leed van onderdrukten als van collectieve trauma's is gediend met een onderzoek van het verleden dat leidt tot een nieuw en beter begrip van ieders plaats in de geschiedenis. Zowel de historicus als de jurist heeft hierin een taak:

'The historian, like the judge, has the duty of constructing a jurisprudential narrative — an Aristotelian exercise that, insofar as it deals with individual or collective actions, proceeds with a case-by-case sifting. Being jurisprudential, it is also 'prudential'; the narrative does not set Kantian categories as the criterion for plausible human behavior, but relies primarily on contextualization to establish what constituted culpable or nonculpable or even praiseworthy action.'³³

De geschetste paradigmawisseling heeft niet alleen gevolgen gehad voor de geschiedschrijving, maar ook voor het recht.³⁴ *'Coming to terms with the past'* is niet een eenvoudig concept; het omvat — naast geschiedschrijving — ook verontschuldigen, vergoeden, strafrechtelijke vervolging en het zoeken naar herstel binnen een samenleving. Voor overheden is het maken van

31. Deze oefening eindigt overigens zelden in volledige overeenstemming, maar veel vaker in enkele basisverhalen die elkaar deels overlappen. De vertegenwoordigers van die verhalen begrijpen wat hen verdeeld houdt en kunnen met die meningsverschillen leven (Maier 2003, p. 268-269).

32. Alan Cairns bespreekt de volgende (invloedrijke) studies: D. Goldhagen, *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, New York: Knopf 1996, I. Chang, *The Rape of Nanking: The Forgotten Holocaust of World War II*, New York: Penguin Books 1998, S. Courtois e.a., *The Black Book of Communism, Crimes, Terror, Repression*, Harvard University Press 1999, en R. Dussault & G. Erasmus, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, 5 volumes, Ottawa: Canada Communications Group Publishing 1996 (Cairns 2003).

33. Maier 2003, p. 266.

34. Waarmee ik niet wil zeggen dat het uitsluitend deze ontwikkeling is geweest die ten grondslag ligt aan de toegenomen aandacht voor aansprakelijkheid voor historisch onrecht. De tendens om in toenemende mate schade wegens persoonlijk leed door middel van het aansprakelijkheidsrecht te verhalen, speelt evenzeer een rol.

excuses vaak een eerste stap om de verhoudingen met andere staten of interne minderheden te apaiseren.³⁵ Het impliceert de aanvaarding van morele schuld of verantwoordelijkheid en is daarmee vaak de opmaat voor verdergaande maatregelen. Hoewel verontschuldiging niet altijd geaccepteerd worden, is het beginsel van verontschuldiging tamelijk onomstreden. Schadevergoeding is een volgende stap op de schaal van vormen van herstel. De Amerikaanse rechtsgeschiedenis biedt talloze voorbeelden van een bij wet ingevoerde bijzondere schadevergoeding voor historisch onrecht: de *Civil Liberties Act 1988* (waarbij aan Japanse Amerikanen 20.000 dollar werd uitgekeerd voor detentie tijdens de Tweede Wereldoorlog), de *Indian Claims Commission 1946-1978* (die claims beoordeelde vanaf 1776), de *Roosewood Compensation Act 1994* van Florida (voor de rassenrel in Roosewood in 1923) en de *Tulsa Riot Commission* (voor de rassenrel in Tulsa, Oklahoma, in 1921).³⁶ Een van de problemen van schadevergoedingen voor historisch onrecht (maar niet alleen daar) is het bepalen van de omvang: 'it puts a price on the priceless'.

'That is precisely the point of the exercise: to remove the losses from the realm of the sacred, the never-to-be-forgiven, into the realm of the politically negotiated. (...) The hitherto opposed parties — perpetrators and victims — are reaching across the gulf of historical hatred to resume a dialogue that will allow them to live together under some overarching rules of comity and coexistence. This involves what I have termed elsewhere "political reconciliation" (...) Those receiving reparation, in effect, must consent to a degree of closure: not closure on remembering or commemorating, but closure on material claims, assuming that all claims have been met and discussed and agreed upon.'³⁷

In ons taalgebied heeft Veraart een vergelijkbaar tussenstandpunt ingenomen ten aanzien van de geschetste paradigmawisseling.³⁸ Zijn standpunt gaat uit van de observatie dat de rechtsorde geneigd is om historisch onrecht te vergeten (*let bygones be bygones*), in het streven om bij te dragen aan een vreedzame en pluriforme samenleving. De verwerking van collectieve

35. Zo heeft president Clinton excuses gemaakt voor de slavernij, voor de genocide in Rwanda, de executie van burgers in de Koreaanse oorlog, de steun aan het militaire regime in Guatemala, medische experimenten op Afro-Amerikanen in Tuskegee, radiologische experimenten en landroof op Hawaï (Brophy 2003, p. 501). Recentelijk is bij ons de discussie gevoerd over ons slavernijverleden waarvoor de regering wel 'berouw' uitsprak, maar geen 'officiële excuses' wilde aanbieden (wat het verschil dan ook moge zijn, anders dan dat de laatste vaak (al dan niet terecht) als een opmaat voor de erkenning van aansprakelijkheid wordt beschouwd).

36. Brooks 2003, p. 73-76, Brophy 2006, p. 117-140.

37. Maier 2003, p. 264-265.

38. Veraart 2010, p. 44.

trauma's en het apaisering van (potentiële) conflicten kan echter gediend zijn met de (her)opening van een discussie over historisch onrecht. Het is daarom niet wenselijk de toegang tot het verleden volledig te blokkeren.³⁹ Anderzijds moet de rechtsorde ook niet faciliteren dat historisch onrecht permanent ter discussie wordt gesteld. Sommige claims tasten de sociale textuur van de samenleving aan of veroorzaken nieuw onrecht indien zij worden gehonoreerd.⁴⁰ Bovendien is geen beslissing denkbaar die werkelijk en definitief recht doet aan het onrecht uit het verleden. Zowel bij de plicht tot vergeten als de plicht tot herinneren ligt permanent slachtofferschap op de loer, aldus Veraart, in het eerste geval omdat de slachtoffers geen erkenning vinden voor hun leed, in het laatste geval omdat de juridische strijd om erkenning niet tot een einde komt. De opgave voor de rechtsorde is om de overgangen tussen heden, verleden en toekomst voor iedereen open te houden, maar op gezette tijden ook af te sluiten.

'Een menselijke, alledaagse rechtsorde zal de voorwaarden moeten bewaken waaronder herinneren, vergeten en vergeven betekenisvolle praktijken kunnen blijven, die op hun beurt de samenhang in een door individuele vrijheid en pluriformiteit gekenmerkte samenleving vergroten. Door beperkte, eindige antwoorden te produceren op oneindig onrecht uit het verleden, biedt de alledaagse rechtsorde niet alleen ruimte voor tal van buitenjuridische benaderingen van wat er in het verleden is gebeurd, maar ook voor zicht op de toekomst voor allen die zich in zijn invloedssfeer bevinden.'⁴¹

Veraart wijst er terecht op dat wegstijgen van historisch onrecht even schadelijk kan zijn als de neiging om ieder historisch onrecht alsnog met juridische middelen recht te willen zetten. Dat roept onmiddellijk de vraag op: wanneer wel en wanneer niet, en vooral, op welke gronden wel en niet? Bij het onderzoek van deze vragen dient het volgende te worden bedacht. In de eerste plaats werkt de terminologie van 'herinneren' en 'vergeten' in een juridische context misschien verwarrend. Vanuit juridisch gezichtspunt is de vraag veeleer hoe en onder welke voorwaarden een *closure* wenselijk of noodzakelijk is met betrekking tot herstel en schadeclaims, hetgeen op geen enkele manier aan de (sociaal)psychologische herinnering in de weg hoeft te staan. Sterker nog, in veel gevallen zal het aanbevelenswaardig zijn om historisch onrecht te blijven herinneren – door geschiedschrijving, monumenten, herdenkingen – zonder daar verder rechtsgevolgen aan te verbinden. Hieruit volgt – en dat is een tweede overweging –

39. In de woorden van Jeremy Waldron: 'Why not therefore change the present so that it looks more like the present that would have obtained in the absence of the injustice?' (Waldron 1992, p. 8).

40. Veraart 2010, p. 14.

41. Veraart 2010, p. 45.

dat civielrechtelijke schadevergoeding kan worden gezien als onderdeel van een breder spectrum aan remedies om met het verleden in het reine te komen — zoals het verrichten van historisch onderzoek, het maken van excuses, strafrechtelijke vervolging, maatschappelijke erkenning en politieke verzoening. Daarom is het belangrijk om aansprakelijkheid voor historisch onrecht niet geïsoleerd te beschouwen, maar als onderdeel van een bredere juridische, politieke en maatschappelijke context. Ook in een ander opzicht is een verbreding van het perspectief wenselijk. Wanneer wij ons tot het aansprakelijkheidsrecht beperken, is het bovendien belangrijk ons te realiseren dat het aansprakelijkheidsrecht niet alleen de remedie van schadevergoeding biedt. Het vervult daarnaast tal van functies die juist in het geval van (aansprakelijkheid voor) historisch onrecht van betekenis zijn, zoals de mogelijkheid van storytelling, waarheidsvinding, openbaarheid, verantwoordingsprocessen, erkenning door de rechter, *case by case*-rechtsvorming en de overbrugging van maatschappelijke of politieke tegenstellingen. Deze indirecte effecten zijn in deze context misschien wel minstens zo belangrijk als de uitkomst van een civielrechtelijke schadevergoeding.⁴² Maar dat neemt niet weg — en dat is de laatste overweging — dat ook in het aansprakelijkheidsrecht het dilemma van het herstellen van historisch onrecht dan wel het afsluiten van het verleden, actueel en omstreden is.

1.3 De beperkte houdbaarheid van de vordering; verjaring

Het instrument bij uitstek om te voorkomen dat ‘oud zeer’ leidraad van ons juridisch handelen wordt, is het leerstuk van de verjaring.⁴³ Het is daarom belangrijk inzicht te krijgen in het functioneren van dit instrument. ‘What is the justification for depriving a man of his rights, a pure evil as far as it goes, in consequence of the lapse of time?’, schreef Holmes.⁴⁴ De civielrechtelijke regeling van de verjaring is in de eerste plaats het resultaat van een belangenafweging van de wetgever; tegenover het belang van de schuldeiser een hem toekomende vordering te gelde te maken, staat het belang van de schuldenaar om niet tot in lengte van jaren met een rechtsovereenkomst te worden geconfronteerd.⁴⁵ Door het stilzitten van de schuldeiser heeft deze bij de schuldenaar de verwachting gewekt dat deze niet meer zal worden aangesproken. Voor de schuldenaar is het van belang dat het voor hem steeds moeilijker wordt om (tegen)bewijs te leveren.⁴⁶ Van hem kan niet worden verwacht dat hij het bewijsmateriaal oneindig lang blijft bewaren. Bovendien worden getuigenverklaringen na verloop

42. Kysar 2017.

43. Veraart 2010, p. 11.

44. Holmes 1897, p. 476.

45. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, 3.

46. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, 3.

van tijd minder betrouwbaar.⁴⁷ Verder zal de vermogenspositie van de schuldenaar met het verstrijken van de tijd niet meer zijn ingesteld op een vordering van de schuldeiser. Deze omstandigheden brengen mee dat civielrechtelijke claims een beperkte houdbaarheid hebben. Samengevat, in antwoord op de vraag van Holmes: ‘Statutes of limitations (...) in their conclusive effects are designed to promote justice by preventing surprises through the revival of claims that have been allowed to slumber until evidence has been lost, memories have faded, and witnesses have disappeared.’⁴⁸

De wetgever heeft daarbij een balans gezocht tussen de belangen van beide partijen. Daarmee worden tevens gedragseffecten beoogd. De schuldeiser dient zijn vordering tijdig in te stellen, omdat hij anders zijn vordering verliest.⁴⁹ Verjaring stimuleert dus om alert te zijn op het mogelijke bestaan van een vordering en deze vordering met een zekere voortvarendheid te effectueren.⁵⁰ Verjaring werkt overigens alleen wanneer naast het stilzitten van de schuldeiser ook de schuldenaar zich onthoudt van handelingen waardoor hij het bestaan van het vorderingsrecht zou erkennen.⁵¹ Het instituut van verjaring beschermt echter niet alleen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar, maar ook maatschappelijke belangen die boven de partijverhouding uitstijgen. Het zorgt ervoor dat het recht zich na verloop van tijd aansluit bij de feiten, het verschaft de zekerheid dat een feitelijke toestand ook een rechtstoestand representeert.⁵² Het gaat bij verjaring uiteindelijk dus om de zekerheid van rechtstoestanden als algemeen belang.⁵³ Daardoor draagt het instituut van verjaring bij aan maatschappelijke orde en rust.⁵⁴ Vanwege dit belang van rechtszekerheid kent de wet vaste, voor iedereen kenbare verjaringstermijnen, die volgens de rechtspraak van de Hoge Raad in beginsel strikt moeten worden gevolgd.⁵⁵

47. Koopmann 2010, p. 1.

48. U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005), p. 16.

49. Vandaar de discussie of verjaring een soort straf is voor de schuldeiser op het verzuim zijn recht uit te oefenen (zie Lichtenauer 1932, p. 15-19).

50. Van Schaick 2000, p. 592.

51. Lichtenauer 1932, p. 33. Erkenning is een van de stuitingsgronden (art. 3:318 BW).

52. Smeehuijzen 2004, p. 34, Koopmann 2010, p. 1.

53. Lichtenauer ziet verjaring als een onweerlegbaar wettelijk vermoeden (van het niet meer bestaan van een vordering en een corresponderende schuld). Gedurende het verloop van de verjaringstermijn wordt dat vermoeden steeds sterker totdat het — met het verstrijken van die termijn — als onweerlegbaar wordt beschouwd (een ‘praesumptio iures et de iure’) (Lichtenauer 1932, p. 34).

54. Lichtenauer 1932, p. 18, die spreekt over ‘la paix sociale’ en ‘ordre’ (onder verwijzing naar Planiol-Ripert-Esmein). Zie ook Lichtenauer 1962, p. 9, en Delva 1962, p. 7.

55. HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1867 (Van B./Diaconessenarbeid). Zie ook Van Dijk 2003, par. 2.

Voor de verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade gelden cumulatief een korte en een lange verjaringstermijn (art. 3:310 lid 1 BW). De korte verjaringstermijn van vijf jaren gaat in op de dag nadat de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden (hij wordt daarom wel ‘subjectief’ en ‘relatief’ genoemd). De lange verjaringstermijn van twintig jaar gaat in op de dag van de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (hij wordt daarom wel ‘objectief’ en ‘absoluut’ genoemd).⁵⁶ De ratio achter de beide verjaringstermijnen verschilt:

‘Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15.801, NJ 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag (...) De korte verjaringstermijn daarentegen, (...), staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid.’⁵⁷

De korte verjaringstermijn strekt ertoe dat de schuldeiser zijn vordering tijdig te gelde maakt, of anders gezegd, dat hij niet wacht totdat de lange verjaringstermijn verstrijkt. De lange verjaringstermijn strekt er vervolgens toe te verhinderen dat een vordering nooit, of pas na heel lange tijd verjaart (omdat de benadeelde nooit, of pas na heel lange tijd met de schade en/of de aansprakelijke persoon bekend raakt). Zij verzekert dat de vordering in ieder geval na twintig jaar na het schadevoorval verjaart. Bij de lange verjaringstermijn overheerst dus het (hiervoor genoemde) algemene belang van de rechtszekerheid, namelijk de zekerheid dat een rechtstoestand op een bepaald moment vaststaat.⁵⁸ Dat voorkomt dat onzekerheid omtrent de afdwingbaarheid van een verbintenis bredere maatschappelijke implicaties krijgt, waar derden last van kunnen hebben. Tevens voorkomt het dat procedures worden gevoerd over feiten die niet (goed) bewijsbaar meer zijn. Ten slotte kan als rechtvaardiging voor de lange verjaringstermijn worden genoemd dat de doeleinden van het aansprakelijkheidsrecht – zoals compensatie en herstel – rechterlijk ingrijpen na verloop van een lange periode minder wenselijk of noodzakelijk maken. Over het algemeen zal na verloop van twintig jaren de wond van de benadeelde door de tijd zijn geheeld, zo is de veronderstelling, het zou dan onnodig zijn om de status quo te doorbreken.⁵⁹

56. Smeehuijzen 2006, p. 9, en Holthuijsen 2001, p. 2-3.

57. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8186 (*Saelman/AZVU*).

58. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8186 (*Saelman/AZVU*).

59. Smeehuijzen 2004, p. 32 en 34-36. Overigens is inmiddels door reparatiewetgeving voor een viertal situaties een andere termijn gaan gelden (art. 3:310 lid 2-5 BW) (Smeehuijzen 2006, p. 12).

In het strafrecht wordt daar anders over gedacht, waar het de verjaring van internationale misdrijven of genocide betreft.⁶⁰ Hier gelden natuurlijk evenzeer argumenten vóór verjaring; procedurele redenen zoals het verloren gaan van bewijs, waardoor een eerlijk proces onmogelijk wordt, en inhoudelijke redenen, zoals de ontwikkelingen van de samenleving en de verandering van de verdachte die kunnen meebrengen dat bestraffing geen redelijk doel meer dient. Bij internationale misdrijven hebben de argumenten tégen verjaring evenwel zwaarder gewogen. De bewijsvragen liggen hier vaak net anders, maar bovenal gelden de feiten als te ernstig om een politiek van vergeten en vergeven te volgen. Omdat civiele vorderingen voortvloeiend uit internationale misdrijven wel kunnen verjaren, ontstaat de paradoxale situatie dat een dader wel strafrechtelijk kan worden vervolgd en berecht, maar op grond van dezelfde feiten niet door de benadeelden civielrechtelijk kan worden aangesproken. Zo is Van Anraat veroordeeld tot een gevangenisstraf van 16,5 jaar voor de levering van een grondstof voor mosterdgas aan het regime van Saddam Hoessein,⁶¹ maar zijn diverse civiele vorderingen tegen hem op grond van verjaring afgestuit.⁶² Zegveld concludeert dat civielrechtelijke verjaring in dergelijke gevallen niet van deze tijd is en pleit voor afschaffing. In de eerste plaats voert zij daartoe aan dat als het moreel juist is om ernstige misdrijven decennia later nog te vervolgen, dat zeker ook geldt voor het verhaal van schade door de slachtoffers. Voorts zijn in een civiele procedure partijen gelijk, waardoor zij in beginsel in dezelfde bewijspositie verkeren. De bewijslast ligt bovendien lager; het historisch onrecht als zodanig kan als vaststaand worden beschouwd, slechts de individuele betrokkenheid dient te worden bewezen. Omdat de bewijslast op de eisende partij rust, blijft een eerlijk proces verzekerd. Ten slotte rechtvaardigt ook het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet dit verschil in behandeling, aldus Zegveld, reden waarom ingrijpen van de wetgever gevraagd wordt.⁶³

-
60. Zie hierover Zegveld 2015, p. 7-9. Vgl. voor de internationale tribunalen: art. 1 Europees Verdrag betreffende de niet-toepasselijkheid van verjaring terzake van misdrijven tegen de menselijkheid en oorlogsmisdrijven (Straatsburg 1974), art. 1 Verdrag over de Niet-Toepasbaarheid van Statutaire Beperkingen voor Oorlogsmisdrijven en Misdrijven tegen de Mensheid 1968 (waarbij Nederland overigens niet is aangesloten), en (voor het Internationaal Strafhof) art. 11 en 29 Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (17-071998). Voor het Cambodja Tribunaal geldt hetzelfde. Ook op nationaal niveau geldt dat veel landen geen verjaringstermijn voor de vervolging en berechting van internationale misdrijven meer kennen. Voor Nederland sluit art. 13 Wet internationale misdrijven de verjaring uit (vgl. voor 'nationale' misdrijven de regeling van art. 70 Sr).
61. Hof Den Haag 9 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676, en HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4822.
62. Rb. Den Haag 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8087. Overigens niet alle civiele vorderingen, en niet op grond van Nederlandse maar op grond van Iraakse verjaringsregels.
63. Zegveld 2015, p. 11-16.

Zegveld maakt ons terecht attent op de ongerijmdheid dat Van Anraat wel strafrechtelijk kon worden vervolgd en berecht, maar in een aantal gevallen niet civielrechtelijk tot vergoeding kon worden aangesproken door de slachtoffers van zijn strafbare gedrag. De regeling van de verjaring heeft zich in het civiele recht en het internationale strafrecht verschillend ontwikkeld, hetgeen juist in een casus van historisch onrecht tot niet te rechtvaardigen verschillen kan leiden. De voorgestelde oplossing gaat echter te ver. In de eerste plaats zijn de problemen beperkt door de invoering van art. 3:310 lid 4 BW, dat in een dergelijk geval de verjaringstermijnen in het (Nederlandse) civiele recht gelijk trekt met die in het strafrecht.⁶⁴ In de tweede plaats verschil ik met Zegveld van mening over het karakter van verjaring, waar zij schrijft:

‘Verjaring zegt slechts dat iemand te laat is. Hij kon ooit zijn vordering geldig maken, maar hij heeft te lang gewacht. Verjaring geldt voor iedereen in gelijke zin en heeft meer met praktische onmogelijkheid te maken, wegens het verloren gaan van bewijs. Het is veel minder van principiële aard [dan de immuniteit van een staat in het volkenrecht, in welke context zij dit schrijft, ML].’⁶⁵

Hiervoor zagen wij dat verjaring niet slechts van praktische aard is; het instituut van verjaring raakt aan de zekerheid omtrent de juridische status van een feitelijke toestand en dient als zodanig een algemeen belang. In de context van historisch onrecht is verjaring een belangrijk instrument om het verleden tot rust te brengen. De maatschappij heeft behoefte aan waarheidsvinding en aan recht voor de slachtoffers, schrijft Zegveld terecht,⁶⁶ maar die samenleving heeft evenzeer behoefte aan maatschappelijke orde en rust.⁶⁷ De regeling van de verjaring dient ertoe om die orde en rust te bieden en de doorbreking van de verjaring kan behulpzaam zijn om de ene situatie van de andere te (onder)scheiden. Aan het slot van haar oratie onderzoekt Zegveld andere instrumenten om het verleden af te sluiten – zoals een beperking tot de eerste generatie slachtoffers, of de

64. Wet van 27 september 2012 tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het BW in geval van schade veroorzaakt door strafbare feiten (*Stb.* 454). De problemen in de zaak *Van Anraat* zijn ontstaan door de toepasselijkheid van buitenlands privaatrecht.

65. Zegveld 2015, p. 14.

66. Zegveld 2015, p. 11.

67. In deze zin ook Epstein: ‘As a basic matter, a statute of limitations has two major purposes. The first purpose is to make sure that the cause of action is brought when the evidence is fresh so that a trial can conclude with tolerable accuracy. Second, and equally laudable, these statutes allow parties to bring to closure past disputes so that everyone can get on with the business of life’ (Epstein 2004, p. 1183, onder verwijzing naar *United States v. Kubrick*, 444 U.S. 111, 117 (1979), met betrekking tot het verjaringsverweer onder de Alien Tort Claims Act).

beschikbaarheid van bewijs — maar zij lijkt ze geen van alle te ondersteunen. Moet de conclusie dan niet zijn dat civielrechtelijke verjaring juist wél van deze tijd is (al is de toepassing in een casus als die van Van Anraat dat niet)?⁶⁸ Zoals hierna zal blijken biedt de mogelijkheid van doorbreking van de verjaring door de rechter in gevallen van historisch onrecht een instrument om genuanceerd met de verjaringsregeling om te gaan.

1.4 De verlenging van de houdbaarheid; doorbrekings-jurisprudentie

In het arrest *Van Hese/De Schelde* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat op grond van art. 6:2 lid 2 BW in uitzonderlijke gevallen een beroep op de lange verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁶⁹ Voor de beoordeling van de vraag wanneer dat het geval is, heeft hij een gezichtspuntencatalogus geformuleerd. Daarbij staan zeven af te wegen gezichtspunten centraal, waaronder de aard van de schade, het bestaan van een uitkering uit andere hoofde en de mate van schuld van de aangesprokene.⁷⁰ In dit geval betrof het de aansprakelijkheid voor verborgen personenschade — een mesotheliom met een incubatietijd van dertig tot veertig jaar — waardoor de vordering verjaard was voordat de benadeelde van het bestaan ervan op de hoogte kon zijn.⁷¹ Deze rechtspraak is in lijn met de jurisprudentie van het EHRM over de verhouding tussen het leerstuk van de verjaring en het recht op toegang tot de rechter (art. 6

68. Zie ook Hylton: '(...) is the passage-of-time argument always a defensible ground for rejecting a claim for compensation or restitution? As a general matter, the answer is clearly yes. Expectations have to be settled at some point' (Hylton 2004, p. 48).

69. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5636 (*Van Hese/De Schelde*).

70. Het betreft de volgende gezichtspunten: (1) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en — mede in verband daarmee — of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde, (2) in hoeverre voor het slachtoffer resp. zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat, (3) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten, (4) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringsstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn, (5) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, (6) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt, (7) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld (deze gezichtspuntencatalogus is niet limitatief).

71. Op grond van dit arrest kan worden verdedigd dat de doorbrekingsleer ook voor andere vormen van (verborgen) schade geldt (zie Hebly 2017, p. 222), maar uit het op dezelfde datum uitgesproken HR-arrest *Rouwhoff/Eternit* volgt dat zij alleen van toepassing is als de rechtsovereenkomst verjaart voordat zij kan worden ingesteld (HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5634) (zie Van Schaick 2000, p. 591-592, en Wolters 2017, p. 81). Zie ook HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:AR3138 (*De Jong/Optimodal*) en HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:AT8782 (*Eternit/Horsting*).

EVRM). Volgens die jurisprudentie is verjaring in beginsel een passend middel voor legitieme doeleinden:

‘It is noteworthy that limitation periods in personal injury cases are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States. They serve several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent the injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time.’⁷²

Wanneer evenwel een vordering is verjaard voordat zij kon worden ingesteld – zoals in het geval van het verhaal van schade door een mesothelioom – is daarmee het recht op toegang tot de rechter in zijn kern aangetast. De beperking van het recht op toegang tot de rechter die verjaring van de vordering oplevert, is dan niet (langer) proportioneel ten opzichte van de door die verjaring beschermde belangen (rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling).⁷³ Omdat het Nederlandse recht voor die gevallen een doorbreking van de verjaring mogelijk maakt, is het verenigbaar met art. 6 EVRM.⁷⁴

In de literatuur is de nodige kritiek geuit op de gezichtspuntencatalogus uit *Van Hese/De Schelde*.⁷⁵ Deze kritiek klemmt temeer indien dezelfde gezichtspuntencatalogus soelaas moet bieden voor ongelijksoortige (categorieën van) gevallen. Naar het zich laat aanzien is dat aan de orde bij de gevallen van verborgen schade zoals de mesothelioomgevallen enerzijds – waarvoor de gezichtspuntencatalogus in het leven is geroepen – en de gevallen van historisch onrecht zoals *Rawagedeh* anderzijds. In de mesothelioomgevallen was de vordering van de benadeelde verjaard voordat hij of zij daarmee bekend was of had kunnen zijn, in de zaak *Rawagedeh* was dit niet zo. De nabestaanden van de slachtoffers van *Rawagedeh* waren natuurlijk van meet af aan bekend met de feiten die zij aan hun (veel) later ingestelde vordering ten grondslag hebben gelegd (al was de burgerlijke rechter in

72. EHRM 22 oktober 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1022JUD002208393 (*Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk*).

73. EHRM 11 maart 2014, ECLI:NL:XX:2014:126 (*Moor/Zwitserland*). Zie ook (voor andere gevallen dan een mesothelioom) EHRM 7 juni 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0707JUD000106207 (*Stagno/België*), en EHRM 17 september 2013, ECLI:NL:XX:2013:202 (*Eşim/Turkije*).

74. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494 (*Heijnen/Maersk*).

75. Stolker, in: T&C BW 2017, art. 3:310 BW, aant. 3c (online, bijgewerkt 1 juli 2017) (uitzondering op grond van art. 6:2 lid 2 BW (*Van Hese/De Schelde*)). Conclusie A-G Hartlief bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, r.o. 4.2.4.

Nederland voor hen nagenoeg onbereikbaar). Op die grond kan dan ook worden verdedigd dat hun vordering ten onrechte is toegewezen.⁷⁶ De conclusie kan echter ook zijn dat deze gevallen van historisch onrecht een nieuwe categorie gevallen van doorbreking van de verjaring vormen, waarvoor de gezichtspuntencatalogus van *Van Hese/De Schelde* niet is geschreven.⁷⁷

Wat zijn de kenmerken van deze nieuwe categorie van gevallen waarin doorbreking van de verjaring gerechtvaardigd is? Of, anders gezegd, welke omstandigheden rechtvaardigen de doorbreking van de verjaring in geval van historisch onrecht?⁷⁸ Uit de *Rawagedeh*-jurisprudentie kunnen de volgende gezichtspunten worden afgeleid (zie ook par. 1.1). In de eerste plaats de omstandigheid dat het gaat om een ‘zeer uitzonderlijke situatie waarvan in de Nederlandse jurisprudentie geen precedents bekend zijn’ (aldus de rechtbank in *Rawagedeh*). De ernst van de feiten — door Nederlandse militairen begaan in naam van de Nederlandse Staat — ‘tilt deze zaak als het ware uit boven gevallen van onrecht in de asbestzaken (...)’.⁷⁹ In de tweede plaats de omstandigheid dat het aan de Staat toe te rekenen handelen van de militairen ook naar toen geldend recht onrechtmatig was en zelfs strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtvaardigt (zij het dat destijds op opportuniteitsgronden van vervolging werd afgezien). In de derde plaats dat dit alles bij de Staat bekend was, maar kennelijk geen aanleiding vormde om iets aan dit onrecht te doen, hetzij door de daders te vervolgen, hetzij door de slachtoffers te compenseren. In de vierde plaats dat de slachtoffers door hun juridische, maatschappelijke, politieke en economische positie feitelijk geen toegang tot het recht hadden (aldus de rechtbank in de zaak *Peniwen*). In de vijfde plaats de omstandigheid dat het onrecht heeft plaatsgehad in een periode die naar het oordeel van de rechtbank ‘nog niet is afgewikkeld’. De rechtbank rechtvaardigt haar oordeel dat ook de Staat nog geen streep onder deze periode in de geschiedenis heeft getrokken door de parallel te trekken met het verruimde restitutiebeleid met betrekking tot de claims van (nabestaanden van) overlevenden van de Tweede Wereldoorlog. Ten slotte is van belang dat bewijsproblemen — ter voorkoming waarvan de verjaring onder meer strekt — zich hier niet voordoen (althans niet in de zaak *Rawagedeh* en daaraan verwante zaken).

76. Van Swaay 2011.

77. Veraart 2012, p. 254.

78. Het betreft hier de doorbreking van de lange verjaringstermijn (vgl. Rb. Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:782 (*treinkaping De Punt*) (r.o. 4.86-4.118) voor een doorbreking van de korte verjaringstermijn).

79. Veraart 2012, p. 254, waarmee natuurlijk niet de kritiek op gezichtspuntencatalogi in het algemeen is ondervangen (zie hiervoor).

In de recente uitspraak waarin de Staat aansprakelijk werd gehouden voor de gevolgen van de gestelde foltering tijdens het verhoor van de eiser, keren deze omstandigheden terug. De rechtbank noemt als relevante omstandigheden voor haar oordeel dat het beroep op verjaring in strijd is met de goede trouw (oud recht was van toepassing) dat: (1) de vordering van de eiser betrekking heeft op door hemzelf gevorderde immateriële schadevergoeding voor gesteld psychisch leed (waarvoor geen aanspraak op vergoeding bestaat uit andere hoofde), (2) de gedragingen van de Nederlandse militairen zowel naar de huidige inzichten als volgens de toen geldende normen onder geen beding toelaatbaar en bovendien zeer ernstig waren, (3) de Staat moet hebben geweten van de ernstige misdragingen van Nederlandse militairen tussen 1946 en 1949 tegenover arrestanten en (krijgs)gevangenen, (4) de eiser – als de weduwen van Rawagedeh – verkeerde in een toestand die gekenmerkt werd door een gebrek aan toegang tot het recht, (5) de eiser binnen een redelijke termijn nadat hij op de hoogte kwam van de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen, daartoe is overgegaan, (6) deze vordering stamt uit een buitengewone periode in de Nederlandse rechtsgeschiedenis die nog niet als afgewikkeld kan worden beschouwd, en (7) de bewijsproblemen zich weliswaar voordoen, maar niet alleen de Staat raken maar ook de eiser zelf, (8) deze beoordeling van geval tot geval dient te geschieden, zodat noch reden bestaat de doorbreking van de verjaring te beperken tot standrechtelijke executies, noch hoeft te worden gevreesd dat alle gedragingen van Nederlandse militairen in deze periode in rechte opnieuw aan de orde zullen worden gesteld.⁸⁰

Vormen deze omstandigheden de bouwstenen voor een nieuwe gezichtspuntencatalogus voor de doorbreking van de verjaring in gevallen van historisch onrecht (naast gevallen van verborgen schade)? Die bouwstenen zijn dan: (1) het uitzonderlijke karakter van het onrecht, (2) de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven, (3) de bekendheid daarvan bij de veroorzaker van het onrecht (die desondanks is blijven stilzitten), (4) de feitelijke onmogelijkheid van de slachtoffers of hun nabestaanden om hun vordering eerder te gelde te maken (niet anders konden dan stilzitten), (5) de niet-voltooid collectieve (maatschappelijke) verwerking van het onrecht, en (6) het ontbreken van de bewijsproblemen die doorgaans met tijdsverloop gemoeid zijn (dan wel een niet-ongelijkwaardige verdeling van de bewijslast).

Een testcase voor deze gezichtspuntencatalogus wordt geboden door het verhaal van de vrouwen die tussen 1860 en 1973 tegen hun wil

80. Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702.

te werk zijn gesteld bij de Zusters van de Goede Herder. Onlangs was in het nieuws dat vijf vrouwen die als meisje jarenlang onbetaald moesten werken in rechte erkenning en uitbetaling van hun niet-ontvangen loon eisen (gesteund door de lotgenotenorganisatie Vrouwenplatform Kerkelijk Kindermisbruik). Is hun vordering tegen de Rooms-Katholieke Kerk verjaard – zoals deze aanvoert – of is dat verweer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?⁸¹ De geïdentificeerde gezichtspunten uit de Rawagedeh-jurisprudentie zijn ook hier relevant. Het onrecht is zowel uitzonderlijk door zijn schaal (15.000 meisjes in Ierland, Frankrijk, België en Nederland), als door het veroorzaakte individuele leed (jarenlange gedwongen arbeid, soms gepaard met seksueel misbruik). Volgens de zusters waren de zogeheten Magdalena-wasserijen ‘deel van de cultuur van die tijd’, maar al in 1903 werden de nonnen in Frankrijk tot schadevergoeding veroordeeld. De bekendheid bij de zusters is een gegeven, evenals het onvermogen van de aan hen toevertrouwde meisjes om daar iets aan te doen. Voorts betreft het een periode in de geschiedenis die nog niet is afgesloten, getuige het onderzoek naar seksueel misbruik in de Katholieke Kerk (de Commissie Deetman en het vervolg daarop). Bewijsperikelen lijken geen obstakel om de verjaring te doorbreken. Kortom, de gezichtspunten wijzen ook hier in de richting van doorbreking van de verjaring.

De doorbrekingsjurisprudentie is bevredigend voor het rechtsgevoel. In de gevalscategorie van de verborgen schade stuit de verjaringsregeling op art. 6 EVRM; verjaring van de vordering blokkeert de toegang tot de rechter. In de gevalscategorie van historisch onrecht, doemen andere zwaarwegende belangen op om de werking van verjaring te begrenzen. De verwerking van een nationaal trauma en de wens om (historische) gerechtigheid te realiseren verzetten zich tegen de verjaring van een vordering op grond van historisch onrecht. Veraart verwoordt het als volgt: ‘Daarbij is de grondgedachte dat een rechtsstatelijk rechtssysteem onrecht uit het verleden niet mag blijven negeren (en daarmee vergeten), wanneer het om statelijk onrecht gaat dat groepen mensen doelgericht van de bescherming van dat rechtssysteem heeft uitgesloten.’⁸² Dat resulteert enerzijds in de erkenning van slachtofferschap, aldus Veraart, en anderzijds in de bijstelling van een vertekend historisch zelfbeeld.

Niettemin is er ook een keerzijde.⁸³ Hiervoor zagen we dat de regeling van de verjaring eveneens een publiek belang dient dat het partijbelang over-

81. Zie het commentaar van NRC op 24 mei 2018.

82. Veraart 2012, p. 259.

83. Veraart 2012, p. 258.

stijgt, namelijk het belang van de rechtszekerheid: dat de feitelijke toestand een rechtstoestand representeert, dat duurzame maatschappelijke verwachtingen gelegitimeerd zijn, en dat de maatschappelijke orde en rust worden gerespecteerd. Bij de doorbreking van de verjaring in geval van historisch onrecht draait het derhalve uiteindelijk om de vraag welke van deze beide (publieke) belangen de doorslag geeft: het belang dat historisch onrecht niet vergeten wordt, of het belang van maatschappelijke orde en rust.⁸⁴ Dat biedt alvast een antwoord op de vraag waarom in geval van vorderingen die teruggaan tot het slavernijverleden de verjaring minder snel doorbroken wordt dan in geval van vorderingen die teruggaan tot de dekolonisatie (zie par. 1.1). Niet alleen omdat de eerste (veel) ouder zijn dan de laatste, maar ook omdat bij de eerste het belang van de rechtszekerheid meer gewicht toekomt. Toewijzing van vorderingen op grond van het slavernijverleden impliceert immers een zo ingrijpende herverdeling van goederen en levenskansen dat de maatschappelijke orde en rust in het geding komen. Dat is bij de *Rawagedeh*-jurisprudentie veel minder het geval.

1.5 De houdbaarheid van de verbintenissen; de tijd en de onrechtmatige daad

Verjaring betreft de houdbaarheid van de vordering, niet die van de verbintenis. Ook al is de vordering verjaard, de verbintenis bestaat voort als een natuurlijke verbintenis (een niet-afdwingbare verbintenis).⁸⁵ De verbintenis is dus langer houdbaar dan de vordering. Daarvoor bestaat ook een goede reden: de praktische bewijsperikelen die de verjaring van de vordering rechtvaardigen beïnvloeden niet het bestaan van de onderliggende verbintenis. Maar hoe houdbaar is die onderliggende verbintenis eigenlijk? Hoe verhouden de vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zich tot het verloop van de tijd – of omgekeerd – welk effect heeft tijdsverloop op de onrechtmatigheid, de causaliteit, de schade en de remedie?

1.5.1 Onrechtmatigheid toen en daar...

Onrechtmatigheid is in beginsel tijdgebonden, in die zin dat zij wordt beoordeeld naar de op het moment van handelen geldende maatstaven. Een gedraging of nalaten is alleen dan onrechtmatig als het destijds als onrecht-

84. Waarbij dient te worden aangetekend dat het begrip ‘maatschappelijke orde en rust’ hier relatief is; voor de betrokkenen kan het als een soort tweede victimisatie worden ervaren.

85. TM, Parl. Gesch. BW Boek 3, p. 917, *Kamerstukken II 1970/71*, 3770, 5, p. 316. Zie over de zogenoemde ‘zwakke’ leer/werking van de verjaring ook Lichtenauer 1932, p. 39, en Lichtenauer 1962, p. 12-13.

matig werd beschouwd.⁸⁶ Indien ten tijde van de verweten gedragingen of nalatigheden wettelijke regels ontbraken of onvoldoende waren uitgewerkt, zijn beslissend de destijds heersende maatschappelijke opvattingen. Wat moet er op dat moment binnen de maatschappelijke kring waartoe de aangesprokene behoort bekend worden gedacht?⁸⁷ De achterliggende reden voor deze historische onrechtmatigheidsmaatstaf is dat op het moment van handelen de toelaatbaarheid van dat handelen in beginsel kenbaar moet zijn, zodat de aangesprokene anders had kunnen (en moeten) handelen. Hoewel dit uitgangspunt in beginsel onomstreden is, is de toepassing niet onproblematisch. Immers, hoe beoordeelt de rechter de onrechtmatigheid van gedragingen uit het min of meer verre verleden? Zeker wanneer geschreven normen ontbreken, en het dus aankomt op de betekenis van het gedrag, is dat geen eenvoudige opgave. De rechter is geneigd aanknopingspunten te zoeken bij geschreven teksten, zoals wetgeving, beleidsnota's of parlementaire stukken. In gevallen van gezondheids- en milieuschade verwijst de Hoge Raad nogal eens naar ontwikkelingen in de medische wetenschap, waarmee de werkgever destijds rekening had moeten houden. Zo oordeelde hij in 1998 in het *Cijsouw II*-arrest dat de werkgever al in 1949 de zorgplicht had om toe te zien op de naleving van de vereiste (ongeschreven) veiligheidsmaatregelen, ongeacht of naleving in vergelijkbare bedrijven toen gebruikelijk was. Van Boom en Barendrecht wijzen op het risico dat achteraf strengere normen worden toegepast dan toen werkelijk gangbaar waren.⁸⁸ Indien dat risico werkelijkheid wordt, verandert een gedragstoets in een impliciete risicotoedeling. Zij noemen het voorbeeld van tabaksschade; misschien was het in omloop brengen van tabaksproducten in (zeg) de jaren zestig van de vorige eeuw niet onbetamelijk, maar is het achteraf gezien niet redelijker de daardoor veroorzaakte gezondheidsschade voor rekening van de tabaksproducenten te laten komen dan voor die van de individuele benadeelde (gelet op de daarmee behaalde economische winst)? Een dergelijke aansprakelijkheid voor niet-onrechtmatige gedragingen uit het verleden zou de voorspelbaarheid – en daarmee de rechtszekerheid en verzekeerbaarheid – opofferen aan verdelende rechtvaardigheid, aldus Van Boom & Barendrecht. Wanneer het (veel) langer duurt voordat de risico's bekend worden – zoals bij asbest, milieugevaarlijke werkwijzen, borstprothesen en tabak – ligt (mede gelet op het massale karakter) een wettelijke oplossing misschien meer voor de hand.

86. HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2721 (*Cijsouw II*): '(...) De vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen.'

87. HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, NJ 2006/147 (*Hertel/Van der Lugt*), HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103 (*Eternit/Horsting*), HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, NJ 2017/363 (*SNS/Stichting*).

88. Van Boom & Barendrecht 2001, p. 52-58.

In geval van historisch onrecht spelen vergelijkbare overwegingen. ‘Zoveel is mijns inziens duidelijk’, schrijft Spier, ‘bij historisch onrecht gaat het in elk geval om handelingen die destijds al als laakbaar werden bestempeld’.⁸⁹ In de *Rawagedeh*-zaak werd geoordeeld dat de onrechtmatigheid van de in december 1947 onder Nederlands gezag gepleegde executies (die overigens niet door de Staat werd betwist) ook naar toen geldende maatstaven onaanvaardbaar waren. Die onrechtmatigheid was derhalve niet de resultante van nadien gewijzigde inzichten, aldus de rechtbank. Dat oordeel wordt ondersteund door een VN-rapport uit januari 1948 dat die executies als ‘*deliberate and ruthless*’ kwalificeerde. De horde van de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven kon hier dus vrij gemakkelijk worden genomen.⁹⁰ Dat ligt anders in het geval van slavernij, dat immers voor 1865 legaal was, en derhalve niet onrechtmatig.⁹¹ Vanwege het evident verwerpelijke karakter van slavernij is het verleidelijk om onze opvattingen van nu te projecteren op het verleden. Spier waarschuwt tegen dit gevaar van *hindsight bias*. Het aansprakelijkheidsrecht is er niet voor bedoeld om handelen dat destijds niet slecht of afkeurenswaardig was, achteraf alsnog als onrechtmatig aan te merken. Dat zou in het geval van slavernij bovendien de absurde consequentie hebben dat de nabestaanden van slaven met succes een vordering tot schadevergoeding kunnen instellen, terwijl die slaven zelf dat niet konden. Maar moeten we geen uitzondering maken voor schendingen van ‘*ius cogens*’, de harde kern van onvervreembare rechten? Spier voelt er niets voor:

‘Het is uitermate gevaarlijk om de geschiedenis te willen herschrijven. De gevolgen daarvan zouden ook hoogst willekeurig zijn (...). Als we aanvaarden dat de huidige inzichten over het verleden de norm worden voor het verleden, liggen lawines van procedures en schadevergoedingsclaims in het verschiet.’⁹²

Wat er ook van zij van het ‘*floodgate argument*’, het argument dat de normen van nu niet met terugwerkende kracht mogen worden toegepast is in de Amerikaanse literatuur juist in het geval van slavernij betwist. De reden is dat de institutie van slavernij niet zozeer legaal was, maar eerder gebaseerd was op de afwezigheid van recht. Slaven misten immers een juridische status, zij waren beroofd van ‘*life, liberty, and property*’, niet meer dan objecten waarover de eigenaar naar believen kon beschikken. De definitie van

89. Spier 2016, p. 10. Spier vertolkt hier kennelijk de opvatting dat andere gevallen van historisch onrecht – namelijk die waarin het handelen destijds niet onrechtmatig was – niet tot aansprakelijkheid zouden moeten leiden.

90. Dat geldt ook voor Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525.

91. Brophy 2003, p. 516, Brophy 2006, p. 113.

92. Spier 2016, p. 19.

slavernij impliceert nu juist dat de slaaf volledig is onderworpen aan de wil van een ander. De overheid is hier afwezig, het recht is niet van toepassing. Slavernij kan alleen bestaan in een juridisch en moreel vacuüm:

‘Slavery should be treated not as an institution sanctioned by the law, but as a corruption or displacement of law. Law and slavery are, in essence, “universal complements”, in the sense that the one can exist only in a space where the other is absent. Hence, the only morally consistent position that a state can take with respect to slavery is that it has never cohabited with that institution.’⁹³

In deze redenering is de toepassing van hedendaags recht op slavernij dan ook niet de vervanging van de normen van toen door de normen van nu; het betreft veeleer de (uiteindelijke) toepassing van recht in een destijds rechteloze situatie. Tegen deze redenering pleit dat dit subtiel onderscheid voor de gedaagde partij van nu weinig verschil maakt; hij wordt immers aangesproken op gedrag waarvan de ontoelaatbaarheid destijds niet of nauwelijks kenbaar was (hooguit in de nadagen van de slavernij). Dat maakt ons erop attent dat ook het vereiste van relativiteit problematisch is (art. 6:163 BW); zelfs als wordt aangenomen dat de verweten gedragingen destijds onrechtmatig waren, dan nog is de vraag of dit onrechtmatig is jegens de eisende partij van nu. In de woorden van de Amerikaanse rechter in de in de Inleiding aangehaalde zaak: ‘(...) the wrong to the Ancestor is not a wrong to the descendants’.⁹⁴

Hoe dat ook zij, de hiervoor geschetste redenering heeft wel een olievlekwerking. Er zijn ook minder extreme gevallen van vergaande feitelijke rechteloosheid en afhankelijkheid denkbaar dan slavernij, zoals bijvoorbeeld dwangarbeid. In die gevallen kan de notie van *ius cogens* — anders dan Spier betoogt — wel degelijk bijdragen aan de legitimatie van het onrechtmatigheidsoordeel.⁹⁵ De gedaagde partij wordt aangesproken op gedrag waarvan hij had kunnen en moeten weten dat het een schending van fundamentele rechten inhield van mensen die zich in een positie van rechteloosheid en afhankelijkheid bevonden. In die gevallen kan voldoende grond bestaan om te concluderen tot aansprakelijkheid voor historisch onrecht, ook al was het desbetreffende gedrag destijds formeel-juridisch

93. Hylton 2004, p. 11-12.

94. U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit 13 December 2006, In re African American Slave Descendants Litigation, 471 F. 3d 754 (7th Cir. 2006), p. 6.

95. Zoals het verbod op agressie, slavernij, kolonialisme, volkerenmoord, foltering, genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, het verbod op apartheid, internationale misdrijven en schendingen van het zelfbeschikkingsrecht van volken (zie Schrijver 2016, p. 120-121).

niet onrechtmatig.⁹⁶ De morele vraag is hier wie de lasten van morele vooruitgang draagt (zie hierna par. 1.6.2). Onder de genoemde omstandigheden is het alleszins verdedigbaar dat die lasten moeten worden gedragen door degenen die geprofiteerd hebben van de voordelen van het immorele verleden (de gedachte van de restitutie van de opbrengsten van ongerechtvaardigde verrijking). Wanneer die situatie zich voordoet lijdt het uitgangspunt dat onrechtmatigheid tijdgebonden is, uitzondering; in de gevallen waarin het handelen of nalaten betreft in een context van vergaande afhankelijkheid en feitelijke rechteloosheid van de benadeelde kan ondanks het ontbreken van onrechtmatigheid achteraf niettemin tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd. Dat betekent dat in ernstige gevallen van historisch onrecht niet te snel moet worden geconcludeerd dat onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven ontbrak en dus geen grond voor aansprakelijkheid bestaat.⁹⁷

Ik grijp terug op het voorbeeld van de vrouwen die tussen 1860 en 1973 tegen hun wil tewerk zijn gesteld bij de Zusters van de Goede Herder. Het gedrag van de kloosterorde wordt in beginsel beoordeeld naar de toen geldende maatstaven. Sommige gedragingen waren ook naar toen geldende maatstaven onrechtmatig, zoals bijvoorbeeld seksueel misbruik en verkrachting.⁹⁸ Over andere gedragingen is meer twijfel mogelijk; wanneer is nog sprake van goedbedoelde heropvoeding van wat toen heette ‘gevallen vrouwen’, en wanneer is ronduit sprake van dwangarbeid en uitbuiting? De jarenlange gedwongen tewerkstelling in wasserijen en naaiateliers vertoont zeker gelijkenis met slavernij (‘wij waren niet meer dan slaven’, zegt een slachtoffer).⁹⁹ Vrijheidsberoving, gedwongen (nagenoeg onbetaalde) arbeid, nauwelijks gelegenheid tot scholing, disciplinaire straffen; dit alles in een situatie van vergaande afhankelijkheid en feitelijke rechteloosheid. Hoewel de kloosterorde in een verklaring liet weten dat de wasserijen ‘deel van het systeem en de cultuur van die tijd’ waren, is niettemin alleszins verdedigbaar dat deze gedwongen arbeid als onrechtmatig wordt beoordeeld. Gegeven de afhankelijkheid van de meisjes van de zusters aan wier zorgen zij waren toevertrouwd,

96. Dit betreft derhalve de categorie van gevallen waarin het handelen destijds als rechtmatig werd beschouwd, maar ons achteraf met schaamte en afschuw vervult (zie par. 1.1).

97. Daarbij kan een rol spelen welke remedie wordt geëist; in het geval schadevergoeding wordt gevorderd, is er reden de lat hoger te leggen dan wanneer het gaat om een meer symbolische remedie (wanneer de gevolgen minder ernstig zijn en minder individueel worden gedragen, volstaat een minder vergaande legitimatie).

98. NRC 23 mei 2018, p. 4.

99. NRC 23 mei 2018, p. 5.

hadden die zusters – ondanks ‘het systeem en de cultuur van die tijd’ – anders kunnen en moeten handelen.

1.5.2 Causale verbanden met hier en nu...

In geval van historisch onrecht is het vereiste van een causaal verband tussen het oorspronkelijke onrecht en actuele schade bijzonder problematisch.¹⁰⁰ In algemene zin valt niet te ontkennen dat er verband bestaat tussen bijvoorbeeld slavernij en de actuele maatschappelijke achterstand van zwarte Amerikanen, maar het is geen sinecure om dat te vertalen in een juridisch kader. De schade staat in geval van historisch onrecht vaak in een te ver verwijderd verband van het onrecht, er is te veel gebeurd in de tussentijd. Voor een redelijke toerekening van gevolgen aan gedragingen missen we eenvoudigweg de kennis van de relevante genologische, causale en *counterfactual* relaties.¹⁰¹ Niettemin kan worden geprobeerd om de problematiek van het relatief lange tijdsverloop conceptueel te verhelderen. Daartoe wordt in de literatuur onderscheid gemaakt tussen drie verwante, maar verschillende soorten problemen, namelijk problemen (1) met betrekking tot de benadeelde (*victim attenuation*), (2) met betrekking tot de veroorzaker (*wrongdoer attenuation*), en (3) met betrekking tot de gedraging (*act attenuation*). Hoewel alleen de problemen met betrekking tot de gedraging (*act attenuation*) strikt genomen tot het causaliteitsvraagstuk gerekend kunnen worden, is het verhelderend ook de beide andere soorten problemen in deze context te noemen.

‘These interrelated but distinct components correspond to a perceived lack of connection between deceased slaves and present claimants (victim attenuation), between slave beneficiaries (slave holders and governments) and modern citizens or governments (wrongdoer attenuation), and between the harmful acts of slavery and any present injury (act attenuation).’¹⁰²

Wanneer deze problemen cumuleren, lijkt een vordering gericht op herstel betrekkelijk kansloos.¹⁰³ Dat wordt geïllustreerd door de *slavery reparations suits*, maar ook door de rechtszaken van inheemse Amerikanen.¹⁰⁴ Herstel-

100. Denkbaar is natuurlijk ook dat de schade toen is gevallen, maar de vordering nu pas wordt ingesteld.

101. Sher 1981, p. 4.

102. Wenger 2006, p. 289-290. Vgl. hetgeen in par. 1.1 is geschreven over de identificatie van de eiser en de gedaagde in *slavery reparations suits*.

103. ‘(...) no case that suffered from all three kinds of attenuation has successfully proceeded to a successful resolution through trial or settlement’ (Wenger 2006, p. 305).

104. Buiten de context van verdragen die met afzonderlijke stammen zijn gesloten (Wenger 2006, p. 304).

vorderingen lijken kansrijker in de mate waarin de bovenstaande problemen worden gereduceerd dan wel omzeild. De restitutie van roofkunst bijvoorbeeld is kansrijker indien ze wordt gevorderd *door* de erfgenamen van de oorspronkelijke eigenaren (dus geen *victim attenuation*), en wanneer zij wordt gevorderd *van* reeds lang bestaande overheden en privaatrechtelijke rechtspersonen (dus geen *wrongdoer attenuation*). De claims van Japanse Amerikanen werden ingesteld door of namens de gedetineerden zelf (dus geen *victim attenuation*). De zaak *Rawagedeh* vormt een andere illustratie. Zowel bij de eisers (de weduwen) als bij de gedaagde (de Staat) was voldoende continuïteit voor een succesvolle vordering. In de context van het beroep op verjaring vormde juist de grens tussen de weduwen en de kinderen voor de rechtbank bron van twijfel (in de zaak *Rawagedeh* alleen de weduwen, later ook de kinderen). Ten slotte vertoont ook de zaak van de vrouwen tegen de orde van de Zusters van de Goede Herder voldoende continuïteit om kansrijk te zijn (dezelfde slachtoffers, dezelfde Orde). Kortom, voldoende continuïteit tussen de benadeelden van toen en de eisers van nu enerzijds, en tussen de veroorzakers van toen en de gedaagden van nu anderzijds, vormt een belangrijke voorwaarde voor het succes van vorderingen op grond van historisch onrecht. Wat hier onder ‘voldoende’ moet worden verstaan is niet in zijn algemeenheid te zeggen; erfrechtelijke betrekkingen constitueren continuïteit, evenals voortdurende rechtspersoonlijkheid, maar daarna wordt het al snel problematisch.¹⁰⁵

Wanneer wij vervolgens inzoomen op de causaliteitsperikelen (*act attenuation*), dan wordt historisch onrecht gekenmerkt door een relatief lange periode tussen de oorzaak en het gevolg. Vanwege die lange tussenperiode – die wordt gekenmerkt door niet-ontwarbaar netwerk van oorzaken en gevolgen – is het nog problematischer dan anders om gevolgen aan oorzaken toe te rekenen. Op het eerste gezicht kan dat misschien worden toegeschreven aan de vele situaties waarin het gevolg is ondergedetermineerd door de oorzaak, dan wel juist is overgedetermineerd.¹⁰⁶ Van ‘ondergedetermineerdheid’ is sprake indien de initiële gebeurtenis een noodzakelijke voorwaarde is voor de actuele schade, maar niet een voldoende voorwaarde. Van ‘overgedetermineerdheid’ is sprake indien de initiële gebeurtenis een voldoende voorwaarde is voor de actuele schade, maar niet een noodzakelijke voorwaarde. Zo zou men kunnen betogen dat het slavernijverleden een noodzakelijke maar niet voldoende voorwaarde is voor de actuele achterstand van veel Amerikanen (getuige de vele succesvolle tegenvoorbeelden), of juist omgekeerd, dat het slavernijverleden juist een voldoende maar niet noodzakelijke voorwaarde is voor die achterstand

105. Zowel in juridische als in morele zin (Wenger 2006, p. 302, voetnoot 105). Zie ook Hylton 2004, p. 40.

106. Wenger 2006, p. 291.

(die er zonder het slavernijverleden ook zou hebben bestaan). Het debat rond de *slavery reparations* laat zien dat beide verhalen daadwerkelijk worden verteld en, sterker nog, de Amerikaanse samenleving verdeeld hebben gehouden.¹⁰⁷ Wanneer duidelijk identificeerbare causale verbanden ontbreken – doordat de geïdentificeerde oorzaken en gevolgen abstracte gebeurtenissen zijn die in de tijd ver verwijderd zijn – hebben wij kennelijk verbindende verhalen nodig waarin die gebeurtenissen zin en betekenis krijgen ('verklarende narratieven').¹⁰⁸ Enerzijds zijn die verhalen nodig om op dit niveau van abstractie de relatie tussen het historisch onrecht en zijn actuele gevolgen te verklaren, anderzijds brengen zij het debat over de causaliteit van het historisch onrecht en zijn actuele gevolgen in moreel en politiek vaarwater.

Misschien is daarom vruchtbaarder om op een concreter niveau van beschrijving te zoeken naar handvatten voor causale toerekening.¹⁰⁹ Daartoe kunnen herstellvorderingen als in de *slavery reparations suits* worden vergeleken met 'gewone' (letsel)massaschade waar in de kern de problematiek dezelfde is; er is een mogelijke verbinding tussen eisers en gedaagden, maar die is van onbepaalde aard. De toerekening van een bepaalde ziekte van de eisende partij aan een product van de gedaagde is een probleem met betrekking tot de gedraging (*act attenuation*). Het probleem van de identificatie van de veroorzaker in een markt van talloze producenten is een voorbeeld van *wrongdoer attenuation*, en de vereenzelviging van het leed van kinderen en kleinkinderen met de oorspronkelijke benadeelde is een oplossing voor *victim attenuation*.¹¹⁰ Soms cumuleren deze problemen, zoals de DES-zaak illustreert. Omdat wij al langer geconfronteerd worden met de problemen van massaschade dan met die van historisch onrecht, zijn er in die context ook al oplossingen gevonden voor het probleem van onzekere causaliteit.¹¹¹ Zonder enige pretentie van volledigheid noem ik hier de leerstukken van de omkeringsregel (*res ipsa loquitur*), alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW), proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans.

Toepassing van deze leerstukken in de context van slave reparations suits kan bijdragen tot een (partiële) oplossing van de gesignaleerde problemen. Zo kan statistisch bewijs worden ingezet om aan te tonen dat afstammelingen van slaven als groep een kleinere kans maken op welvaart dan de gemiddelde bevolking, waaruit kan volgen dat

107. Zie Brophy 2004 en Gross 2007.

108. Zie MacCarthy 2004, p. 15-22.

109. Zie Wenger 2006, p. 306-326.

110. *Affirmative action programs* als remedie vereisen niet de identificatie van een individuele benadeelde.

111. Voor een eerste overzicht verwijs ik naar Van 1995.

zij zonder slavernij beter af zouden zijn geweest. Daarmee is het causale verband tussen het slavernijverleden van de individuele eiser en zijn economische schade versterkt (*act attenuation*). Evenzo kan het leerstuk van het verlies van een kans worden ingezet om het probleem te adresseren dat wij nooit weten of – in het geval de benadeelde slaven normaal zouden zijn betaald voor hun arbeid – de eiser daarvan zou hebben geprofiteerd (*victim attenuation*). Wat de eiser in ieder geval is ontnomen is de kans dat hij of zij daarvan zou hebben geprofiteerd. Ten slotte kan ook het probleem van *wrongdoer attenuation* worden benaderd met het leerstuk van alternatieve causaliteit. In de DES-zaak oordeelde de Hoge Raad dat art. 6:99 BW van toepassing is op de situatie waarin een groot aantal benadeelden schade heeft ondervonden van een medicijn dat door een groot aantal producenten in omloop is gebracht, terwijl niet is te achterhalen van welke producent het medicijn afkomstig was waardoor de individuele benadeelde schade leed.¹¹²

De slotsom is dat het causaliteitsvereiste voor aansprakelijkheid in het geval van historisch onrecht problematisch is. Sinds de dagen van de initiële gebeurtenis (slavernij, genocide of welk historisch onrecht dan ook) is er teveel gebeurd om op een eenvoudige manier gevolgen aan oorzaken toe te rekenen (*act attenuation*). De causale ketens zijn eenvoudigweg te lang en mede daarom moeilijk te identificeren.¹¹³ Bovendien is de continuïteit van de eisende partij en de benadeelde (*victim attenuation*) enerzijds, en die van de gedaagde en de veroorzaker (*wrongdoer attenuation*) anderzijds, in veel gevallen allerm minst vanzelfsprekend. Dat betekent dat een eerste vereiste voor het succes van vorderingen uit hoofde van historisch onrecht is de continuïteit van eiser en gedaagde, hetzij door afstamming of krachtens erfrecht, hetzij door rechtspersoonlijkheid (privaat- of publiekrechtelijk). Voorts is van belang om het onrecht en de schadelijke gevolgen in een causaal relevant verband te brengen, waarbij andermaal onzekerheid kan ontstaan over de vraag wie nu wie kan aanspreken (onzekere causaliteit). De instrumenten die zijn ontwikkeld in het kader van de aansprakelijkheid voor massaschade – de omkeringsregel, alternatieve causaliteit, proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans – kunnen hier goede diensten bewijzen. Deze mogelijkheden zijn nog nauwelijks verkend. Ten slotte kunnen oorzaak en gevolg ook worden ingebed in een verbindend verhaal ('verklarend narratief'), waarin het onrecht, zijn culturele en

112. HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994, 535 (*DES-dochters*).

113. Zie ook Hylton: 'In the compensatory damages case that we considered earlier, the passage-of-time argument severely weakened the causation part of the plaintiff's claim, because there were so many ways that the slave's surplus labor could have been squandered or diverted to other uses over four, five, or six generations' (Hylton 2004, p. 46).

maatschappelijke gevolgen in een samenhangend verband worden gebracht. Daarmee verliest de toerekening aan scherpheid — de causale ketens worden vervangen door een causale deken — waardoor deze uitweg eerder geschikt lijkt voor meer symbolische remedies dan voor een vordering tot schadevergoeding. Ook voor een politieke oplossing lijkt dit een begaanbare weg om de causaliteitsproblemen het hoofd te bieden.

1.5.3 De schade en verder...

Met de problemen rond causaliteit is natuurlijk ook de schade in geval van historisch onrecht notoir problematisch.¹¹⁴ Welke actuele schade kan worden herleid tot het desbetreffende historisch onrecht? Is dat onrecht een *condicio sine qua non* voor de actuele schade?¹¹⁵ Welke gevolgen zijn naar redelijkheid (nog) toerekenbaar aan dat onrecht? Wat is bijvoorbeeld de relatie tussen de maatschappelijke achterstand van veel zwarte Amerikanen enerzijds, en de slavernij en de daaropvolgende periode van juridische en feitelijke achterstelling anderzijds? Als bij de afschaffing van de slavernij iedere vrijgelaten slaaf de spreekwoordelijke ‘*forty acres and a mule*’ was meegegeven, was er geen probleem geweest. Nu dat niet is gebeurd, rijst de vraag hoe de schade berekend kan worden. Kan die relatie worden geïdentificeerd op het niveau van een individuele benadeelde? En hoe dient de schade van de benadeelde dan te worden begroot? Epstein wijst op enkele van de notoire problemen bij individuele toerekening:

‘In the years since 1865 we have had at least seven generations, so that a direct descendant of a slave is 127 parts not slave descendant, unless there is another slave somewhere else in his or her line of ascent. The truncation worked by the statute of limitations prevents these reparations actions from lasting more than a single generation. To circumvent this problem, we have to contrive of some classwide payment that goes to no one in particular, but to entities who are said to represent these individuals. But at this point, why think of the claim as one of reparations when the program looks for more like some legislative initiative that does not have to observe the standard constraints of corrective justice, but simply has to command sufficient political support to pass.’¹¹⁶

In deze lijn pleiten sommige auteurs voor een collectivering van de schade, waarbij ‘schade’ als volgt wordt gedefinieerd:

114. Brophy 2003, p. 505, Hylton 2004, p. 46.

115. Ook hier dient te worden onderscheiden van de situatie waarin de schade toen is gevallen, maar nu pas wordt gevorderd.

116. Epstein 2004, p. 1185-1186.

'1) the failure to pay for slave labor and the contributions of slaves to the building of this country, and 2) the presumption of inferiority, devaluation of self-esteem, and other emotional injuries, pain, and suffering, that resulted from the institution of slavery.'¹¹⁷

Wat de eerste categorie schade betreft — de materiële schade — worden twee wijzen van begroting voorgesteld om het probleem te omzeilen dat geen causaal verband tussen een individuele veroorzaker en een individuele benadeelde kan worden gelegd (het probleem van *attenuation*).¹¹⁸ De eerste wijze van begroting berust op de vaststelling *welke afstammelingen* van slaven een opleiding zouden hebben gevolgd — zoals andere leden van de gemeenschap — en de veronderstelling dat al degenen die met hem of haar contact hebben gehad, daarvan zouden hebben geprofiteerd.¹¹⁹ De tweede wijze van begroting berust op de aanname dat *een bepaald percentage* zwarte Amerikanen een opleiding zou hebben gevolgd (vergelijkbaar met dat van een controlegroep), en dat de op die grondslag becijferde compensatie wordt verdeeld over de groep.¹²⁰ Bij de beide wijzen van begroting treedt een zekere mate van collectivering op, waarmee het probleem van *victim attenuation* wordt omzeild. In het eerste geval berust die collectivering op de olievlekwerking van de onrechtmatigheid,¹²¹ in het laatste geval op een verrekening tussen maatschappelijke groepen op grond van statistische gemiddelden. De keerzijde is een vergelijkbare collectivering aan de zijde van de veroorzaker; de veroorzaker is niet uitsluitend de slaveneigenaar (of diens afstammelingen), maar omvat al diegenen die slavernij gefaciliteerd hebben dan wel daarvan geprofiteerd hebben, zoals handelaren, banken, autoriteiten en consumenten (en hun afstammelingen). De veroorzaker is dus niet de individuele afstammeling, maar de hele gemeenschap (dus ook geen probleem van *wrongdoer attenuation*).¹²²

117. Verdun 1993, p. 631-632.

118. Beide berusten op de veronderstelling dat 'Depriving a man of an equal education means that he has less education for the rest of his life and that his children are raised in a family with less education' (Verdun 1993, p. 644).

119. Verdun 1993, p. 231-232.

120. Verdun 1993, p. 643.

121. 'Like branches of a tree, the injury to Florine Verdun is not only personal to her, but spreads to include those who come into contact with her, then to those who come in contact with those who come in contact with her, and so on. The injury is not an individual injury, but an injury that is experienced by the entire community or group' (Verdun 1993, p. 644).

122. 'Society, through all of its consumers, producers, governments, laws, courts, and economic institutions, perpetrated and supported the institution of slavery (...) Because society perpetuated and benefitted from the institution of slavery, all of society must pay' (Verdun 1993, p. 637-638). Een van de consequenties van een dergelijke collectieve afrekening is dat individuele betrokkenen tegelijkertijd als veroorzaker meebetalen aan herstel, en als benadeelde profiteren van dat herstel.

Al vrij snel leidt dat tot voorstellen om grote bedragen over te hevelen van de ene bevolkingsgroep naar de andere.¹²³ Zo is becijferd dat compensatie van de niet-betaalde lonen in de orde van 2 tot 4 triljoen dollar zal kosten. Daarbij doemen grote problemen op met betrekking tot de vraag wie gerechtigd is mee te delen respectievelijk verplicht mee te betalen, mede gelet op de veranderde samenstelling van de bevolking. Een andere mogelijkheid is om het volledige welvaartsverschil tussen het zwarte en witte deel van de hedendaagse Amerikaanse bevolking als een direct of indirect gevolg toe te schrijven aan het instituut van slavernij. Omdat de eerste groep 17% groter is dan de laatste, zou een vermogensverschuiving van 13% voldoende zijn. Maar wanneer we de verschillen in inkomsten van de huidige generaties willen uitsluiten van de compensatie voor historisch onrecht — ongeveer 50% van het verschil in welvaart — volstaat de helft van 13%. Hoe fijnmaziger intergenerationele variatie wordt verdisconteerd, hoe ingewikkelder de rekensom wordt.¹²⁴ Heel realistisch is dit overigens allemaal niet; ‘Reparations combine two policies that have been wildly unpopular in American political culture: taxes and group preferences.’¹²⁵

Wat de laatste categorie schade betreft — de immateriële schade — lijkt collectivering van de schade zo mogelijk nog problematischer; zij raakt immers aan het thema van racisme, het gevoel van superioriteit dan wel inferioriteit dat lang na de afschaffing van de slavernij de maatschappelijke, sociale, economische en culturele verhoudingen in de VS mede heeft bepaald. Wie de schade geleden door racisme wil begroten, staat voor een *mission impossible*.¹²⁶

1.6 Compensatie, restitutie, satisfactie of distributie?

De vraag naar het *wanneer* van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan niet worden beantwoord zonder inzicht in het antwoord op de vraag naar het *waarom*. De vraag naar het waarom versta ik dan als de vraag naar de morele of normatieve rechtvaardiging van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. Hoe past aansprakelijkheid voor historisch onrecht in

123. Conley 2003, p. 80-91.

124. Voor de economische problemen met betrekking tot de vaststelling van intergenerationele welvaart vgl. men Charles & Hurst 2001. Er is een correlatie tussen de welvaart van opvolgende generaties, maar de aard van die relatie is problematisch (Charles & Hurst 2001, p. 31).

125. Conley 2003, p. 89.

126. Ook hier speelt groepslidmaatschap een rol: ‘Group identity serves, in Verdun’s article as in much reparations scholarship, as proxy for evidence of discrimination’ (Brophy 2003, p. 507).

de (morele of normatieve) grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht? Welke gezichtspunten kunnen de weg wijzen bij de interpretatie van de (onduidelijkheden rond de) vereisten voor aansprakelijkheid voor historisch onrecht? Hierna zal blijken dat het antwoord op deze vraag afhankelijk is van het gekozen perspectief. De Amerikaanse literatuur laat zien dat de klassieke opvatting van het aansprakelijkheidsrecht als systeem en praktijk van corrigerende rechtvaardigheid niet meer dan een beperkte legitimatie biedt voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. Wanneer we een dergelijke op compensatie gerichte benadering echter verruilen voor een op restitutie of herstel gerichte benadering, dan blijkt de aansprakelijkheid voor historisch onrecht beter en gemakkelijker te legitimeren. Daarmee komt ook een andere rechtsgrond in beeld, namelijk aansprakelijkheid op grond van ongerechtvaardigde verrijking (in plaats van op grond van onrechtmatige daad). Zowel de compensatie van schade als de restitutie van voordelen kan de functie van de satisfactie of genoegdoening van de benadeelden dienen. Herstel van historisch onrecht komt ten slotte neer op een herverdeling van goederen of levenskansen en berust dan op overwegingen van distributieve rechtvaardigheid. In de mate waarin die herverdeling grootschaliger is wordt zij moeilijker te legitimeren. Bovendien ligt herstel dan meer op de weg van de wetgever via het publiekrecht dan op die van de rechter via het aansprakelijkheidsrecht. We raken hier verwijderd van de klassieke doelen van het aansprakelijkheidsrecht, zoals wij die kennen. Kortom, uiteindelijk is het de vraag waarvoor wij kiezen: compensatie, restitutie, satisfactie of distributie?¹²⁷

1.6.1 Compensatie

De aanhangers van de klassieke notie van corrigerende rechtvaardigheid hebben grote moeite met aansprakelijkheid voor historisch onrecht.¹²⁸ In de kern genomen impliceert de notie van corrigerende rechtvaardigheid dat de benadeelde door de veroorzaker wordt gecompenseerd voor (de gevolgen van) het onrecht dat hem door deze is aangedaan. In het geval van historisch onrecht is het niet alleen de vraag of het onrecht dat de bena-

127. Dat impliceert dat er niet een eenduidige legitimatie is voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht, zodat hier ook niet een eenduidig antwoord mag worden verwacht op de vraag hoe de grenzen in het aansprakelijkheidsrecht mogen/moeten worden getrokken. Wel beoogt deze paragraaf inzicht te verschaffen in het soort redenen dat aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan rechtvaardigen, alsook hun onderlinge samenhang.

128. Tenzij men abstraheert van de identiteitsproblemen: 'The principal moral intuition behind the idea of reparations is easy to grasp. If one agent has wrongfully harmed another, then the perpetrator has a prima facie moral obligation to repay, as far as possible, the damage to the victim (...). This is, of course, the intuition underlying the discourse of corrective or rectificatory justice from Aristotle to the present' (MacCarthy 2004, p. 752).

deelde is aangedaan wel identiek is aan dat waarvoor nu compensatie wordt gevraagd, bovendien is het de vraag of de eiser (van nu) wel kan worden geïdentificeerd met de benadeelde (van toen).¹²⁹ Zo heeft Jeremy Waldron betoogd dat onrecht in het verleden tot niet meer dan symbolische aanspraken in het heden kan leiden. Historisch onrecht kan worden ingehaald door de tijd en zich — door sociale en economische veranderingen — ontwikkelen tot een rechtvaardige status quo. In dat opzicht verschilt historisch onrecht van recent onrechtmatig gedrag waarvan de gevolgen nog steeds voortduren (zoals de diefstal van mijn auto vorige week).¹³⁰ Historisch onrecht kan dan ook niet meer dan beperkt houdbare aanspraken rechtvaardigen. Daar komt nog bij dat het — door de tussenkomst van vele toevallige gebeurtenissen en intentionele gedragingen — principieel onmogelijk is te bepalen in welke positie de eisers zouden hebben verkeerd indien het onrecht destijds niet had plaatsgevonden.¹³¹ Aanspraken op goederen en rechten brengen structuur in het bestaan van de gerechtigde, die er zijn leven en plannen op heeft gebaseerd. Dat gold voor de oorspronkelijk gerechtigden en voor degenen die thans in het bezit van die goederen en rechten zijn, maar niet voor degenen die thans het bezit ervan claimen op grond van historisch onrecht.¹³² Het herstel van historisch onrecht is verleidelijk. Waarom zouden we de wereld niet meer willen laten lijken op de wereld zoals die er zonder onrecht zou hebben uitgezien? Toch moet aan die verleiding weerstand worden geboden, aldus Waldron, omdat zij in feite neerkomt op een herverdeling van goederen en rechten: ‘Reparation of historic injustice really is redistributive: it moves resources from one person to another.’¹³³

Het standpunt dat de morele legitimatie van compensatie voor historisch onrecht met het verstrijken van de tijd afneemt, is eerder verdedigd door Sher. Zijn redenering is als volgt. Historisch onrecht beperkt de levenskansen van latere benadeelden. Het gebruik dat zij van die levenskansen zouden hebben gemaakt is evenwel mede afhankelijk van hun eigen omissies en gedragingen. Maar als dat zo

129. Volgens Weinrib wordt corrigerende rechtvaardigheid gekenmerkt door de noties van correlativiteit en persoonlijkheid (Weinrib 2012, p. 15-29). Beide zijn onverenigbaar met aansprakelijkheid voor historisch onrecht.

130. Waldron 1992, p. 14 en 24.

131. Wat zou er bijvoorbeeld gebeurd zijn als de rechtmatige eigenaar destijds niet onrechtmatig zou zijn onteigend? Het is mogelijk dat de eisers van nu daarvan de schadelijke gevolgen ondervinden. Maar het is ook mogelijk dat de eigenaar zijn goederen destijds zou hebben vergokt. Dat is afhankelijk van een keuze die hij in vrijheid zou hebben gemaakt. Daarom is de onzekerheid daarover niet slechts een epistemologisch probleem (we weten het niet), maar een principieel probleem (we kunnen het niet weten) (Waldron 1992, p. 9-11).

132. Waldron 1992, p. 18-19.

133. Waldron 1992, p. 13.

is, dan hebben opeenvolgende generaties steeds minder aanspraak op compensatie, aangezien steeds meer individuele keuzes interfereren en in hun gevolgen cumuleren. Uiteindelijk is er weinig of niets meer te compenseren.¹³⁴

Stel dat een veelbelovende student op discriminatoire wijze wordt uitgesloten van studie aan een prestigieuze Law School. De student geeft het op en loopt een glansrijke carrière mis. Zijn kinderen groeien op in een middenstandsmilieu en missen daardoor eveneens de topcarrière die zij misschien zouden hebben gehad als hun vader die had gehad. Het nadeel dat opeenvolgende generaties lijden is daardoor mede het gevolg van de cumulatie van het eigen handelen van henzelf en hun voorouders.¹³⁵ De conclusie is dat aanspraken op compensatie voor historisch onrecht vervagen met het verstrijken van de tijd.

Aan de andere zijde van het spectrum vinden wij de standpunten die wel een rechtvaardiging behelzen voor claims van nabestaanden. Daartoe worden in de literatuur twee redeneringen verdedigd. De eerste berust op de olievlekwerking van onrechtmatigheid (het 'Broxill/Sher-argument') en de tweede op de bijzondere aard van familiebanden. Eerst het Broxill/Sher-argument, dat een oplossing beoogt te bieden voor het *non-identity problem*: hoe kan iemand aanspraak hebben op compensatie voor historisch onrecht, zonder hetwelk hij of zij niet (eens) zou hebben bestaan? Historisch onrecht bepaalt namelijk niet alleen hoe het mensen vergaat, het bepaalt ook (tot op zekere hoogte) welke mensen bestaan.¹³⁶ Hoe gaan we daar mee om? Een van de oplossingen is een 'vermenigvuldiging van de aansprakelijkheid':

'Transgressors owe their victims compensation for the harms they have suffered. When those victims have children, in many cases the transgressor commits a new injustice by failing to compensate the original victims for the earlier injustice. If a child has a right to parental support, a transgressor might wrong a child subsequently born to victims of an earlier injustice. The wrong compensable to the child would be the post-conception denial of commodities to which the child has a claim.'¹³⁷

134. Sher 1981, p. 13.

135. Sher 1981, p. 11-14.

136. '(...) injustices not only affects how people fare. It can also determine what people there are' (Thompson 2001, p. 117).

137. Cohen 2008, p. 101.

De redenering is dat de pleger van het initiële onrecht niet alleen onrechtmatig handelt jegens de direct benadeelden, maar ook jegens hun kinderen indien en voor zover hij weigert de gevolgen van dat onrecht te compenseren en die kinderen daardoor zorg wordt onthouden waarop zij recht hebben (jegens hun ouders).¹³⁸ Indien en voor zover de kinderen aanspraak hebben op verzorging jegens hun ouders, en daaraan door het initiële onrecht en de weigering dat te compenseren tekort wordt gedaan, ontstaat een nieuw recht van de kinderen jegens de oorspronkelijke pleger op grond van nieuw onrecht (bestaande in het niet-compenseren van de ouders).¹³⁹ Het bijzondere van deze redenering is dat zij herhaalbaar is ten aanzien van volgende generaties. Het nalaten de kinderen voor het nieuwe onrecht te compenseren kan weer een onrechtmatigheid opleveren jegens hun kinderen (de kleinkinderen van de directe benadeelden) enzovoort. In feite levert deze redenering dus de morele legitimatie voor aanspraken van een onbeperkt aantal generaties, indien en voor zover aantoonbaar is dat zij schade leiden door de niet-naleving van de ouderlijke zorgplicht.¹⁴⁰

In het verlengde hiervan berust de tweede legitimatie op de bijzondere aard van familiebanden. Zij gaat terug tot het werk van Rawls over *justice as fairness*, waarin familiebanden (ook tussen generaties) een speciale legitimatie bieden.¹⁴¹ Degenen die in de *original position* principes van rechtvaardigheid kiezen doen dat namelijk niet als individu, maar als *representatives of families*:

‘The parties are thought of as representing continuing lines of claims, as being so to speak deputies for a kind of everlasting moral agent or institution. They need not take into account its entire life span in perpetuity, but their goodwill stretches over at least two generations. Thus representatives from periods adjacent in time have overlapping interests. For example, we may think of the parties as heads of families, and therefore as having a desire to further the welfare of their nearest descendants. As representatives of families their interests are opposed as the circumstances of justice imply. It is not necessary to think of the parties as heads of families, although

138. Cohen 2008, p. 81-92.

139. Dit nieuwe recht ontstaat dus onafhankelijk van eventuele vererving van de aanspraken van de ouders op de pleger (Cohen 2008, p. 95).

140. ‘In this way, the Boxill/Sher argument can spun down generations’ (Cohen 2008, p. 94). Cohen bespreekt daarbij de complicatie dat de kinderen daardoor beneden een minimumwelstandsniveau moeten leven, maar dat is voor de kern van de redenering niet van belang (Cohen 2008, p. 92-95).

141. Sommige auteurs baseren de aansprakelijkheid voor historisch onrecht direct op *justice as fairness*; ‘Correcting this legacy of past injustice, making these wrongs right, so far as practically possible and morally permissible, seems clearly to be a moral-political requirement of justice as fairness’ (MacCarthy 2004, p. 753).

I shall generally follow this interpretation. What is essential is that each person in the original position should care about the well-being of some of those in the next generation, it being presumed that their concern is for different individuals in each case. Moreover for anyone in the next generation, there is someone who cares about him in the present generation. Thus the interests of all are looked after and, given the veil of ignorance, the whole strand is tied together.¹⁴²

Tegen deze achtergrond kan de vraag worden gesteld of aan de intergenerationale dimensie van rechtvaardigheid niet tekort wordt gedaan door auteurs als Waldron die de bewijslast voor wat er zonder het historisch onrecht zou zijn gebeurd, in feite bij de eisers neerleggen. Is het niet redelijker, mede gelet op de familiebanden tussen de benadeelden van toen en de eisers van nu, om de bewijslast bij de veroorzaker te leggen?

‘From the perspective of representatives of family lines there is good reason to shift this burden from those who defend reparative claims to those who oppose them. This is most obviously so in those cases where descendants can claim an unconditional right to a family possession. What their forebears might have done with this possession if the injustice had not been done is of little or no relevance (...) Entitlements that result from expressions of love and concern intrinsic to family relationships ought to be regarded with great respect. A society that wants to protect and promote these relations should give the claims of descendants the benefit of the doubt.’¹⁴³

Maar ook dan rijst natuurlijk de vraag naar de begrenzing: hoeveel generaties verder legitimeert dit voordeel van de twijfel nog de aanspraken van nagelaten betrekkingen? Rawls en anderen suggereren (minstens) twee generaties; de zorgen van ouders over de gevolgen van onrecht dat hen is aangedaan reikt in het algemeen ook niet zoveel verder dan de kinderen en de kleinkinderen.¹⁴⁴ Dat suggereert dat daar een grens moet worden getrokken,¹⁴⁵ maar er zijn uitzonderingen. Daartoe behoren natuurlijk in de eerste plaats erfrechtelijke aanspraken op specifieke voorwerpen. Vanuit dit perspectief moet echter ook voor aanspraken op grond van het slavernijverleden een uitzondering worden gemaakt, omdat slavernij een onrecht is dat direct tegen (het aangaan van) familiebanden is gericht:

142. Rawls 1971, p. 128-129.

143. Thompson 2001, p. 130.

144. Maar Rawls spreekt ook van ‘deputies for a kind of everlasting moral agent or institution’.

145. Thompson 2001, p. 132.

‘In the case of injustices against family lines the case can be made even when an injustice was committed a long time ago. A family line, as I have indicated, is not merely a succession of generations. A family, like a community, has a history — a narrative that connects past and present members and gives individuals a place and role in an intergenerational story of birth, death, marriage, family relationships, loss, and renewal.’¹⁴⁶

De slotsom tot zover is dat de aanhangers van de klassieke benadering van het aansprakelijkheidsrecht als het domein van corrigerende rechtvaardigheid, terughoudend zijn waar het de aansprakelijkheid voor historisch onrecht betreft. Auteurs als Waldron zien enerzijds geen morele legitimatie voor aanspraken op grond van historisch onrecht — omdat die legitimatie afneemt met het verloop van de tijd — en wijzen anderzijds op de onoverkomelijk geachte problemen voor de beoordeling van dergelijke aanspraken. Die benadering heeft niettemin ook kritiek uitgelokt, zoals wij zagen. Waldron vindt auteurs op zijn pad die wel ruimte zien voor aansprakelijkheid op grond van historisch onrecht jegens kinderen en verdere generaties, hetzij via de olievlekwerking van de onrechtmatigheid (het Broxill/Sher-argument), hetzij via de bijzondere aard van familiebanden (in de lijn van Rawls).

1.6.2 Restitutie

De aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan ook worden gebaseerd op de restitutie van de voordelen (*the unjust enrichment model*), naast de hiervoor besproken compensatie van de benadeelden (*the torts model*). Voor een succesvolle vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is vereist dat de ene partij is verrijkt ten koste van de andere partij en dat de verrijking een redelijke grond miste (art. 6:212 BW). De vordering strekt tot restitutie van de genoten voordelen en wordt dan ook begrensd door zowel de verrijking, de verarming, als de redelijkheid. Later opgetreden verminderingen die niet aan de verrijkte partij kunnen worden toegerekend, blijven buiten beschouwing (art. 6:212 lid 2 BW). Hetzelfde geldt voor verminderingen die plaatsvonden in een periode waarin deze met restitutie geen rekening hoefde te houden (art. 6:212 lid 3 BW). Het beginsel van restitutie is bovendien aan de orde in de context van de winstafdracht (art. 6:104 BW), waardoor het bereik van de beginselen van compensatie en restitutie elkaar

146. Thompson 2001, p. 133-134. Zie over de relatie tussen slavernij en familiebanden als een van de met slavernij verbonden *social torts* ook Hylton 2004, p. 17-34.

overlappen.¹⁴⁷ In al deze gevallen staat de restitutie van het genoten voordeel voorop,¹⁴⁸ en niet de compensatie van het geleden nadeel.¹⁴⁹

In de VS zijn daadwerkelijk restitutievorderingen voor verrichte slavenarbeid ingesteld (zoals in de zaak die in par. 1.1 is aangehaald). De vordering tot restitutie van genoten winst is hoger dan die tot vergoeding van onbetaalde arbeid: 'Under a restitution theory, the slaveholder would be asked to return to his victim the gain or profit he enjoyed as a result of slavery. This would lead to a larger damage claim than one based on unpaid wages. For example, if the value of an hour of the slave's work to the slaveholder was \$20, and the slaveholder paid the slave (in terms of food and housing) \$10, then a claim for unpaid wages might lead to a damage award equal to the difference between the wage that would have been paid and the \$10 actually paid. If the wage that would have been paid is \$14, then the damage award would be equal to \$4 multiplied by the number of hours. A claim for restitution, however, would lead to a damage award equal to \$10 multiplied by the number of hours' (Hylton 2004, p. 42).

De discussie over de restitutie van ongerechtvaardigde voordelen uit historisch onrecht is veelomvattend en uitgebreid, zelfs wanneer zij ons beperken tot de context van de *slavery reparations suits*. Zij strekt zich uit van de processuele en doctrinaire aspecten van herstellvorderingen tot de morele legitimatie die het beginsel van restitutie kan bieden in vergelijking met compensatie. Wat de processuele en doctrinaire aspecten betreft, lijken vorderingen op grond van ongerechtvaardigde verrijking voor de eisers op het eerste gezicht voordelen te bieden boven vorderingen uit onrechtmatige daad. De inzet van een procedure is immers of de gedaagde ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van de eiser, ongeacht de schade van de eiser en de onrechtmatigheid van het handelen van de gedaagde. Bij nader inzien rijzen echter vergelijkbare problemen als eerder in de context van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (zie in par. 1.5). Is deze gedaagde wel verrijkt ten koste van deze eiser? Wat zou er zijn gebeurd met de vruchten van de arbeid van de voorouders van de eiser als die wel zou zijn beloond? Zouden zij dan tot het vermogen van eiser (zijn gaan) behoren? En zijn zij – nu dat niet is gebeurd – wel in het vermogen van de gedaagde beland? En als daadwerkelijk zo'n vermogensverschuiving is opgetreden,

147. 'Restitutie' is daarom eerder een maatstaf dan een rechtsgrond (Brophy 2006, p. 113).

148. Restitutie te verstaan als principe en maatstaf voor herstel, in de context van welke rechtsgrond dan ook.

149. 'In essence, the difference is between the harm to one person and the benefit to the other. Harm is almost always greater than benefit' (Brophy 2006, p. 104, Brophy 2003, p. 514-523).

is die dan wel ongerechtvaardigd geweest, gelet op de omstandigheid dat slavernij destijds een aanvaard instituut was?¹⁵⁰

Brophy is een van de auteurs die bereid lijkt deze horden te nemen. Hij noemt in de eerste plaats de situaties waarin het om concrete goederen gaat. Wanneer door slavenarbeid een plantagewoning is gebouwd die er nog steeds staat, is restitutie van het resultaat van de ongerechtvaardigde verrijking gerechtvaardigd, ook wanneer de woning door erfopvolging of verkoop in andere handen is gekomen.¹⁵¹ Voorts noemt hij de mogelijkheid van een claim tussen opeenvolgende generaties. Die mogelijkheid doet zich voor indien de gedaagde ongerechtvaardigd voordelen heeft genoten waarover hij nog steeds beschikt. Denkbaar is ook dat de voordelen worden teruggevorderd door de afstammelingen van een slaaf op grond van diens arbeid, dan wel op grond van door henzelf gemiste levenskansen.¹⁵²

In de VS heeft de actie uit ongerechtvaardigde verrijking zich in een toenemende populariteit mogen verheugen bij het claimen van massaschade (*massive historical wrongdoing*). Vanaf 1996 werd een reeks *class actions* geïnitieerd door overlevenden van de Holocaust tegen enkele Zwitserse banken voor de verduistering van de tegoeden van 'slapende bankrekeningen', het witwassen van de opbrengsten van door Nazi's gestolen goederen en het handelen in de winsten uit verrichte dwangarbeid.¹⁵³ Gevorderd werd onder meer de restitutie van ongerechtvaardigd genoten voordelen. De zaken werden in 1998 geschikt voor een bedrag van 1,25 miljard dollar.¹⁵⁴ In 1999 werden vergelijkbare vorderingen ingesteld tegen andere bedrijven die hadden geprofiteerd van dwangarbeid tijdens de oorlog, eerst in de zaak tegen Ford Motor Company en zijn Duitse counterpart,¹⁵⁵ later gevolgd door 56 andere zaken in verschillende staten.¹⁵⁶ Vervolgens werd vanaf 1994 in een heel ander domein een reeks vorderingen ingesteld door uiteindelijk 46 staten tegen de tabaksindustrie voor de restitutie van de

150. Zie Sherwin 2004, p. 1447-1454.

151. Brophy 2006, p. 114.

152. Brophy 2006, p. 114.

153. In re Holocaust Victim Assets Litig. 105 F. Supp. 2d 139, 141 (E.D.N.Y. 2000).

154. Over de schikking zei Ernest Lobet (een van de overlevenden): 'I have no quarrel with the settlement. I do not say it is fair, because fairness is a relative term. No amount of money can possibly be fair under those circumstances, but I'm quite sure it is the very best that could be done by the groups that negotiated for the settlement. The world is not perfect and the people that negotiated I'm sure tried their very best, and I think they deserve our cooperation and... that they be supported and the settlement be approved'.

155. *Iwanowa e.a. v. Ford Motor Co./Ford Werke A.G.*, 67 F. Supp. 2d 424 (D.N.J. 1999).

156. Deze zaken werden in 1999 door de Duitse regering geschikt voort 10 miljard Duitse mark.

voordelen waarmee de bedrijfstak ongerechtvaardigd was verrijkt. Die verrijking zou schuilen in de gezondheidskosten die de overheid heeft gedragen, maar die eigenlijk voor rekening van de bedrijfstak hadden moeten komen.¹⁵⁷ Kenmerkend voor al deze *mass restitution claims* is dat zij worden ingesteld tegen een private partij (bank of bedrijf) voor het financiële equivalent van eigendom of arbeid, zonder redelijke grond genoten van een grote groep benadeelden. Daarmee verschuift de focus van de schade die aan de benadeelden is toegebracht naar de voordelen die de aangesproken partij heeft genoten (door gemaakte winst, uitgespaarde kosten of beide).

In deze lijn werd ook in de zaak waaraan in de Inleiding (par. 1.1) werd gerefereerd, onder meer de restitutie van de genoten voordelen uit slavenarbeid tot inzet van de procedure gemaakt. De vordering van *restitutionary damages* in plaats van *compensatory damages* in *mass restitution cases* is evenwel niet onweersproken gebleven. De kern van de kritiek is dat de *framing* van de vordering als ongerechtvaardigde verrijking het zicht beneemt op het werkelijke onrecht.¹⁵⁸ Daarmee wordt niet zozeer gedoeld op de omstandigheid dat de genoemde zaken in schikkingen zijn geëindigd – waardoor de verantwoordelijkheid nooit precies is vastgesteld – maar op het feit dat onduidelijk is gebleven welke normen precies zijn geschonden. Slavernij kan natuurlijk worden gezien als dwangarbeid zonder betaling, maar dat lijkt een wel heel sterke verschraling van wat er werkelijk mis is aan slavernij (als een van de ernstigste schendingen van de mensenrechten). De focus op de restitutie van de genoten voordelen leidt ofwel tot de reductie van slavernij tot een economisch proces (terwijl het bovenal een juridisch en moreel onrecht is), ofwel laat in het midden welke rechtsnormen of morele normen geschonden zijn (namelijk fundamentele mensenrechten). In beide gevallen schiet de restitutiebenadering als morele legitimatie voor aansprakelijkheid tekort.

'A claim for unjust enrichment from slavery measures the wrongful taking from the slave entirely by the slave's labor-value, and so suggests a rhetoric of complete commodification. The risk, therefore, in responding to slavery through the lens of unjust enrichment is that it fails to offer a legal characterization of the wrong that occurs when the non-commodifiable aspect of labor is violated.'¹⁵⁹

157. Ook deze zaken zijn uiteindelijk voor grote bedragen geschikt: Mississippi in 1997 voor 3,3 miljard dollar, Florida in 1997 voor 11,3 miljard dollar, Texas in 1998 voor 15,3 miljard dollar, Minnesota voor 6,1 miljard dollar en de resterende staten voor 206 miljard dollar.

158. Sebok 2004, p. 1-38.

159. Sebok 2004, p. 26.

Deze kritiek heeft weer repliek uitgelokt van de aanhangers van de restitutiedachte. Daaruit blijkt dat restitutie als morele grondslag voor vorderingen uit ongerechtvaardigde verrijking op (minstens) twee manieren wordt verdedigd. De eerste verdedigingslinie is dat de restitutie van ten onrechte genoten voordelen wel degelijk wordt gerechtvaardigd door een *non-commodifiable aspect of labour*, namelijk door de aantasting van de autonomie van de benadeelde om over zijn of haar arbeid te beschikken. Restitutie gaat niet alleen over geld, zo luidt deze redenering; met en door de restitutie van ten onrechte genoten voordelen wordt de autonomie van de benadeelde gehandhaafd en versterkt.¹⁶⁰ De tweede verdedigingslinie is dat de restitutie van ten onrechte genoten voordelen wordt gerechtvaardigd door haar preventieve werking. De restitutie van ten onrechte genoten voordelen is gerechtvaardigd indien de daaraan ten grondslag liggende gedragingen moeten worden voorkomen omdat zij onwenselijk zijn. Tot de gedragingen die geen sociaal nut opleveren behoren bijvoorbeeld *market-bypassing* (de gedwongen overdracht van diensten of goederen die door een vrijwillige transactie overgedragen hadden kunnen worden) en *unambiguously-socially-undesirable conduct* (gedrag dat hoge lasten meebrengt en nauwelijks of geen baten).¹⁶¹

In geval van slavernij leveren beide redeneringen een toereikende morele rechtvaardiging op voor de restitutie van de daaruit genoten voordelen. In de eerste plaats betekende slavernij de meest vergaande aantasting van de autonomie van betrokkenen om zelf over hun arbeid te beschikken. Bovendien kan slavernij worden beschouwd als de ultieme *market-bypassing* en (in ieder geval naar huidige maatstaven) bij uitstek een voorbeeld van *unambiguously-socially-undesirable conduct*. Deze legitimaties lijken ook van toepassing te zijn op (andere) situaties van dwangarbeid, zoals de eerdergenoemde casus van de Zusters van de Goede Herder, zodat ook in die gevallen de restitutie van de genoten voordelen gelegitimeerd zou zijn (naast de compensatie van toegebrachte schade).

De slotsom is dat restitutie een alternatieve legitimatie biedt voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. In vergelijking met compensatie lijkt restitutie op het eerste gezicht voor de eisende partij voordelen te bieden: onrechtmatigheid en schade zijn immers niet vereist, en de gevolgen zijn ingrijpender (de genoten voordelen overtreffen meestal de geleden schade). Bij nader inzien valt dat misschien toch tegen; niet alleen kan de

160. Dagan 2004, p. 10-14. Deze redenering wordt wat lastiger vol te houden indien de eisers afstammelingen van de benadeelde zijn; in dat geval is restitutie gerechtvaardigd indien (en in de mate waarin) zij is te beschouwen als 'a vindication of an infringed right that continuously devastates their own dignity' (Dagan 2004, p. 25).

161. Hylton 2004, p. 43-44.

vaststelling van de verrijking problematisch zijn, bovendien is de rechtsgrond onduidelijk, en is het ongerechtvaardigde karakter van de verrijking niet vanzelfsprekend. Slavernij bijvoorbeeld, was destijds een geaccepteerd instituut. In lijn met de redenering over de onrechtmatigheid (zie par. 1.5.1), is wel verdedigd dat het onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd is om de lasten van morele vooruitgang te laten dragen door degenen die hebben geprofiteerd van het immorele verleden.¹⁶² Als die gedachte hout snijdt, dan is de restitutie van genoten voordelen een passend en gelegitimeerd instrument. Vanuit een macroperspectief mist restitutie evenwel de normatieve kracht van compensatie; waar de vaststelling van de onrechtmatigheid een normstellende functie dient – doordat daarmee gegeven is welke (al dan niet geschreven) norm is geschonden – blijft de normatieve kracht van restitutie beperkt tot algemeenheden (zoals de autonomie van de benadeelde of de preventieve werking van de restitutie).¹⁶³ De besproken *mass restitution cases* illustreren deze beperking.

Ten slotte leidt het discours over historisch onrecht in termen van verrijking tot ongemakkelijke discussies over de '(historische) schuld' van de huidige generatie ten opzichte van vroegere generaties, en van de bewoners van de ene regio (land) ten opzichte van de andere regio's (landen). Is de schuld jegens degenen die aan slavernij werden onderworpen (of hun nabestaanden) goed te maken? Hoe is die schuld ooit te berekenen en hoe zijn eventuele tegenprestaties te verrekenen? Is de historische schuld aan het zwarte deel van de Amerikaanse bevolking ingelost door de kosten van de Burgeroorlog die aan de slavernij een einde heeft gemaakt? Maar hoe kijken we dan aan tegen de opbrengsten van die oorlog, in termen van economische groei? En wat is het effect op deze rekensom van eerdere betalingen, in het kader van de Great Society, New Deal en programma's van affirmative action? Nog ongemakkelijker wordt de discussie wanneer het argument wordt ingebracht dat ook voordelen moeten worden toegerekend aan de benadeelde partij; heeft slavernij ook iets opgebracht?¹⁶⁴ Voor een deel wordt het ongemak veroorzaakt door de economisering van het slavernijverleden, die hierboven reeds aan de orde was. Maar voor een ander deel betreft het de algemenere vraag of bij historisch onrecht van deze schaal en betekenis ooit genoegdoening mogelijk is.

162. Dagan 2004, p. 27.

163. Zie Sebok 2004, p. 27-38.

164. Brophy 2006, p. 109-114.

1.6.3 Satisfactie

Satisfactie of genoegdoening wordt algemeen erkend als een van de functies van het aansprakelijkheidsrecht. Het begrip ‘genoegdoening’ bestrijkt niettemin een breed spectrum van het tegemoetkomen aan de gekrenkte of geschokte gevoelens van de benadeelde, tot het herstel van wat in het strafrecht wel genoemd wordt de ‘geschokte rechtsorde’.¹⁶⁵ ‘Genoegdoening’ kan daarom zowel op individueel niveau worden gesitueerd (als tegemoetkoming aan het slachtoffer) als op maatschappelijk niveau (als herstel van de rechtsorde). Bovendien kan het begrip zowel in psychologische zin worden verstaan (als het helen van emoties), als in morele zin (als het herstel van geschonden waarden). In de discussie over deze functie van het recht lopen deze betekenissen nogal eens uiteen: enerzijds het tegemoetkomen aan de gevoelens van krenking van het individuele slachtoffer, en anderzijds het herstel van heersende morele waarden. Het is goed om bij de discussie over deze functie van het aansprakelijkheidsrecht beide betekenissen uit elkaar te houden, temeer omdat de beide belangen niet altijd met elkaar stroken. Het is heel goed denkbaar dat er goede redenen zijn om met de gekrenkte gevoelens van het slachtoffer rekening te houden, terwijl niettemin heersende morele waarden tot terughoudendheid nopen. Of anders gezegd, de grenzeloze identificatie met het slachtoffer kan leiden tot de aantasting van fundamentele rechtsstatelijke waarden (met name in het strafrecht).¹⁶⁶

Met de aansprakelijkheid voor historisch onrecht zijn verschillende functies gediend. Eerder zijn de volgende (immateriële) functies genoemd: de mogelijkheid van storytelling, waarheidsvinding, openbaarheid, verantwoordingsprocessen, erkenning door de rechter, case by case-rechtsvorming en de overbrugging van maatschappelijke tegenstellingen. Daarnaast kan civielrechtelijke schadevergoeding deel uitmaken van een breder spectrum aan remedies om met het verleden in het reine te komen, zoals het verrichten van historisch onderzoek, het maken van excuses, strafrechtelijke vervolging, maatschappelijke erkenning en politieke verzoening (zie par. 1.2). Genoegdoening is zeker een van de functies die in het geding is, zoals blijkt uit de recent opgelaaide discussie over ons eigen slavernijverleden. De regering heeft wel slavernij veroordeeld en berouw getoond, maar wil geen ‘formele excuses’ maken. Voor veel afstammelingen van slaven biedt dit onvoldoende genoegdoening, zowel in psychologische zin (heling van gekrenkte gevoelens) als in morele zin (herstel van waarden als het antidiscriminatiebeginsel). Op het

165. Zie Cleiren 2003, p. 35-55.

166. Zie Zijderveld 2003, p. 12-14.

niveau van de samenleving als geheel spelen vergelijkbare kwesties in de vorm van sociaalpsychologische processen (zoals in het reine komen met het verleden) en in de vorm van herstel van waarden (zoals insluiting en gelijkheid).

In het aansprakelijkheidsrecht is de genoegdoening voor de benadeelde doorgaans een neveneffect waaraan geen rechtsgevolgen zijn verbonden. Du Perron wijst erop dat dit evenzeer geldt voor de andere functies van het aansprakelijkheidsrecht, zoals preventie, rechtshandhaving of zelfs bestraffing. Zolang deze functies ‘meelopen’ met de verplichting tot het betalen van schadevergoeding, en geen zelfstandige rechtsgevolgen vereisen, is er niets aan de hand.¹⁶⁷ ‘Interessant wordt het pas als de compensatiefunctie en de andere functies niet meer (geheel) samengaan’, aldus Du Perron, dat wil zeggen wanneer het recht op compensatie geen recht of onvoldoende genoegdoening oplevert, dan wel wanneer geen recht op compensatie bestaat en derhalve ook geen genoegdoening.¹⁶⁸

Compensatie zonder genoegdoening doet zich onder meer voor in de gevallen waarin aan het recht op compensatie geen onrecht ten grondslag ligt, maar de wens om maatschappelijke risico’s te spreiden (vormen van risicoaansprakelijkheid), en in de gevallen waarin het recht op compensatie een lege huls biedt omdat de wederpartij geen verhaal biedt. Geen recht op compensatie – en dus ook geen genoegdoening – bestaat in de situatie waarin wel schade wordt geleden, maar geen recht op compensatie bestaat (zoals bij immateriële schade buiten de in art. 6:106 BW geregelde gevallen). Ten slotte zijn er de gevallen waarin het aansprakelijkheidsrecht geen recht op schadevergoeding biedt, maar niettemin reële individuele en maatschappelijke behoeften bestaan aan genoegdoening. Daarbij moet overigens onderscheid worden gemaakt tussen de belangen die worden beschermd (vermogensrechtelijke versus andere belangen) en de remedies die worden geboden (schadevergoeding versus niet-financiële remedies).

Genoegdoening kan niet alleen ‘meelopen’ met de compensatiefunctie, maar ook met de restitutiefunctie. Het herstel van een situatie van ongerechtvaardigde verrijking kan genoegdoening bieden aan degene ten behoeve van wie dat herstel plaatsvindt. Bij de genoegdoening die herstel van ongerechtvaardigde verrijking biedt kunnen evenwel vraagtekens worden geplaatst. In de eerste plaats kan worden betoogd dat het beginsel waarop restitutie berust – de preventie van ongerechtvaardigde verrij-

167. Zij het dat zij in die gevallen wel een morele legitimatie bieden voor aansprakelijkheid.

168. Du Perron 2003, p. 109-110.

king – de morele kracht mist om controversiële maatschappelijke kwesties over morele rechten en plichten op te lossen. De reden is dat ongerechtvaardigde verrijking – doordat het niet aanknoopt bij de schade van de benadeelde, maar bij de voordelen van de verrijkte – berust op gevoelens van wraak die niet passen in een gevoelige maatschappelijke kwestie als historisch onrecht. De genoegdoening van de benadeelde bestaat immers niet alleen in de satisfactie over het herstel van wat hem ten onrechte is ontnomen, maar ook en vooral over de ontneming van degene die ten onrechte is bevoordeeld. Compensatie is immers gericht op herstel van de eigen positie, restitutie op verzwakking van de positie van de wederpartij.¹⁶⁹ Vanuit moreel gezichtspunt is restitutie minder aantrekkelijk dan compensatie. In de eerste plaats omdat aan de zijde van de aangesproken partij diens verantwoordelijkheid wordt vervangen door de door hem of haar genoten voordelen (zie par. 1.6.2). Maar bovendien omdat de doelstelling competitief is (een vergelijking tussen het vermogen van beide partijen) en de middelen negatief zijn (ontneming in plaats van herstel).¹⁷⁰ ‘In other words, the notion of unjust enrichment is a comparative idea that draws on resentment and the desire for retaliation, rather than the desire to be made whole (...) For this reason, restitution seems out of place in a major public controversy, such as the debate on slavery reparations.’¹⁷¹

De morele legitimatie van restitutie is om genoemde redenen zwakker dan die van compensatie. Dit wordt geïllustreerd door *slavery reparations suits* op grond van een vordering van personen of organisaties die zelf geen slachtoffer zijn (geweest) van slavernij, tegen (rechts)personen die zelf geen veroorzaker zijn van de schade uit slavernij. ‘Thus, we have a very significant harm, but not one suffered by the claimants personally. We have a gain, but not one that matches the loss. We have a wrong, but the parties who will bear the costs of judgment are not the wrongdoers.’¹⁷²

De slotsom is dat genoegdoening traditioneel een neveneffect is waaraan geen rechtsgevolgen zijn verbonden. De functie van genoegdoening speelt op individueel en maatschappelijk niveau, zowel in psychologische als in

169. Meer precies dient te worden onderscheiden tussen *compensation* (gericht op herstel in de eigen positie), *retribution* (gericht op leedtoevoeging op grond van morele verontwaardiging), en *retaliation* (gericht op herstel van de gelijkheid door ontneming) (Sherwin 2004, p. 1456-1458).

170. ‘Ethically, retaliation is less attractive than a claim to compensation because the objective is competitive and the means are destructive. Inflicting a retaliatory harm may give the victim a sense of satisfaction, but it does not enable the victim to gain real ground because diminishing another’s position does not increase one’s own objective value’ (Sherwin 2004, p. 1459).

171. Sherwin 2004, p. 1444.

172. Sherwin 2004, p. 1462.

morele zin. In gevallen van historisch onrecht kunnen benadeelden genoegdoening ontleen aan de vaststelling van aansprakelijkheid met de daaraan verbonden remedies. Afgezien van directe voordelen door financiële compensatie van geleden schade, kunnen de voordelen van waarheidsvinding, het afleggen van verantwoording en de erkenning door de rechter van gebeurtenissen die historisch onrecht opleveren, bijdragen aan de genoegdoening van de benadeelden (in psychologische zin) en de bevestiging van de waarden die constitutief zijn voor hun zelfbeeld (in morele zin). Op het niveau van de samenleving als geheel impliceert de aansprakelijkheid voor historisch onrecht de erkenning van het leed dat de slachtoffers destijds is aangedaan en daarmee aan een beter inzicht in de samenleving van haar eigen geschiedenis, en daarmee aan een steviger fundering van de waarden waarop zij berust (in morele zin). Genoegdoening kan aan de verschillende remedies van het aansprakelijkheidsrecht zijn verbonden, waaronder de compensatie van geleden schade en de restitutie van ten onrechte genoten voordelen. In het laatste geval zal de genoegdoening waarschijnlijk groter zijn, maar minder sterk gelegitimeerd. Ten slotte kan de genoegdoening evenzeer gediend zijn met symbolische remedies (zoals een verklaring voor recht of aansprakelijkheid voor een symbolisch bedrag), eventueel ingebed in een pakket van niet-juridische symbolische maatregelen (zoals publieke excuses, herdenkingen, musea en voorstellingen, herzien onderwijsmateriaal, enzovoort).¹⁷³ In die gevallen is genoegdoening niet meer het beperkte neveneffect, maar veeleer het hoofddoel van aansprakelijkheid. Juist in gevallen van historisch onrecht speelt het verlangen naar genoegdoening een grotere rol dan in meer traditionele toepassingen van het aansprakelijkheidsrecht.

1.6.4 Distributie

Herstel van historisch onrecht komt in feite neer op een herverdeling van goederen en levenskansen, zo betoogt Waldron (zie hiervoor par. 1.6.1). Dat kan een reden zijn om aansprakelijkheid voor historisch onrecht af te wijzen, dan wel juist gerechtvaardigd te achten. Waldron zelf behoort tot de auteurs die aansprakelijkheid op deze grond afwijzen. Historisch onrecht wordt in de loop van de jaren ingehaald door nieuwe ontwikkelingen, *counterfactuals* over wat er zonder het onrecht zou zijn gebeurd zijn principieel niet te rechtvaardigen, en herstel leidt niet alleen tot een disruptie van de sociale textuur van de samenleving, maar kan zelfs oude wonden openrijten. In ons taalgebied heeft Spier zich recentelijk verzet tegen vergaande aansprakelijkheden op grond van historisch onrecht, onder meer met een beroep op het *floodgate argument* (zie par. 1.5.1). Daartegenover staan de auteurs die juist in de notie van distributieve rechtvaardigheid

173. MacCarthy 2004, p. 24.

een legitimatie vinden voor (vormen van) aansprakelijkheid voor historisch onrecht zoals herstelbetalingen voor het slavernijverleden. Daarbij ligt het accent al snel op een collectieve verantwoordelijkheid van private en publieke rechtspersonen die destijds al bestonden – bedrijven, organisaties, overheden – jegens degenen die als lid van een groep systematisch zijn benadeeld (zwarte Amerikanen, Joden, inheemse volken). Die verantwoordelijkheid overstijgt het *torts model* en komt in feite neer op een *moral-political notion of repairing damages*, waarin symbolische remedies belangrijker zijn dan schadevergoeding. Die verantwoordelijkheid wordt onder meer gerechtvaardigd door overwegingen van distributieve rechtvaardigheid (*fill out the idea of ‘more nearly equal’*). Zo betoogt MacCarthy:

‘From a moral-political perspective, it can be argued that, other things being equal, redressing the injuries to a group from past wrongs done to them has a certain priority over addressing the equity claims of other disadvantaged groups who are not victims of past injustice, because it has the weight of both distributive and corrective justice on its side.’¹⁷⁴

In dit debat kan conceptuele helderheid worden geboden door te onderscheiden tussen verschillende niveaus waarop aansprakelijkheid vorm en inhoud krijgt. Het *torts model* is in de kern gebaseerd op individuele verantwoordelijkheid, corrigerende rechtvaardigheid en financiële schadevergoeding. Wanneer het wordt toegepast op historisch onrecht – in de vorm van *class actions* van groepen en/of rechtspersonen – rijzen al snel problemen van conceptuele, juridische en morele aard, zo bleek hierboven. Voor het *unjust enrichment model* geldt hetzelfde; weliswaar zijn *mass restitution cases* in gevallen van *massive historical wrong* succesvol gebleken – in die zin dat voor hoge bedragen werd geschikt – maar dat ging ten koste van een scherpe afbakening van de verantwoordelijkheid. Op een nog algemener niveau levert de discussie over ‘(historische) schuld’ – bij gebrek aan conceptuele scherpheid – alleen een bijdrage aan het politieke debat. Ten slotte is er de *moral-political notion of repairing damages*, een collectieve verantwoordelijkheid voor een historische periode waarin de iure en de facto een grote minderheid werd uitgesloten van maatschappelijke participatie op voet van gelijkwaardigheid. Dat onrecht kan worden hersteld door maatregelen om de ontstane achterstand in te halen, om daarmee het destijds begane onrecht te herstellen, en aldus resterende tegenstellingen te overbruggen. Overwegingen van distributieve rechtvaardigheid spelen vooral hier een rol.

174. MacCarthy 2004, p. 23.

In het debat over de vraag naar de rol van overwegingen van distributieve rechtvaardigheid (Waldron versus MacCarthy), lijkt een tussenpositie het meest plausibel. Enerzijds is de enkele omstandigheid dat herstel van historisch onrecht een herverdeling van goederen of levenskansen inhoudt, niet voldoende om in alle gevallen dat herstel als ongerechtvaardigd af te wijzen. Zoals Veraart heeft betoogd zijn er soms goede gronden die dat herstel rechtvaardigen – ook van distributieve aard – terwijl die in andere gevallen ontbreken (zie par. 1.2). Anderzijds geldt wel dat naarmate de herverdeling die herstel impliceert ingrijpender en omvangrijker is – en noties van distributieve rechtvaardigheid een grotere rol spelen – dat herstel moeilijker te rechtvaardigen is. Bovendien is het aansprakelijkheidsrecht in die gevallen een minder geschikt domein om dat herstel te voltrekken. Herstel door de wetgever en door middel van het publiekrecht ligt dan meer voor de hand dan door de rechter via het aansprakelijkheidsrecht, ook al omdat de focus dan verschuift van het verleden (het onrecht) naar de toekomst (gelijke kansen).¹⁷⁵ In de mate waarin herstel neerkomt op een herverdeling van goederen en levenskansen voor grote groepen mensen, raakt het aansprakelijkheidsrecht buiten beeld. Hoewel het aansprakelijkheidsrecht distributieve effecten heeft, is de distributie van goederen en levenskansen niet een van zijn doelstellingen. Juist de gevallen van historisch onrecht maken ons bewust van deze beperking en roepen de vraag op of het aansprakelijkheidsrecht in dit opzicht aan herziening toe is.

1.7 Variabelen van vorderingen op grond van historisch onrecht

Nu de vragen naar het ‘wanneer’ en het ‘waarom’ van aansprakelijkheid voor historisch onrecht zijn beantwoord (par. 1.5 resp. par. 1.6), kan worden onderzocht welke gevallen van historisch onrecht wél tot aansprakelijkheid kunnen leiden en welke niet, en hoe de verschillende uitkomsten zijn te rechtvaardigen (waarbij ook de remedie een rol speelt). Dit preadvies opende met de vraag wat het verschil is tussen de zaak *Deadria Farmer-Paellmann v. FleetBoston Financial Corporation* enerzijds, en de zaak van de weduwen van Rawagedeh tegen de Staat der Nederlanden anderzijds. Wat maakt dat het historische onrecht van de slavernij in het eerste geval niet tot aansprakelijkheid leidt, en dat van misdragingen tijdens een postkoloniale oorlog in het laatste geval wel? In welke opzichten verschillen de beide zaken; welke daarvan zijn bepalend voor de toe- of afwijzing van een vordering op grond van historisch onrecht? Op grond van het vorenstaande worden deze vragen hier onderzocht en beantwoord (waarmee ook de onderzoeksvraag wordt beantwoord).¹⁷⁶

175. Dagan 2004, p. 15.

176. Door deze opzet treedt hieronder onvermijdelijk enige herhaling op, waarvoor excuses.

1.7.1 Tijdsverloop

De belangrijkste variabele is natuurlijk het verloop van de tijd.¹⁷⁷ Als de aansprakelijkheid voor historisch onrecht ons ergens bewust van maakt, dan is het wel van de beperkte houdbaarheid van het recht. In de eerste plaats heeft het verloop van de tijd normatieve kracht: *'the normative significance of the passage of time'*.¹⁷⁸ Met het verstrijken van de tijd 'lost' het recht als het ware op. In eerste instantie verdwijnt de vordering.¹⁷⁹ Vanwege de regeling van de verjaring verstrijkt haar houdbaarheidsdatum na twintig jaar. 'Het trage recht vernietigt zichzelf', zegt men wel.¹⁸⁰ Niettemin is het onder voorwaarden mogelijk de verjaring te doorbreken indien het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voor vorderingen op grond van historisch onrecht is een gezichtspuntencatalogus opgesteld, waarvan de bouwstenen zijn: (1) het uitzonderlijke karakter van het onrecht, (2) de onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven, (3) de bekendheid daarvan bij de pleger van het onrecht (die desondanks is blijven stilzitten), (4) de feitelijke onmogelijkheid van de slachtoffers of hun nabestaanden om hun vordering eerder te gelde te maken (niet anders konden dan stilzitten), (5) de niet-voltooide collectieve (maatschappelijke) verwerking van het onrecht, en (6) het ontbreken van de bewijsproblemen die doorgaans met tijdsverloop gemoeid zijn (zie par. 1.4). Deze catalogus is gebaseerd op de *Rawagedeh*-jurisprudentie en lijkt eveneens doorbreking te rechtvaardigen in de zaak van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder.

Doorbreking van de verjaring lag in het geval van Deadria Farmer-Paellmann minder voor de hand; niet alleen omdat de bewijsproblemen veel groter zouden zijn, maar ook omdat doorbreking veel ingrijpender maatschappelijke gevolgen zou hebben. Verjaring vormt in het geval van Deadria Farmer-Paellmann dus een beslissend obstakel voor aansprakelijkheid, en in de zaak *Rawagedeh* niet. Dat is niet alleen het geval omdat in de eerste zaak veel langere tijd is verstreken dan in de tweede, maar vooral omdat herstel van het slavernijverleden door toewijzing van de vorderingen een zo ingrijpende herverdeling van goederen en levenskansen impliceert dat

177. Vgl. Hylton: 'All of these arguments are reducible to the core passage-of-time problem that severely weakens the legal basis for compensating reparations plaintiffs' (Hylton 2004, p. 47) en Epstein: 'I think that the statute of limitations defense should be allowed, and that the case should turn on that ground alone, (...), because the passage of time is, in general, a reliable proxy for the increased complexity of events. (...)' (Epstein 2004, p. 1185-1186).

178. Dagan 2004, p. 15.

179. 'Het tijdsverloop heeft in deze omschrijving een actieve rol, het is een rechtsscheppend (zo men wil rechtsvernietigend) element' (Lichtenauer 1932, p. 31).

180. Geciteerd uit Lichtenauer 1932, p. 17.

de maatschappelijke orde en vrede in het geding komen. Dat is bij de Rawagedeh-jurisprudentie veel minder het geval.

In de tweede plaats heeft het verloop van de tijd feitelijke invloed op de haalbaarheid van vorderingen op grond van historisch onrecht. De vaststelbaarheid of bewijsbaarheid van de feiten neemt met het verstrijken van de tijd af; getuigen overlijden, documenten verdwijnen en de mogelijkheden om de feiten deugdelijk vast te stellen nemen af. Dat is een belangrijke reden om de hakbijl van de verjaring zijn werk te laten doen, juist in gevallen van historisch onrecht. Maar bij historisch onrecht speelt nog iets anders, namelijk dat onze opvattingen over wat onrechtmatig is, in de loop van de tijd veranderen. In het aansprakelijkheidsrecht is het uitgangspunt dat de onrechtmatigheid wordt beoordeeld naar het moment dat de gedraging of nalatigheid is gesteld; dat was immers het moment waarop de pleger anders had kunnen en moeten handelen. Voor veel auteurs is dit een — al dan niet gewenst — obstakel voor aansprakelijkheid op grond van historisch onrecht. Het handelen dat ons nu met afschuw en schaamte vormt, was immers toen niet onrechtmatig, vaak zelfs een geaccepteerde maatschappelijke praktijk (vergelijk slavernij). Anderen betogen dat juist slavernij laat zien dat deze praktijk niet zozeer legaal was, maar eerder was onttrokken aan de werking van het recht (a-legaal). Slaven waren objecten en dus zelf geen rechtssubject, de ultieme vorm van uitsluiting. Het aannemen van aansprakelijkheid voor slavernij is dus niet de verandering van normen met terugwerkende kracht, maar eerder een praktijk onder de werking van het recht brengen die daar ten onrechte van was uitgesloten. Deze redenering heeft olievlekwerking, zo zagen wij, zij is ook van toepassing in andere situaties waarin groepen mensen door rechteloosheid en achterstelling, maatschappelijk werden uitgesloten en geen of slechts beperkte toegang hadden tot het recht. Waarom zouden dan de lasten van morele vooruitgang niet mogen worden gelegd bij diegenen die daarvan destijds hebben geprofiteerd? Mede in het licht van normen van *ius cogens* hadden zij destijds misschien ook al beter kunnen en moeten weten. De medewerking van de overheid destijds aan een praktijk van historisch onrecht versterkt de claim tot herstel bij de civiele rechter nu.

Spier heeft zich terughoudend getoond ten aanzien van die verdere ontwikkeling, met name door een strikte hantering van het vereiste van onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven (zie par. 1.5.2). In dit opzicht sta ik een ruimhartiger benadering voor door ook aansprakelijkheid zonder onrechtmatigheid naar toen geldende maatstaven toe te laten. Die mogelijkheid zou ik evenwel (vooralsnog) willen beperken tot die gevallen waarin de benadeelde destijds in een situatie van afhankelijkheid en rechteloosheid verkeerde, geen of beperkte toegang tot het recht had, en daardoor de *facto* was uit-

gesloten van de publieke ruimte (al dan niet getolereerd of gefaciliteerd door de overheid). Daarmee kom ik in de buurt van het standpunt van Veraart, die als grondgedachte formuleert ‘dat een rechtsstatelijk rechtssysteem onrecht uit het verleden niet mag blijven negeren (en daarmee vergeten), wanneer het om statelijk onrecht gaat dat groepen mensen doelgericht van de bescherming van dat rechtssysteem heeft uitgesloten’ (par. 1.4). Dat sluit tevens aan bij de gedachte van de ‘democratisering van het verleden’, de rechtzetting van een structureel ongelijkwaardige positie van een bepaalde bevolkingsgroep of minderheid (par. 1.2).

Het verloop van de tijd werkt natuurlijk ook door in de andere voorwaarden voor aansprakelijkheid. Hoe langer de causale ketens, hoe groter de problemen, zowel met betrekking tot de relatie tussen de gebeurtenissen en hun gevolgen (*act attenuation*) als met betrekking tot de beschrijving waaronder de eisers en gedaagden worden geïdentificeerd (*victim attenuation* en *wrongdoer attenuation*). Maar ook: hoe specifieker de beschrijving van het onrecht en zijn gevolgen, hoe sterker de vordering (maar des te moeilijker om haar feitelijk te onderbouwen). Het aansprakelijkheidsrecht is bij uitstek het domein van de individuele toerekening van de schadelijke gevolgen aan historisch onrecht. Wanneer causale ketens en individuele partijen worden vervangen door ‘verklarende narratieven’ en herstelbetalingen tussen maatschappelijke groepen, wordt de discussie politieker en daarmee ongemakkelijker voor het aansprakelijkheidsrecht.

1.7.2 Partijen

Een belangrijke variabele van vorderingen op grond van historisch onrecht is de aard van de partijen, en de wijze waarop of de mate waarin zij met de oorspronkelijke veroorzaker en benadeelden in verband kunnen worden gebracht. In de zaak van *Deadria Farmer-Paellmann* waren die relaties veel minder vanzelfsprekend dan in de zaak van de weduwen van Rawagedeh, in het bijzonder waar het de eisers betrof. Het stond allerm minst vast dat *Deadria Farmer-Paellmann* schade had geleden door toedoen van de gedaagde bedrijven, terwijl het evident is dat de weduwen ernstig getroffen waren door onrecht waarvoor de Staat verantwoordelijk was. Meer in het algemeen is de vraag in welke mate zich de problemen van *victim attenuation* en *wrongdoer attenuation* voordoen, en hoe die problemen worden opgelost? In dit verband kunnen drie gevalstypen worden onderscheiden: het individuele model, het groepsmodel en het collectieve model (zie ook par. 1.6.4).

Deze driedeling is gebaseerd op de drie niveaus van collectieve verantwoordelijkheid: (1) het niveau van de noties van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid (bijvoorbeeld het leerstuk van de hoofde-

lijkheid), (2) het niveau van ouderschap (bijvoorbeeld het leerstuk van vertegenwoordiging), en (3) het niveau van persoonlijkheid (bijvoorbeeld rechtspersoonlijkheid).¹⁸¹ De aansprakelijke entiteit is in alle gevallen ofwel een individu, ofwel een collectiviteit. Een collectiviteit is ofwel een aggregaat (een groep individuen), ofwel een conglomeraat (een organisatie met een eigen identiteit).¹⁸²

Het individuele model betreft de categorie zaken waarin één of meer individuele benadeelden één of meer gedaagden aansprakelijk stellen voor (de gevolgen van) historisch onrecht. De meest directe vorderingen zijn die van de directe benadeelden tegen de directe veroorzaker. Het geval van vrouwen die verhaal zoeken bij de Zusters van de Goede Herder, is het beste voorbeeld. Omdat de benadeelden in persoon de veroorzaker in persoon in rechte betrekken, zijn er geen problemen met betrekking tot de identiteit van de eiser en de gedaagde (geen *victim attenuation* of *wrongdoer attenuation*).

Ook de uitspraak in de zaak *Rawagedeh* en die in verwante zaken past goed in dit individuele model.¹⁸³ In deze zaken is de Staat aangesproken als de direct verantwoordelijke rechtspersoon voor de gewelddadigheden die destijds onder Nederlandse vlag door Nederlandse militairen zijn begaan, kortom, als de verantwoordelijke veroorzaker (en niet als een symbolische representant van de Nederlandse samenleving). Andere (internationale) voorbeelden van dit individuele model zijn de aanspraken van de Aboriginals in Australië die tijdens hun jeugd van hun ouders gescheiden waren en die van de Amerikaanse en Canadese Japanners die tijdens de Tweede Wereldoorlog zijn geïnterneerd.¹⁸⁴

Het groepsmodel betreft de categorie zaken waarin individuele eisers onder de beschrijving van het lidmaatschap van een groep een vordering instellen tegen een rechtspersoon die verantwoordelijkheid draagt voor het historisch onrecht.¹⁸⁵ De eisers treden op als vertegenwoordiger of lid van een specifiek omschreven groep, bijvoorbeeld gemeenschappen als de Aboriginals, de zwarte Amerikanen of de Joden. In vergelijking met het individuele model heeft dit groepsmodel onmiskenbaar voordelen, maar het stuit ook op grotere (conceptuele en morele) problemen. Het groepsmodel stuit allereerst

181. Loth 1988, p. 229-270.

182. French 1984, p. 5 en 13.

183. In de zaak van Rb. Den Haag 18 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8525 is de eiser tijdens de procedure overleden (nadat de rechtbank hem had gehoord, maar voordat de deskundige haar onderzoek had aangevangen).

184. Thompson 2001, p. 114.

185. Thompson 2001, p. 115, MacCarthy 2004, p. 2.

op de bekende problemen van de continuïteit van de eisende en de gedaagde partij (*victim attenuation* respectievelijk *wrongdoer attenuation*) wanneer hun rechtspersoonlijkheid niet gegeven is (doordat het natuurlijke of rechtspersonen betreft). In het geval van historisch onrecht wordt het probleem van de *wrongdoer attenuation* meestal opgelost doordat een (publiek- of privaatrechtelijke) rechtspersoon wordt aangesproken die destijds al bestond en nu verantwoordelijk wordt gehouden voor het begane onrecht. Het probleem van de *victim attenuation* is misschien nog wel hardnekkiger omdat het behoren tot een gemeenschap onder de een of andere etnische beschrijving natuurlijk niet genoeg is. Een civiele vordering namens ‘de’ Surinamers, ‘de’ Molukkers — of welke deelgemeenschap dan ook — is te vaag om ontvankelijk te zijn. In de (gevoegde) zaken van *Deadria Farmer-Paellmann* en anderen traden de eisers dan ook op namens zichzelf en de groep die zij vertegenwoordigden onder de geldende wetgeving op de *class actions*. Onder het Nederlandse recht biedt art. 3:305a BW een grondslag en daarmee een afbakening van de groep die als eisende partij optreedt, ook in geval van historisch onrecht.¹⁸⁶

Art. 3:305a BW faciliteert de bundeling van belangen van een groep benadeelden van een bepaald historisch onrecht door een stichting of vereniging met rechtspersoonlijkheid (de lotgenotenorganisatie Vrouwenplatform Kerkelijk Kindermisbruik, maar bijvoorbeeld ook een (niet-bestaande) stichting voor de slachtoffers van de Zusters van de Goede Herder of de nabestaanden van voorouders die in slavernij hebben geleefd en gewerkt).¹⁸⁷ Ik kan mij daar zowel een groepsactie als een algemeen-belangactie bij voorstellen. Het verschil is dat bij een groepsactie de personen om wier belangen het gaat zijn te individualiseren, terwijl dat niet mogelijk is bij algemeen-belangacties, want daar betreft het belangen van zo’n algemeen karakter dat zij een facet vormen van vrijwel ieders bestaan.¹⁸⁸ Groepsacties kunnen worden aangespannen door een slachtofferorganisatie, vriendenkring, lotgenotenorganisatie of belangenbehartigingsorganisatie. Algemeen-belangacties kunnen strekken tot een niet tot individuen te herleiden belang, zoals het milieubelang, het klimaatbelang, het gezondheidsbelang of het belang van de handhaving van een bepaald grondrecht (maar ook het belang van rechtsherstel voor de nakomelingen van slaven, voor de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder of voor de nabestaanden van de slachtoffers van de politio-nale acties). Vrijwel iedere vordering is mogelijk, zoals een verklaring

186. Denkbaar is ook de erkenning van een collectieve schikkingsovereenkomst op grond van art. 7:907/910 BW (WCAM).

187. HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549 (SGP).

188. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:305a BW, aant. 8 (online, bijgewerkt tot 27 oktober 2017).

voor recht (over de betekenis van het begane onrecht), of een rechterlijk bevel of gebod (tot het nemen van (symbolische) maatregelen), maar (vooralsnog) niet een vordering tot schadevergoeding.¹⁸⁹

Het collectieve model ten slotte, betreft de categorie zaken waarin het herstel van historisch onrecht als een algemeen belang wordt gezien, waarvan de behartiging door een algemeen-belangactie op de voet van art. 3:305a BW wordt gediend, dan wel aan de wetgever wordt overgelaten.¹⁹⁰ Zoals wij zagen biedt art. 3:305a BW de mogelijkheid van de algemeen-belangactie bij de civiele rechter. Dit is een collectief actierecht dat nadrukkelijk meer omvat dan het opkomen van private rechtspersonen voor de (gebundelde) belangen van hun individuele leden.¹⁹¹ Voor stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid is het mogelijk in rechte op te komen voor collectieve belangen die ieders bestaan raken, voor zover deze belangen ingevolge de statuten worden behartigd (zoals het milieubelang).¹⁹² Tot de collectieve belangen die op de voet van art. 3:305a BW door *public interest litigation* kunnen worden behartigd zou ook het herstel van een bepaald historisch onrecht gerekend kunnen worden.¹⁹³

Dat vergt een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid die – blijkens haar statuten – zich het belang van het herstel van de gevolgen van een bepaald historisch onrecht aantrekt (bijvoorbeeld de postkoloniale oorlog of het slavernijverleden). Dergelijke rechtspersonen kunnen in rechte opkomen voor de behartiging van die belangen, niet alleen ten behoeve van de minderheden die zich door het desbetreffende historische onrecht benadeeld voelen, maar ook ten behoeve van de verzoening van die minderheid met de rest van de samenleving, en meer in het algemeen om die samenleving met een zwarte bladzijde uit haar geschiedenis in het reine te laten komen. Dat zijn collectieve belangen die zich in beginsel voor een dergelijke *public interest litigation* lenen.

189. Wellicht wordt dit spoedig anders (zie het Wetsvoorstel collectieve schadevergoedingsactie (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 608, 2)).

190. Zie voor de VS de in par. 1.2 genoemde voorbeelden.

191. Van Gestel & De Poorter 2002.

192. Zie bijv. HR 27 juni 1986, NJ 1987/743 (*Nieuwe Meer*), waarin drie milieuverenigingen een procedure startten tegen de Gemeente Amsterdam, waarin zij vorderden dat de gemeente de stort van bagger uit de Amsterdamse grachten in de Nieuwe Meer zou staken.

193. Tot dusver concentreert de aandacht zich vooral op het milieurecht. Zie Van den Broek & Enneking 2014. Zie ook de overvloedige literatuur naar aanleiding van het *Urgenda*-vonnis van de Rechtbank Den Haag.

Vorderingen lijken ten slotte kansrijker indien ze tegen de Staat zijn gericht; niet alleen omdat de Staat destijds een rol heeft gespeeld bij het historisch onrecht in kwestie – hetzij in directe zin, hetzij in indirecte zin (een faciliterende of toezichthoudende rol) – maar ook omdat een verantwoording door de Staat als verantwoording namens de samenleving kan gelden. Door de Staat aan te spreken dwingen belangenorganisaties de samenleving in de spiegel van haar eigen verleden te kijken. Omgekeerd is het ook denkbaar dat de Staat niet als gedaagde partij, maar als eisende partij optreedt. Waarom zou de overheid hier niet wat activistischer zijn? De wat vergeten regeling van art. 3:305b BW biedt aanknopingspunten voor een *governmental action* op grond van historisch onrecht.

Art. 3:305b BW biedt ook overheden (naast de privaatrechtelijke rechtspersonen van art. 3:305a BW) de mogelijkheid om bij de civiele rechter op te komen voor de bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen. Zo kan ook de Staat de civiele rechter adiëren als representant van getroffen burgers, mits de behartiging van het getroffen belang binnen het bereik van zijn taakstelling valt.¹⁹⁴ Die bevoegdheid is overigens niet beperkt tot het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad, ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is denkbaar. Een dergelijke *governmental action* kan worden beschouwd als een supplementair middel voor de Staat bij de verwezenlijking van haar overheidstaak. Zij biedt ook voordelen vanuit een oogpunt van optimale handhaving en bescherming van diffuse belangen en rechten.¹⁹⁵ Wanneer het om historisch onrecht gaat, staan de centrale overheid in de eerste plaats publiekrechtelijke middelen ter beschikking, uiteenlopend van feitelijke handelingen als het maken van excuses, tot wettelijke maatregelen tot herstel van de gevolgen van een bepaald historisch onrecht (zoals bijvoorbeeld de Ierse overheid heeft gedaan in het geval van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder). Daarnaast is het evenwel denkbaar dat de overheid in rechte opkomt voor de belangen van een bepaalde groep benadeelden (een groepsactie) dan wel voor een collectief belang (een algemeen-belangactie).¹⁹⁶ Waar de groepsactie al snel stuit op het bezwaar dat de overheid het zich niet kan permitteren voor de ene minderheid op te komen ten koste van de belangen van anderen, is dat bij de behartiging van een collectief

194. Jongbloed, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:3015b BW, aant. 7 (online, bijgewerkt tot 29 september 2016).

195. Frenk 1993, p. 155.

196. In de VS is het niet ongebruikelijk dat overheden (zowel staten als gemeenten) optreden als eisende partij in klimaatschadezaken tegen grote CO₂-uitstoters (zie bijv. *California v. General Motors Corporation et. al.*, Case No. C06-05755 MJJ, (N. D. Cal. 2007) en *Massachusetts et. al. v. EPA et. al.* 549 U.S. 497 (2007). Onlangs ook New York, tevergeefs deze keer.

belang minder het geval (hoewel ook daar de keuze van een gedaagde problematisch is). Herstelmaatregelen van de overheid hebben grote zeggingskracht – als ‘by nature the highest spokesman for all the people’¹⁹⁷ – maar die zeggingskracht neemt misschien alleen nog maar toe wanneer zij de civiele rechter inschakelt.

1.7.3 Remedies

Een andere belangrijke variabele van vorderingen op grond van historisch onrecht is de aard van de ingestelde vordering. In de zaak *Rawagedeh* werd een verklaring voor recht gevorderd dat de Staat aansprakelijk is (hetgeen uiteindelijk resulteerde in een regeling houdende een schadevergoeding), terwijl de zaak van *Deadria Farmer-Paellmann* voornamelijk draaide om een vordering tot restitutie van de genoten voordelen van de destijds verrichte slavenarbeid. Bij de gevorderde verklaring voor recht kon de begroting van de geleden schade achterwege blijven, terwijl de begroting van de voordelen in de zaak van *Deadria Farmer-Paellmann* nu juist notoir problematisch was. Zoals de rechter in die zaak overwoog: ‘In essence, the Plaintiffs seek reparations from Defendants for their alleged roles in the institution of Human chattel slavery as it existed in the United States from 1619 through 1865, to date’.

Een vordering tot schadevergoeding – op grond van onrechtmatige daad dan wel ongerechtvaardigde verrijking – dwingt tot een nauwkeurige identificatie van de gestelde gedragingen, de causale relaties en de schadelijke gevolgen. Dat betekent dat het niveau van beschrijving heel precies en specifiek dient te zijn, waarmee alle met het tijdsverloop verbonden problemen zich in volle omvang doen voelen. Bovendien dienen de voorwaarden voor aansprakelijkheid strikt te worden geïnterpreteerd aangezien de inzet van de procedure is wie de financiële lasten van het historische onrecht dient te dragen. De vraag naar de legitimatie van aansprakelijkheid is in dit geval even relevant als moeilijk te beantwoorden. In feite wordt hier het klassieke aansprakelijkheidsrecht in optima forma op zijn houdbaarheid getest; in hoeverre zijn de voorwaarden voor aansprakelijkheid en de remedie van schadevergoeding passend (te maken) in geval van historisch onrecht? In de zaak *Deadria Farmer-Paellmann* was de vordering tot schadevergoeding te vaag en veel-omvattend om succesvol te kunnen zijn. In de *Rawagedeh*-zaak was de begroting van de individuele schade van de weduwen in beginsel mogelijk geweest (indien schadevergoeding zou zijn gevorderd).

197. Frenk 1993, p. 147.

Wanneer de inzet van de procedure een meer symbolische remedie vormt, verdwijnen de beperkingen die aan een vordering tot schadevergoeding kleven. Bij een verklaring voor recht vervalt de noodzaak de schade te begroten. Een stap verder is het moreel-declaratoir, wanneer de inhoud van de gevorderde verklaring een andere inhoud heeft dan de vaststelling van aansprakelijkheid.¹⁹⁸ Ten slotte kan het rechterlijk bevel worden gebruikt voor minder traditionele maar meer passende remedies, zoals het aanbieden van excuses, de oprichting van standbeelden, de organisatie van museale tentoonstellingen, de aanpassing van onderwijsmateriaal, enzovoort. Wanneer de vordering betrekking heeft op dergelijke remedies kan dat zijn weerslag hebben op de procedure waarin dan minder het accent ligt op civielrechtelijke aansprakelijkheid (*the torts model*), en meer op een collectieve morele en politieke verantwoordelijkheid (*the moral-political notion of repairing damages*).

Daarbij ligt een ruimere interpretatie van de vereisten voor aansprakelijkheid voor de hand. Het ontbreken van onrechtmatigheid naar de maatstaven van toen is dan minder belangrijk dan de morele vooruitgang die sindsdien is geboekt. Het ontbreken van inzicht in de precieze causale ketens wordt vervangen door een ‘verklarend narratief’, waarin de uitsluiting van toen is gerelateerd aan de achterstand van nu. We verruimen hier de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht zoals wij dat kennen. Niettemin zouden daarmee een aantal van zijn ‘zachtere’ functies hiermee gediend zijn, zoals storytelling, het afleggen van verantwoording, waarheidsvinding, de erkenning van historisch leed en van een actuele maatschappelijke achterstand. Ook kan dit passen in een meer op herstel gericht beeld van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁹⁹ In een dergelijke benadering ligt het accent minder op de overheveling van vermogen (financiële compensatie of restitutie), maar meer op de ontwikkeling van de vermogens van de benadeelde (herstel van diens autonomie).²⁰⁰ In de VS zijn bijvoorbeeld de affirmative action programs bij de toegang tot de universiteiten wel beschouwd als een vorm van herstel voor de door slavernij en Jim Crow opgelopen maatschappelijke achterstand van de zwarte minderheid. Dat past heel goed in de herstelbenadering.

198. Gras 2001.

199. Zie bijv. Van Dijck 2016, met verdere literatuur.

200. Zie bijv. Loth 2016, met verdere literatuur.

1.7.4 Morele legitimaties

Ten slotte is de toe- of afwijzing van een vordering op grond van historisch onrecht afhankelijk van de morele legitimatie van de aansprakelijkheid. Dat vormt een van de verklaringen van het verschil tussen de *Rawagedeh*-uitspraak en de zaak *Deadria Farmer-Paellmann*; in de laatste zaak was de morele rechtvaardiging voor toewijzing van de vordering zwakker dan in de eerste (zie par. 1.6.2). Wanneer toewijzing van de vordering wordt gerechtvaardigd door het beginsel van compensatie is zij kansrijker dan wanneer het beginsel van restitutie moet worden ingeroepen. Compensatie is het herstel van een verstoorde balans, restitutie is de ongedaanmaking van ongerechtvaardigde bevoordeling. Compensatie impliceert de vaststelling van de geschonden normen, restitutie staat daar lossers van. Overigens is het omstreden of – en zo ja, in hoeverre – de beide beginselen de aansprakelijkheid voor historisch onrecht legitimeren.

Het beginsel van compensatie is als zodanig onomstreden, maar dat geldt niet voor het antwoord op de vraag of het intergenerationele werking heeft. Zoals wij zagen staan hier twee opvattingen tegenover elkaar: enerzijds de opvatting dat de morele legitimatie met het verstrijken van de tijd afneemt, en anderzijds de opvatting dat zij behouden blijft (hetzij op grond van de olievlekwerking van onrechtmatigheid, hetzij op grond van de bijzondere aard van familiebanden (zie par. 1.6.1)). Het beginsel van restitutie is wel als zodanig betwist. De tegenstanders wijzen erop dat de ontneming van voordeel in feite een economisering van ongespecificeerd onrecht meebrengt, die meer op wraakgedachten berust dan op de wens om een verstoorde balans te herstellen. De voorstanders daarentegen wijzen op de achterliggende morele waarde van de autonomie van de benadeelden, alsook op de preventieve effecten van restitutie (*market-bypassing* en *unambiguously-socially-undesirable-conduct*) (zie par. 1.6.2).

Zowel compensatie als restitutie kan bijdragen aan genoegdoening, zowel van de individuele eisers als van de samenleving in bredere zin, beide zowel in psychologische als in morele zin. Voor de individuele eisers levert aansprakelijkheid – afgezien van eventuele schadevergoeding – ook immateriële voordelen op, zoals ‘storytelling’, waarheidsvinding, het afdwingen van verantwoording en de erkenning van leed. Voor de samenleving als geheel draagt aansprakelijkheid ertoe bij dat zij zich rekenschap geeft van de minder glorieuze periodes uit haar geschiedenis. Ook kan het aansprakelijkheidsoordeel van de rechter bijdragen aan de overbrugging van maatschappelijke tegenstellingen. Op de beide niveaus geldt dat genoegdoening ook een morele dimensie heeft: aansprakelijkheid kan bijdragen aan de constituerende waarden van een democratische samenleving, zoals

gelijke berechting en behandeling, en een fatsoenlijke behandeling van gelijkwaardige leden van de samenleving. Maar aansprakelijkheid voor historisch onrecht kan ook disruptieve gevolgen hebben, tot nieuw sociaal onrecht aanleiding geven, en oude wonden openhalen. Wanneer het onrecht is ingehaald door maatschappelijke ontwikkelingen en tot een ingrijpende herverdeling van goederen en levenskansen zou leiden, is de vraag gerechtvaardigd of het dat waard is.

Van oudsher is genoegdoening een neveneffect van aansprakelijkheid. Het is niet het doel, maar eerder een consequentie van compensatie (of restitutie). In geval van aansprakelijkheid van historisch onrecht lijkt genoegdoening een grotere rol te spelen, op beide niveaus en in beide onderscheiden betekenissen van het woord. Dat roept dan weer het risico op dat wij ons laten meeslepen door de wens tot genoegdoening, en daarmee het aansprakelijkheidsrecht zelf schade berokkenen (*hard cases make bad law*). Juist daarom is het van belang om te zoeken naar nieuwe mogelijkheden in het aansprakelijkheidsrecht die enerzijds recht doen aan de behoefte aan genoegdoening, maar anderzijds zijn integriteit intact laten. ‘Houdbaar recht’ heeft dan ook een dubbele betekenis: enerzijds die van recht dat met het verloop van de tijd in kracht afneemt, en anderzijds die van recht dat zich duurzaam ontwikkelt (los van de waan van de dag, maar wel permanent op zoek naar responsiviteit in verband met nieuwe maatschappelijke behoeften).

Uit het voorgaande volgt dat de morele legitimatie het sterkst is indien de vordering beantwoordt aan het individuele model (zie hiervoor par. 1.7.2). Aansprakelijkheid wordt dan gerechtvaardigd door het beginsel van compensatie; individuele benadeelden dienen te worden gecompenseerd voor hen onrechtmatig toegebrachte schade. Ook het beginsel van restitutie kan in deze richting wijzen, zoals in het geval van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder. Voor de aanzienlijke verrijking van deze kloosterorde – die haar ‘businessmodel’ op dwangarbeid had gebaseerd – bestond immers geen grond. Zoals wij zagen, een voorbeeld bij uitstek van *market-bypassing* en van *unambiguously-socially-undesirable conduct*. Uit de commentaren van individuele eiseressen in de media blijkt duidelijk van de genoegdoening die aansprakelijkheid zou bieden.²⁰¹ Vergoeding van de schade past ook in het herstel van het onrecht en het leed dat velen onder de vlag van de Rooms-Katholieke Kerk is aangedaan, zowel in fysieke, psychologische als in morele zin. Herstel van het onrecht van de individuele eiseressen

201. Ik citeer Jo Keepers, een van de slachtoffers: ‘Die zusters zijn rijk geworden door ons werk. Het lijkt me dat ze de kinderen, die een deel van hun vermogen bij elkaar gewerkt hebben, maar eens moeten vergoeden. Ik hoef geen miljoen hoor, maar genoegdoening is wel op zijn plaats’ (NRC 23 mei 2018, p. 5).

door de orde van de Zusters van de Goede Herder wordt bovendien gerechtvaardigd door overwegingen van distributieve rechtvaardigheid, vergt geen verschuivingen met grote distributieve gevolgen en resulteert niet in nieuw sociaal onrecht. Kortom, aansprakelijkheid lijkt gerechtvaardigd.

Wanneer groepsacties in de kern niet meer behelzen dan een optelsom van individuele belangen, geldt in beginsel hetzelfde als ten aanzien van het individuele model. Het lidmaatschap of de vertegenwoordiging van een groep heeft in beginsel geen toegevoegde waarde boven iemands individuele aanspraken. Een groep is een aggregaat van personen, niet meer en niet minder. Corrigerende rechtvaardigheid voor de groep is corrigerende rechtvaardigheid voor de individuele leden, en vice versa.²⁰² Toch kan het lidmaatschap van een groep verschil maken. In de eerste plaats kan het een prima facie voordeel opleveren ten aanzien van het bewijs van bepaalde feiten (bijvoorbeeld de schade of de benadeling). Daar kunnen overigens weer andere bewijsproblemen voor in de plaats komen (zoals het lidmaatschap van de groep). Voorts is het lidmaatschap van een groep van belang omdat de distributieve effecten van een herverdeling toenemen naarmate de groep groter is. Dat kan voor de leden voordelig zijn omdat hun leed moeilijker te negeren valt en daardoor eerder erkenning vindt. De groep kan evenwel zo groot zijn dat herstel te ingrijpende distributieve effecten heeft, waardoor dit voordeel omslaat in een nadeel. Ten slotte is van belang dat de groep door het verloop van de tijd aan betekenis verliest; oude leden vallen af, nieuwe komen erbij en het lidmaatschap van de groep zegt steeds minder over het directe slachtofferschap. Het lidmaatschap van een groep heeft dus wel invloed op de morele rechtvaardiging van aansprakelijkheid, maar verandert die niet wezenlijk.²⁰³

De morele legitimatie van algemeen-belangacties berust op andere principes. Weliswaar kan de wetgever met herstel ieder denkbaar doel nastreven — compensatie, restitutie, satisfactie en/of redistributie — maar vaak zal herstelwetgeving een gestandaardiseerde of symbolische tegemoetkoming aan de benadeelde minderheid faciliteren. Dan speelt het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid uitsluitend op de achtergrond een rol en

202. Daaruit volgt dat herstel voor 'free riders', die profiteren van het lidmaatschap van een groep, niet wordt gerechtvaardigd door corrigerende rechtvaardigheid (hetgeen niet uitsluit dat er andere rechtvaardigingen zijn).

203. Voor de invoering van de *class actions* van art. 3:305a BW zijn — waar het de groepsacties betreft — dan ook (uitsluitend) argumenten van effectiviteit en efficiency genoemd waar het de bundeling van individuele belangen betreft. Iets anders is het streven om gemeenschappelijke belangen binnen het bereik van het burgerlijk recht te brengen die niet herleidbaar zijn tot individuele belangen (de algemeen-belangacties) (Groene Serie, art. 3:305a BW, aant. 2, A.W. Jongbloed).

treden juist overwegingen van distributieve rechtvaardigheid op de voorgrond. Soms overheerst de symbolische betekenis de praktische impact.²⁰⁴ Waar het algemeen-belangacties betreft, is directe schadevergoeding uitgesloten. Vorderingen lijken kansrijker in de mate waarin zij meer op symbolische maatregelen zijn gericht. In algemeen-belangacties op grond van historisch onrecht zouden vooral de ‘zachtere’ functies van het aansprakelijkheidsrecht tot gelding kunnen komen, zoals storytelling, waarheidsvinding, verantwoording, erkenning van leed, genoegdoening en de overbrugging van tegenstellingen. Vorderingen lijken het meest kansrijk wanneer zij tegen de Staat als gedaagde partij worden ingesteld. De Staat treedt op als representant van de samenleving en legt namens haar verantwoording af over het omstreden verleden. Daarbij zou zij niet in de reflex moeten schieten dat verleden te verdedigen, uit onwil om verantwoording af te leggen, of uit de neiging om de remedies te vermijden. De Staat zou zich ook als het morele geweten van de samenleving kunnen opstellen, bereid om zich namens haar rekenschap te geven van fouten uit het verleden, of zelfs om daartoe het initiatief te nemen.

1.7.5 Politieke afwegingen

Als laatste noem ik de rol die politieke afwegingen spelen bij toe- of afwijzing van een vordering op grond van historisch onrecht. Die afwegingen spelen in minstens twee opzichten een rol. De eerste is de fundamentele keuze tussen ‘vergeten’ en ‘herinneren’, tussen het afsluiten van het verleden, dan wel het herstellen van historisch onrecht. Hoewel daarover principiële voor- en tegenstanders de degenen kruisen, is hier gekozen voor de tussenpositie dat soms aan het verleden alsnog recht moet worden gedaan, maar in andere gevallen niet.²⁰⁵ De inzet is de keuze voor of tegen een ‘democratisering van het verleden’ (par. 1.2) en reeds daarom mede een politieke keuze. Voor zover die keuze door de civiele rechter wordt gemaakt — in gevallen van aansprakelijkheid voor historisch onrecht — dient zij aan te sluiten bij een maatschappelijke behoefte en te passen in de bestaande politieke context.

Wat mij betreft is het leerstuk van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht daarom een oefening in balanceerkunst voor de civiele rechter, waarbij telkens een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van rechtvaardigheid in de vorm van herstel van historisch onrecht enerzijds, en het belang van de rechtsvrede die zich verzet tegen voortzetting van de strijd over oude controverses ander-

204. Zoals bij het recente besluit van de Gemeente Den Haag tijdens de Tweede Wereldoorlog geheven woonbelasting te restitueren aan eigenaren die destijds in voormalig Nederlands-Indië verbleven.

205. Zie Bevernage 2015, p. 4.

zijds. Steeds gaat het om het vinden van passende antwoorden op de vragen naar het ‘wanneer’ en het ‘waarom’ van aansprakelijkheid (zie par. 1.5 en 1.6). Daarbij worden de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, het procesrecht en zelfs de constitutionele positie van de civiele rechter, telkens op de proef gesteld. Die grenzen stellen beperkingen aan wat mogelijk en haalbaar is, maar zijn natuurlijk ook niet in steen gebeiteld. Case by case zullen de conceptuele, juridische en morele grenzen worden verkend en eventueel worden verschoven. Dat vraagt creativiteit van de betrokken advocaten en prudentie van de betrokken rechters. Als er één leerstuk is waar de maatschappelijke, politieke en morele implicaties van de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht voelbaar zijn, dan is het wel dat van de aansprakelijkheid voor historisch onrecht.

Vervolgens rijst de politieke vraag of het wel de civiele rechter is die het desbetreffende onrecht moet herstellen, dan wel de wetgever. Het enkele feit dat de oordeelsvorming mede politieke keuzes impliceert, is voor de Amerikaanse rechter meestal voldoende reden om terughoudend te zijn. In de zaak *Deadria Farmer-Paellmann* overwoog de rechter:

‘In conclusion, based on the historical record presented here, it is clear that both during and after the Civil War the issue of reparations to former slaves was one committed to the Representative Branches of the federal government. It was the President and Congress who prosecuted the military and political aspects of the Civil War, ultimately leading to the conclusion of the war. With a goal of preserving the Union and securing an acceptable and lasting peace, it was again the President and Congress who chose to amend the Constitution and enact civil rights legislation in an effort to provide legal equality to newly freed slaves (...) the historical record clearly demonstrates that the Constitution commits this decision to the Representative Branches (...) By requiring the court to second-guess the decisions of the Representative Branches made more than a century ago, Plaintiffs’ Complaint presents a non-justiciable question.’²⁰⁶

Hoewel ik hier niet op de constitutionele positie van de civiele rechter ben ingegaan, zijn wel enkele rechtsfiguren langsgekomen die de rechter meer armslag bieden (art. 3:305a en b BW, collectief-belangacties, *public interest*

206. U.S. District Court N.D. Illinois 6 July 2005, In re African American Slave Descendants litigation, 375 F. Supp. 2d 721 (N.D. Ill. 2005), onder verwijzing naar Cato, 70 F.3d at 1110 (‘affirming the dismissal of plaintiffs’ slavery reparations complaint on political grounds based on Congress’ desire to prevent judicial second guessing of legislative and administrative decisions grounded in social, economic, and political theory through the medium of action in tort’).

litigation, governmental actions). De discussie over de constitutionele positie van de civiele rechter is weer opgelaaaid na de *Urgenda*-uitspraak van de Rechtbank Den Haag, en (recentelijk) het Gerechtshof Den Haag.²⁰⁷ Tegen die achtergrond is goed verdedigbaar de stelling dat de civiele rechter een complementaire functie vervult in een constitutioneel systeem van *checks and balances*, welke actueel wordt indien de politiek er het zwijgen toe doet.

Ook in geval van historisch onrecht? Terwijl ik dit schrijf is de vordering van nabestaanden van enkele van de kapers van de trein bij De Punt in 1977 door de rechtbank afgewezen.²⁰⁸ Misschien nog meer dan schadevergoeding was waarheidsvinding de inzet van deze procedure. De rechtbank oordeelde dat zij genoeg wist, maar de zaak wordt in hoger beroep voortgezet. Wat hier verder ook van zij, de frustratie van de Zuid-Molukkers is begrijpelijk; zij zijn hier onder valse beloften van de Nederlandse overheid gekomen en verkeren meer dan zestig jaar later nog steeds in een maatschappelijke achterstandspositie. Aandacht voor de toekomst van deze minderheid is misschien nog belangrijker dan waarheidsvinding met betrekking tot het verleden. Als de politiek zwijgt, moet dan niet de civiele rechter spreken?

1.8 Conclusies

Dit preadvies was gewijd aan de verschillen tussen de twee zaken waarmee wij begonnen. Die vraag is beantwoord in de vorige paragraaf. Wat kunnen wij hier in meer algemene zin van leren? Welk historisch onrecht kan wel binnen het bereik van het aansprakelijkheidsrecht worden gebracht en welk onrecht niet? Hiervoor bleek al dat weggijken van historisch onrecht even schadelijk kan zijn als de neiging om ieder historisch onrecht met juridische middelen recht te zetten (par. 1.2). Bovendien kent aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking haar eigen beperkingen; het streven naar rechtvaardigheid vindt zijn begrenzing in de middelen die het recht biedt, al zijn die niet in steen gebeiteld en vatbaar voor ontwikkeling. Niettemin doemt bij historisch onrecht al snel het adagium op *'hard cases make bad law'*. Tegen die achtergrond biedt het aansprakelijkheidsrecht een aantal mogelijkheden, maar ook serieuze beperkingen, voor de aansprakelijkheid voor historisch onrecht. In de eerste plaats zijn die vorderingen beperkt houdbaar door de regeling van de verjaring. De ratio van de verjaringsregeling is juist bij historisch onrecht relevant: de invloed van het tijdsverloop op de bewijsmogelijkheden, de

207. Van Gestel & Loth 2015, met de daar aangehaalde literatuur. Zie Gerechtshof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

208. Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2018:8895.

verwachtingen van partijen, de rechtszekerheid voor derden en het bewaren van maatschappelijke vrede en rust. De heropening van het debat over het herstel van het slavernijverleden via het aansprakelijkheidsrecht lijkt hier al te stranden. De discussie over compensatie van nadelen en de restitutie van voordelen — kortom de maatschappelijke afrekening — van deze zwarte bladzijde van onze geschiedenis overstijgt al snel de mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht en de civiele rechter. Maar dat geldt niet voor alle vormen van historisch onrecht. In de zaak van de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder lijken er goede gronden om de verjaring te doorbreken (vergelijkbaar met die in de zaak *Rawagedeh*). In deze richting wijzen in ieder geval de schaal van de verrichte dwangarbeid, de wetenschap van de ontoelaatbaarheid, de onmogelijkheid voor de slachtoffers destijds om daartegen op te komen en de genoegdoening die civielrechtelijke aansprakelijkheid nu nog kan bieden (zowel aan de slachtoffers als aan de collectieve verwerking).

De mogelijkheden en beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht blijken ook uit de thans geldende vereisten voor aansprakelijkheid. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheid gelden de toen en daar heersende normen van geschreven en ongeschreven recht, die niet met *hindsight bias* mogen worden geïnterpreteerd en vastgesteld. Vooral de ongeschreven zorgvuldighedsnormen zijn natuurlijk beperkt houdbaar, aangezien ze zich ontwikkelen met maatschappelijke, economische, technologische en morele veranderingen. Telkens is het de vraag wat van de (wetenschap van de) veroorzakers mag worden verwacht. Dat neemt niet weg dat het in extreme gevallen van onrecht, uitsluiting en afhankelijkheid, verdedigbaar is — mede in het licht van *ius cogens* — de desbetreffende praktijken (alsnog) binnen het bereik van het recht te brengen. Het onrechtmatigheidsoordeel van de rechter past dan geen normen met terugwerkende kracht toe, maar vult een normatieve lacune op in het toen geldende recht. Maar dan wachten er nog serieuze problemen met betrekking tot de causaliteit en de begroting van de schade. Dat heeft niet alleen te maken met de conceptuele grenzen van het aansprakelijkheidsrecht (de reikwijdte van de begrippen), maar ook met zijn morele grenzen (de reikwijdte van de legitimerende principes). Indien en voor zover de aansprakelijkheid voor historisch onrecht op de compensatie van onrechtmatig toegebrachte schade is gericht, wordt zij gerechtvaardigd door het beginsel van corrigerende rechtvaardigheid. Overigens is de morele legitimatie van aansprakelijkheid voor historisch onrecht omstreden: neemt zij af met het verloop van de tijd of strekt zij zich uit over meerdere generaties? Indien en voor zover de aansprakelijkheid voor historisch onrecht is gericht op de restitutie van ongerechtvaardigd verkregen voordelen, heeft zij een minder sterke morele rechtvaardiging (voor zover het niet om specifieke objecten gaat).

Vanuit het perspectief van de betrokken partijen zijn drie gevalstypen van aansprakelijkheid voor historisch onrecht onderscheiden. Het individuele model betreft de categorie van zaken waarin één of meer individuele benadeelden één of meer gedaagden aansprakelijk stellen voor (de gevolgen van) historisch onrecht (bijvoorbeeld de weduwen van Rawagedeh en de vrouwen van de Zusters van de Goede Herder). Deze zaken passen het beste in het aansprakelijkheidsrecht. Het groepsmodel betreft de zaken waarin meerdere individuele eisers onder de beschrijving van het lidmaatschap van een groep een vordering instellen tegen een of meer rechtspersonen die verantwoordelijkheid dragen (*Deadria Farmer-Paellmann*). De groepsactie van art. 3:305a BW is het voertuig voor de bundeling van gelijksoortige belangen. Het collectieve model ten slotte, betreft de zaken waarin het herstel van historisch onrecht als algemeen belang wordt gezien dat in beginsel alle leden van de samenleving aangaat. In de VS zou een dergelijke actie als een ‘*non-justiciable, political question*’ worden gezien, die de constitutionele positie van de rechter overstijgt. Bij ons is niettemin een vordering tot herstel van historisch onrecht als algemeen-belangactie op de voet van art. 305a BW denkbaar, zoals eerder vorderingen tot bescherming van het milieu of (meer recent) het klimaat.²⁰⁹ Het is niet ondenkbaar dat de politiek vraagstukken van herstel laat liggen die de samenleving verdeeld houden. Het is evenmin ondenkbaar dat de civiele rechter hier van zich laat horen, door de partijen toe te laten, hun verhaal te laten houden, het debat te kanaliseren en beslissingen te nemen met vooral een symbolische betekenis. Wij staan nog maar aan het begin van een lange en fascinerende rechtsontwikkeling die de grenzen en grondgedachten van het aansprakelijkheidsrecht niet onberoerd zal laten.

209. Of op de voet van art. 3:305b BW, zoals wij zagen (par. 1.7).

1.9 Literatuur

Arendt 1973

H. Arendt, 'Preface to the first edition (1950)', in: H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York: Harcourt Brace Jovanovich 1973, p. vii-ix.

Barkan 2003

E. Barkan, 'Restitution and amending historical injustices in international morality', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 57-69.

Beecher Stowe 2001

H. Beecher Stowe (R.S. Levine ed.), *Dred: a tale of the great Dismal swamp*, London: Penguin Books 2001.

Van Boom & Barendrecht 2001

W.H. van Boom & J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand e.a. (red.), *BW-krant jaarboek 16: Tijd en Onzekerheid*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45-59.

Van den Broek & Enneking 2014

B. van den Broek & L. Enneking, 'Public interest litigation in the Netherlands, A multidimensional take on the promotion of environmental interests by private parties through the courts', *Utrecht Law Review* (10) 2014, Issue 3, p. 77-90.

Brooks 2003

R.L. Brooks, 'Reflections on reparations', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 69-80.

Brophy 2003

A.L. Brophy, 'Some conceptual and legal problems in reparations for slavery', *NYU Annual Survey of American Law* (58) 2003, No. 4, p. 497-556, <http://ssrn.com/abstract=404841>.

Brophy 2004

A.L. Brophy, 'The cultural war over Reparations for Slavery', *DePaul Law Review* (53) 2004, Issue 3, p. 1181-1213.

Brophy 2006

A.L. Brophy, *Reparations pro & con*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Cairns 2003

A. Cairns, 'Coming to terms with the past', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 28-56.

Charles & Hurst 2001

K.K. Charles & E. Hurst, 'The Correlation of Wealth Across Generations', *Journal of Political Economy* (111) 2003, No. 6, p. 1155-1182, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468161.

Cleiren 2003

C.P.M. Cleiren, 'Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht', in: A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-105.

Cohen 2008

A.I. Cohen, 'Compensation for Historic Injustices: Completing the Boxill and Sher Argument', *Philosophy and Public Affairs* (37) 2008, No. 1, p. 81-102.

Conley 2003

D. Conley, 'Calculating Slavery Reparations, theory, numbers and implications', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 80-91.

Dagan 2004

H. Dagan, 'Restitution and Slavery: On Incomplete Commodification, Inter-generational Justice, and Legal Transitions', *Boston University Law Review* (84) 2004, No. 5, p. 1139-1176, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=664403.

Delva 1962

W. Delva, *De bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen*, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Van Dijk 2003

H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring', *AV&S* 2003, afl. 5, p. 147-157.

Epstein 2004

R.A. Epstein, 'The Case against Black Reparations', *Boston University Law Review* (84) 2004, No. 5, p. 1177-1192.

French 1984

P.A. French, *Collective and corporate responsibility*, New York: Columbia University Press 1984.

Frenk 1993

N. Frenk, 'Kent Nederland een "governmental action"? Acties van overheidswege in het privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1994, afl. 4, p. 145-155.

Van Gestel & De Poorter 2002

R.A.J. van Gestel & J.C.A. de Poorter, "Je maintiendrai". Naar een prominere rol van burgers en milieuorganisaties bij de handhaving van het omgevingsrecht?', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, afl. 3, p. 84-95.

Giesen 2017

I. Giesen, 'Ingehaald door de geschiedenis... tijdloze vragen voor de toekomst: historisch onrecht', *NTBR* 2017/21, afl. 5, p. 145-147.

Gras 2001

E. Gras, 'De roep om het morele declaratoir: houdbaar in de civiel-procesrechtelijke context?', *Praktisch Procederen* 2001/5, p. 105-108.

Gross 2007

A. Gross, 'When is the Time of Slavery? The History and Politics of Slavery in Contemporary Legal Argument', *California Law Review* (96) 2007, Issue 1, p. 283-321, <http://ssrn.com/abstract=983119>.

Holmes Jr. 1897

O.W. Holmes Jr., 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* (10) 1897, p. 457-478.

Holthuijsen 2001

J.L.H. Holthuijsen, 'Ontsnappen aan het verjaringszwaard', *NTBR* 2001/1, p. 2-13.

Hylton 2004

K.N. Hylton, 'Slavery and Tort Law' (Symposium on Jurisprudence of Reparations), *Boston University Law Review* (84) 2004, Issue 5, p. 1209-1255, <https://papers.ssrn.com/abstract=374200>.

Van Iterson 1962

W. van Iterson, 'Immemoriale possessie en praescriptie in de Nederlandse rechtsgeschiedenis', *RMThemis* 1962, afl. 5, p. 427-473.

Koopmann 2010

M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Kysar 2017

D.A. Kysar, 'The public life of private law: tort law as risk regulation mechanism', *Yale Law School* 2017, Public research paper no. 607, <https://ssrn.com/abstract=3006237>.

Lichtenauer 1932

W.F. Lichtenauer, *De vernietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren beschouwd naar wezen, begrenzing en onderlinge verhouding* (diss. Leiden), Wageningen: Veenman 1932.

Lichtenauer 1962

W.F. Lichtenauer, *Vernietigende verjaring en verval van rechten door tijdsverloop*, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962.

Loth 1988

M.A. Loth, *Handeling en aansprakelijkheid in het recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1988.

Loth 2016

M.A. Loth, 'Rechtvaardige aansprakelijkheid, over herstel van autonomie, beginselen in het aansprakelijkheidsrecht, en de "maatmens-benadeelde"', preadvies VASR 2016, in: M.Th. Beumers, W.H. van Boom & M.A. Loth, *Aansprakelijkheidsrecht en maatmens*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-67.

Loth 2017

M.A. Loth, 'Too big to restore? Aansprakelijkheid voor historisch onrecht', in: *AV&S* 2017, afl. 2, p. 11-17.

Lutz 2008

C.E. Lutz, 'The death knell tolls for reparations In Re African American Slave Descendants Litigation', *Seventh Circuit Review* (3) 2008, Issue 2, p. 532-556.

MacCarthy 2004

T. MacCarthy, 'Coming to Terms with Our Past, Part II: On the morality and Politics of Reparations for Slavery', *Political Theory* (32) 2004, No. 6, p. 750-772, <http://www.jstor.org/stable/4148144>.

Maier 2003

C.S. Maier, 'Overcoming the past? Narrative and negotiation, remembering and reparation: issues at the interface of history and the law', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 260-270.

Nieuwenhuis 1998

J.H. Nieuwenhuis, 'Op gespannen voet. Een evenwichtstheorie over de betrekkingen tussen het publieke en het burgerlijke recht', *NJB* 1998, afl. 1, p. 9-17.

Olick & Coughlin 2003

J.K. Olick & B. Coughlin, 'The politics of regret, analytical frames', in: J. Torpey (ed.), *Politics and the past. On repairing historical injustices*, Lanham (Maryland): Rowman & Littlefield Publishers Inc. 2003, p. 2-28.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in: A.C. Zijdeveld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105-161.

Rawls 1971

J. Rawls, *A theory of justice*, Oxford: Oxford University Press 1971.

Van Schaick 2000

A.C. van Schaick, 'Actioni non natae non praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 2000/6414, p. 591-597.

Schrijver 2016

N. Schrijver, 'De kraamkamers van het internationale recht', in: M. Groenhuijsen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding II*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, p. 109-124.

Sebok 2004

A.J. Sebok, 'Two Concepts of Injustice in Restitution For Slavery', *Brooklyn Law School Legal Studies Papers* 2004, Research Paper No. 20, <http://ssrn.com/abstract=598258>.

Sher 1981

G. Sher, 'Ancient wrongs and modern rights', *Philosophy and Public Affairs* (10) 1981, No. 1, p. 3-17.

Sherwin 2004

E. Sherwin, 'Reparations and Unjust Enrichment', *Boston University Law Review* (84) 2004, No. 5, *Cornell Law Faculty Publications Paper* 6, p. 1443-1465, http://scholarship.law.cornell.edu/lrsp_papers/6.

Smeehuijzen 2004

J.L. Smeehuijzen, 'Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *BW-krant Jaarboek 20: Termijnen*, Deventer: Kluwer 2004.

Smeehuijzen 2006

J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Spier 2016

J. Spier, *De lange schaduw van het verleden, omgaan met historisch onrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016.

Van Swaay 2011

J.H.M. van Swaay, 'Rawagedeh: een rechtens onjuist vonnis', *NJB* 2011/1878, afl. 37, p. 2516-2517, met naschrift in *NJB* 2012/402, afl. 7, p. 462.

Teunissen 2008

J. Teunissen, 'De ironie van de SGP-vrouwenzaak, schrap de algemeen belangactie uit 3:305a BW!', *NJB* 2008/1220, p. 1524-1530.

Teunissen 2010

J. Teunissen, 'De SGP-vrouwenzaak. Doorwerking van de nieuwe jurisprudentielijn inzake art. 1:2 lid 3 Awb bij de uitleg van art. 3:305a BW?', *NJB* 2010/321, p. 417-418.

Thompson 2001

J. Thompson, 'Historical Injustice and Reparation: Justifying Claims of Descendants', *Ethics* (112) 2001, No. 1, p. 114-135.

Torpey 2001

J. Torpey, 'The pursuit of the past: a polemical perspective', in: P. Seixas (ed.), *Theorizing Historical Consciousness*, Toronto: University of Toronto Press 2004, p. 240-255.

Van 1995

A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Veraart 2010

W.J. Veraart, *De passie voor een alledaagse rechtsorde, over vergeten, herinneren en vergeven als reacties op historisch onrecht* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010.

Veraart 2012

W.J. Veraart, 'Uitzondering of precedent? De historische dubbelzinnigheid van de Rawagede-uitspraak', *Ars Aequi* (4) 2012, p. 251-259.

Verdun 1993

V. Verdun, 'If the Shoe Fits, Wear It: An Analysis of Reparations to African Americans', *Tulane Law Review* (67) 1993, No. 3, p. 597-668.

Waldron 1992

J. Waldron, 'Superseding historic injustice', *Ethics* (103) 1992, No. 1, p. 4-28.

Weinrib 2012

E.J. Weinrib, *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Wenger 2006

K.D. Wenger, 'Causation and the attenuation in the Slavery Reparations Debate', *University of San Francisco Law Review* 2006, p. 279-326.

Wolters 2017

P.T.J. Wolters, 'De verjaring van een vordering tot schadevergoeding op grond van de blootstelling aan asbest na Heijnen/Maersk', *TVP* 2017, afl. 3, p. 80-85.

Yamamoto, Serrano & Rodriguez 2003

E.K. Yamamoto, S.K. Serrano & M.N. Rodriguez, 'American Racial Justice on trial — Again: African American Reparations, Human Rights and the War on Terror', *Michigan Law Review* (101) 2003, Issue 5, p. 1269-1337.

Zegveld 2015

L. Zegveld, *Civielrechtelijke verjaring van internationale misdrijven* (oratie Amsterdam UvA), www.liesbethzegveld.com/user/file/pdf-6343weboratie_zegveld_-_def.pdf.

Zijderveld 2003

A.C. Zijderveld, 'De wisselende aandacht voor slachtoffers', in: A.C. Zijderveld, C.P.M. Cleiren & C.E. du Perron, *Het opstandige slachtoffer, genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-33.

Hoofdstuk 2

Verjaring en kunstvoorwerpen

Lars van Vliet *

2.1 Inleiding

Eigendom van kunstvoorwerpen is een vrij onzeker eigendomsrecht. Pas in de laatste decennia is er veel meer aandacht gekomen voor herkomstonderzoek ofwel *provenance research*. Een koper heeft, meer dan vroeger, de plicht om onderzoek te verrichten naar de herkomst van een kunstvoorwerp. Die herkomst valt bij oudere kunstvoorwerpen vaak slechts te reconstrueren voor het recente verleden. Verkopen, vervreemdingen en verervingen in het verdere verleden zijn vaak niet meer met zekerheid vast te stellen. Zowel derdenbescherming als verjaring kan bescherming bieden tegen deze onzekerheden. Hoe zuiniger een rechtssysteem is met het toekennen van derdenbescherming, des te belangrijker wordt verjaring. De verjaringstermijn bepaalt dan tot welk moment het herkomstonderzoek moet worden verricht. We zien echter dat bepaalde landen zoals de Verenigde Staten van Amerika, die uiterst terughoudend zijn met het toekennen van derdenbescherming, ook uiterst terughoudend zijn met het laten lopen van de bevrijdende en verkrijgende verjaring van hun equivalent van de revindicatie, waardoor een gestolen kunstwerk in theorie zelfs nog na honderden jaren kan worden teruggevorderd.

Wat roerende zaken betreft laten zowel de regels over derdenbescherming als de regels over bevrijdende en verkrijgende verjaring grote verschillen zien tussen nationale rechtsstelsels. Met name bij kunstvoorwerpen, die ook na lange tijd nog steeds een grote waarde vertegenwoordigen of zelfs sterk in waarde zijn toegenomen, speelt dit een grote rol omdat de kunsthandel een internationale handel is. Om die reden is voor ons onderwerp ‘verjaring en kunstvoorwerpen’ het internationaal privaatrecht van groot belang. Wordt derdenbescherming of verjaring, die bijvoorbeeld in Nederland is ingetreden, eigenlijk wel erkend in het land waarin de eiser een procedure begint tegen de bezitter? In bepaalde gevallen kan een rechter in een land waar het kunstvoorwerp en haar bezitter niet zijn gesitueerd toch rechtsmacht hebben en bovendien besluiten de *lex fori* toe te passen op de vraag of derdenbescherming en verjaring hebben plaatsgevon-

* Mr. L.P.W. van Vliet is werkzaam aan de Universiteit Maastricht als specialist in het goederenrecht en kunstrecht.

den. Als die *lex fori* geen derdenbescherming geeft en bovendien volgens de *lex fori* geen verjaring is ingetreden, wordt de naar Nederlands recht verkregen bescherming ter zijde geschoven.

Op het gebied van derdenbescherming zien we vooral grote verschillen tussen de landen op het Europese continent en de *common law*-landen, waarbij de Europese landen meer derdenbescherming bieden en de *common law*-landen alleen derdenbescherming bieden in nauw omschreven gevallen, en meestal niet bij gestolen zaken. Deze tegenstelling valt overigens niet te verklaren door de invloed van Romeins recht, omdat het Romeinse recht geen derdenbescherming kende. Het Zuid-Afrikaans recht dat op het gebied van het goederenrecht nog sterk geënt is op het Romeinse recht, kent zelfs volstrekt geen derdenbescherming bij de verkrijging van roerende zaken.¹

Bij bevrijdende en verkrijgende verjaring in het goederenrecht zien we dat zowel de *common law*- als de *civil law*-landen en Zuid-Afrika hun rechtsregels in mindere of meerdere mate hebben gebaseerd op het Romeinse recht.² De grote verschillen tussen de nationale rechtssystemen op het vlak van verjaring bij roerende zaken vallen dus niet te verklaren door de invloed van Romeins recht. Ook de verjaringsregels van de VS waren in het verleden gebaseerd op het leerstuk van *adverse possession* dat ontleend was aan het Romeinse recht.³ Pas recentelijk hebben de VS een geheel ander systeem van verjaringsregels voor het terugclaimen van roerende zaken ingevoerd.

De rechtssystemen van de staten in de VS, met name New York, hebben een grote aanzuigende werking op kunstvoorwerpen. Niet alleen is New York een belangrijk centrum voor de kunsthandel, maar ook op juridisch gebied bestaat op twee vlakken een aanzuigende werking. Ten eerste zien

1. J.R.L. Milton, 'Ownership', in: R. Zimmermann & D. Visser, *Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford /New York: Clarendon Press/Oxford University Press 1996, p. 657-699, i.h.b. p. 686-688 en D.L. Carey Miller, 'Transfer of ownership', in: R. Zimmermann & D. Visser, *Southern Cross, Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford /New York: Clarendon Press/Oxford University Press 1996, p. 727-758, i.h.b.p. 728-730.
2. In het onroerend-goed-recht wijkt bijvoorbeeld het Duitse recht wel sterk van zijn Romeinse wortels af doordat het *Grundbuch*-systeem verkrijgende verjaring grotendeels overbodig maakt.
3. De regels van *adverse possession* (verkrijgende verjaring), die in de VS nog steeds gelden voor onroerende zaken, zijn ontleend aan het Engelse recht. Hoogstwaarschijnlijk was het Bracton die de vereisten *nec vi, nec clam, nec precario* vanuit het Romeinse recht in het Engelse recht importeerde binnen het leerstuk van de erfdienstbaarheid. Zie House of Lords 13 november 2003, *Regina v. City of Sunderland* (Respondents) ex parte Beresford (FC) (Appellant), [2003] UKHL 60, nr. 58 (per Lord Rodger of Earlsferry). De vereisten *nec vi, nec clam, nec precario* werden later door Coke op de verkrijgende verjaring van eigendom toegepast. E. Coke (CH. Butler et al., red.), *The First Part of the Institutes of the Laws of England: Or A Commentary upon Littleton*, 9e druk, Londen 1832, 113b en 114a. Zie ook Chr. Seebo, *Servitus und easement, Die Rezeption des römischen Servitutenrechts in England*, Göttingen: Wallstein Verlag 2005, p. 62-63 en 86-88.

we dat de rechter in de VS steeds vaker rechtsmacht heeft over gedaagden die zich niet in de VS bevinden.⁴ Ten tweede zijn de rechterlijke instanties in New York sterk geneigd bij (beweerdelijk) gestolen zaken het recht van New York toe te passen, ondanks het feit dat vrijwel alle relevante feiten en rechtshandelingen zich in Europese landen hebben afgespeeld. In de VS geldt namelijk niet onverkort de *lex rei sitae*-regel. Die aanzuigende werking is problematisch omdat de rechtssystemen in de VS, anders dan vele Europese systemen, bezitters van roerende zaken nauwelijks bescherming bieden tegen (hun equivalent van) revindicatie. Zelfs als een kunstvoorwerp binnen de Nederlandse grenzen zal blijven, kan de waarde van dit kunstwerk negatief worden beïnvloed doordat vrijwel geen koper in de VS bereid zal zijn het kunstwerk te kopen vanwege het risico dat een revindicatie, die naar Nederlands recht niet meer mogelijk is, toch mogelijk blijft naar Amerikaans recht. Om diezelfde reden zullen Nederlandse musea die naar VS-recht aangemerkt kunnen worden als een staatsinstelling terugschrikken voor het kopen van een dergelijk werk waarop een potentiële VS-claim ligt.

Dit alles leidt tot de vraag naar de rechtvaardiging voor verjaring bij roerende zaken. Er bestaan grote meningsverschillen of, en onder welke omstandigheden, verjaring ten aanzien van kunstvoorwerpen mogelijk moet zijn. Dat geldt des te meer ten aanzien van kunst die gestolen is en kunst die geroofd is tijdens gewapende conflicten, vervolging van bevolkingsgroepen en militaire bezetting van landen.

Dit preadvies onderzoekt enkele nationale rechtssystemen op het gebied van bevrijdende en verkrijgende verjaring van roerende zaken, met name kunstvoorwerpen. Daarbij moeten we ons realiseren dat voor de meeste kunstvoorwerpen geen speciale regels gelden. Het preadvies zal zich daarom niet richten op de EU-richtlijnen over cultuurgooederen of internationale verdragen die zich onder andere op gestolen kunst richten.⁵ Noch zal het de gevallen behandelen waarin nationale rechtssystemen verjaring voorkomen door goederen als publieke goederen te bestempelen die als *res extra commercium* onoverdraagbaar en onverjaarbaar zijn.⁶

4. Op grond van de Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA).

5. Vgl. de Unesco Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property uit 1970 en de Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects uit 1995. Zie voor een recente grondige analyse van het Unidroit-verdrag en een grondige rechtsvergelijkende analyse van enige nationale rechtssystemen: A. Groenen, *Unidroit 1995: Tackling the illicit trafficking of cultural property through private law means* (diss. Maastricht 2018), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 2018.

6. Zie A. Weidner, *Kulturgüter als res extra commercium im internationalen Sachenrecht*, Berlin/New York: De Gruyter 2001; 2015. M. Wantuch-Thole, *Cultural Property in Cross-Border Litigation*, Berlin/Boston: De Gruyter 2015, hfdst. 2, par. 3.1.

Het centrale dilemma is de vraag of een verjaringstermijn zou moeten lopen tegen een eigenaar die niet in staat is te revindiceren. Internationaal wordt die vraag zeer verschillend beantwoord. Het onderzoek richt zich op de gevallen waarin de eigenaar niet weet, en vaak ook niet kan weten, waar zijn zaak zich bevindt. Het onderzoek zal laten zien welke technieken gebruikt worden om verjaring te blokkeren, en welke oorsprong die technieken hebben. Natuurlijk zijn er ook gevallen waarin de eigenaar weet waar de zaak zich bevindt maar waarin hij de zaak niet kan terugclaimen omdat de zaak zich bevindt in een land dat de claim niet zal erkennen, bijvoorbeeld omdat de zaak onder het recht van dat land door de Staat is buitgemaakt of geconfisqueerd.⁷ Die gevallen zullen in dit onderzoek grotendeels onbesproken blijven. Aan bod zullen komen de rechtssystemen van Nederland, Duitsland, Frankrijk, België, Zuid-Afrika, de staten Californië, New Jersey en New York, en Zwitserland. Wat de Verenigde Staten betreft komt ook de recente federale wetgeving aan bod die zich speciaal richt op Holocaust-claims: de Holocaust Expropriated Art Recovery Act van 2016.

2.2 De traditionele rechtvaardiging voor verjaring⁸

Verjaring, zowel bevrijdende als verkrijgende, is gebaseerd op minstens de volgende twee rationes. De eerste is de rechtszekerheid, het argument dat na verloop van tijd het recht zich aan de feiten moet aanpassen. In de kunsthandel ontslaat dat de koper van de verplichting tot een onderzoeksplicht die tot het ontstaansmoment van het kunstwerk teruggaat. De tweede ratio is het verwijt aan de rechthebbende dat hij lange tijd geen actie heeft ondernomen om zijn recht te handhaven, terwijl hij wel de kans daartoe had.

De eerste ratio, rechtszekerheid, werd al benadrukt in het Romeinse recht. In D. 41,3,1 (Gaius) kunnen we het volgende lezen:

‘De verkrijgende verjaring is ingevoerd in het algemeen belang, en wel om te voorkomen dat de eigendom van bepaalde zaken lange tijd of bijna voor altijd onzeker zou blijven, terwijl een [wettelijk]

7. Slechts kort wordt in par. 15 verwezen naar de procedure *De Csepel v. Republic of Hungary*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 20 juni 2017, 859 F.3d 1094 (D.C. Cir. 2017).

8. Zie in het algemeen M. Schermaier, ‘Contemporary use of Roman rules: Prescription and Limitation in the Usus Modernus Pandectarum’, in: J.H. Dondorp, D.J. Ibbetson & E.J.H. Schrage (red.), *Limitation and Prescription. The comparative legal history of two different concepts*, Berlijn: Duncker & Humblot, hfdst. 10, par. II.2 en par. III.2, nog te verschijnen.

vastgesteld tijdsbestek voor de eigenaren voldoende zou zijn om zaken die hun toebehoren op te sporen.’⁹

Verwijzend naar deze Digestenplaats nam Bigot-Préameneu, een van de ontwerpers van de Franse *Code civil*, deze ratio over en voegde daaraan toe:

‘S’il en était autrement, il n’y aurait aucun terme après lequel on pût se regarder comme propriétaire ou comme affranchi de ses obligations; il ne resterait au législateur aucun moyen de prévenir ou de terminer les procès; tout serait incertitude et confusion.’¹⁰

Een paar bladzijden daarvoor, in zijn inleiding tot de titel in de code over verjaring (titel 20 van Boek III) schrijft hij:

‘Cependant, de toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l’ordre social.’¹¹

De tweede ratio, het verwijt dat de rechthebbende nalatig is geweest, vormt de basis voor de regel in het onroerend-goed-recht dat geen verjaringstermijn tegen een persoon kan gaan lopen die daarvan niets kan weten, omdat hij niet kan weten dat inbreuk wordt gemaakt op zijn recht en dat hij zijn recht moet beschermen om verjaring te voorkomen.

Bevrijdende en verkrijgende verjaring is bij onroerende zaken slechts mogelijk wanneer het bezit van de niet-rechthebbende voortdurend, openbaar en ondubbelzinnig is. Onder het oud BW van 1838 werden deze vereisten uitdrukkelijk in artikel 1992 genoemd voor de verkrijgende verjaring van onder meer onroerende zaken,¹² maar deze vereisten gelden nog steeds onder het BW van 1992. In geval van eigendom van onroerende zaken en beperkte rechten hierop zorgen de bovengenoemde vereisten van voortdurend, openbaar en ondubbelzinnig bezit als eigenaar ervoor dat de eigenaar weet althans kan weten dat blijvend inbreuk wordt gemaakt op zijn recht.

9. ‘Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.’ Vertaling door Macours en Spruit in: J.E. Spruit, R. Feenstra & F.B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis*, Tekst en Vertaling, deel V, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/SDU Juridisch & Fiscaal 2000.

10. Bigot-Préameneu, ‘Présentation au Corps Législatif et Exposé des Motifs’, zitting d.d. 8 maart 1804, in: P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, deel 15, Parijs: Videcoq 1836, p. 575. Zie ook p. 590-593.

11. In: P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, deel 15, Parijs: Videcoq 1836, p. 573.

12. Verkrijgende verjaring van roerende zaken die niet in art. 1992 oud BW genoemd werden, was niet mogelijk onder het oud BW.

Een geval waarin een eigenaar weet heeft van een inbreuk maar hiertegen niet kan optreden is lastig voor te stellen bij onroerende zaken.

De eigenaar van een onroerende zaak weet altijd waar zijn zaak zich bevindt, zodat hij in beginsel in staat is om een revindicatieactie in te stellen.¹³ In het *ius commune* en in de oorspronkelijke versie van de Franse *Code civil* (de versie die van kracht was tot 2008) had de eigenaar bij de ‘korte verjaring’¹⁴ zelfs een langere periode om te revindiceren als hij verder van de onroerende zaak verwijderd woonde (*inter absentes*) dan een eigenaar die in dezelfde provincie woonde waar de onroerende zaak was gelegen (*inter praesentes*).¹⁵ Dat verschil in termijn is alleen verklaarbaar wanneer verwijtbaarheid een van de rationes is die aan de verjaring ten grondslag ligt.

De *Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, onderdeel van de Parlementaire Geschiedenis van het Duitse BGB, leggen de ratio van verjaring als volgt uit:

‘Grund und Zweck der Anspruchsverjährung ist, der Behelligung mit veralteten Ansprüchen ein Ziel zu setzen. Der Verkehr erträgt es nicht, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Thatfachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkte gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner in Folge der verdunkelnden Macht der Zeit entweder nicht mehr oder doch nur schwer noch in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerthen. Anforderungen dieser Art sind der Regel nach innerlich unbegründet oder bereits erledigt. Der Schwerpunkt der Verjährung liegt nicht darin, daß dem Berechtigten sein gutes Recht entzogen, sondern darin, daß dem Verpflichteten ein Schutzmittel gegeben wird, gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne ein Eingehen auf die Sache sich zu vertheidigen. Die Verjährung ist das Mittel zum Zwecke, nicht Selbstzweck. Geschieht im einzelnen Falle der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, geht der Berechtigte seines wohlbegründeten Anspruches durch die Verjährung verlustig, so ist

13. Vgl. Scottish Law Commission, *Discussion paper on Prescription and Title to Moveable Property*, 2010, nr. 144, par. 6.13.

14. In tegenstelling tot de dertigjarige verjaring waarbij de afstand niet uitmaakte.

15. Zie C. 7,35,7. Art. 2265 (oude nummer en oude tekst): ‘Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour royale [la cour d’appel] dans l’étendue de laquelle l’immeuble est situé; et par vingt ans, s’il est domicilié hors dudit ressort’. Omdat dit onderscheid geen nut meer heeft, is in 2008 de verjaringstermijn uniform op tien jaar gesteld. Zie L. Béteille, *Rapport portant réforme de la prescription en matière civile*, Sénat, Session ordinaire 2007-2008, nr. 83, 54. De reden, die verder niet genoemd wordt, zal waarschijnlijk zijn dat tegenwoordig grotere afstanden de zichtbaarheid van inbreuken, en de mogelijkheid tegen die inbreuken op te treden, niet verminderen.

dies ein Opfer, daß der Betroffene dem Gemeinwohle bringen muß. Gegenüber der beharrlichen Nichtbethätigung des Anspruches, ohne welche die Verjährung nicht möglich, und dem daraus abzuleitenden geringen Interesse des Berechtigten an dem Inhalte des Anspruches wird dieses Opfer kaum als ein solches angesehen werden können, welches besonders hart empfunden werden dürfte.¹⁶

In het Zuid-Afrikaanse arrest *Pienaar v. Rabie*¹⁷ gaat Grosskopf zeer uitvoerig in op de rechtvaardiging van verkrijgende verjaring:

‘Stellings ten effekte dat nalatigheid die grondslag van verkrygende verjaring is, word wel gevind in beslissings van ons Howe, en, soos ek later sal aantoon, is daar aanknopingspunte by sommige gemeen-regtelike gesagsbronne. (...)’

Stellings oor die onderliggende grondslag van verkrygende verjaring moet egter in hul korrekte perspektief gesien word. Soos prof C G van der Merwe aantoon (Sakereg te 178) is “die Romeins-Hollandse verjaringsreg... in onsekerheid gehul. Drie regstelsels, naamlik die Romeinse, die Kanonieke en die inheemse gewoontereg het invloed daarop uitgeoefen en buitendien bestaan daar onsekerhede oor die vraag of the Romeinse reg in alle gebiede van die Nederlande ewe sterk deurgedring het.”

Behalwe die drie genoemde regstelsels, het ook plaaslike verordeninge ’n rol gespeel by die ontwikkeling van verkrygende verjaring. (...) Onder hierdie omstandighede kan daar skaars sprake wees van een enkele samehangende filosofiese grondslag wat onderliggende aan die regsfiguur van verkrygende verjaring in al sy gestaltes is. (...)’

Dit is nie vir my nodig om verdere gesagsbronne te bespreek nie. Uit wat ek reeds genoem het is dit duidelik dat die ou skrywers probeer het om ’n redelike grondslag vir die verskillende fasette van verkrygende verjaring, soos dit in verskillende regstelsels voorkom, te vind. In die loop van hul bespreking word daar verwys na die sekerheid wat deur verkrygende verjaring geskep word, die vermyding van geskille, asook die gepastheid van die straf, naamlik eiendomsverlies, wat aan die vorige eienaar opgelê word vir sy nalatige beheer oor sy eiendom. Laasgenoemde word genoem ter regverdiging van verjaring as ’n vorm van eiendomsverkryging wat klaarblyklik vir baie mense

16. *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, deel 1, Allgemeiner Teil, Amtliche Ausgabe, Berlin/Leipzig: J. Guttentag 1888, p. 291.

17. 1983 (3) SA p. 126. Zie over deze zaak C.G. van der Merwe, ‘Original acquisition of ownership’, in: R. Zimmermann & D. Visser (red.), *Southern Cross*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 701-725; E.J. Marais, *Acquisitive Prescription in View of the Property Clause*, diss. Stellenbosch 2011, p. 148-149 en 156.

onbillik voorgekom het (en, trouens, nog steeds vir sommige onbillik voorkom — sien Morkel's Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd and Another 1972 (2) SA 464 (W) te 468). Daar is egter geen suggestie in ons gemeenregtelike bronne dat daar 'n onafhanklike substantiewe vereiste van nalatigheid (of 'n verweer van nie-nalatigheid) vir eiendomsverkryging deur verjaring in die Romeins-Hollandse reg bestaan het nie.

Dit beteken natuurlik nie dat billikheidsoorwegings, waarby ingesluit word die begrip van nalatigheid aan die kant van die persoon wat sy eiendom verloor, geen rol in ons verjaringsreg speel nie. Die vereiste van openlike *possessio civilis* vir 'n lang tydperk (30 jaar in ons huidige reg) sou daarvoor sorg dat daar gewoonlik geen onreg geskied teenoor die persoon wat deur verjaring sy eiendom verloor nie. Dit is dan ook hoofsaaklik ter verduideliking en beklemtoning van die vereiste van openlikheid (*nec clam*) dat die bogemelde beslissings verwys na die vorige eienaar se nalatigheid. Nalatigheid speel 'n rol deurdat 'n persoon wat openlike besit van sy eie eiendom deur 'n ander gedoog vir 'n tydperk van 30 jaar, geag word nalatig te wees en derhalwe sy verdiende loon te ontvang as hy sy eiendom verloor (sien Hollmann and Another v Estate Latre 1970 (3) SA 638 (A) te 647H).

(...)

Om op te som, die nalatigheid van 'n eienaar wat sy eiendom deur verjaring verloor word wel in ons bronne erken as een van die regverdigings vir verkrygende verjaring. Dit is egter nie die enigste of selfs vernaamste grondslag van verkrygende verjaring nie, en in elk geval het dit nie aanleiding gegee tot enige reël van ons positiewe reg waarkragtens die afwesigheid van nalatigheid 'n verweer op sy eie kan vorm teen 'n eis gegrond op verkrygende verjaring nie. Die appellante se betoog tot die teendeel kan dus nie gehandhaaf word nie.'

De tweede ratio, het verwijt aan de eigenaar te lang gewacht te hebben, is lastig toe te passen bij roerende zaken. Anders dan bij onroerende zaken weet de eigenaar van een roerende zaak die gestolen of verloren is vaak niet waar de zaak zich bevindt. Welke gevolg moet die onwetendheid dan hebben voor de verjaring? De verwijt-ratio heeft als keerzijde dat geen verjaringstermijn mag gaan lopen tegen een rechthebbende die de loop van de verjaring niet kan stoppen: geen verwijt — geen verjaring.¹⁸ Maar die gedachtegang staat haaks op de ratio van rechtszekerheid.

18. In 544 werd van de *longi temporis praescriptio* uitgesloten het geval waarin een houder die een onroerende zaak voor de eigenaar houdt de onroerende zaak in bezit had gegeven van een derde te goeder trouw. Nov. 119,7. In dat geval kan de eigenaar geen verwijt worden gemaakt. Zie hiervoor H. Dondorp, 'Limitation and prescription in

De regels van verkrijgende verjaring en de regels van bevrijdende verjaring van de revindicatie zijn grotendeels ontstaan in het onroerend-goed-recht. Omdat eeuwenlang grondeigendom van groter maatschappelijk belang werd geacht¹⁹ dan de eigendom van roerende zaken en andere investeringen, zijn veel instituten van het goederenrecht ontwikkeld in het onroerend-goed-recht, althans sterk beïnvloed door het onroerend-goed-recht. Aangezien de regels van verkrijgende en bevrijdende verjaring ook voor roerende zaken nodig waren, heeft het recht de regels die inmiddels voor onroerende zaken waren ontwikkeld analoog toegepast op roerende zaken. Die analoge toepassing op roerende zaken is al gecodificeerd in de Franse *Code civil* voor verkrijging zonder goede trouw na dertig jaar bezit. Het probleem dat daarbij optreedt is dat deze regels niet goed passen bij roerende zaken, omdat deze niet gemakkelijk op te sporen zijn.

2.3 Technieken om de verjaring niet te laten lopen

In dit rechtsvergelijkende onderzoek zien we dat die landen die ervoor kiezen de verjaringstermijn niet te laten lopen tegen een eigenaar die geen revindicatie kan instellen dit effect bereiken op verschillende manieren. Alle in dit onderzoek besproken rechtssystemen, inclusief de te bespreken staten van de VS, hebben hun systeem van verkrijgende verjaring gebaseerd op het Romeinse recht. Binnen deze groep rechtssystemen zien we dat het Franse, Belgische en Zuid-Afrikaanse recht dit effect bereiken door toepassing van het vereiste dat het bezit openbaar moet zijn om tot verjaring te leiden. Die techniek wordt al genoemd in het bovenstaande arrest *Pienaar v. Rabie* en wordt door Grosskopf gepresenteerd als een billijkheidscorrectie. De staten van de VS hadden aanvankelijk hun regels van verkrijgende verjaring van roerende zaken gebaseerd op de regels voor onroerende zaken (*adverse possession*), maar zijn daarvan afgestapt om het effect te voorkomen dat direct na de inbezitneming de verjaringstermijn zou beginnen.

Wat het vereiste van openbaarheid van bezit betreft rijst echter de vraag of dit vereiste eigenlijk wel is ingevoerd om de loop van verjaring te verhinderen. Een blik op de rechtsgeschiedenis laat zien dat dit vereiste oorspronkelijk niet was geschreven als vereiste voor bevrijdende en/of verkrijgende verjaring en zonder duidelijke reden is overgesprongen naar het verjaringsrecht.

Justinian's Corpus Iuris Civilis', in: J.H. Dondorp, D.J. Ibbetson & E.J.H. Schrage (red.), *Limitation and Prescription. The comparative legal history of two different concepts*, Berlijn: Duncker & Humblot, hfdst. 1, nog te verschijnen.

19. Zie bijv. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, deel 15, Parijs: Videcoq 1836, p. 591.

Nu bevatten de rechtsregels van verkrijgende verjaring in alle onderzochte landen, inclusief de VS, het vereiste van openbaar bezit. En ondanks deze overeenkomst zien we dat de toepassing op roerende zaken zeer verschillend is. Terwijl de VS voor roerende zaken is afgestapt van toepassing van deze regels van verkrijgende verjaring, zien we in de overige rechtssystemen (de groep Europese rechtssystemen en het Zuid-Afrikaanse recht) dat het vereiste van openbaar bezit door de jurisprudentie op volstrekt verschillende wijze, beter gezegd tegenovergestelde wijze, wordt toegepast.

2.4 Enige historische opmerkingen over het vereiste van openbaarheid

2.4.1 Vanuit het Romeinse recht via de Franse *Code civil*²⁰

Het huidige Nederlandse recht met betrekking tot verkrijgende verjaring is diepgeworteld in de rechtsgeschiedenis. Het staat, via het oud Burgerlijk Wetboek, in de traditie van de Franse *Code civil* en via de code in de traditie van het *ius commune*. Artikel 1992 oud BW vermeldde nog uitdrukkelijk dat het bezit, om tot verkrijgende verjaring te kunnen leiden, ‘openbaar’ moest zijn: ‘Om door middel van verjaring den eigendom eener zaak te verkrijgen, wordt vereischt een voortdurend en onafgebroken, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig bezit, als eigenaar.’ Het artikel vormt een letterlijke vertaling van artikel 2229 (oud) *Code civil*. Onder anderen Troplong en Duranton geven aan dat het vereiste van *possession publique* een vertaling is van het Romeinsrechtelijke vereiste dat het bezit niet heimelijk is (*nec clam*).²¹

Dan rijst de vraag waar dit vereiste *nec clam* vandaan komt. In het Romeinse recht komen we dit vereiste niet tegen als vereiste voor verkrijgende verjaring, noch in het klassieke Romeinse recht noch in het Justiniaanse recht. Naar klassiek Romeins recht zijn er twee rechtsinstituten die vergelijkbaar zijn met onze verkrijgende verjaring: de *usucapio* en de *longi temporis praescriptio*. Geen van beide instituten vereisen openbaar bezit. We komen het vereiste echter in een geheel andere hoek tegen, namelijk bij de interdicten ter bescherming van het bezit. Zowel het interdict ter bescherming van bezit van onroerende zaken als het interdict ter bescherming

20. Zie voor de verjaring in het Romeinse recht in het algemeen: J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011; H. Dondorp, ‘Limitation and prescription in Justinian’s *Corpus Iuris Civilis*’, in: J.H. Dondorp, D.J. Ibbetson & E.J.H. Schrage (red.), *Limitation and Prescription. The comparative legal history of two different concepts*, Berlijn: Duncker & Humblot, hfdst. 1, nog te verschijnen.

21. R.Th. Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code, De la prescription*, deel 1, Brussel: Tarlier 1835, nr. 351; A. Duranton, *Cours de droit français: suivant le code civil*, deel 21, Parijs: Thorel 1837, nr. 206 en 213.

van bezit van roerende zaken vereist dat de zaak noch met geweld noch heimelijk noch als houder in bezit/houderschap is genomen: *nec vi, nec clam, nec precario*, of voluit *nec vi nec clam nec precario ab adversario*. Dit interdict kon zelfs tegen de ware eigenaar worden ingeroepen. Bezit *precario*, oftewel bezit 'ter bede' betekent dat iemand de zaak onder zich heeft met herroepbare toestemming van een ander. In het systeem van de *Code civil* kon deze precarist wel als bezitter worden aangemerkt. Daarmee stond de Code in een lange Romeinsrechtelijke traditie. Deze persoon zou tegenwoordig daarentegen houder worden genoemd en kan alleen al om die reden niet als bezitter worden aangemerkt. De oorspronkelijke functie van deze bezitsinterdicten was het tegengaan van eigenrichting. De eigenaar mocht de zaak niet eigenhandig bij een andere persoon wegnemen, maar werd gedwongen om zijn bezit terug te vorderen door in een gerechtelijke procedure van *rei vindicatio* zijn eigendomsrecht te bewijzen. Wanneer echter de bezitter van de zaak dit bezit met geweld of heimelijk had verkregen of slechts houder was voor de revindicant, kon de eigenaar de zaak wel door middel van eigenrichting tot zich nemen zodat hij in een procedure van revindicatie kon profiteren van het vermoeden dat de bezitter de eigenaar is.

Terwijl erfdiensbaarbheden naar voor-klassiek recht wel door *usucapio* kunnen worden verkregen, wordt dit naar klassiek recht verboden door de Lex Scribonia. Later ontstaat echter toch een manier om door lang feitelijk gebruik van een erfdiensbaarbheid een beschermde positie te verkrijgen. Die bescherming is gebaseerd op de daadwerkelijke uitoefening van de erfdiensbaarbheid (*usus*). Omdat naar klassiek recht bezit van een recht onmogelijk is, wordt dit bezit *quasi possessio* genoemd. Het moet voldoen aan de vereisten van het interdictenbezit, zodat de vereisten *nec vi, nec clam, nec precario* ook voor de bescherming van deze *usus* worden gesteld. Het is omstreden of dit langdurige gebruik leidde tot verkrijging van het recht van erfdiensbaarbheid of slechts tot een bescherming door een *actio utilis* of interdict.²²

Voor de *usucapio* en de *longi temporis praescriptio* was het overbodig deze drie eisen van *nec vi, nec clam, nec precario* te stellen. Zowel *usucapio* als *longi temporis praescriptio* vereiste een *iusta causa*, of *iustum initium*, en *bona fides*. De eis van *iusta causa* of *iustum initium* hield in dat het bezit moest zijn gebaseerd op een titel die tot verkrijging kon leiden. En *bona fides* komt weliswaar niet geheel maar wel grotendeels overeen met het huidige begrip goede trouw. Een zaak die met geweld of heimelijk in bezit was genomen kon al door gebrek aan een *iusta causa* en *bona fides* niet door verjaring worden

22. Zie D. Nörr, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, Keulen/Opladen: Westdeutscher Verlag 1969, p. 56.

verkregen. Het is dan onzinnig om daarenboven te eisen dat het bezit *nec vi* en *nec clam* is. En de precarist kan niet verkrijgen door verjaring omdat hij geen bezit heeft. Daarom hoeft ook dat vereiste niet meer uitdrukkelijk gesteld te worden.

De enige plaatsen in de Digesten waar de drie *necs* genoemd worden in het kader van lang gebruik is de bescherming van lang uitgeoefende erfdienstbaarheden waarvan geen vestigingshandeling kan worden bewezen. Deze plaatsen zijn D. 8,5,10 pr. en D. 39,3,1,23. In de laatstgenoemde Digestenpassage worden deze erfdienstbaarheden *quasi servitus* genoemd. De regels over het langdurige gebruik van erfdienstbaarheden vervulden praktisch gezien dezelfde functie als verkrijgende verjaring. Dogmatisch moet het echter worden onderscheiden van verkrijgende verjaring. Hoewel naar voor-klassiek recht verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden mogelijk was,²³ werd deze mogelijkheid afgeschaft door de Lex Scribonia.²⁴ In later eeuwen werd dit beschermde langdurende gebruik van erfdienstbaarheden echter wel opgevat als verkrijgende verjaring. Het langdurende gebruik werd niet alleen beschermd tegen de eigenaar van het dienend erf maar ook tegen derden die inbreuk maakten op het gebruiksrecht, stelt Ulpianus in D. 8,5,10 pr. De bescherming krijgt diverse vormen. In D. 8,5,10 pr. geeft Ulpianus aan dat het feitelijk gebruik beschermd wordt door een *actio utilis*. In D. 39,3,1,23 spreekt hij van een *actio utilis in rem* en een interdict. Omdat het langdurende gebruik van een erfdienstbaarheid strikt genomen geen verkrijgende verjaring oplevert,²⁵ gelden hier niet de vereisten van *iusta causa*, althans *iustum initium*, en *bona fides*. Wellicht nemen de vereisten *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* ten dele de functie van goede trouw over. En het vereiste van *nec precario* sluit, net zoals bij verkrijgende verjaring van zaken, uit dat een verjaringstermijn gaat lopen tegen een eigenaar die toestemming heeft gegeven tot het gebruik, waardoor de gebruiksgerechtigde geen bezit heeft maar houderschap.

De Codex van Justinianus erkent wel verkrijgende verjaring van erfdienstbaarheden (C. 3,34 en C. 7,33,12,4) maar stelt niet de vereisten *nec vi*, *nec clam*, *nec precario* (zie ook C. 7,33,2). D. 8,5,10 lijkt daarentegen meer op een bezitsbescherming, namelijk een bezit waartegen de eigenaar zich niet meer kan verzetten (vandaar de vereisten *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*). Het klassieke Romeinse recht heeft nooit het vereiste van openbaar bezit gebruikt om te voorkomen dat de revindicatie van de eigenaar van een gestolen zaak zou verjaren terwijl de eigenaar niet kon weten waar zaak en bezitter zich bevonden. Gestolen zaken (*res furtivae*) waren namelijk

23. C. Möller, *Die Servituten*, Göttingen: Wallstein Verlag 2010, p. 185-186 en 190.

24. C. Möller, *Die Servituten*, Göttingen: Wallstein Verlag 2010, p. 235-250 en 326.

25. D. Nörr, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio*, Keulen/Opladen: Westdeutscher Verlag 1969, p. 56.

door de Lex Atinia van *usucapio* uitgesloten (Paulus D. 41,3,4,6).²⁶ Zij konden pas weer door verjaring worden verkregen als ze waren teruggekeerd in de macht van de eigenaar (*reversio*). Voor ons onderwerp is het van belang om te weten dat een dergelijke *reversio* niet alleen werd aangenomen wanneer de zaak daadwerkelijk was teruggekeerd in het bezit van de eigenaar maar ook wanneer de eigenaar de mogelijkheid had om te revindicieren maar van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt (Paulus D. 50,16,215). Op dat moment was er kennelijk geen goede reden meer om de zaak van verjaring uit te sluiten.²⁷

2.4.2 Het oude Franse *coutumiere* recht, Pothier en de *Code civil*²⁸

Vele eeuwen later vinden we in de Franse *Code civil* ‘de drie *necs*’, zoals ik ze maar zal noemen, in het verjaringsrecht. Het is in het kader van deze studie niet mogelijk na te gaan wanneer en hoe deze drie *necs* in het Franse recht terecht zijn gekomen. De eerste versie van de *coutumes* van Parijs uit 1510 noemt het vereiste van openbaar bezit reeds in hun Franstalige evenknie in artikel 68: ‘Saucun a joüü usé & possédé daucun heritaige par lespace de trente ans continuellement tant par luy que par ses prédecesseurs franchement publicquement & sans aucune inquietation; supposé quil ne face apparoir de titre il a acquis prescription entre aagez & non previlegiez.’^{29, 30} Wat het *coutumiere* recht betreft noemt ook Du Moulin de drie *necs* in zijn verhandeling over de *Coutume de Paris*.³¹ Verder worden zij ge-

26. J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, nr. 11.
27. Pas in het Justiniaanse recht konden gestolen zaken (maar niet met geweld in bezit genomen zaken) door dertigjarige verjaring worden verkregen. Zie C. 7,39,8,1 en 2; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, deel 2, *Die nachklassischen Entwicklungen*, 2e druk, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1975, par. 243.
28. Zie in het algemeen: D. Deroussin, ‘Praescriptione omnia iura tolluntur. Les prescriptions dans l’Ancien Droit français’, en: D. Deroussin, ‘Le droit français des prescriptions depuis 1804, ou l’impossible simplicité’, in: J.H. Dondorp, D.J. Ibbetson & E.J.H. Schrage (red.), *Limitation and Prescription. The comparative legal history of two different concepts*, Berlijn: Duncker & Humblot, hfdst. 12 en 14, nog te verschijnen.
29. Th. Baillet & R. Barme (red.), *Les coutumes generales de la prevoste et viconte de Paris*, Parijs 1513 (<http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb33333042k>). Dit artikel werd later artikel 118 van de herziene *coutume*, waarbij enkele woorden aan de tekst werden aangevuld.
30. In de *coutume* van Parijs is het vereiste van *nec vi* echter verdwenen. In deze *coutume* staat weliswaar dat het bezit ‘sans aucune inquiétation’ moet zijn, maar die term betekent niet ‘zonder geweld’ maar ‘zonder stuiting’. C. de Ferrière, *Commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, deel 1, Parijs: Le Boucher 1787; Pothier (Bugnet, red.), *Traité de la prescription*, nr. 51, deel 9, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1846, p. 334-335.
31. Du Moulin, *Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris avec les notes de M. C. Du Moulin*, deel I, Parijs: H. Charpentier 1691, Titre VI, De Prescription: ‘C’est la prescription légale ou de droit (...) En elles sont requises trois choses, titulus, bona fides, continuatio possessionis temporis lege definiti (...). Davantage entre âgez & non privelegiez, nec vi, nec clam, nec precario.’

noemd door Le Camus d'Houlouve in zijn verhandeling over de coutumes de Boulonnais.³² Pothier, ten slotte, noemt de drie *necs* als vereisten voor verkrijgende verjaring van eigendom in zijn boek over het *coutumiere* recht van Orléans.³³ In het Franse *droit coutumier* komen we dus de drie *necs*, althans de eis van openbaar bezit, tegen in het verjaringsrecht.³⁴

Reeds in het klassieke Romeinse recht is het begrip 'gebrekig bezit' te vinden en vindt discussie plaats wanneer bezit als heimelijk moet worden bestempeld.³⁵ Wanneer we een sprongetje in de tijd maken, zien we dat Bartolus³⁶ en Balbo³⁷ een onderverdeling maken van bezitsgebreken in *vitia personalia* (persoonlijke gebreken) en *vitia realia* (reële gebreken die aan de zaak kleven bij overgang onder bijzondere titel).

In zijn *Traité de la possession* heeft Pothier de vereisten *nec vi* en *nec clam* samen met onder andere de kwade trouw gerangschikt onder het begrip bezitsgebreken (*vices de possession*), zodat deze gebreken indirect ook de verkrijgende verjaring blokkeren.³⁸ Pothier stelt dat voor verkrijgende verjaring van het eigendomsrecht nodig is 'une possession civile et de bonne foi, qui procède d'un juste titre, qui a été publique, paisible, et non interrompue'.³⁹ Hoewel de drie *necs* hier niet letterlijk staan, zijn zij wel in andere bewoordingen terug te vinden.⁴⁰

32. B.-L. Le Camus d'Houlouve, *Coutumes du Boulonnais, conférées avec les coutumes de Paris, d'Artois, de Ponthieu, d'Amiens & de Montreuil*, deel 2, Parijs: F.-A. Didot 1777, p. 122.

33. Pothier (Bugnet, red.), *Coutume d'Orléans*, XIV, 16, deel 1, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1845, p. 333.

34. Dezelfde toepassing van de eis van openbaarheid op verjaringsbezit heeft plaatsgevonden in het Belgische *coutumiere* recht, dat sterk verwant is met het Franse *coutumiere* recht. Zie J. Britz, *Mémoires couronnés et mémoires des savants étrangers*, deel XX, 2e deel, Brussel: Hayez 1847, titel XX, p. 984. In het Germaanse recht van de Spaanse Nederlanden is het vereiste ook terug te vinden. Zie Ph. Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*, Brussel: Académie Royale de Belgique, 1991, nr. 395: 'Pour valoir une protection juridique à celui qui l'exerce, la saisine doit, comme la possession, être publique; en effet, dans la tradition germanique, le secret et la clandestinité font présumer un comportement illégitime.'

35. D. 41,2,6.

36. Commentaar op D. 41,2,13, in: *In I Partem Digesti Novi Bartoli A Saxoferrato Commentaria*, Basel: Episcopus 1588, p. 264-265.

37. J.F. Balbo, *Tractatus de praescriptionibus*, Speyer 1610, p. 148-150.

38. Pothier (Bugnet, red.), *Traité de la possession*, I, III, deel 9, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1846, p. 273-275.

39. Pothier (Bugnet, red.), *Traité de la prescription*, nr. 26, deel 9, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1846, p. 327.

40. Pothier geeft aan dat de Romeinsrechtelijke regel dat *res furtivae* en *res vi possessae* (zaken door diefstal of geweld verkregen) niet door middel van *usucapio* kunnen worden verkregen, zelfs niet door opvolgende verkrijgers te goeder trouw, waarschijnlijk niet in het Franse recht is overgenomen. Pothier (Bugnet, red.), *Traité de la prescription*, nr. 204, deel 9, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1846, p. 388. Dat wordt ook aangenomen door Berroyer en Laurière in hun bewerking van het commentaar van Duplessis op de *coutume*: 'Traité des prescriptions, I, 1', in: *Traitez de Mr Duplessis sur la*

Pothier legt *possession civile* uit als bezit voor zichzelf, als eigenaar, in tegenstelling tot houderschap.⁴¹ Dat komt dus overeen met *nec precario*. De eis *nec vi* lijkt op het eerste oog herkenbaar in het vereiste van *paisible*. In de Nederlandse vertaling van artikel 1992 oud BW wordt de term iets anders vertaald, namelijk als 'ongestoord'.

Pothiers verhandeling over de *coutume* van Orléans bevestigt echter dat de term *paisible* niets anders betekent dan 'zonder stuiting'.⁴² Pothier behandelt de afwezigheid van geweld en het vereiste van vredig bezit als twee verschillende vereisten. Hij ziet de afwezigheid van geweld als een voorwaarde voor *juste possession* en alleen *juste possession* kan tot verkrijgende verjaring leiden.⁴³ Pothier behandelt het vereiste van vredig bezit in de volgende paragraaf met de titel 'Des autres qualités que doit avoir la possession'.⁴⁴ In deze paragraaf lijken de vereisten van vredig bezit en het vereiste van onafgebrokenheid (*non interrompue*) te zijn samengesmolten tot één vereiste van het ontbreken van natuurlijke en burgerlijke stuiting.⁴⁵ Verlies van bezit levert natuurlijke stuiting op, en een dagvaarding tegen de bezitter levert burgerlijke stuiting op. Deze gelijkschakeling van het vereiste van vredig bezit met het vereiste van onafgebrokenheid maakt het vereiste van vredigheid betekenisloos.

In artikel 2229 *Code civil*, nu hernummerd tot 2260, vinden we minstens twee van de drie *necs* terug, namelijk *nec clam* (*publique*) en *nec precario* (*à titre de propriétaire*). We vinden hier ook de term *paisible*, maar aan afwezigheid van geweld is een aparte bepaling gewijd, namelijk artikel 2233, nu hernummerd tot 2263: 'Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé.'

Volgens de *travaux préparatoires* van de *Code civil* heeft de term *violence* hier dezelfde betekenis als in de Romeinsrechtelijke regel die gestolen en ge-

Coutume de Paris, Parijs: Gosselin 1699, p. 230. Dat bevestigt tevens dat deze verjaringsvereisten ook voor roerende zaken gelden.

41. Zo ook Domat, *Les loix civiles*, Parijs: Robustel 1723, Deel I, III, VII, I (De la nature de la possession), 10.
42. Pothier (Bugnet, red.), *Coutume d'Orléans*, XIV, 1, deel 1, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1845, p. 330.
43. Pothier (Bugnet, red.), *Coutume d'Orléans*, XIV, 16, deel 1, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1845, p. 333.
44. Pothier (Bugnet, red.), *Coutume d'Orléans*, XIV, 22, deel 1, Parijs 1845: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott, p. 335.
45. In *Traité de la prescription*, nr. 38, (red. Bugnet, deel 9, Parijs: Videcoq Père et Fils/ Cosse et N. Delamott 1846, p. 330). Onder het kopje 'La possession doit être paisible et non interrompue' behandelt Pothier alleen het vereiste van afwezigheid van stuiting.

roofde zaken uitsloot van verkrijgende verjaring. De Franse wetgever verwierp echter uitdrukkelijk de Romeinse regel dat zaken die met geweld van hun eigenaar waren weggenomen volledig waren uitgesloten van verkrijgende verjaring, zelfs als de zaken later in handen waren gekomen van een bezitter (te goeder trouw of te kwader trouw) die zich niet aan geweld schuldig had gemaakt. Vandaar de regel in artikel 2263 dat geweld de loop van de termijn voor verkrijgende verjaring alleen tegenhoudt zolang het geweld aanhoudt.⁴⁶ Omdat de *travaux préparatoires* twee verschillende termen gebruiken voor (afwezigheid van) geweld, namelijk *violence* en *paisible(ment)* lijkt het dat deze twee termen niet dezelfde inhoud hebben. Maar in de toelichting op artikel 2233⁴⁷ wordt de term *paisiblement* gebruikt om de afwezigheid van geweld te beschrijven. Dat woordgebruik wijkt dus af van de betekenis die Pothier aan de term *paisible* geeft, namelijk de afwezigheid van stuiting.

Overigens zij vermeld dat de toepassing van de drie *necs* later ook zou gebeuren in het Engelse recht en het Zuid-Afrikaanse recht. De eisen voor de bescherming van langdurig gebruik van erfdiensbaarheden worden analoog toegepast op verkrijgende verjaring van eigendom.⁴⁸ Hetzelfde gebeurt in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak, onder Engelse invloed.⁴⁹

2.4.3 Het nut van de drie *necs* bij het ontbreken van goede trouw

Waartoe dient nu de voorafgaande uiteenzetting over de drie *necs* en het vereiste van openbaar bezit? Het stellen van het vereiste van openbaar bezit bij verkrijgende verjaring is in ieder geval zinvol vanaf het moment dat het recht ook verkrijgende verjaring toestaat zonder *iusta causa* en *bona fides*. Heimelijk bezit is nauwelijks denkbaar als dit bezit gestoeld is op een titel en te goeder trouw is.⁵⁰ Dat leidt tot de conclusie dat het weinig zinvol is naast het vereiste van goede trouw ook het vereiste van openbaar bezit te stellen. Hoogstens zou gezegd kunnen worden dat de aanwezigheid of afwezigheid van openbaarheid van bezit (dat anders dan heimelijkheid

46. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, deel 15, Parijs: Videcoq 1836, p. 582.

47. P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, deel 15, Parijs: Videcoq 1836, p. 582.

48. Zie E. Coke (Ch. Butler et al., red.), *The First Part of the Institutes of the Laws of England: Or A Commentary upon Littleton*, 19e druk, Londen: 1832, 113b en 114a.

49. Zie Pienaar v. Rabie 1983 (3) SA p. 126, en de daarin genoemde bronnen. Zie verder C.G. van der Merwe, 'Original acquisition of ownership', in: R. Zimmermann & D. Visser (red.), *Southern Cross*, Oxford: Oxford University Press 1996, hfdst. 21.

50. Dat is waarschijnlijk de reden dat Domat diegene die heimelijk bezit neemt van een zaak aanmerkt als bezitter te kwader trouw die als gevolg van zijn kwade trouw niet door verjaring kan verkrijgen. Domat, *Les loix civiles*, Parijs: Robustel 1723, Deel 1, III, VII, I (De la nature de la possession), 12.

niet op opzet duidt) gemakkelijker is aan te tonen dan de aanwezigheid of het ontbreken van goede trouw. Bij de bescherming van het langdurig gebruik van een erfdienstbaarheid naar Romeins recht zorgde het vereiste van *nec clam* ervoor dat geen verjaringstermijn tegen de eigenaar van het dienende erf kon gaan lopen zonder dat die eigenaar daarvan op de hoogte kon zijn, een functie die het *nec clam*-vereiste nog steeds heeft in het moderne Nederlandse recht van erfdienstbaarheden.⁵¹ De bescherming van het langdurig gebruik was namelijk niet onderworpen aan de vereisten van een *iusta causa* en *bona fides*. Bij de verkrijgende verjaring van *eigendom*, waar wel de vereisten van *iusta causa* en *bona fides* golden, had het vereiste van *nec clam* weinig toegevoegde waarde. Dat wordt anders wanneer het recht ook verkrijgende verjaring toelaat zonder een dergelijke titel en goede trouw. Dan pas kan *nec clam* een eigen betekenis krijgen. Hoe dan ook wordt het vereiste van openbaar bezit in de Franse Code en in het oud BW gesteld als algemene voorwaarde voor alle verkrijgingen door verjaring. Daarbij is dan wellicht over het hoofd gezien dat het vereiste alleen een zelfstandige rol heeft bij het ontbreken van een geldige titel en goede trouw.

2.5 Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1992

2.5.1 Openbaar bezit

Meijers heeft ervoor gekozen om de vereisten die in het oud BW aan bezit werden gesteld als voorwaarden voor verkrijgende verjaring niet uitdrukkelijk te noemen in het ontwerp nieuw BW. Zijn reden was niet dat deze vereisten niet meer relevant zouden zijn, maar dat deze vereisten reeds besloten liggen in het begrip bezit. In zijn toelichting op het huidige artikel 3:99 BW stelt hij: 'Dat het bezit openbaar en ondubbelzinnig moet zijn is niet uitdrukkelijk vermeld; deze vereisten, voor zover zij reden van bestaan hebben, liggen reeds in het hebben van bezit besloten.'⁵²

Een vergelijkbare opvatting vindt men ook terug bij Cornie van der Merwe: 'South African law has thus completed the full circle and realized that nothing more nor less is needed for prescription than *possessio civilis*, i.e. corpus and animus domini. If animus domini is construed objectively in the sense that overt conduct on the part of the claimant is necessary then the separate requirement of openness, or *nec clam*, is also rendered redundant.'⁵³ Maar dit begrip van *openness* lijkt een ander begrip dan het begrip

51. L.P.W. van Vliet, 'Verjaring en erfdienstbaarheid', *NTBR* 2004, afl. 5, p. 206-225.

52. Toelichting Meijers bij artikel 3.4.3.1, Parl. Gesch. Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 408.

53. C.G. van der Merwe, 'Original acquisition of ownership', in: R. Zimmermann & D. Visser (red.), *Southern Cross*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 701-725, i.h.b. p. 717.

openness dat de eigenaar de gelegenheid geeft om te revindiceren. De dief voldoet aan dit begrip *openness* en toch kan de eigenaar niet revindiceren zolang deze niet weet waar zaak en bezitter zich bevinden.

2.5.2 De discussie rondom artikel 3:105 BW

Rondom de invoering van het nieuw BW heeft onder andere Brunner kritiek geleverd op het feit dat naar Nederlands recht een bezitter die weet dat de zaak hem niet toebehoort door verjaring eigenaar kan worden. Als voorbeeld noemde hij het feit dat zelfs de dief eigenaar kan worden door verjaring.⁵⁴ Deze werking van artikel 3:105 BW is een bewuste keuze van de wetgever geweest.⁵⁵ Meijers schrijft in zijn toelichting bij artikel 3.4.3.8. (het huidige artikel 3:105 BW) hierover:

‘Naast de gewone verjaring van de bezitter te goeder trouw, staat een overeenkomstige wijze van verkrijging, die ook aan bezitters te kwader trouw ten goede komt. Het is de verkrijging door verloop van een termijn, voldoende om de vordering van de rechthebbende tot afgifte van het goed te doen te niet gaan. Evenals in het Franse recht is dus in het ontwerp gebroken met de thans bestaande anomalie, dat de werkelijke rechthebbende de zaak niet kan opvorderen en anderzijds de bezitter in zijn bezit beschermd wordt, maar met niet meer dan bezitsacties. Het recht dient zich op den duur bij de feiten aan te sluiten, vooral wanneer dit recht de nodige rechtsvorderingen om wijziging te brengen in de feitelijke verhoudingen aan de rechthebbende onthoudt. Gevallen, waarin een rechthebbende niettegenstaande zijn revindicatie verjaard was, nog iets aan zijn recht had, zijn in de rechtspraak niet voorgekomen.’⁵⁶

Het oud BW van 1838 kende geen regel van verkrijgende verjaring van roerende zaken. Indien de derdenbescherming van artikel 2014 oud BW, de voorloper van artikel 3:86 BW, geen bescherming bood, kon de bezitter de zaak niet door verjaring in eigendom verkrijgen. Wel genoot de bezitter op den duur bescherming doordat de revindicatie na dertig jaar verviel door bevrijdende verjaring (artikel 2004 oud BW). Daardoor ontstaat een vreemde situatie waarin de eigenaar zijn eigendomsrecht niet meer kan geldend maken en de bezitter desondanks geen eigenaar wordt en slechts met een bezitsactie of actie uit onrechtmatige daad kan optreden om zijn bezit te beschermen. Meijers wilde deze anomalie voorkomen en heeft om

54. C.J.H. Brunner, ‘Dief wordt eigenaar’, in: E.H. Hondius, W.G. Huijgen, Jac. Hijma e.a. (red.), *Quod Licet*, Kleijn-Bundel, Deventer: Kluwer 1992, p. 45-53.

55. R.J.Q. Klomp, *Dieven met geduld. Over verkrijgende verjaring te kwader trouw*, BW-krant Jaarboek, deel 16, Deventer: Kluwer 2000, p. 59-73.

56. Parl. Gesch. Boek 3, Deventer: Kluwer 1981, p. 416.

die reden gekozen voor de invoering van verkrijgende verjaring zelfs ten gunste van bezitters die niet te goeder trouw zijn. Daarbij is de termijn ingekort van dertig naar twintig jaar. Voor bezitters die wel te goeder trouw zijn is een korte termijn van drie jaar ingevoerd, die alleen relevant is voor de bezitters die geen bescherming kunnen ontleenen aan artikel 3:86 BW, bijvoorbeeld omdat zij om niet hebben verkregen.

Van Schaick probeert onder deze werking van artikel 3:105 BW uit te komen door te stellen dat de dief doorgaans geen bezitter zal zijn, althans dat zijn bezit gebrekkig is en daardoor niet tot verjaring kan leiden. Zijn redenering, die hij aan het Franse recht heeft ontleend, komt hierop neer dat voor verjaring een bezit nodig is dat openbaar is.⁵⁷ Een heimelijk bezit is gebrekkig bezit (*possession viciée*) dat niet tot verjaring kan leiden. Het bezit van de dief zal in de meeste gevallen niet openbaar zijn. Inderdaad wordt in de Franse rechtspraak aangenomen dat een bezitter die de zaak opzettelijk verstoort geen openbaar bezit heeft en dat om die reden geen verjaringstermijn loopt zolang de zaak verstoort blijft.

Van Schaicks standpunt wordt door enkele auteurs afgewezen.⁵⁸ Verder blijkt uit niets dat dit standpunt overeenkomt met de bedoeling van de wetgever die de regeling van artikel 3:105 heeft opgesteld. Het is onduidelijk welk praktisch nut Van Schaick met zijn visie beoogt. Naar Frans recht zal geen verjaring tegen de eigenaar gaan lopen als de bezitter de zaak met opzet heeft verstoort. Er zal geen bevrijdende verjaring lopen omdat het Franse recht geen bevrijdende verjaring van de revindicatie aanneemt en er zal geen verkrijgende verjaring optreden bij gebrek aan deugdelijk bezit. Naar Nederlands recht is de revindicatie echter aan bevrijdende verjaring onderworpen. Van Schaick sluit zich daarbij aan en stelt dat, ondanks de heimelijkheid van het bezit, toch de verjaringstermijn van de revindicatie tegen de onwetende eigenaar gaat lopen. Na twintig jaar, te rekenen vanaf de dag na de diefstal, is de revindicatie van de eigenaar vervallen. Echter, omdat het bezit heimelijk is wordt de bezitter op het moment dat de revin-

57. A.C. van Schaick, 'Dief wordt vaak geen eigenaar', *WPNR* 2005, 6617, p. 289-290. A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*, Mon. NBW A14, 2e druk, Deventer: Kluwer 2014, nr. 18 en 98.

58. Zonder uitputtend te zijn: J.E. Jansen, 'Reactie', *WPNR* 2005, 6639, p. 801-803; A. Salomons, 'Over de verbergende dief, gebrekkig bezit en eigendomsverkrijging uit hoofde van art. 3:105 BW', in: W. Kernkamp, *Stof tot overpeinzing: liber amicorum voor Floris Bannier*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 113-122 en de auteurs daar genoemd; P.C. van Es, *Verkrijging door verjaring*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 52-53; H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 6e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 249; T. van der Linden, 'Over de dief die eigenaar geworden is', in: J. Hijma, *Een kwart eeuw, Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 291-305.

dicatie verjaart volgens Van Schaick geen eigenaar.⁵⁹ Zijn standpunt zou dan dus tot het *dominium sine re* leiden dat Meijers juist wilde voorkomen. Vanuit praktisch oogpunt lijkt me dit standpunt ook niet consequent. Het maakt namelijk niet veel verschil of de bezitter na bevrijdende verjaring van de revindicatie eigenaar wordt of slechts de verminderde bescherming geniet dat de eigenaar niet meer kan revindiceren. Als er al een rechtspolitieke keuze wordt gemaakt tegen het laten lopen van een termijn van verkrijgende verjaring zolang de eigenaar niet kan revindiceren, zou ook geen termijn van bevrijdende verjaring van de revindicatie mogen gaan lopen tegen die eigenaar.

2.5.3 Klooster in een landschap

Het vereiste van openbaar bezit is door de Hoge Raad voor een gestolen roerende zaak afgewezen in de zaak *Klooster in een landschap*. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat het oud BW op deze zaak van toepassing was waardoor de uitspraak alleen betrekking heeft op de bevrijdende verjaring van de revindicatie. Een verkrijgende verjaring van roerende zaken bestond immers niet. Cassatiemiddel 3 stelde uitdrukkelijk de vraag aan de orde of een verjaringstermijn tegen de eigenaar loopt als deze niet kan revindiceren omdat hij niet weet waar de zaak zich bevindt.

‘Middel III keert zich tegen het oordeel van het Hof dat op grond van het hier toepasselijke oude BW de verjaringstermijn van art. 2004 (oud) BW is gaan lopen vanaf het tijdstip van het onvrijwillig bezitsverlies, waarvan vaststaat dat dit meer dan 30 jaar geleden heeft plaatsgevonden.

Het middel betoogt dat fundamentele beginselen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een extinctieve verjaringstermijn niet aanvangt of kan worden voltooid voordat de schuldeiser zijn vordering geldend kan maken.

Ook dit middel kan niet slagen. De verjaringstermijn van de revindicatie begint te lopen vanaf het tijdstip dat een ander dan de eigenaar bezitsdaden ten aanzien van de zaak verricht (HR 14 november 1969, NJ 1970, 283). Blijkens het voorgaande heeft het Hof – in cassatie niet bestreden – aangenomen dat dit vanaf omstreeks 1950 het geval is geweest. De aanvang van voormelde verjaringstermijn is met name niet afhankelijk van het moment van het verkrijgen van de eigenaar van wetenschap met betrekking tot de feiten die mogelijk maken door middel van de revindicatie de zaak van een bepaalde persoon

59. A.C. van Schaick, ‘Dief wordt vaak geen eigenaar’, *WPNR* 2005, 6617, p. 289-290, A.C. van Schaick, *Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap*, Mon. NBW A14, 2e druk, Deventer: Kluwer 2014, nr. 18 en 98.

op te eisen. Het bezwaar dat de eigenaar aldus de revindicatie kan verliezen voordat hij deze daadwerkelijk tegen die persoon heeft kunnen instellen, is niet doorslaggevend tegenover de eisen van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen en die verlangen dat na het verstrijken van een vanaf een vast tijdstip lopende, vaste termijn de zaak niet meer kan worden opgeëist op grond van vóór de aanvang van die termijn bestaande feiten (vgl. HR 3 november 1995, RvdW 1995, 229 (NJ 1998, 380; red.)).'

2.6 Het Duitse recht

Het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* heeft de keuze gemaakt om, vergelijkbaar met het Nederlandse oud BW, en in navolging van het Romeinse recht,⁶⁰ de revindicatie na dertig jaar te laten verjaren zonder gevolgen voor het eigendomsrecht. Het eigendomsrecht vervalt niet, en gaat ook niet over op de bezitter ten gunste van wie de verjaringstermijn liep. Anders dan in het nieuwe BW en in het Franse en Belgische recht koppelt het BGB geen verkrijging aan de bevrijdende verjaring van de revindicatie. Er blijft dus een *dominium sine re* over. Deze dertigjarige verjaringstermijn van de revindicatie van § 985 BGB is sinds de *Schuldrechtsreform* uitdrukkelijk neergelegd in § 197 Abs.1, nr. 1 BGB, en werd al algemeen aanvaard vóór 2002. Hadden de ontwerpers van het BGB dit al beoogd? In de *Motive zum BGB*, de toelichting op het eerste ontwerp, valt op dit punt te lezen:

‘Nur in Ansehung der gestohlenen und verlorenen Sachen bleibt die Frage bestehen, ob eine Verjährung oder Ersitzung zu bestimmen ist. Die Bestimmung einer besonderen Verjährung oder einer Präklusion der Vindikation hat das gegen sich, daß dadurch die Fälle eines nicht wünschenswerten dominium sine re vermehrt werden würden; die Bestimmung einer mit der Vollendung der Präklusion oder Verjährung eintretenden Eigentumserwerbung auf der anderen Seite würde zu einer Vermischung verschiedenartiger Rechtsinstitute führen. (...)’

Es bleibt die Frage, ob die Zulassung einer außerordentlichen Ersitzung Bedürfnis ist, bei welcher ein gewisser Erwerbsgrund als Basis der bona fides nicht aufgedeckt zu werden braucht. Nach gemeinem

60. In het Justiniaanse recht verviel de revindicatie na dertig jaar. De bezitter te goeder trouw verkreeg na deze periode eigendom. De bezitter die niet te goeder trouw was verkreeg weliswaar geen eigendom, maar kon niet meer door de eigenaar tot teruggave worden gedwongen met een actie van revindicatie. Er ontstond daarmee een *dominium sine re* of een *nuda proprietas*. Zie H.J. Wieling, *Sachenrecht*, deel 1, *Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*, 2e druk, Berlin/Heidelberg/New York: Springer-Verlag 2006, par. 11 I 1.

Rechte ist die außerordentliche Ersitzung lediglich die Kehrseite der Verjährung des dinglichen Anspruchs.⁶¹

De *Protokolle* van de Tweede Commissie⁶² laten zien dat de vraag of en hoe *dominium sine re* vermeden moet worden opnieuw aan de orde is gekomen. De twee voor de hand liggende oplossingen die voorgesteld werden waren allereerst het onverjaarbaar maken van de revindicatie en, ten tweede, het invoeren van verkrijgende verjaring die intreedt nadat de bevrijdende verjaring van de revindicatie is voltooid met de uitzondering dat deze verkrijging niet zou optreden bij de dief of een andere bezitter die bewust wederrechtelijk handelt, en zijn rechtsopvolgers die te kwader trouw zijn. Het voorstel om de revindicatie onverjaarbaar te maken werd verworpen en het voorstel om aan de bevrijdende verjaring van de revindicatie een verkrijging te koppelen werd uitgesteld tot de discussies over het goederenrecht. Bij deze laatste discussie over verkrijgende verjaring werd onder andere gesproken over het voorstel om aan de bevrijdende verjaring een verkrijging te koppelen. Dat voorstel werd weliswaar verworpen door de commissie, maar de motivering ter ondersteuning van het voorstel werd uitvoerig besproken als volgt:

‘Die Kom. lehnte den Antrag ab, nachdem er dahin begründet worden war: Der Antrag wolle die Beseitigung des *dominium sine re* bei beweglichen Sachen ermöglichen, in ähnlicher Weise wie man dies bei unbeweglichen Sachen durch Annahme des § 873a (G. § 900) gethan habe. Der Besitzer einer Sache solle durch 30jährigen Besitz Eigenthümer derselben werden, gleichviel, ob er sich in gutem oder bösen Glauben befunden. Innerlich gerechtfertigt erscheine die Vorschrift durch die Erwägung, daß ein geschichtlich gewordener Zustand aufrecht erhalten werden müsse, gleichviel welchen Ursprung derselbe gehabt habe. Man dürfe es nicht zulassen, daß nach Ablauf von Jahrzehnten auf wirkliche oder vermeintliche Mängel im Erwerbe zurückgegriffen und der Besitzer der Sache von irgend einem Dritten gezwungen werde, sich auf die Erörterung von Umständen einzulassen, welche sich vielleicht überhaupt nicht mehr klar stellen ließen und auch für die Gegenwart kein Interesse mehr hätten. Eine derartige Ersitzung, wie sie der Antrag vorschlage, entspreche nicht nur dem § 873a, sondern überhaupt dem der ganzen Verjährung zu Grunde liegenden Gedanken. Die materielle Bedeutung einer solchen Vorschrift liege nicht sowohl darin, daß im einzelnen Falle ein Dieb geschützt werde, sondern darin, daß der

61. *Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, deel III, Sachenrecht, Berlin/Leipzig: J. Guttentag 1888, p. 351.

62. B. Mugdan (red.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I, Berlin: R. v. Decker's Verlag 1899, p. 771-772.

wirklich Berechtigte ein weiteres Schutzmittel erhalte, um sein Recht gegen frivole Anfechtungen sicher zu stellen.’

De redenen om dit voorstel te verwerpen waren de volgende:

‘Für die Mehrheit waren folgende Gründe maßgebend: Es lasse sich nicht verkennen, daß, nachdem man den § 873a angenommen habe, der vorgeschlagene § 887a die Konsequenz für sich habe. Indessen sei doch zu beachten, daß die Sachlage bei dem § 873a insofern eine andere sei, als dort ein öff. Interesse, nämlich die Fürsorge für die Richtigkeit des Grundbuches, in Betracht komme. Ferner liege ein wesentlicher Unterschied darin, daß bei Grundstücken eine heimliche Wegnahme nicht stattfinden könne, und daß selbst dann, wenn sich Jemand heimlicherweise – etwa aus Grund einer gefälschten Urkunde – das scheinbare Eigenthum an einem Grundstücke verschaffe, doch immer der rechtswidrige Zustand aus dem Grundbuche ersichtlich sei, sodaß der wahre Eigenthümer bei entsprechender Vorsicht sich gegen den Verlust seines Rechtes schützen könne. Bei beweglichen Sachen würde dagegen nach dem vorgeschlagenen § 887a ein Verlust des Eigenthumes herbeigeführt werden können, ohne daß der Eigenthümer irgendwie in der Lage gewesen sei, denselben zu verhindern. Bei der Verjährung gebe man dem bisherigen Schuldner nur eine Einrede gegen das Recht des Gläubigers. Hier aber handele es sich darum, das Unrecht durch das Gesetz direkt in Recht zu verwandeln. Einen derartigen Satz aufzunehmen, widerspreche dem Gerechtigkeitsgeföhle. Der Schutz des wirklich Berechtigten, den der Antragsteller mit seinem Vorschlage indirekt herbeiföhren wolle, sei nicht so wesentlich, denn – abgesehen davon, daß sich regelmäßig das wirkliche Recht auch beweisen lasse – ständen dem wirklich Berechtigten der Besitzschutz und die Klagenverjährung zur Seite.’

Interessant in dit laatste citaat is dat de Tweede Commissie zich ervan bewust is dat de bevrijdende verjaring van de revindicatie ook dan tegen de eigenaar loopt als deze niet kan revindiceren. Ook na de wijziging van het verjaringsrecht door de *Schuldrechtsreform* van 2002 geldt dat de verjaring van de revindicatie begint en doorloopt ondanks het feit dat de eigenaar niet weet wie de huidige bezitter van zijn zaak is.⁶³

In de Duitse rechtswetenschap en rechtspraktijk is in de afgelopen decennia veel discussie geweest over de verjaring van de revindicatie met betrekking

63. Staudinger/Frank Peters/Florian Jacoby (2014) BGB § 197, Nr. 1; A. Bergmann, *Der Verfall des Eigentums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 41 en 46.

tot roofkunst, een debat dat nog intensiever is geworden door de vondst bij Cornelius Gurlitt van roofkunst en een zeer grote hoeveelheid ‘entartete’ kunstvoorwerpen. In veel situaties is de eigendom van deze roofkunst voor de slachtoffers niet verloren gegaan en heeft de onteigening van entartete kunstvoorwerpen als nietig te gelden. De revindicatie van de eigenaar zal echter in veel gevallen verjaard zijn. Ook voor gewone gevallen van diefstal hebben Peters en Zimmermann er al in 1981 voor gepleit de verjaring van de revindicatie af te schaffen.⁶⁴ Onder invloed van de herleefde aandacht voor roofkunst uit de Nazi-tijd, die sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is ontstaan, heeft menig auteur zich bij dit standpunt aangesloten.⁶⁵

In 2014 is een wetsontwerp ingediend om de verjaring van de revindicatie voor het geval van kunstroof tijdens het Nazi-regime uit te sluiten. Het ontwerp droeg de naam *Gesetz zum Ausschluss der Verjährung von Herausgabeansprüchen bei abhanden gekommenen Sachen, insbesondere bei in der NS-Zeit entzogenem Kulturgut*.⁶⁶ Het ontwerp is echter in de onderste lade terechtgekomen. Dat voor kunstroof uit de Nazi-periode geen bijzondere regels gelden wordt nog eens bevestigd door het Oberlandesgericht Frankfurt am Main in een oordeel van 8 februari 2018.⁶⁷ Het OLG bevestigt daarin dat ook de revindicatie van kunst geroofd van slachtoffers van Nazi-vervolging onder de dertigjarige verjaring valt:

‘Auch nachfolgende Initiativen für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Verjährungsvorschriften in den Fällen von NS-Kunstraub hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat mit Beschluss vom 10./12. Juni 2002 die Bundesministerin für Justiz, im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform die Frage der Unverjährbarkeit dinglicher Herausgabeansprüche zu prüfen. Als Ergebnis der Prüfung hat das Bundesministerium der Justiz im Rahmen des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts mit Schreiben vom 8. März 2004 mitgeteilt, es sei auch nach nochmaliger Prüfung nicht veranlasst, dingliche Herausgabeansprüche unverjährbar zu stellen. Die immerhin dreißigjährige Verjährung sei auch hier durch die mit der Verjährung verfolgten Zwecke gerechtfertigt. Gutgläubige Erwerber müssten vor einer Inanspruchnahme in schwieriger Beweis-

64. F. Peters & R. Zimmermann, ‘Verjährungsfristen’, in: *Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, deel 1, Keulen: Bundesanzeiger Verl.-Ges. 1981, p. 77-373, i.h.b. p. 287, 315 en 318-319.

65. A. Bergmann, *Der Verfall des Eigentums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 41 en de auteurs genoemd in voetnoot 45 aldaar.

66. Afgekort: ‘Kulturgut-Rückgewähr-Gesetz – KRG’, Drucksache 2/14.

67. OLG Frankfurt a. M., 8 februari 2018 – 1 U 196/16, BeckRS 2018, 4085.

lage geschützt werden (vgl. hierzu Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 7. Januar 2014 zu einem “Entwurf eines Gesetzes zum Ausschluss der Verjährung von Herausgabeansprüchen bei abhanden gekommenen Sachen, insbesondere bei in der NS-Zeit entzogenem Kulturgut (Kulturgut-Rückgewähr-Gesetz – KRG)”, BR-Drs. 2/14, S. 6). Eine solche weitere Initiative stellte der Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 7. Januar 2014 zu einem “Entwurf eines Gesetzes zum Ausschluss der Verjährung von Herausgabeansprüchen bei abhanden gekommenen Sachen, insbesondere bei in der NS-Zeit entzogenem Kulturgut (Kulturgut-Rückgewähr-Gesetz – KRG)” dar (BR-Drs. 2/14). Mit dem Antrag soll die als “schwer erträglich” empfundene Rechtslage korrigiert werden, weil durch die Einrede der Verjährung durch den NS-Staat geschaffenes Unrecht auf Dauer perpetuiert werde. Es bestehe die Gefahr, dass die bisherige Verjährungsregelung einen Anreiz für unredliche Besitzer schaffe, Sachen 30 Jahre lang vor dem Eigentümer zu verbergen, was sich insbesondere in den Fällen zur NS-Zeit entzogener, nach langer Zeit unbekannten Verbleibs wieder aufgetauchter Kulturgüter erweise.

Vor diesem Hintergrund, dass der Gesetzgeber trotz dieser Anstöße nicht tätig geworden ist, würde eine Einschränkung der Verjährungsregelungen die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreiten. Wirkungen einer bereits eingetretenen Verjährung würden rückwirkend wieder beseitigt, und die vom Gesetzgeber mit den Verjährungsvorschriften erstrebten Zwecke einer Befriedung und des Schutzes gutgläubiger Erwerber würden übergangen.⁶⁸

2.7 Het Franse recht

Naar Frans recht verkrijgt de bezitter van een roerende zaak na dertig jaar de eigendom van de zaak, zelfs als hij niet te goeder trouw zijn bezit is begonnen.⁶⁹ In de oorspronkelijke versie van de *Code civil* was dit neergelegd in artikel 2262. Die rechtsregel codificeerde wat reeds in Frankrijk gold naar het gereciperde Romeinse recht en naar vele *coutumes* gold.⁷⁰ Bij de herziening van de verjaringsregels in 2008 is dit artikel vervangen door artikel 2227. Strikt genomen heeft dat artikel alleen betrekking op onroerende zaken. Maar volgens een meerderheidsopvatting in de literatuur is de dertigjarige verkrijgende verjaring ook van toepassing op roerende zaken

68. Randnummers 38-40.

69. Wat het verjaringsrecht van vóór 2008 betreft nog bevestigd door Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 26 oktober 2006, nr. 719 (*Alexander Calder*-zaak). Hiertegen was begrijpelijkerwijze geen cassatiemiddel gericht in *Cour de Cassation*, civ 1er, 19 maart 2009, nr. 07-12.290.

70. P. van Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, Leiden/Parijs: Brill/ Larose et Forcel 1887, p. 339-345.

zodat de oude regel is blijven bestaan.⁷¹ Weliswaar wordt in het Franse recht gezegd dat de revindicatie onverjaarbaar is (artikel 2227 *Code civil*),⁷² maar wanneer zelfs een bezitter te kwader trouw eigenaar wordt na dertig jaar, betekent deze uitspraak minder dan op het eerste oog lijkt. Het eigendomsrecht waaruit de revindicatie voortvloeit vervalt wanneer de bezitter eigenaar wordt door verkrijgende verjaring. Het is dan enigszins misleidend om te stellen dat de revindicatie niet verjaart. Zij is weliswaar niet onderworpen aan *bevrijdende* verjaring, maar zij vervalt door de *verkrijgende* verjaring ten gunste van de bezitter. De onverjaarbaarheid betekent dus uitsluitend dat de eigendom en de revindicatie niet vervallen door *non usus*.⁷³

Hiervoor is reeds uiteengezet dat de Franse code vasthoudt aan het traditionele vereiste dat bezit openbaar moet zijn, wil het tot verkrijgende verjaring leiden. Door de Franse rechtspraak wordt dit vereiste echter op een andere manier toegepast dan door de Nederlandse rechter. Daar waar de Nederlandse Hoge Raad de verjaringstermijn laat lopen tegen een eigenaar die niet in staat is om te revindiceren omdat hij niet weet waar zijn zaak zich bevindt en wie daarvan de bezitter is, laat de Franse *Cour de Cassation* geen verjaringstermijn lopen zolang de zaak met opzet verstoort is en blijft.⁷⁴ Binnen de categorie ‘niet-openbaar’ bezit maakt de Franse rechtspraak dus een onderscheid al naargelang de bezitter de bedoeling heeft gehad om de zaak ten opzichte van de eigenaar verborgen te houden. Dit subjectieve element wordt begrijpelijkerwijze uit de feiten van de zaak afgeleid. Wat daarbij een rol speelt is de vraag hoe openbaar het bezit van dergelijke zaken in de gegeven omstandigheden pleegt te zijn en, wanneer de zaak zich in een kluis bevindt, of ook een bezitter te goeder trouw een reden zou kunnen hebben om de zaak in de kluis te houden.

71. Ph. Malaurie & L. Aynès, *Les biens*, 6e druk, Parijs: LGDJ 2015, nr. 582; B. Grimonprez, *Répertoire de droit civil, Prescription acquisitive*, janvier 2010 (actualisation: mars 2018), nr. 12. Zie hierover J. Van de Voorde, *De verkrijgende verjaring, De nalatenschap van Rome heroverwogen* (diss. Antwerpen 2017), Brugge: Die Keure 2018, nr. 766-767 en 1302.

72. En zie voor roerende zaken (schilderijen) al eerder: *Cour de Cassation*, civ. 1re, 2 juni 1993 (collection Ambroise Vollard) nr. 90-21.982, 91-10.429, 91-10.971 en 91-12.013, Bull. civ. I, nr. 197: ‘Mais attendu que la propriété ne s’éteignant pas par le non-usage, l’action en revendication n’est pas susceptible de prescription extinctive (...)’.

73. L.P.W. van Vliet, in: S. van Erp & B. Akkermans (red.), *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2012, note bij case nr. 7.45.

74. Dat sluit aan bij het oude Franse recht van vóór de code. Zie D. Deroussin, ‘Praescriptio omnia iura tolluntur. Les prescriptions dans l’Ancien Droit français’, in: J.H. Dondorp, D.J. Ibbetson & E.J.H. Schrage (red.), *Limitation and Prescription. The comparative legal history of two different concepts*, Berlijn: Duncker & Humblot, hfdst. 12, par. V3b, nog te verschijnen.

In een geval over bezit van toonderpapieren overwoog de *Cour de Cassation*:

‘Attendu cependant que la détention de titres au porteur, non susceptibles d’un usage commun, dans un coffre qu’elle avait loué sans se dissimuler n’est pas de nature à vicier la possession de Mme Z..., qui, défenderesse à l’action en revendication exercée au nom de la succession, n’avait pas à prouver l’origine de ces meubles, sa seule possession valant titre.’⁷⁵

De term ‘*possession viciée*’, gebrekkig bezit, houdt in dat het bezit niet de normale gevolgen heeft zoals derdenbescherming of verkrijgende verjaring. Daarentegen, in een geval waarin een verdachte toonderpapieren had verstoep in zijn huis waar de politie bij een huiszoeking deze toonderpapieren vond, nam de *Cour de Cassation* aan dat het bezit gebrekkig was omdat de bezitter de bedoeling had gehad zijn bezit verborgen te houden.⁷⁶ Het is onduidelijk uit welke feiten de *Cour de Cassation* die bedoeling afleidt.

Geen opzet tot verbergen werd aangenomen in het volgende geval. Het betrof de revindicatie van een zeldzame eerste druk van de complete werken van Balzac, door de auteur opgedragen aan de Marquise de Castries, ingebonden in uniforme banden van marokijn met daarop in goud het familiewapen van baron d’Aldenburg. Zij waren eerst in een privébibliotheek geplaatst en daarna in kartonnen dozen in een grot geplaatst. De Tribunal de Grande Instance van Parijs overwoog: ‘La simple circonstance que des ouvrages rares aient été conservés dans une bibliothèque familiale, puis placés dans des cartons et rangés dans une cave, ne révèle qu’une précaution de conservation et des modalités de garde et, en tout cas, aucune tentative de dissimulation de nature à rendre suspecte la possession (...)’ En de revindicatie werd daarom afgewezen.⁷⁷

De erfgenamen van de beroemde Parijse kunsthandelaar Ambroise Vollard wilden enkele schilderijen revindiceren van de erfgenamen van Erich Slo-movic, die ze op zijn vlucht naar Joegoslavië in 1940 had meegenomen. De eisers probeerden het verweer van verkrijgende verjaring te weerspreken door aan te voeren dat het bezit heimelijk was. Vast kwam te staan dat het bezit aanvankelijk openbaar was, en de Cour d’Appel van Parijs concludeert daaruit dat het bezit daarna niet snel heimelijk wordt door de schilderijen in een kluis op te slaan:

75. *Cour de Cassation*, civ. 1re, 11 juni 1991, no 89-20422, Bull. civ. I, no 199.

76. *Cour de Cassation*, civ. 1re, 8 maart 2005, no 03-14.610, Bull. civ. I, no 123, JCP 2005. I. 181, no 4.

77. TGI Paris, 30 november 1988, D. 1990. Somm. 87.

‘Considérant qu’il est ainsi établi que la possession d’Erich Slomovic sur les œuvres en litige s’est exercée publiquement, en janvier 1940, et même en 1939, qu’elle n’était pas ignorée des ayants droit d’Ambroise Vollard, des lors que le frère de celui-ci, Lucien, était un familier d’Erich Slomovic; que dans sa lettre du 1er mars 1940, M. Milosaljevic fait état d’informations recueillies auprès de M. Martin Fabiani, qui participait alors à l’administration de la galerie Vollard, et qui a déclaré qu’Erich Slomovic n’avait “qu’un petit nombre de choses”, appréciation explicable par l’immensité de la collection Vollard; que la publicité n’a pu disparaître par la détention des objets dans un coffre de banque, alors que celle-ci a été commandée par les circonstances exceptionnelles de l’époque de guerre, et le voyage en Yougoslavie d’Erich Slomovic qui a d’ailleurs signalé l’existence du coffre dans la lettre adressée à Matisse le 17 mars 1941 (...).’⁷⁸

Door de aanwezigheid van vele factoren die voor openbaarheid van het bezit pleitten is lastig vast te stellen wat zonder deze factoren de invloed van het bewaren in de kluis zou zijn geweest op de openbaarheid van het bezit.

2.8 Het Belgische recht⁷⁹

Op basis van dezelfde wettelijke basis als in het Franse recht (artikel 2262 BBW) lijkt het Belgische Hof van Cassatie veel strenger in zijn beoordeling van de openbaarheid van bezit.⁸⁰ Nu is wel voorzichtigheid geboden omdat er slechts één arrest is gewezen door het Hof van Cassatie over deze materie, een geval bovendien waarin kwade trouw van de bezitter voor de hand lag. Die aanwijzingen voor kwade trouw kunnen de reden zijn geweest waarom de vereisten voor verkrijgende verjaring dermate streng werden toegepast dat verjaring werd voorkomen.

Naar Belgisch recht kan de eigendom van roerende en onroerende zaken door verjaring worden verkregen na een periode van dertig jaar, zelfs als de bezitter te kwader trouw is (artikel 2262 BBW): ‘Alle zakelijke rechtsvorderingen verjaren door verloop van dertig jaar, zonder dat hij die zich op deze verjaring beroept, verplicht is daarvan enige titel te vertonen of dat men hem de exceptie van kwade trouw kan tegenwerpen.’ Het gaat hierbij

78. Cour d’Appel Paris, 3 oktober 1990, Gaz. Pal. 1991. 1. 113, note P. Frémond.

79. Met dank aan dr. Johan Van de Voorde voor zijn opmerkingen over met name het Belgische recht.

80. Zie voor een uitvoerige bespreking van verkrijgende verjaring naar Belgisch recht: J. Van de Voorde, *De verkrijgende verjaring, De nalatenschap van Rome heroverwogen* (diss. Antwerpen 2017), Brugge: Die Keure 2018. Zie voor roerende zaken nr. 559 e.v. van dit boek.

om dezelfde bepaling die als artikel 2262 was ingevoerd in de Franse *Code civil* en in Frankrijk heeft gegolden tot de herziening van het verjaringsrecht in 2008. Het enige wat in de Belgische versie in 1998 is geschrapt zijn de persoonlijke rechtsvorderingen, die in 2262 bis BW zijn ondergebracht. Ook naar Belgisch recht geldt het vereiste dat het bezit, wil het tot verkrijgende verjaring leiden, openbaar moet zijn (artikel 2229).

In de zaak *Staatliche Kunstsammlungen Dresden*⁸¹ heeft het Hof van Cassatie dit vereiste van openbaarheid toegepast op een geval waarin een gestolen schilderij werd verhandeld onder duistere omstandigheden. De bezitter van het schilderij met de titel '*Ebene mit Windmühle*' van de hand van Bruegel de oudere probeerde het schilderij te verkopen. Hij was een violist en vroeg een collega-violist en vioolbouwer in Los Angeles om advies bij de verkoop van het schilderij. De vioolbouwer uit Los Angeles raadde hem aan contact op te nemen met een zekere juwelier in België. De juwelier werd toen benaderd door de exploitant van een autowasstraat, die hem vertelde dat hij een potentiële koper wist. Uiteindelijk werd het schilderij door de Belgische politie in beslag genomen. De bezitter beweerde dat hij het schilderij had geërfd van zijn vader, die het van een Oekraïense hoogleraar had gekocht. Het schilderij was duidelijk afkomstig van de *Staatliche Kunstsammlungen Dresden*, omdat het etiket op de achterkant van het schilderij deze herkomst aangaf. De bezitter beweerde echter dat de *Staatliche Kunstsammlungen Dresden* de eigendom vlak na de Tweede Wereldoorlog aan Rusland hadden overgedragen als betaling voor het restaureren van bepaalde kunstwerken die beschadigd waren geraakt. De bezitter beweerde tevens eigenaar te zijn geworden door verjaring.

Het Hof van Beroep te Antwerpen overwoog dat voor verkrijgende verjaring openbaar bezit nodig is, en dat in de gegeven omstandigheden het bezit heimelijk was in plaats van openbaar. Het Hof overwoog daarbij:

'Het te koop stellen van het betrokken schilderij via de uitbaters van een juwelenzaak en van een carwash (en niet door een gespecialiseerd veilinghuis of door een schilderijengalerij) en tegen een prijs (500.000 US-dollar) merkkelijk lager dan de waarde die (de eiser) thans zelf aan het schilderij toeschrijft (1.250.000,00 euro), laat geen twijfel toe omtrent het heimelijk karakter van het bezit van (de eiser). (...) Uit hetgeen hierboven reeds uiteengezet werd, volgt dat het bezit van (de eiser) te kwader trouw is. Terzake zijn er immers wel degelijk omstandigheden van aard om het argwaan van (de eiser) op te wekken betreffende de wettelijkheid van het bezit van de persoon (zijn

81. Hof van Cassatie 19 juni 2009, nr. C.08.0183.N.

vader) die hem het goed geleverd heeft. Het heimelijk karakter van het bezit van (de eiser) illustreert dat perfect.⁸²

De eiser stelde cassatieberoep waarbij hij probeerde aan te tonen dat zijn bezit openbaar was. Hij verwees in dat verband naar een brief uit 1983 van het veilinghuis Christie's en naar een bevestiging uit 2001 van het Art Loss Register dat het schilderij niet in de databank van het Art Loss Register stond genoteerd als gestolen of bezwaard met een claim in verband met de Tweede Wereldoorlog. Bovendien stelde hij dat het schilderij altijd openlijk aan de muur in het huis van zijn vader had gehangen.

Het Hof van Cassatie geeft de volgende uitleg over het vereiste van openbaarheid in artikel 2229 BBW:

'2. Overeenkomstig de artikelen 2229 en 2279 van het Burgerlijk Wetboek doet het bezit te goeder trouw van roerende goederen het eigendomsrecht enkel ontstaan wanneer het bezit deugdelijk is, dit wil zeggen een voortdurend, onafgebroken, ongestoord, openbaar en niet dubbelzinnig bezit als eigenaar.

3. Opdat er sprake is van een openbaar bezit in de zin van voormelde wetsbepalingen is vereist dat, al wie er belang bij heeft, het bezit of de bezitsdaden kan zien en vaststellen, en, desgevallend, de nodige maatregelen kan treffen om zich tegen de verjaring te verzetten. Het feit dat het bezit openbaar is voor sommigen, sluit evenwel niet uit dat het bezit ten opzichte van andere personen die belang hebben het bezit of de bezitsdaden te zien en vast te stellen, een heimelijk karakter heeft.'

Daarna herhaalt het Hof van Cassatie de redenen waarom het Hof van Beroep het bezit als heimelijk heeft aangemerkt en bevestigt dat het Hof van Beroep zijn beslissing naar recht heeft verantwoord. Bij zijn verwerping van het derde middelonderdeel voegde het Hof van Cassatie nog de belangrijke opmerking toe dat openbaarheid relatief is:

'De vaststelling dat het bezit in hoofde van de eiser van het kwestieuze schilderij uiteindelijk bekend werd door het te koop aan te bieden via tussenkomst van een juwelier, sluit niet uit dat het bezit van het schilderij ten aanzien van de verweerster heimelijk bleef.'

In deze concrete casus is het bezit waarschijnlijk slechts voor een klein aantal mensen openbaar geweest, gezien het feit dat het schilderij op een onverwachte plaats te koop werd aangeboden: door een juwelier in plaats

82. Tekst zoals geciteerd in het cassatiemiddel.

van in een kunsthandel of veilinghuis. We kunnen slechts speculeren of het bezit naar de mening van het Hof tegenover iedereen openbaar zou zijn geweest als het schilderij wel te koop zou zijn aangeboden in een kunsthandel of veilinghuis.⁸³ Ter illustratie een citaat uit het Californische arrest *Orkin v. Elisabeth Taylor* over de revindicatie van een Van Gogh:

‘From the face of the Orkins’ complaint, it is apparent that Taylor’s acquisition of the painting was certainly discoverable at least by 1990, when she held it out for sale in an international auction, and most probably as early as 1963, when she acquired the painting in a highly publicized international auction. In fact, the complaint alleges – and demonstrates by attachment – that Taylor bought the painting at a publicized auction in 1963, that Taylor was listed as the owner of the painting in a publicly available 1970 catalogue raisonné, and that Taylor publicly offered the painting for sale in 1990. Had the Orkins investigated any of those publicly-available sources, they could have discovered both their claim to the painting and the painting’s whereabouts long before the 2002 internet rumor was posted.’

In de zaak *Bruegel* zou het geen verschil hebben uitgemaakt omdat de verjaringstermijn van dertig jaar pas zou zijn gaan lopen op het moment dat het schilderij te koop werd aangeboden. Die verjaringstermijn zou dan vrij snel daarna zijn gestuit op het moment dat de politie het schilderij in beslag nam en de revindicatieprocedure werd gestart.

Het is belangrijk om vast te stellen dat het Hof van Cassatie niet heeft overwogen dat het bezit alleen openbaar is wanneer de eigenaar of een andere belanghebbende op de hoogte is van het bezit en de persoon van de bezitter. Het Hof overweegt slechts dat ‘al wie er belang bij heeft, het bezit of de bezitsdaden kan zien en vaststellen’. Dat betekent dat niet daadwerkelijke wetenschap vereist is (*actual knowledge* om een begrip uit het recht van de VS te gebruiken) maar dat het gaat om het ‘kunnen weten’ (*constructive knowledge* in VS-begrippen). De eigenaar heeft dus in VS-terminologie een *duty of diligence*, een plicht om te onderzoeken waar zijn zaak is gebleven. Dat kan onder meer inhouden dat hij gedurende vele decennia veilingcatalogi van belangrijke veilinghuizen in de gaten moet houden. Hij loopt dus het risico dat een verjaringstermijn tegen hem gaat lopen terwijl hij niet daadwerkelijk weet wie de bezitter van het kunstwerk is en waar het kunstwerk zich bevindt.

83. *Orkin v. Taylor*, 487 F.3d 734, p. 741-742 (9th Cir. 2007).

We zien dat in deze procedure het Hof van Beroep uitdrukkelijk stelt dat de bezitter te kwader trouw was. Op grond van artikel 2262 BBW kan de bezitter echter ondanks kwade trouw na dertig jaar eigenaar worden. Uit het ongebruikelijke karakter van de bemiddelaar (juwelier) en de lage prijs, factoren die traditioneel een rol spelen bij het beoordelen van goede trouw van de koper, leidt het Hof van Beroep niet alleen af dat de koper te kwader trouw is (hetgeen niet fataal is voor de dertigjarige verjaring), maar leidt het ook af dat het bezit heimelijk is, zodat verkrijgende verjaring wordt voorkomen. Het lijkt erop dat via een omweg toch het vereiste van goede trouw wordt geïntroduceerd in artikel 2262 BBW, tegen de keuze van de wetgever. Wellicht zou het Hof van Beroep dit niet hebben gedaan bij een koper die weliswaar verder onderzoek naar de herkomst van het kunstwerk had kunnen en moeten doen, maar geen wetenschap had van de duistere herkomst. Nadere rechtspraak zal moeten uitwijzen of en in hoeverre de rechtspraak een onderzoeksplicht heeft willen opleggen voor een beroep op de dertigjarige verjaring.

Sagaert neemt het standpunt in dat diefstal van een zaak om een andere reden niet tot verjaring kan leiden. Hij stelt dat het bezit van de zaak dan gebrekkig is en niet tot verkrijgende verjaring kan leiden omdat het met geweld is verkregen.⁸⁴ Dit standpunt wijkt af van de Franse benadering van het bezitsgebrek geweld, waarin wordt aangenomen dat de verjarings-termijn gaat lopen zodra het geweld ophoudt. Dat is een belangrijk verschil in benadering omdat het geweld dat bij diefstal, met of zonder braak, of roof wordt gebruikt, meestal minder dan een dag duurt en de verjarings-termijn dus niet beïnvloedt.⁸⁵

In december 2017 is ter consultatie een voorontwerp met memorie van toelichting gepubliceerd ter herziening van het Belgische goederenrecht. Hierin werd de verkrijgende verjaring ten gunste van bezitters die niet de goeder trouw zijn afgeschaft. Dit houdt in dat niet alleen bezitters die op de hoogte zijn van het feit dat zij andermans zaak in bezit hebben van de verkrijgende verjaring zijn uitgesloten maar ook de bezitters die onvoldoende herkomstonderzoek hebben gedaan. In het voorontwerp zoals goedgekeurd door de Raad van Ministers in 2018 blijft de dertigjarige verjaring ook voor roerende zaken gehandhaafd. In dit ontwerp zijn de traditionele vereisten *nec clam*, *nec precario* te vinden in artikel 3.21:

84. V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen: Kluwer 2014, p. 644, nr. 816 en p. 684, nr. 880.

85. De dag van de inbezitneming telt niet mee voor de berekening van de termijn.

‘Art. 3.21. Deugdelijk bezit

Onder voorbehoud van de artikelen 3.25 en 3.28, heeft het bezit slechts gevolgen indien het voortdurend, ongestoord, openbaar en ondubbelzinnig [is]. Die hoedanigheden worden vermoed aanwezig te zijn, behoudens tegenbewijs.

Een gebrekkig bezit heeft pas gevolgen nadat het gebrek opgehouden heeft te bestaan.’

Het kernartikel over verkrijgende verjaring is artikel 3.26:

‘Art. 3.26. Verkrijgende verjaring van zakelijke rechten in het algemeen

Onverminderd artikel 3.133 is de verkrijgende verjaring een wijze waarop de eigendom van een goed of zakelijk gebruiksrecht wordt verkregen door bezit, met de hoedanigheden vereist in artikel 3.21, dat gedurende een bepaalde tijd heeft voortgeduurd.’

De vereiste termijn wordt genoemd in artikel 3.27, dat tevens laat blijken dat het artikel ook van toepassing is op roerende zaken:

‘Art. 3.27. Duurtijd voor de verkrijgende verjaring

De termijn voor verkrijgende verjaring bedraagt tien jaar. Indien de bezitter echter te kwader trouw is bij de aanvang van zijn bezit, bedraagt de termijn voor verkrijgende verjaring dertig jaar.’

In de memorie van toelichting wordt de verkrijgende verjaring met een beroep op de rechtszekerheid en het voorkomen van processen gerechtvaardigd:

‘In dit kader vervult de verkrijgende verjaring een fundamentele rol, niet enkel vanuit economisch oogpunt, maar ook vanuit het perspectief van de verdelende rechtvaardigheid. Dit gebeurt door toe te laten dat diegene die het goed gebruikt, dit goed verkrijgt. De verjaring versterkt ook de juridische vrede en rechtszekerheid door toe te laten dat de toestand van wie het goed heeft verkregen van iemand anders en dit wil vaststellen op een definitieve en onaantastbare manier dankzij zijn ongestoord, voortdurend, openbaar en ondubbelzinnig bezit gedurende dertig jaar, bevestigd wordt.’⁸⁶

In deze memorie van toelichting wordt uitdrukkelijk vermeld dat de vereisten die het Hof van Cassatie in het *Bruegel*-arrest stelde aan de openbaarheid van het bezit gehandhaafd blijven onder het nieuwe recht:

86. MvT bij artikel 3.26.

‘Vanuit de optiek om enkel te wijzigen wat noodzakelijk is, behouden we het onderscheid tussen het bezit en de voorwaarden voor dat bezit, waaronder de openbaarheid zoals vereist in de cassatierechtspraak (zie Cass. 19 juni 2009, Arr.Cass. 2009, 1744, Pas. 2009, 1598). Bovendien is het vereist dat het bezit openbaar is, zodat diegene die er belang bij heeft dit kan zien en het bezit of de bezitsfeiten kan vaststellen. Zo kan hij de nodige maatregelen nemen om de verjaring tegen te gaan.’⁸⁷

2.9 Het Zuid-Afrikaanse recht

Naar Zuid-Afrikaans recht kan de bezitter eigenaar worden na dertigjarig bezit, zelfs als hij te kwader trouw is.⁸⁸ Ook het Zuid-Afrikaanse recht kent het traditionele vereiste (*nec clam*) dat het bezit openbaar moet zijn. De vraag is echter hoe dit vereiste in de praktijk wordt toegepast bij roerende zaken.

In de zaak *University of Fort Hare v. Wavelengths 256 (Pty) Ltd*⁸⁹ ging de Western Cape High Court, Cape Town, uit van de volgende feiten. Een schilderij van de kunstgalerie van de University of Fort Hare was gestolen. Nadat het schilderij in 1970 in bezit was gekomen van een zekere heer Foslara heeft hij het in de eetkamer van zijn eigen huis gehangen, waar het tot 2003 bleef. Het huis was gelegen in een dorp niet ver van Fort Hare. Na 2003 is het bezit tweemaal overgedragen en kwam het in handen van de gedaagde. Deze gedaagde verweert zich tegen de revindicatie ingesteld door University of Fort Hare door te stellen dat als de heer Foslara de eigendom van het schilderij al niet heeft verkregen door de koop en levering in 1970, hij in ieder geval door dertigjarig bezit de eigendom heeft verworven. De diefstal was vele decennia door de eigenaar, de University of Fort Hare, niet opgemerkt. Toen de gedaagde het schilderij ter veiling aanbood bij Sotheby's Cape Town, informeerde Sotheby's de universiteit, omdat op de achterkant van het schilderij een etiket zat met de volgende tekst: ‘*University of Fort Hare, AJD Meiring Art Gallery*’. De eiser stelde dat gedurende de periode dat het schilderij in het huis van Foslara hing het bezit niet openbaar maar heimelijk was.

Het hof bespreekt uitvoerig het vereiste van openbaarheid van bezit en besliste dat in deze zaak het bezit niet openbaar en zichtbaar was geweest, zodat geen verjaringstermijn was gaan lopen tegen de eigenaar:

87. MvT bij artikel 3.26.

88. E.J. Marais, *Acquisitive Prescription in View of the Property Clause* (diss. Stellenbosch 2011), p. 42.

89. (8605/2005) [2010] ZAWCHC 438 (12 August 2010).

‘THE REQUIREMENT OF OPENNESS

[17] (...) The facts of the instant case raise this question: What degree of openness is required? (...) In *Smith and Others v Martin’s Executor Dative* 1899 16 (SC) 148 (at 151) De Villiers CJ defined it as “possession... so patent that the owner, with the exercise of reasonable care, would have observed it.” That test has since been adopted by the Appellate Division and is thus authoritative. See *Bisschop v Stafford* 1974 (3) SA 1 (A) at 8A.

[18] The test does not require actual knowledge on the part of the owner that his thing is in the possession of the would-be acquirer. That is, the test is not subjective. Rather, it is objective: what is required is that the possession is sufficiently open so that it could have come to the owner’s attention, with the exercise of reasonable care, that his thing was in the possession of the acquirer. In *Welgemoed v Coetzer and Others* 1946 (TPD) 701, it was put thus (at 720): “...the exercise is open even without actual knowledge on the part of the true owner, *provided it was open for all to see who wanted to see, and would have been known to the true owner but for his carelessness in looking after his property.*” (emphasis supplied)

[19] The test as first enunciated in *Smith’s case* supra and thereafter adopted by the Appellate Division in *Bisschop v Stafford* supra, has been summarized by Carey Miller (Loc. cit) as follows: “...the requirement is subject to an objective test the practical effect of which is to *require the claimant to establish that the nature of his possession was such that a reasonable man would have been aware of it.*” (emphasis supplied) The need for openness vis-a-vis the owner himself has been stressed: “As far as openness is concerned, the possession must be so open and patent that not only the general public, but also the owner, would have been able to see and take notice of the possession and the various acts of user associated therewith.” Joubert (ed) LA WSA Vol 21 para 132.

[20] The test should be applied with due regard to the rationale behind the requirement of openness (which is in turn informed by the rationale behind the doctrine of prescription itself), which Carey Miller (Loc.cit) describes as twofold: Firstly, openness is required because prescription operates to convert an outward appearance to a legal reality. Accordingly an “element of publicity” is required. Secondly, it would be unfair for prescription to run against an owner who does not have an opportunity to interrupt the running of prescription by vindicating the thing (since he does not know, and could not reasonably know, that the thing is in the possession of the acquirer). (...)

[21] Turning to the facts at hand, during Mr. Foslara's tenure (for however long that may have been), the painting was kept inside his private dwelling in his village. Mrs Foslara testified that the painting was not visible to those who did not actually step inside the dwelling. Hence it was submitted by Mr. Blumberg that possession in that manner does not satisfy the test for openness, for two reasons: Firstly, the Applicant could not by the exercise of reasonable care have established that the painting was in the possession of Mr. Foslara. In this case, as in the case of *Smith v Martin's Executor Dative supra*, "the owner might have passed ... daily without knowing that [his thing] was in the occupation of anyone else". Therefore, the applicant had no effective opportunity to vindicate the painting while it was in Mr. Foslara's possession. In those circumstances, it is submitted that prescription did not run against the applicant during Mr. Foslara's tenure as possessor. Secondly, the possession exercised by Mr. Foslara's lacked the requisite "element of publicity" in that it did not create any impression "in the world at large" that Mr. Foslara owned the painting. These submissions cannot be faulted at all. I fully agree with Mr. Blumberg in this regard.

[22] For purposes of acquisitive prescription, Williams' statement that Mr. Foslara possessed the painting "openly in his home" is thus an oxymoron. The conclusion that prescription did not run during Mr. Foslara's tenure as possessor accords with the general proposition advanced by Badenhorst, Pienaar et al (Silberberg & Schoeman *The Law of Property* 4 (ed) 158.) that "The effect of the very wide meaning giving to the *nec clam* requirement by our courts, by requiring possession to be patent not only vis-a-vis the general public but also vis-a-vis the owner, is that a thief or a robber, and even a bona fide third party acquiring from him or her, will rarely be in a position to acquire ownership of a stolen (movable) thing by prescription".'

In deze zaak wordt het vereiste van openbaarheid zo strikt uitgelegd dat verjaring vrijwel uitgesloten wordt. Het is bovendien lastig voor te stellen welk bezit dan wel openbaar zou zijn. Om deze reden wordt de uitspraak bekritiseerd door Freedman, die het belang van verjaring benadrukt, namelijk het bieden van rechtszekerheid.⁹⁰

90. Warren Freedman, *The Unholy Three: Acquisition of ownership of movables by prescription – An assessment of University of Fort Hare v. Wavelength 25 (Pty) Ltd* 2016 (79) THRHR 412, p. 422-423.

2.10 De staten New Jersey, Californië en New York, en de federal HEAR Act

2.10.1 Afscheid van het regime van ‘adverse possession’

In het verleden werd ook in de VS op roerende zaken het regime van verkrijgende verjaring toegepast zoals zich dat in het onroerend-goed-recht had ontwikkeld. Dat regime wordt ‘adverse possession’ genoemd, verwijzend naar het bezit dat inbreuk maakt op het eigendomsrecht van een ander (adverse).⁹¹ Inmiddels is deze doctrine voor roerende zaken ingeruild voor de *discovery rule* of, in de staat New York, voor de *demand and refusal rule*. In de zaak *O’Keeffe v. Snyder* heeft de Supreme Court of New Jersey de *discovery rule* voor het eerst toegepast op een gestolen schilderij.⁹² Het hof gaf aan dat de *discovery rule* oorspronkelijk is ontwikkeld voor verjaringstermijnen met betrekking tot aansprakelijkheid voor medische fouten, maar dat in *Federal Insurance Co. v. Hausler* de Superior Court of New Jersey, Appellate Division, de *discovery rule* al had opgerekt tot een geval waarin aandelen in een vennootschap per vergissing bij een cliënt van een commissionair terecht waren gekomen (de cliënt was de gedaagde in de procedure).⁹³ Vervolgens overwoog het hof:

‘Similarly, we conclude that the discovery rule applies to an action for replevin of a painting under N.J.S.A. 2A:14-1. O’Keeffe’s cause of action accrued when she first knew, or reasonably should have known through the exercise of due diligence, of the cause of action, including the identity of the possessor of the paintings.’

Het is voor de hand liggend dat in geval van aansprakelijkheid voor medische fouten de *discovery rule* nodig is om te voorkomen dat een verjaringstermijn gaat lopen voordat de schade door het slachtoffer is opgemerkt of kon worden opgemerkt. De noodzaak in geval van het terugclaimen van gestolen roerende zaken is niet zonder meer duidelijk, omdat de traditionele eis van openbaar bezit al de mogelijkheid biedt om de verjaringstermijn pas te laten beginnen op het moment dat de eigenaar wist althans kon weten waar de zaak zich bevindt. Bovendien is nog een andere techniek beschikbaar, namelijk het verweer van *fraudulent concealment*: het opzettelijk verstoppen van de zaak.⁹⁴ Men zou daarentegen kunnen stellen dat de

91. Zie New Jersey Court of Errors and Appeals, 8 september 1942 *Redmond v. New Jersey Historical Society*, 132 N.J. Eq. 464, 28 A.2d 189.

92. *O’Keeffe v. Snyder*, Supreme Court of New Jersey, 17 juli 1980, 83 N.J. 478, 416 A.2d 862.

93. *Federal Insurance Co. v. Hausler*, 108 N.J. Super. 421, 426, 261 A.2d 671 (App.Div. 1970).

94. *O’Keeffe v. Snyder*, Supreme Court of New Jersey, 17 juli 1980, 83 N.J. 478, 498, p. 416 A.2d 862, 872-873: ‘Where the chattel is fraudulently concealed, the general rule is that the statute is tolled.’

discovery rule een verfijnder instrument is omdat het niet alleen rekening houdt met de openbaarheid van het bezit maar ook rekening houdt met de pogingen die de eigenaar heeft gedaan, althans had kunnen doen, om de zaak op te sporen. De reden dat het hof in *O'Keeffe v. Snyder* de *discovery rule* toepast in plaats van de regels van *adverse possession* is niet om te voorkomen dat de bezitter eigenaar wordt, maar om te voorkomen dat de verjaringstermijn gaat lopen voordat de eigenaar weet, althans kan weten, wie de bezitter is en waar de zaak zich bevindt.

Met de overstap naar de *discovery rule* beweegt het recht van de VS zich in de richting van het Romeinse recht dat een soortgelijke regel kende die van *actual knowledge* uitging. Een gestolen zaak was naar klassiek Romeins recht uitgesloten van verjaring en werd pas weer vatbaar voor verjaring nadat de zaak was teruggekeerd in de macht van de eigenaar (*reversio*). Deze *reversio* werd echter extensief uitgelegd. Zo geeft D. 50,16,215 (Paulus) aan: 'Verder zeggen Sabinus en Cassius dat in het geval van de Lex Atinia een gestolen zaak geacht wordt reeds dan in de macht van de eigenaar te zijn gekomen, als hij de mogelijkheid heeft haar met de eigendomsactie op te eisen.'⁹⁵ Verjaring was dus mogelijk als de eigenaar de mogelijkheid tot revindicatie had maar niet tot revindicatie was overgegaan.⁹⁶

Het recht van New York geeft de eigenaar nog meer bescherming tegen verjaring door de *demand and refusal rule* toe te passen in plaats van de *discovery rule* of de traditionele regels van *adverse possession*. De verjaringstermijn gaat niet al lopen op het moment dat de eigenaar wist of had kunnen weten waar zijn zaak zich bevindt. De termijn begint pas nadat de eigenaar van de bezitter afgifte heeft geëist en deze afgifte geweigerd is. Of de eigenaar pogingen heeft ondernomen om de zaak op te sporen heeft geen gevolgen voor het begin van de verjaringstermijn. Hoogstens kan laksheid een rol spelen bij het verweermiddel *laches* (rechtsverwerking).

Naar het recht van New York moeten we een onderscheid maken tussen een actie tegen een bezitter te goeder trouw en een bezitter te kwader trouw. Vreemd genoeg is de *demand and refusal rule* alleen van toepassing als de bezitter te goeder trouw was. Het Supreme Court New York, Appellate Division, drukt het als volgt uit:

'Where replevin is sought against the party who converted the property, the action accrues on the date of conversion (*Sporn v. MCA Records*, 58 N.Y.2d 482, 488, 462 N.Y.S.2d 413, 448 N.E.2d 1324

95. Vertaling L. de Ligt & A.J.B. Sirks in: J.E. Spruit et al. (red.), *Corpus Iuris Civilis*, deel VI, Zutphen/Den Haag: Walburg Pers/SDU Juridisch & Fiscaal 2001.

96. J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, nr. 11 en 38.

[1983]). Where, as here, the action is brought against a party who purchased the property in good faith, for value and without notice of the conversion, the action accrues only upon the refusal of a demand for its return (Menzel, 22 A.D.2d at 647, 253 N.Y.S.2d 43). This is “because a good-faith purchaser of stolen property commits no wrong, as a matter of substantive law, until he has first been advised of the plaintiff’s claim to possession and given an opportunity to return the chattel” (Guggenheim, 153 A.D.2d at 147, 550 N.Y.S.2d 618).⁹⁷

Nu lijkt het alsof de bezitter te kwader trouw beter behandeld wordt dan de bezitter te goeder trouw. We moeten echter wel bedenken dat, terwijl de *doctrine of fraudulent concealment* overbodig lijkt waar de *discovery rule* of de *demand and refusal rule* wordt toegepast, deze doctrine nog steeds een belangrijke rol kan spelen bij de bezitter te kwader trouw. Met deze doctrine kan gesteld worden dat de verjaringstermijn niet gaat lopen zolang de zaak verstopt wordt gehouden.

2.10.2 Het doolhof van *accessio temporis*

In *common law*-systemen zoals het Engelse en VS recht wordt de *adverse possession* gezien als een onrechtmatige daad die tot een rechtsvordering leidt (*tort action*). Hoewel ook in rechtssystemen op het Romeinse recht gebaseerd het bezit zonder rechtsgrond een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht kan vormen die tot een onrechtmatige-daads-actie leidt, kan de eigenaar in beginsel revindiceren, dus een actie instellen die geënt is op het zakelijke recht. Het recht van de VS kent geen zakelijke actie van revindicatie maar uitsluitend de persoonlijke onrechtmatige-daads-acties *conversion* en *replevin*. Met deze laatste actie kan het bezit van de zaak worden opgeëist. Zij neemt daarmee dezelfde functie waar als de revindicatie.

Dit verschil tussen Romeinsrechtelijke systemen en het recht van de VS verklaart op zich nog niet het verschil in behandeling van opvolging in het bezit. Beide systemen hebben de mogelijkheid om aan te nemen dat wanneer een nieuwe bezitter de zaak in bezit neemt een nieuwe rechtsvordering met een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen ten gunste van de eigenaar. Het al dan niet aannemen van *accessio temporis* is in beide systemen mogelijk. Stel dat de dief van een schilderij dit schilderij verkoopt en levert aan een koper die niet voor derdenbescherming in aanmerking komt, dan zou de inbezitneming door de koper als een nieuwe schending van het

97. *In re Peters v. Sotheby's, Inc.*, Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, 34 A.D.3d 29, 36 (2006). Zie ook *Swain v. Brown*, 135 Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, A.D.3d 629, 631 (2016).

eigendomsrecht gezien kunnen worden die een nieuwe rechtsvordering en een nieuwe verjaringstermijn laat beginnen.

Het Engelse recht ziet het overnemen van het bezit door de koper inderdaad als een nieuwe inbreuk (*conversion*), maar het bepaalt uitdrukkelijk dat desondanks de oorspronkelijke verjaringstermijn niet wordt gestuit en er dus geen nieuwe verjaringstermijn gaat lopen. Section 3(1) van de Limitation Act 1980 bepaalt namelijk:

‘Where any cause of action in respect of the conversion of a chattel has accrued to any person and, before he recovers possession of the chattel, a further conversion takes place, no action shall be brought in respect of the further conversion after the expiration of six years from the accrual of the cause of action in respect of the original conversion.’

In de VS neemt de Supreme Court of New Jersey in *O’Keeffe v. Snyder* dezelfde benadering wat betreft het doorlopen van de verjaring.⁹⁸ Naar Californisch recht, daarentegen, laat elke nieuwe *conversion* een nieuwe verjaringstermijn aanvangen.⁹⁹ In het recht van New York ontstaat de rechtsvordering tegen de dief en loopt de verjaringstermijn tegen de eigenaar vanaf het moment van de diefstal. Kopers te goeder trouw zijn onderworpen aan de *demand and refusal rule*.¹⁰⁰ Daarbij vindt dus geen *accessio temporis* plaats. Maar zelfs als de rechtsvordering tegen de dief door verjaring is vervallen, wordt de dief geen eigenaar van de zaak zodat hij ook geen eigendom kan overdragen aan de koper te goeder trouw. Dat wil zeggen, als de zaak in handen komt van een koper te goeder trouw ontstaat een nieuwe rechtsvordering en begint een nieuwe verjaringstermijn op het moment dat de koper wordt gevraagd om teruggave en de koper deze teruggave weigert.

Het Nederlandse recht neemt bij de lange verjaring van artikel 3:105 BW in dit opzicht ook dezelfde benadering. Of de opvolgende bezitter het bezit nu heeft verkregen door overdracht door de vorige bezitter of door eigenhandige inbezitneming (bijvoorbeeld de dief wordt bestolen door een tweede dief), voor het verloop van de verjaring maakt het geen verschil.

98. 17 juli 1980, 83 N.J. 478, 416 A.2d 862.

99. Supreme Court of California, 19 augustus 1925, *San Francisco Credit Clearing House v. Wells*, 196 Cal. 701, 707-08, 239, 319, 322 (1925); Court of Appeal, First District, Division 1, California, 15 maart 1996, *Society of California Pioneers v. Baker*, 43 Cal. App. 4th 774, 785, 50 Cal. Rptr. 2d 865, 872 (1996): ‘(...) the concept of “tacking” does not apply in California (...)’; United States District Court, C.D. California, 2 april 2015, *Marei von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena*, No. CV072866JFWJTLX, 2015 WL 12910626, *9 (C.D. Cal. Apr. 2, 2015).

100. *Solomon R. Guggenheim Foundation v. Lubell*, Court of Appeals of New York, 14 februari 1991, 77 N.Y.2d 311, 317-318.

In het Duitse recht maakt dat nu juist wel weer een groot verschil. Als dief nummer twee van dief nummer één steelt voordat de dertigjarige verjaring is voltooid, begint een nieuwe verjaringstermijn.¹⁰¹

2.10.3 Beperkingen aan het recht op teruggave

In het recht van New Jersey kan de verjaringstermijn al gaan lopen voordat de eigenaar weet wie in het bezit van zijn zaak is. Het recht van New Jersey gaat namelijk niet uit van het moment van *actual discovery* maar van het moment van *constructive discovery*: het moment waarop een redelijk voorzichtige eigenaar had kunnen en moeten ontdekken waar zijn zaak zich bevindt en wie de bezitter is. Daarmee legt het recht een zogenaamde *duty of due diligence* op de eiser. De eigenaar moet dus na het bezitsverlies voldoende pogingen doen om de zaak op te sporen. Om misverstand te voorkomen: deze *due diligence* heeft niets van doen met de zorgvuldigheid en onderzoeksplicht die een koper in acht moet nemen om aangemerkt te worden als koper te goeder trouw.

Het recht van Californië is in dit opzicht ingewikkelder. Vóór 2010 was de verjaringstermijn drie jaar te rekenen vanaf de ontdekking van het bezit (§ 338 California Code of Civil Procedure). In *Society of California Pioneers v. Baker* rekte het hof de *discovery rule* op tot *constructive discovery*. Die benadering werd bevestigd in de zaak *Orkin v. Taylor*¹⁰² uit 2007 en in de 2010 uitspraak in *Marei von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena, et al.*¹⁰³ In 2010 werd echter § 338 California Code of Civil Procedure veranderd.¹⁰⁴ De standaardtermijn voor verjaring bleef weliswaar ongewijzigd, maar een specifieke verjaringstermijn werd toegevoegd voor rechtsvorderingen met betrekking tot kunstvoorwerpen die ingesteld worden tegen bepaalde instituten zoals musea. In geval van diefstal van een ‘article of historical, interpretive, scientific, or artistic significance’ laat de ‘discovery of the whereabouts of the article by the aggrieved party (...)’ de verjaringstermijn

101. Zie voor het Duitse recht van vóór 2002 § 221 BGB zoals toegepast door de Engelse High Court, 9 september 1998 in *City of Gotha and Federal Republic of Germany v. Sotheby's and Cobert Finance S.A.* en K. Siehr in: M.H. Carl, H. Güttler & K. Siehr, *Kunstdiebstahl vor Gericht: City of Gotha v. Sotheby's/Cobert Finance S.A.*, Berlijn/New York: De Gruyter 2001, p. 64-68. Zie voor het nieuwe recht § 198 BGB dat vrijwel gelijklopend is met de oude § 221.

102. *Orkin v. Taylor*, 487 F.3d 734 (9th Cir. 2007), 741.

103. *Marei von Saher v. Norton Simon Museum of Art at Pasadena, et al.*, 592 F.3d 954 (9th Cir. 2010), 969.

104. Aangepast door California Assembly Bill AB 2765. AB 2765 had de bedoeling bepaalde verjaringstermijnen te verlengen op een manier die niet in strijd zou komen met de doctrine of preemption. AB 2765 wordt besproken in *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 9 december 2013, 737 F.3d 613, 617.

beginnen (Cal.C.C.P. § 338(c)(2)). Uit deze wettekst valt niet af te leiden dat alleen *actual knowledge* relevant is, zodat op grond van de regel in *Orkin v. Taylor* kan worden aangenomen dat ook *constructive notice* relevant is in § 338(c)(2). De grootste verandering vond echter plaats in § 338(c)(3) waarin uitdrukkelijk alleen *actual knowledge* relevant is. Op grond van deze bepaling is een rechtsvordering met betrekking tot kunstvoorwerpen tegen een museum, galerie, veilinghuis etc. onderworpen aan een zesjarige verjaringstermijn (in plaat van de normale driejarige) die pas begint te lopen op het moment van *actual discovery* van de bezitter en de locatie van de zaak en van ‘information or facts that are sufficient to indicate that the claimant has a claim’ (§ 338(c)(3)). § 338(c)(3)(C)(i) voegt hieraan toe: “*Actual discovery, notwithstanding Section 19 of the Civil Code, does not include any constructive knowledge imputed by law.*”¹⁰⁵ We moeten ons goed realiseren dat door het uitsluiten van *constructive notice* de verplichting van *due diligence* geen rol meer speelt voor het begin van de verjaringstermijn. In beginsel kan de eiser terugclaimen ook al heeft hij en hebben zijn rechtsvoorgangers decennialang geen pogingen ondernomen om de zaak op te sporen. De lengte van de verjaringstermijn en de vraag of de eiser een verplichting van *due diligence* heeft, hangen dus af van de aard van de zaak die teruggeclaimd wordt en van de aard van de gedaagde.

Het zou echter een misverstand zijn om te denken dat *due diligence* in het geheel is verdwenen in gevallen waarin alleen *actual knowledge* de verjaringstermijn laat beginnen. Als de eiser namelijk niet die pogingen onderneemt om de bezitter en de zaak te traceren die redelijkerwijze van hem kunnen worden gevegd, kan dat ertoe leiden dat de gedaagde een beroep kan doen op het *laches*-verweer,¹⁰⁶ het verweer van rechtsverwerking. Dit verweer blokkeert de rechtsvordering van de eiser hoewel deze rechtsvordering niet verjaard is (Cal.C.C.P. § 338(c)(5)).¹⁰⁷ Om een beroep op *laches* te kunnen doen moet de gedaagde aantonen dat de eiser en/of zijn rechtsvoorgangers¹⁰⁸ 1) onvoldoende aan het vereiste van *due diligence* hebben voldaan en 2) dat daardoor de gedaagde in een slechtere positie is terechtgekomen (*detri-*

105. De wet wekt de indruk en de Assembly Bill bevestigt dat deze definitie die *constructive notice* uitsluit alleen van toepassing is in gevallen die onder § 338(c)(3) vallen. Zie section 1 van de California Assembly Bill AB 2765.

106. Zie over dit verweer uitvoerig: B. Demarsin, ‘Has the Time (of Laches) Come? Recent Nazi-Era Art Litigation in the New York Forum’, 59 *Buff. L. Rev.* 621 (2011).

107. Anders dan de Massachusetts General Laws Annotated 260 § 2A, laat Cal.C.C.P. § 338(c)(5) uitdrukkelijk een *laches defense* toe, zodat de uitspraak in *Museum of Fine Arts, Boston v. Seger-Thomschitz*, United States Court of Appeals, First Circuit, 14 oktober 2010, 623 F.3d 1, die het verweer van *laches* niet toestond, niet van toepassing is in het Californische recht.

108. *Bakalar v. Vavra*, 819 F. Supp. 2d 293, p. 303 en 306 (S.D.N.Y. 2011) en *Lind v. Baker*, 48 Cal. App. 2d 234, 248 (1941).

ment).¹⁰⁹ Dit vereiste van *detriment* houdt in dat door de onredelijke vertering in het instellen van de rechtsvordering de gedaagde/bezitter zich nu moeilijker kan verweren tegen de ingestelde claim, bijvoorbeeld doordat bewijs in de tussentijd verloren is gegaan.

Ook naar het recht van New York, dat niet uitgaat van de *discovery rule*, kan een gedaagde een beroep doen op dit verweer van *laches*, zodat er toch een zekere rem staat op de in beginsel eeuwigdurende mogelijkheid om gestolen zaken terug te claimen.¹¹⁰ De eiser heeft een zorgvuldigheidsplicht om te achterhalen dat hij een claim kan instellen en waar de zaak en de bezitter zich bevinden. In *Peters v. Sotheby's*¹¹¹ legt de Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, het leerstuk van *laches* als volgt uit:

'Because the statute of limitations does not begin to run until a demand is made and refused, there is a potential for a plaintiff to indefinitely extend the statute of limitations by simply deferring the making of the requisite demand. In *Austin v. Board of Higher Educ. of City of N.Y.* (5 NY2d 430 [1959]), the plaintiffs were aggrieved by the refusal of the defendant to accede to their demand for reinstatement to their former positions. The Court of Appeals noted that the requirement to make a demand and receive a refusal before commencing a proceeding "does not mean that the aggrieved party can, by delay in making his demand, extend indefinitely the period during which he is required to take action" (id. at 442). This principle is equally applicable to a demand to return stolen property (see *Heide v. Glidden Buick Corp.*, 188 Misc 198 [1947]).

However, the degree of diligence exercised by the true owner in attempting to locate the stolen property and identify its owner is inapplicable to the statute of limitations. Despite some attempt to engraft a due diligence requirement onto the statute (see *DeWeerth v. Bal-*

109. *In re Estate of Kampen*, 201 Cal. App. 4th 971, 997 (2011).

110. *Solomon R. Guggenheim Foundation v. Lubell*, Court of Appeals of New York, 14 February 1991, 77 N.Y.2d 311, 321: 'although appellant's Statute of Limitations argument fails, her contention that the museum did not exercise reasonable diligence in locating the painting will be considered by the Trial Judge in the context of her *laches* defense.' Zie ook *Shiotani v. Walters*, 2012 WL 6621279, 6 (S.D.N.Y. 3 December 2012).

111. 14 september 2006, 34 A.D.3d 29, 821 N.Y.S.2d 61. Zie ook *Bakalar v. Vavra*, United States District Court, S.D. New York, 17 augustus 2011, 819 F.Supp.2d 293, 303; *Bakalar v. Vavra*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 11 oktober 2012, 500 Fed.Appx. 6, 8; *Shiotani v. Walters*, United States District Court, S.D. New York 3 december 2012, No. 10 CIV. 1375 RJS, 2012 WL 6621279, *5 (S.D.N.Y. Dec. 3, 2012), *aff'd*, 555 F. App'x 90 (2d Cir. 2014): 'However, with respect to the first element of a *laches* defense, a plaintiff's claim may be barred even if he or she lacks actual knowledge of the claim, so long as he or she should have known of the claim.' Zie Th. Fleming et al., 23 *New York Jurisprudence, Second Edition, Conversion, and Action for Recovery of Chattel*, § 185 (November 2016 Update).

dinger, 836 F.2d 103 [2d Cir.1987], cert. denied 486 U.S. 1056, 108 S.Ct. 2823, 100 L.Ed.2d 924 [1988]), the “demand and refusal rule ... remains the law in New York” (Guggenheim Found. v. Lubell, 77 N.Y.2d 311, 319, 567 N.Y.S.2d 623, 569 N.E.2d 426 [1991]). Rather, reasonable diligence is pertinent in the context of a laches defense, which requires that the party currently in possession of a chattel demonstrate prejudice sustained on account of the delay in the commencement of the action against it (id. at 321, 567 N.Y.S.2d 623, 569 N.E.2d 426).’

Nu lijkt het erop dat via de achterdeur van rechtsverwerking toch een algemene plicht van *due diligence*, een opsporingsplicht, wordt geïntroduceerd. Dat is inderdaad ten dele correct. In *Solomon Guggenheim v. Lubell* overweegt de Court of Appeals of New York dat wanneer de eiser niet voldoende pogingen heeft gedaan zijn zaak op te sporen dit niet relevant is voor het moment waarop de verjaring begint, maar dat een eventueel gebrek aan *due diligence* wel een rol kan spelen binnen het leerstuk van de rechtsverwerking.¹¹² Maar er zijn twee belangrijke verschillen ten opzichte van de *discovery rule*. Ten eerste volstaat het niet dat de eiser onvoldoende tijdig spoorwerk heeft gedaan: er is bovendien *detriment* van de gedaagde nodig. Ten tweede ligt de bewijslast anders dan bij de *discovery rule* met *constructive notice*. Het gebrek aan tijdig spoorwerk en het nadeel van de gedaagde moeten worden bewezen door de gedaagde.¹¹³ Het ligt voor de hand dat de eiser wat zijn spoorwerk betreft wel feiten moet stellen om de gedaagde in de gelegenheid te brengen bewijs te leveren, maar het nadeel van de gedaagde moet geheel door de gedaagde worden bewezen. Het volstaat niet om te stellen dat waarschijnlijk door de vertraging documenten en getuigen verloren zijn gegaan. De gedaagde moet concreet aangeven welke documenten en getuigen, althans wat voor soort documenten en getuigen, relevante informatie zouden hebben kunnen leveren, en dat deze documenten of getuigen door de vertraging nu niet meer kunnen worden geraadpleegd.¹¹⁴

Dit laatste punt wordt geïllustreerd door de uitspraak in *Shiotani v. Walters*:

‘Delay alone, however, is insufficient to establish laches; the party with the property must also assert prejudice as a result of the delay. Solomon R. Guggenheim Found., 550 N.Y.S.2d at 622. In this case,

112. *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311, 569 N.E.2d 426 (1991), 321.

113. *Bakalar v. Vavra*, United States District Court, S.D. New York, 17 augustus 2011, 819 F.Supp.2d 293, 303; *Bakalar v. Vavra*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 11 oktober 2012, 500 Fed.Appx. 6, 8.

114. *Vineberg v. Bissonnette*, United States Court of Appeals, First Circuit, 19 november 2008, 548 F.3d 50, 58.

Defendants assert that they were prejudiced by the delay because many relevant documents regarding the Painting no longer exist and those persons with knowledge of these underlying events, such as Verveckken, no longer remember important details. (Defs.' Br. 17; Defs.' 56.1, 50, 55; Wait Decl. Ex. 30 at 122-23.) Indeed, when pressed as to why he could not remember the details surrounding these transactions, Verveckken stated that it was partly because these events took place twenty-five years earlier. (Wait Decl. Ex. 30 at 128.) Additionally, many people with knowledge of the transactions are no longer available. Specifically, Saunders passed away and Bernhardt is missing. (Defs.' 56.1, 50; Pl.'s Counter 56.1, 78.)⁵ Not surprisingly, "[t]he long delay has resulted in deceased witnesses, faded memories, [and] lost documents." *Sanchez v. Trs. of the Univ. of Penn.*, No. 04 Civ. 1253(JSR), 2005 WL 94847, at *3 (S.D.N.Y. Jan. 18, 2004) (quoting *Solomon R. Guggenheim Found.*, 550 N.Y.S.2d at 621) (internal quotation marks omitted).

In opposition, Plaintiff acknowledges that certain documents are missing and witnesses are unavailable. (Pl.'s Br. 15.) Nevertheless, Plaintiff argues that Defendants were not prejudiced by the delay because Defendant Charles Walters stated during his deposition that he could not think of any documents or witnesses that are no longer available and did not think that the delay hurt his ability to defend the case. (*Id.* (quoting Wait Decl. Ex. D at 99, 100, 116).) However, whether the delay before commencing suit prejudiced a party such that laches should apply is a determination for the Court — and not the parties — to make. *E.g.*, *Sanchez*, 2005 WL 94847, at *3. At a deposition, a fact witness cannot "be compelled to answer questions seeking legal and factual conclusions or questions asking him or her to draw inferences from the facts." *Mayer v. Hoang*, 83 A.D.3d 1516, 1518 (N.Y.App.Div.2011) (citation and internal quotation marks omitted). Moreover, when specifically asked whether there were any unavailable witnesses he would otherwise like to call, Defendant Charles Walters replied, "[t]hat is up to my attorney." (Wait Decl. Ex. D at 100.) Indeed, through counsel, Defendants have identified three witnesses who would have provided relevant evidence and have provided descriptions of the types of documentary and other evidence that they attempted to obtain but were unable to because of the delay. (Defs.' Br. 17.) Accordingly, the Court cannot agree that, merely because one of the Defendants in this matter testified that he was unaware of any missing documents or witnesses, the Defendants cannot establish prejudice. Instead, the Court finds that the undisputed evidence establishes that Defendants were prejudiced

by Plaintiff's delay in initiating this lawsuit because certain witnesses and documents are no longer available.¹¹⁵

Zoals gezegd introduceert rechtsverwerking via de achterdeur toch een zekere *due diligence*-verplichting voor de eiser in een systeem dat in beginsel de verjaring pas laat lopen vanaf *demand and refusal*. Maar het *laches*-verweer introduceert ook een *due diligence*-verplichting in het Californische recht in die gevallen waarin het uitgaat van *actual knowledge* in plaats van *constructive knowledge* (Cal.C.C.P. § 338(c)(3)).¹¹⁶ Het laat verder zien dat in die gevallen waarin *state law* de verjaring laat beginnen op het moment van *constructive knowledge* de *due diligence* in twee fasen een rol kan spelen. Ten eerste kan het schenden van de *due diligence*-verplichting ertoe leiden dat de verjaringstermijn al is gaan lopen op een moment dat de eiser nog niet van de locatie van bezitter en zaak op de hoogte was. Ten tweede, als de claim nog niet is verjaard, zou schending van de *due diligence*-verplichting aanleiding kunnen vormen tot het verweermiddel rechtsverwerking mits de gedaagde kan aantonen dat hij daardoor bewijsnadeel heeft geleden.

2.10.4 De Holocaust Expropriated Art Recovery Act van 2016

De VS hebben in 2016 een bijzonder verjaringsregime ingevoerd voor claims die ik hier verkort zal aanduiden met de term Holocaust-claims, claims gebaseerd op verschillende vormen van kunstroof door de nazi's verricht. Het is een federale wet die uitdrukkelijk andersluidende *state law* en *federal law* buiten werking stelt, zo maakt de kernbepaling section 5 duidelijk. Subsection (a) van section 5 luidt als volgt:

'IN GENERAL. — Notwithstanding any other provision of Federal or State law or any defense at law relating to the passage of time, and except as otherwise provided in this section, a civil claim or cause of action against a defendant to recover any artwork or other property that was lost during the covered period because of Nazi persecution may be commenced not later than 6 years after the actual discovery by the claimant or the agent of the claimant of —
(1) the identity and location of the artwork or other property;
and

115. *Shiotani v. Walters*, United States District Court, S.D. New York 3 december 2012, No. 10 CIV. 1375 RJS, 2012 WL 6621279, *7 (S.D.N.Y. Dec. 3, 2012), *aff'd*, 555 F. App'x 90 (2d Cir. 2014).

116. Bibas beweert zelfs dat de *defense of laches*, de *discovery rule* en de *duty of due diligence* grotendeels hetzelfde zijn. Zie S.A. Bibas, *The Case Against Statutes of Limitations for Stolen Art*, 103 *Yale L. J.* 2437, 2448 (1994) ('Despite the profusion of labels, the laches, due diligence, and discovery rules are similar if not equivalent. These flexible balancing tests weigh the owner's diligence and delay, the existence of prejudice, and other equitable factors').

(2) a possessory interest of the claimant in the artwork or other property.’

In een eerdere versie van de tekst, Senate Bill S. 2763 van 7 april 2016, was de uitsluiting van verweermiddelen (‘or any defense at law relating to the passage of time’) ruimer geformuleerd en luidde als volgt: ‘or any defense at law or equity relating to the passage of time (including the doctrine of laches) [cursivering LvV]’. Die versie sloot dus een beroep op *laches* uit. Maar de onderstreepte tekst is verwijderd in de versie van 29 september 2016. Het rapport van de senaat (Senate’s Report on S. 2763)¹¹⁷ laat zien dat de senaat de mogelijkheid om een beroep te doen op *equitable* verweermiddelen en *laches* wilde handhaven.

Section 4 van de wet bevat een aantal definities. Section 4(1) definieert de term *actual discovery* als *knowledge*, en section 4(4) bouwt daarop voort door de term *knowledge* te definiëren als ‘having actual knowledge of a fact or circumstance or sufficient information with regard to a relevant fact or circumstance to amount to actual knowledge thereof’.

De ‘covered period’ is volgens section 4(3) de periode vanaf 1 januari 1933 tot en met 31 december 1945. Het beginpunt van de periode is natuurlijk gekozen omdat op 30 januari 1933 Hitler door Paul von Hindenburg benoemd werd tot *Reichskanzler*. Daarmee begon de vreselijke periode van de Jodenvervolging en de Holocaust. Opmerkelijk is dat de periode doorloopt tot maanden na de capitulatie van nazi-Duitsland. De *covered period* is niet afhankelijk gesteld van het land of de streek waarin de kunstroof zou hebben plaatsgehad. Zo is in Nederland de Jodenvervolging pas na het begin van de Duitse bezetting begonnen. Toch hoeft deze ruime omschrijving van de *covered period* geen probleem op te leveren als het causaal verband met ‘Nazi persecution’ ontbreekt.

Section 4(5) geeft een definitie van *Nazi persecution* en zou ook enige verheldering kunnen geven welke personen van de wet kunnen profiteren en welk causaal verband moet kunnen worden aangetoond tussen het verlies van het kunstvoorwerp en het Nazi-regime: ‘(...) [t]he term “Nazi persecution” means any persecution of a specific group of individuals based on Nazi ideology by the Government of Germany, its allies or agents, members of the Nazi Party, or their agents or associates, during the covered period.’ Waarschijnlijk valt kunstroof van andere natuurlijke personen dan de hier genoemde personen en kunstroof van musea en andere instellingen en rechtspersonen in beginsel niet onder deze wetgeving.

117. Senate Report 6 december 2016, p. 7.

De wet legt niet uit wat de uitdrukking ‘*loss because of Nazi persecution*’ betekent. Het wordt dus aan de rechtspraak overgelaten om de woorden ‘*loss*’ en ‘*because of*’ nader te bepalen. De wet vereist duidelijk een causaal verband tussen het verlies en de vervolging. Onteigening door Nazi-instellingen of een gedwongen verkoop aan een lid van de Nazi-partij of een Duitse overheidsinstelling valt ongetwijfeld onder deze wetgeving. Maar wat nu als het verlies of het beweerdelijke verlies heeft plaatsgevonden in 1935, maar dan in Nederland in plaats van in Duitsland? Het lijkt mij dat er dan geen causaal verband kan worden aangetoond zodat ook de ruime formulering van de ‘*covered period*’ geen probleem hoeft op te leveren. Problematisch wordt het pas als de eiser zou mogen profiteren van een bewijsvermoeden en het aan de gedaagde is om te bewijzen dat er geen causaal verband bestaat.

Het speciale regime van de HEAR Act heeft een zogenaamde *sunset rule* waardoor de wet zal eindigen op 1 januari 2027. ‘Any civil claim or cause of action commenced on or after that date’ zal worden onderworpen aan de normale regels van *federal* en *state law* (section 5(g)). Daarbij dient te worden opgemerkt dat de wet ook de New York *demand and refusal rule* opzijzet, zodat in sommige gevallen de verjaringsregels van de HEAR Act voor de eiser nadeliger uitpakken dan de normale *demand and refusal*-regel. Dan rijst de vraag of de eiser, die zijn rechtsvordering heeft verloren als gevolg van de HEAR Act kan wachten tot na de *sunset*-datum. Zou zijn actie dan herleven omdat de HEAR Act is uitgewerkt zodat de *demand and refusal*-regel weer geldt?¹¹⁸

De eerste rechtelijke uitspraak waarin de HEAR Act uitvoerig werd besproken is de uitspraak van 10 juli 2017 van de Court of Appeals of the 9th Circuit in de zaak *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*. De eiser stelde dat een beroep op verkrijgende verjaring, gebaseerd op Spaans recht, onmogelijk zou zijn door de HEAR Act. De Court of Appeals verwierp deze stelling en gaf daarbij aan dat het verweer van verkrijgende verjaring een op de *merits* gebaseerd verweer is:

‘As an initial matter, we reject the Cassirers’ argument that TBC’s [Thyssen-Bornemisza Collection]’s defense of acquisition of prescriptive title through usucaption based on Article 1955 [van het Spaanse BW] is foreclosed by HEAR. HEAR addresses when a suit may be commenced and creates a six-year statute of limitations that applies “notwithstanding any defense at law relating to the passage of time.”

118. Wel dient te worden opgemerkt dat het uitstellen van de rechtsvordering totdat de HEAR Act is uitgewerkt tot een verweer van *laches* kan leiden indien de gedaagde bovendien bewijsnadeel kan aantonen.

HEAR § 5(a). Because of the time periods mentioned in Article 1955, TBC's defense based on Article 1955 could be at first glance considered "a defense at law relating to the passage of time." However, TBC's Article 1955 defense is a defense on the merits: that TBC has acquired title to the Painting based on Spain's property laws. See Article 1955 ("*Ownership* of personal property prescribes by ...") (emphasis added), Ministerio de Justicia, Spain Civil Code 220 (2009) (English translation). Read in context, HEAR's § 5(a) language that the six-year statute of limitations applies "notwithstanding any defense at law relating to the passage of time" is meant to prevent courts from applying defenses that would have the effect of shortening the six-year period in which a suit may be commenced. HEAR does not bar claims based on the substantive law that vests title in a possessor, that is, the substantive law of prescription of title. Therefore, HEAR does not foreclose the possibility that TBC is entitled to summary judgment because TBC has acquired title to the Painting via Article 1955.¹¹⁹

Hoewel de uitspraak begrijpelijk lijkt, werpt zij de vraag op of het antwoord hetzelfde zou zijn geweest als het toepasselijke recht geen verkrijging koppelt aan het tijdsverloop en dus alleen de rechtsvordering laat vervallen door verjaring. Zo vervalt in het Duitse recht na dertig jaar de rechtsvordering van de eigenaar (bevrijdende verjaring) zonder dat de bezitter tot eigenaar wordt gepromoveerd. Vaak wordt gesteld dat het praktische verschil niet groot is omdat de bezitter een vrijwel even sterke positie heeft als de eigenaar. Het lijkt nogal arbitrair waarom de ene wetgever kiest voor toekennen van verkrijgende verjaring ten gunste van een bezitter die niet te goeder trouw is, terwijl de andere zich beperkt tot slechts bevrijdende verjaring. Het oude Nederlandse BW van 1838 kende voor de bezitter alleen de dertigjarige bevrijdende verjaring. De bezitter werd geen eigenaar. De enige reden dat de Nederlandse wetgever voor het BW van 1992 heeft gekozen voor verkrijgende verjaring is dat een *dominium sine re* als dogmatisch onbevredigend werd gezien. Maar nu lijkt het verschil tussen bevrijdende verkrijging met en zonder verkrijging van eigendom groter te worden in rechtspraak gebaseerd op de HEAR Act: verkrijgende verjaring is een *merits based* argument terwijl bevrijdende verjaring een verweer is dat van tafel geveegd wordt als niet gebaseerd op de *merits of the case*. Op deze wijze krijgt de keuze tussen bevrijdende verjaring met of zonder verkrijging van eigendom in een procedure in de VS een gevolg waarvan een wetgever buiten de VS zich niet bewust is geweest.

119. *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 862 F.3d 951 (2017), 965.

In de *Cassirer*-zaak had de gedaagde overigens met gemak voldaan aan het vereiste van openbaarheid van bezit. De Court of Appeals overwoog op dat punt: ‘it is undisputed TBC publicly displayed the Painting in the Museum as part of the permanent collection it owned. Also, information about the Painting’s location appeared in multiple publications between 1993 and 1999, the relevant six-year period.’¹²⁰

Een derde punt dat het vermelden waard is in deze rechtszaak is dat de Court of Appeals het *laches*-verweer verwerpt, maar alleen omdat, zelfs al zou het recht van Californië van toepassing zijn, dit verweer niet in een procedure van *summary judgment* kan worden opgeworpen omdat het allerlei feitelijke vragen opwerpt of de vertraging bij het instellen van de rechtsvordering redelijk was. Daarmee erkent de Court of Appeals indirect dat op grond van Californisch recht het verweer van *laches* inderdaad kan worden opgeworpen onder het regime van de HEAR Act, waarmee het hof dezelfde benadering kiest als de senaat in zijn toelichting op de finale versie van de HEAR Act (Senate Report).¹²¹

2.10.5 Rechtskeuze door de New Yorkse rechter

De *Cassirer*-uitspraak laat zien dat de toepassing van de HEAR Act niet de toepasselijkheid van buitenlandse bepalingen over verkrijgende verjaring en derdenbescherming uitsluit. Omdat derdenbescherming in de VS nauwelijks beschikbaar is, in ieder geval bij diefstal is uitgesloten,¹²² en ook verkrijgende en bevrijdende verjaring in de VS nauwelijks een obstakel vormt bij het terugclaimen van roerende zaken, wordt de vraag naar het toepasselijke recht des te belangrijker.

Wat het toepasselijke recht betreft lijkt het erop dat in recente zaken de rechtelijke instanties in New York sterker geneigd zijn om het recht van New York zelfs toe te passen op feiten die hebben plaatsgevonden buiten de VS.¹²³ In de uitspraak *Bakalar v. Vavra* werd bijvoorbeeld het recht van New York toepasselijk geacht met een redenering die duidelijk laat zien dat het New Yorkse internationaal privaatrecht niet zonder meer uitgaat van de *lex rei sitae*.¹²⁴ Deze uitspraak wordt uitvoerig geciteerd en gevolgd

120. *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 862 F.3d 951 (2017), 965.

121. *Cassirer v. Thyssen-Bornemisza Collection Foundation*, 862 F.3d 951 (2017), 976.

122. *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311, 569 N.E.2d 426 (1991), 317.

123. De rechtskeuze voor Frans recht in *Greek Orthodox Patriarchate of Jerusalem v. Christie's, Inc.*, No. 98 CIV. 7664 (KMW), 1999 WL 673347, *4 (S.D.N.Y. Aug. 30, 1999) lijkt daarmee een voorbeeld dat geen navolging krijgt.

124. *Bakalar v. Vavra*, United States Court of Appeals, Second Circuit, 2 september 2010, 619 F.3d 136, 145 (2d Cir. 2010): ‘The tenuous interest of Switzerland created by these circumstances, however, must yield to the significantly greater interest of New York, as articulated in *Lubell* and *Elicofon*, in preventing the state from becoming a marketplace

in de recente uitspraak van 7 februari 2018 van de District Court for the Southern District of New York in *Laurel Zuckerman v. Metropolitan Museum of Art (Leffmann Estate)*. De Leffmanns waren in 1937 uit Duitsland naar Italië gevlucht. Vanuit Italië verkochten zij, onder de marktprijs, een Picasso aan de kunsthandelaars Perls en Rosenberg in Parijs. Rosenberg verkocht het daarop aan een galerie in New York die het aan een klant doorverkocht, die vervolgens het schilderij aan de gedaagde, het museum, schonk. Wat het toepasselijke recht betreft overwoog de rechter:

‘Here, as in *Bakalar*, the interests of a European jurisdiction where one party to the transaction was temporarily passing through are “tenuous” when compared to those of New York. New York’s interests surpass those of Italy, where, as here, the artwork was transferred to New York shortly after the 1938 transaction, was ultimately sold to a New York resident, and donated to a New York institution where it has remained, mostly on display to the public, since 1952. Moreover and consistent with *Bakalar*, New York has an interest in “preserv[ing] the integrity of transactions and prevent[ing] the state from becoming a marketplace for stolen goods” by having its substantive law applied. For these reasons, under an “interest analysis,” New York has the greatest interest in, and is most intimately concerned with, the outcome of this litigation. Accordingly, under New York choice-of-law analysis, New York substantive law is applicable to the 1938 transaction.’

Deze voorkeur om het recht van New York toe te passen zien we ook in de volgende twee recente uitspraken. De eerste is *Reif v. Nagy*, Supreme Court of New York, 5 april 2018 waarin uitdrukkelijk de *Bakalar*-uitspraak wordt gevolgd.¹²⁵ De tweede uitspraak is *Gowen v. Helly Nahmad Gallery*.¹²⁶

‘Given New York’s reputation as being a world-renowned center for art and culture, New York has a vested interest in protecting its stream of commerce from those who would seek to profit from plunder and pillage. See e.g. *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311, 320, 567 N.Y.S.2d 623, 569 N.E.2d 426 (1991) (stating “New York enjoys a worldwide reputation as a preeminent cultural center. To place the burden of locating stolen artwork on the true owner and to foreclose the rights of that owner to recover its property if the burden is not met would, we believe, encourage

for stolen goods.’ Het hof maakt hierbij gebruik van de uitzondering op de *situs*-regel zoals geformuleerd in de Restatement (Second) of Conflict of Laws.

125. *Reif v. Nagy*, Supreme Court of New York, 5 april 2018, No. 161799/2015, 2018 WL 1638805, 2 (N.Y. Sup. Ct. 2018).

126. Supreme Court, New York County, New York, 8 mei 2018, 2018 WL 2123915.

illicit trafficking in stolen art.”); see also *Menzel v. List*, 49 Misc. 2d 300, 312, 267 N.Y.S.2d 804 (Sup. Ct. N.Y. Cty. 1966) (Klein, J.) (noting that the United States is a signatory to the Hague Conventions and has incorporated articles which bar pillage and protect the property rights of citizens into its domestic law).

In contrast, the Defendants note that the Plaintiff may be unable to recover the allegedly stolen property in Switzerland. See generally *Gautier Aff.*; see also *Bakalar v. Vavra*, 619 F.3d at 143 (applying New York Law rather than Swiss Law after using an interest analysis given that New York had a greater interest in ensuring it did not dilute its markets with stolen works of art). After a review of the Swiss law, this Court holds that it need not consider those laws during the pendency of this action as New York has a stronger interest in protecting its valuable art market from plundered goods. See *Bakalar v. Vavra*, 619 F.3d at 143; see also *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311, 319-320, 567 N.Y.S.2d 623, 569 N.E.2d 426 (1991) (holding a thief cannot pass good title).

The Defendants also argue that the Plaintiff would be unable to recover under French Law where the Painting was sold to a bona fide purchaser after the tainted transaction. See Generally *Simenot Aff.* This is, again, at odds with New York law. New York law expressly voids a transaction to a thief and, if the thief sells the painting, requires the owners to make diligent inquiry and a demand upon a good faith purchaser. See *Bakalar v. Vavra*, 619 F.3d at 143 (applying New York Law rather than Swiss Law after using an interest analysis); see also *Solomon R. Guggenheim Found. v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311, 319-320, 567 N.Y.S.2d 623, 569 N.E.2d 426 (1991) (holding a thief cannot pass good title). After a review of the French laws, this Court determines New York, again, has a greater interest in protecting its valuable market from plundered goods.

New York markets are not now, and shall not become, a safe harbor for the fruits of property pillaged during the course of the Nazi genocide.’

2.11 Zwitserland

Naar Zwitsers recht is de revindicatie niet onderworpen aan verjaring.¹²⁷
Zoals ook in het Franse recht, dat van hetzelfde standpunt uitgaat, mogen

127. Tribunale Federale, 15 februari 1922, *Quadri c. Hôtel Brissago*, BGE 48 II 38: ‘Ma occorre ritenere che nell’art. 936 la parola “sempre significa” “per tempo illimitato”; in altri termini, che l’azione di restituzione del possessore precedente verso il possessore di mala fede non è soggetta a prescrizione.’ Zie ook H. Honsell et al. (red.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 5e druk, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, Art. 641, nr. 54 (W. Wiegand); P. Breitschmid & A. Jungo (red.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht*, 3e druk, Zürich: Schulthess 2016, Art. 641, nr. 30 (R. Arnet).

we hieruit niet de conclusie trekken dat een zaak tot in lengte van tijden door de eigenaar kan worden gerevindiceerd. Het eigendomsrecht van de revindicant kan tot een einde komen door derdenbescherming (artikel 714 jo. artikel 933 ZGB) of door verkrijgende verjaring na een periode van vijf jaren (artikel 728 ZGB). In beide gevallen moet de derde-bezitter echter te goeder trouw zijn. Bij het ontbreken van goede trouw kan de eigenaar inderdaad zonder enige verjaringstermijn revindiceren. Dat valt af te leiden uit artikel 936 ZGB:

‘d. Bei bösem Glauben

1 Wer den Besitz einer beweglichen Sache nicht in gutem Glauben erworben hat, kann von dem früheren Besitzer jederzeit auf Herausgabe belangt werden.’

Dat laatste aspect laat zien dat de Zwitserse onverjaarbaarheid anders werkt dan de onverjaarbaarheid in het Franse recht. Zoals hiervoor beschreven houdt naar Frans recht de onverjaarbaarheid van de revindicatie slechts in dat de eigendom en de revindicatie niet door *non usus* verloren gaan.

2.12 ***Contra non valentem agere***¹²⁸

In de middeleeuwen is het beginsel geformuleerd dat geen verjaringstermijn mag gaan lopen tegen iemand die niet in staat is om een rechtsvordering in te stellen: *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Het beginsel is reeds bij de glossatoren Irnerius, Rogerius, Azo en anderen te vinden, maar is in deze formulering bekend geworden door het werk van Bartolus.¹²⁹

In het Zuid-Afrikaanse arrest *Pienaar v. Rabie*¹³⁰ bespreekt Grosskopf dit adagium om het vervolgens voor het moderne Zuid-Afrikaanse recht te verwerpen:

‘Weens billikheidsoorwegings word uitsonderings ook gemaak ooreenkomstig die stelreël *contra non valentem agere non currere praescriptionem*. Oor die aanwendingsgebied van hierdie stelreël in vroeëre tye is daar heelwat onsekerheid (vgl prof J E Scholtens “Praescriptio — Jus Possidendi and Rei Vindicatio” 89 (1972) SALJ

128. Zie voor de geschiedenis van dit adagium K. Spiro, ‘Zur neueren Geschichte des Satzes “agere non valenti non currit praescriptio”’, in: M. Gerwig et al. (red.), *Festschrift Hans Lewald*, Basel 1953 (herdruk Vaduz: Topos Verlag 1978), p. 585-602.

129. K. Spiro, ‘Zur neueren Geschichte des Satzes “agere non valenti non currit praescriptio”’, in: M. Gerwig et al. (red.), *Festschrift Hans Lewald*, Basel 1953 (herdruk Vaduz: Topos Verlag 1978), p. 588. Zie over dit adagium ook E.J.H. Schrage, ‘Contra non valentem agere, non currit praescriptio’, *Vermogensrechtelijke Analyses* 2011 (8) 2, p. 72-89.

130. 1983 (3) SA p. 126.

383). Die Romeins-Hollandse skrywers verwys na bepaalde gevalle waar verjaring nie loop nie, soos by teen minderjariges, kranksinniges, persone onder kuratele en persone wat afwesig is weens oorlog of ander diens aan die Staat. Sien Voet (op cit 44.3.9) en De Groot (op cit 2.7.2). In laasgenoemde passasie leer De Groot dat restitutie teen verkrygende verjaring ook op grond van “onwetendheid, gegrond op eenige waarschyndlike redenen” aangevra kan word. Dit blyk egter dat De Groot hier met die Romeinse reg handel, en selfs op daardie basis stem Van der Keessel nie met hom saam nie. Sien Praelectiones ad Gr 2.7.2. In Voet 4.6.12 word uitdruklik ontken dat restitutio in integrum op grond van onwetendheid geëis kan word deur 'n persoon wat sy eiendom deur longi of longissimi temporis praescriptio verloor het. Schorer ad Gr 2.7.9 is tot dieselfde effek, behalwe dat hy praat van 'n verjaringstermyn van 30 jaar.'

Het is onduidelijk of de regel *contra non valentem* in het oude Franse recht een algemeen geaccepteerd beginsel was dat ook buiten de uitdrukkelijk erkende gevallen kon worden gebruikt. Dunod beschrijft de vraag of de regel dat geen verjaring loopt tegen een minderjarige ook kan gelden voor een geestelijk gestoorde, die nog minder dan een minderjarige in staat is zijn belangen te behartigen. Hij geeft aan dat op dit gebied verschillende meningen heersen, en neemt het standpunt in dat de regel alleen geldt in de uitdrukkelijk erkende gevallen van schorsing. Hij verwerpt het oprekken tot gevallen van geestelijke stoornis omdat deze stoornis lange tijd kan duren en het algemeen belang daardoor te zeer wordt benadeeld.¹³¹ Oorlog als schorsingsgrond wordt door Dunod alleen erkend als een wet deze schorsing uitdrukkelijk voorschrijft:

‘Quant aux tems de guerre, de peste et des autres calamités publiques; comme ils ne sont pas exceptés par la Loi Civile, je ne crois pas qu’ils suspendent la Prescription de trente ans. On le juge ainsi au Parlement de Provence; (...) & quoique la guerre & la peste aient fait cesser le cours de la justice, pendant quelques années du dernier siècle dans plusieurs Tribunaux du Comté de Bourgogne; l’on a crû qu’il falloit un Edit exprès pour arrêter la Prescription pendant ce tems. Car nous en avons un qui porte, qu’aucune Prescription soit de Droit ou de fait, des Coutumes ou des Ordonnances, n’a couru dans le Comté de Bourgogne, depuis le 26 Mai 1636, jusqu’au premier jour de l’an 1650.’¹³²

131. F.-I. Dunod, *Traité des prescriptions, de l’aliénation des biens d’Église et des dîmes*, 2e druk, Dijon: A. de Fay 1744, Part. I, ch. X, p. 62-63.

132. F.-I. Dunod, *Traité des prescriptions, de l’aliénation des biens d’Église et des dîmes*, 2e druk, Dijon: A. de Fay 1744, Part. I, ch. X, p. 63.

In andere bronnen wordt het adagium soms gepresenteerd als een flexibel adagium dat in allerlei gevallen kan worden gebruikt om de verjaring te schorsen.¹³³ Maar uiteindelijk is de mening van Dunod in de *Code civil* neergelegd.¹³⁴

In het oude Franse recht van vóór de *Code civil* gebruikte de rechter dit rechtsbeginsel vaak om een verjaringstermijn niet te laten lopen tegen een persoon die volgens de rechter niet voldoende kans had gehad om tijdig actie te ondernemen. Dat leidde tot willekeur door de rechter, terwijl een belangrijke functie van verjaringstermijnen juist het bieden van rechtszekerheid is. Als een rechter geen verjaring wilde aannemen kon de rechter in veel gevallen wel een reden vinden waarom geen verjaring was gaan lopen of was blijven doorlopen. Als reactie op deze willekeur¹³⁵ heeft de *Code civil* in artikel 2251 de gevallen waarin geen verjaring loopt of doorloopt beperkt tot alleen de door de wet erkende gevallen van schorsing: 'La prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.' Baudry-Lacantinerie en Tissier benadrukken het belang van deze keuze uitvoerig als volgt:

'Les rédacteurs du code civil, par l'art. 2251, ont entendu mettre fin à ces controverses; ils n'ont pas reproduit la maxime; c'est qu'ils ont entendu la repousser. Ajoutons qu'ils ont sagement agi: ils ont voulu supprimer une source intarissable de querelles, de procès et d'inextricables difficultés; ils ont voulu empêcher le retour d'abus souvent signalés. Les cas où la prescription est reculée ou suspendue vont à l'encontre du but de la prescription: ils prolongent la durée de situations incertaines, entraînent des contestations portant sur des faits anciens et difficiles à connaître et à apprécier; il faut les restreindre très limitativement. La maxime *Contra non valentem agere non currit praescriptio* est contraire à l'institution de la prescription; en établissant les délais nécessaires pour que celle-ci s'accomplisse, la loi a, en général, tenu compte des obstacles qui peuvent empêcher d'agir; elle a attaché à certaines causes particulières une suspension de la prescription; il ne faut pas aller plus loin. On se place, en admettant cette maxime, à un point de vue trop étroit; on considère que la prescription n'est basée que sur une présomption

133. Zie bijv. F. de Catellan & J. de Catellan, *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse recueillis par messire Jean de Catellan*, deel 2, Toulouse: Caranove 1756, p. 496; N. Dufail, *Les plus solennels arrêts et réglemens donnez au Parlement de Bretagne, recueillis par messire Noël Dufail, avec les annotations de Me Mathurin Sauvageau*, Livre 1, Rennes: J. Vatar 1737, p. 391.

134. G. Baudry-Lacantinerie & A. Tissier, *Traité théorique et pratique de droit civil*, deel 9, *De la prescription*, Parijs: L. Larose 1895, nr. 373.

135. G. Baudry-Lacantinerie & A. Tissier, *Traité théorique et pratique de droit civil*, deel 9, *De la prescription*, Parijs: L. Larose 1895, nr. 366-368. Zie ook Fr. Moulon, *Répétitions écrites sur la prescription*, Parijs: A. Marescq 1850, p. 60-62.

d'abandon du droit, ou sur une idée de peine contre la négligence de ceux qui ne font pas valoir leur droit; on oublie que la prescription se justifie surtout par des raisons supérieures d'intérêt social qui sont aussi fortes et aussi puissantes quand il y a eu empêchement d'agir pour celui que la prescription se trouve atteindre. (...)

Admettre la règle *Contra non valentem* dans notre législation, c'est aller contre le texte même de l'art. 2251; c'est faire renaître tous les abus signalés dans notre ancienne jurisprudence: avec un peu de bonne volonté, le juge qui voudrait restituer un propriétaire ou un créancier contre les effets de la prescription trouverait presque toujours quelque impossibilité d'agir, absence, ignorance, etc.; les dispositions de la loi sur la prescription, qui ont pour fondement les plus puissantes considérations d'intérêt social, resteraient lettre morte.'

Deze beperking, dat schorsing alleen plaatsvindt in de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevallen, is ook neergelegd in artikel 2023 van het Nederlandse BW van 1838¹³⁶ en ligt tevens ten grondslag aan het BW van 1992, dat de gronden voor schorsing heeft vervangen door gronden voor verlenging van de verjaringstermijn (artikelen 320-321 BW). De regel *contra non valentem* geldt kortom niet in het Nederlandse recht. Alleen in uitdrukkelijk in de wet genoemde gevallen kan de verjaring worden verlengd, en deze opsomming is limitatief.¹³⁷

Ondanks de duidelijke bepaling van artikel 2251 *Code civil* dat de regel *contra non valentem* niet kan worden toegepast buiten de wettelijk geregelde gevallen heeft de Franse rechtspraak de regel toch weer omarmd. Zo stelt de *Cour de Cassation* in 1870: 'La prescription ne court point contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir, par suite d'un empêchement quelconque résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure.'¹³⁸ De regel *contra non valentem* is in 2008 neergelegd in artikel 2234 *Code civil* dat het oude 2251 heeft vervangen.¹³⁹

Het is maar de vraag of het sinds 2008 gecodificeerde adagium *contra non valentem* een invloed zal hebben op de verkrijgende verjaring van roerende

136. Diephuis waarschuwde dat de regel '*contra non valentem agere*' niet mocht worden toegepast buiten de in de wet genoemde gevallen. G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, deel 9, 2e druk, Groningen: J.B. Wolters 1859, p. 425.

137. Asser/Sieburgh 6-II 2017/429.

138. Cass. civ. 28 juni 1870, D. 1870, I, 309. Zie ook Cass. civ. 20 januari 1880, D. 1880, I, 65; Cass. civ. 1re, 22 december 1959, JCP 1960 II 11494; Cass. com. 17 februari 1964, Bull. Civ. III, nr. 78.

139. In het nieuwe artikel wordt niet meer '*impossibilité absolue*' vereist maar slechts '*impossibilité*'.

zaken ten gunste van een bezitter die niet te goeder trouw is. De eigenaar zou dan een geval van *force majeure* moeten kunnen aantonen. Bovendien lijkt het adagium bij toepassing op de verkrijgende verjaring van roerende zaken overlap te vertonen met het beginsel dat het bezit openbaar moet zijn. De Franse rechtspraak neemt in dit kader heimelijkheid van het bezit slechts aan wanneer uit de omstandigheden van het geval kan worden afgeleid dat de bezitter de *bedoeling* had de zaak voor de eigenaar verstopt te houden. Toepassing van de *contra non valentem*-regel zou die rechtspraak kunnen doorkruisen.

Na invoering van het BW van 1838 is in negentiende-eeuwse Nederlandse procedures diverse malen tevergeefs een beroep gedaan op het beginsel *contra non valentem agere*. De Rechtbank Nijmegen¹⁴⁰ heeft het beginsel in 1849 erkend als ongeschreven rechtsbeginsel dat onder de vigeur van het BW van 1838 is blijven bestaan. In deze uitspraak over tiendrecht geeft de rechtbank eerst aan dat het voor de uitoefening van het tiendrecht essentieel is dat de tiendplichtige de tienheffer waarschuwt dat deze zijn tiendrecht kan uitoefenen. Daarna vervolgt de rechtbank:

‘dat het gevolg hiervan is, dat de tiendheffer, in het algemeen en zonder onderscheid van soort van tienden, zonder zoodanige waarschuwing moet geacht worden niet in staat te zijn geweest, zijn regt uit te oefenen; dat, waar dat het geval is, het algemeen regtsbeginsel in materie van verjaring moet gelden, dat *contra non valentem agere non currit praescriptio*; dat, hoewel dit regtsbeginsel in het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek niet met even zoovele woorden in den titel van verjaring staat uitgedrukt, deszelfs geldigheid door den wetgever stilzwijgend is erkend in de bepaling der artt. 2013, 2023, 2024, 2026 en 2027, §§ 1 en 3, welke beide laatste bepalingen op het onderhavig geval moeten geacht worden meer bijzonder van toepassing te zijn, (...)’.

Het Hof Den Bosch daarentegen gaf in 1900 duidelijk aan, met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis uitgegeven door Voorduin, dat het beginsel *contra non valentem agere* geen onderdeel vormt van het Nederlandse privaatrecht en alleen erkend wordt in de uitdrukkelijk in de wet genoemde gevallen:

‘O. dit het geintimeerd college ten onrechte tegen die grief een beroep heeft gedaan op den rechtsregel *contra non valentem agere non currit praescriptio*;

140. 9 januari 1849, W 992.

O. toch, dat daargelaten nog de vraag of die rechtsregel wel van toepassing zou kunnen worden geacht te zijn op fatale termijnen, zooals die, waarop de appellante een beroep heeft gedaan, in elk geval die rechtsregel niet kan gelden buiten gevallen uitdrukkelijk in de wet vermeld, waarvan geen ten deze aanwezig is;

O. dat zulks blijkt uit de geschiedenis der artt. 2023 en vlg. B. W., zooals die te vinden is bij Voorduin V, b.'z. 557 vermits de regeering niet wilde voldoen aan het verlangen der 2^{de} afdeling om bedoelden rechtsregel in dat wetboek op te nemen;¹⁴¹

Ook in sommige Belgische literatuur en rechtspraak bestaat een zekere neiging om de regel *contra non valentem* te gebruiken, maar de regel wordt in het algemeen niet aanvaard. Carette en Van de Voorde hebben onlangs nog een pleidooi gehouden deze regel niet in te voeren.¹⁴²

In het Nederlandse recht is tijdens de Tweede Wereldoorlog toepassing gegeven aan het beginsel *contra non valentem* door speciale verjaringsregels en -termijnen in te voeren in het kader van het herstelrecht. Het ging hierbij dus om uitdrukkelijk in de wet neergelegde uitzonderingen op de normale verjaringsregels. De kern van dit zogenaamde herstelrecht vormde het Koninklijk Besluit Herstel Rechtsverkeer (E 100), dat door de Nederlandse Regering in ballingschap in Londen is ingevoerd.¹⁴³ Het bevatte onder andere een extra lange termijn om de rechter te verzoeken een rechtshandeling te vernietigen die bijvoorbeeld tot stand was gekomen onder dwang, bedreiging of onbehoorlijke invloed van de bezetter (artikel 23 E 100).¹⁴⁴ Naar oud BW verjaarde de vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst tot stand gekomen onder invloed van dwang of bedreiging vijf jaar nadat de dwang of bedreiging heeft opgehouden (artikel 1490 oud BW). Wanneer bijvoorbeeld de eigenaar van een schip of een kunstwerk in juni 1940 was gedwongen tot verkoop, zou die termijn naar de regels van het Burgerlijk Wetboek zijn verlopen in juni 1945, vlak na de bevrijding van

141. Hof Den Bosch 11 december 1900, W 7529.

142. N. Carette & J. Van de Voorde, 'Onwetendheid en bevrijdende verjaring. Verzoening met de grondrechten via *Contra non valentem agere non currit praescriptio*?', in: N. Carette & B. Weyts (red.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht. Liber amicorum Alois Van Oevelen*, Antwerpen, 2017, p. 107-130; N. Carette & J. Van de Voorde, 'Enkele Belgische opmerkingen bij "N. Groeneveld-Tijssens en A. van Schaick, 'Een tweeluik over bevrijdende verjaring en rechtsdwaling. Deel I: de invloed van het EVRM', NTBR 2017/11"', NTBR 2018/17, afl. 4.

143. KB van 17 september 1944, *Stb.* E 100.

144. Zie bijv. Raad voor Rechtsherstel, Afdeling Rechtspraak, 's-Gravenhage 7 juli 1948 (V.o.f. *Van der Zwam & Zonen/Staat der Nederlanden*), NOR 1949, 1559; Raad voor Rechtsherstel, Afdeling Rechtspraak, Amsterdam, 13 september 1948 (*Mozes Wolff/E.J. Korthals Altes en N.C. Roest van Limburg, beheerders van het voormalig vermogen van Alois Miedl, en Stichting Nederlands Kunstbezit*), NOR 1948, 1404.

Nederland. Slachtoffers van een gedwongen verkoop, of hun erfgenamen, zouden dan geen redelijke kans hebben gehad om vernietiging van de overeenkomst te verzoeken. Om die reden werd op grond van KB E 100 een langere termijn gesteld. De termijn om verzoeken tot vernietiging in te dienen werd verlengd tot 1 juli 1951.¹⁴⁵ Bovendien werd voorkomen dat de koper een beroep kon doen op de regels van het Burgerlijk Wetboek door in KB E 100 te bepalen dat de gewone rechter onbevoegd is om kennis te nemen van vorderingen en verzoeken tot behandeling waarvan de Raad volgens E 100 bevoegd is (artikel 19 E 100). De enige rechtsgang was dus een procedure bij de Raad voor het Rechtsherstel die naar de regels van E 100 oordeelde.¹⁴⁶

Ook voor het Duitse herstelrecht hebben de Westerse bezettingsmachten speciale deadlines ingevoerd voor het indienen van vorderingen tot revindicatie van geroofde zaken.¹⁴⁷ Naar de regels van het BGB wordt de verjaring geschorst zolang de schuldeiser door 'höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist' (§ 206 BGB). Pogingen om door het oprekken van de reikwijdte van § 206 BGB de verjaring te schorsen zolang de eigenaar niet weet wie de bezitter is en waar zijn zaak zich bevindt lijken onmogelijk omdat onbekendheid met de bezitter niet als 'höhere Gewalt' valt aan te merken.¹⁴⁸

145. Besluit van het dagelijks bestuur van de Raad voor het Rechtsherstel, 27 december 1950, *Stcrt.* 1950, 251, p. 5; zie ook Hof Den Haag 16 december 1999 (*Von Saher/Staat der Nederlanden*), ECLI:NL:GHSGR:1999:AV1399, par. 16.

146. Hoge Raad 20 februari 1947, *NJ* 1947/159; Hoge Raad 28 november 1952, *NJ* 1953/465.

147. Gesetz Nr. 59, 10 november 1947 (Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände) der Militärregierung Deutschland – Amerikanisches Kontrollgebiet – (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Amerikanisches Kontrollgebiet – Ausgabe G, 10 november 1947, p. 1), Gesetz Nr. 59, 12 Mei 1949 (Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen) der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet – (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland – Britisches Kontrollgebiet – Nr. 28, p. 1169), Verordnung Nr. 120, 1. november 1947 (Rückerstattung geraubter Vermögensobjekte) der Militärregierung Deutschland – Französisches Kontrollgebiet – (Amtsblatt des französischen Oberkommandos in Deutschland Nr. 119, 14 november 1947, p. 1219), Anordnung BK/O (49) 180, 26 juli 1949 (Rückerstattung feststellbarer Vermögensgegenstände an Opfer der nationalsozialistischen Unterdrückungsmaßnahmen) der Alliierten Kommandantur Berlin (Verordnungsblatt für Groß-Berlin Teil I 1949, p. 221. Zie verder W. Schwarz, *Rückerstattung nach den Gesetzen der Alliierten Mächte*, München: C.H. Beck 1974, met name p. 266 en W. Ernst, 'Zur heutigen Rechtsbedeutung der alliierten Restitutionsgesetze in Deutschland', in: H. Dondorp e.a. (red.), *Ius Romanum – Ius Commune – Ius Hodiernum*, Amsterdam/Aalen: Scientia Verlag 2010, p. 115-146.

148. A. Bergmann, *Der Verfall des Eigentums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 47.

2.13 Bewijslastverdeling

In sommige van de beschreven rechtssystemen kan de bezitter van een kunstwerk eigenaar worden ondanks het feit dat het door een beschikkings-onbevoegde aan hem is vervreemd. Die eigendomsverkrijging kan zijn gebaseerd op derdenbescherming of op verkrijgende verjaring. Voor het inroepen van derdenbescherming is goede trouw vereist. Deze goede trouw speelt ook een rol bij verkrijgende verjaring. Als verkrijgende verjaring al bestaat ten gunste van een bezitter niet te goeder trouw, zal de verjarings-termijn ten gunste van een bezitter te goeder trouw korter zijn.

In het kader van het debat over kunstroof, met name roof onder invloed van het nationaalsocialistische regime, pleiten sommige auteurs ervoor om bevrijdende en verkrijgende verjaring alleen nog mogelijk te maken wanneer de bezitter te goeder trouw is. De lange verjaring zonder goede-trouw-eis zou afgeschaft moeten worden. Ook buiten de gevallen van historisch onrecht druist het in tegen ons rechtvaardigheidsgevoel dat ook een dief na lange tijd eigenaar kan worden, althans bevrijd kan worden van de revindicatie van de eigenaar.

We moeten ons echter goed realiseren welke gevolgen het afschaffen van de lange verjaring zou hebben. Goede trouw houdt in 'niet weten en niet behoren te weten'. Diegenen die bij de koop en verkrijging van hun bezit onvoldoende onderzoek hebben gedaan naar de herkomst van een kunstwerk kunnen geen gebruik maken van derdenbescherming of de korte verjaring. Zij vallen in de categorie 'niet te goeder trouw'. Wanneer de koop enkele decennia geleden heeft plaatsgehad, vaak door een rechtsvoorganger zoals een erfflater, zal het voor de huidige bezitter zeer lastig zijn om aan te tonen welk herkomstonderzoek destijds door de koper is verricht. Ook de bewijsvermoedens van de artikelen 3:109 en 3:119 BW zullen de gedaagde niet afdoende beschermen.

Bij afschaffing van de lange verjaring zal de bezitter daarom in een procedure gedwongen kunnen worden om te verklaren welk herkomstonderzoek ten tijde van de koop is verricht. Cruciaal worden dan de stelplicht en bewijslastverdeling. In de VS geldt geen vermoeden van goede trouw zodat de bezitter/gedaagde zijn goede trouw zal moeten bewijzen, voor zover goede trouw al van belang is. In de continentale rechtssystemen die in dit preadvies worden besproken geldt weliswaar een vermoeden van goede trouw, maar dat vermoeden geeft minder bescherming aan de bezitter dan op het eerste oog lijkt. Als de eiser kan aantonen en bewijzen dat hij of zijn rechtsvoorganger in het verleden eigenaar was van een roerende zaak, zal het op de weg liggen van de gedaagde om te stellen dat hij of zijn rechtsvoorganger de zaak daarna in eigendom heeft verkregen.

Naar Nederlands recht geldt het vermoeden dat de bezitter te goeder trouw is (artikel 118 lid 3 BW). Dat betekent echter niet dat de gedaagde simpelweg kan stellen dat hij te goeder trouw was en dat hij nu dus door derdenbescherming of verjaring eigenaar is geworden. De eiser weet niet onder welke omstandigheden de gedaagde of diens rechtsvoorganger de zaak heeft verkregen. Alleen de gedaagde kan deze informatie verschaffen. De rechter kan de eiser in bewijsnood dan tegemoetkomen door een verzwaarde stelplicht aan de gedaagde op te leggen. De gedaagde moet gemotiveerd stellen welk onderzoek de gedaagde of zijn rechtsvoorganger heeft verricht ten tijde van de verkrijging van het bezit.

De Hoge Raad heeft dit systeem ontwikkeld in het arrest van 4 april 1986 (*Apon/Bisterbosch*):¹⁴⁹

‘Voor goede trouw, vereist voor een beroep op dit artikel, is niet alleen nodig dat de verkrijger ten tijde van de levering de onbevoegdheid van zijn voorman niet kende, maar ook dat niet gezegd kan worden dat hij die onbevoegdheid toen behoorde te kennen. Met het oog op dit laatste dient hij naar de bevoegdheid van zijn voorman het onderzoek in te stellen, dat in de gegeven omstandigheden van hem kan worden verlangd. Dit brengt – behoudens hier niet ter zake doende uitzonderingen – mee dat de verkrijger van een tweedehands auto tenminste de autopapieren (het kentekenbewijs en de kopie van deel III van het kentekenbewijs) heeft onderzocht met het oog op deze bevoegdheid, wil hij ten tijde van zijn verkrijging te goeder trouw zijn. Dit behoort derhalve tot de omstandigheden die hij bij betwisting van zijn goede trouw zal hebben te stellen. Noch uit de bestreden uitspraak noch uit de stukken van het geding blijkt dat Bisterbosch aan deze stelplicht heeft voldaan. Er valt derhalve in deze procedure van uit te gaan dat Bisterbosch niet te goeder trouw was.’

De bewijslast blijft uiteindelijk weliswaar liggen bij de eiser/revindicant,¹⁵⁰ maar de gedaagde kan onder omstandigheden gedwongen worden om informatie te verschaffen waarmee de bewijslevering door de eiser mogelijk wordt gemaakt. Zonder de bewijslast om te keren of een bewijsvermoeden te hanteren kan de rechter de gedaagde een informatieplicht opleggen ten aanzien van het probandum.¹⁵¹ Dat mag heel redelijk klinken bij feiten die in het recente verleden liggen, maar wanneer de relevante verkrijging

149. NJ 1986, 810, m.nt. WMK.

150. HR 11 oktober 2002, NJ 2003, 399 (*Bull's Eye/Chrysler*).

151. Asser Procesrecht/Asser 3 2013/306.

vele decennia geleden plaatsvond, en het bezit destijds door een rechtsvoorganger van de gedaagde is verkregen, zal de gedaagde vaak niet kunnen slagen in deze informatieplicht. Ook al is de verkrijging destijds te goeder trouw geweest, als de gedaagde niet of onvoldoende kan voldoen aan deze informatieplicht wordt de verkrijging als niet te goeder trouw aangemerkt. De processuele waarheid is nu eenmaal niet altijd de waarheid. De lange verjaring heeft dan ook mede ten doel bezitters te goeder trouw te beschermen die na lange tijd niet meer kunnen aantonen dat de verkrijging in het verleden te goeder trouw heeft plaatsgevonden.

Ook in het Duitse recht heeft de gedaagde een bewijslast ten aanzien van zijn verkrijging te goeder trouw. De bezitter moet bewijzen dat hij de zaak tien jaar in bezit heeft gehad. Op grond van § 937 Abs. 2 BGB wordt goede trouw weliswaar vermoed, maar aan de stelplicht kunnen hoge eisen worden gesteld. Hoe de bewijslast ten aanzien van de goede trouw precies ligt, is in de Duitse rechtspraak omstreden. In 2010 heeft het Oberlandesgericht Celle een opmerkelijke uitspraak gedaan in een zaak aangespannen door een bestolen eigenaar tegen het Land Niedersachsen waarin de eiser een schilderij van Tiepolo revindiceert die in het Niedersächsisches Landesmuseum hing. We moeten ons wel realiseren dat aan de goede trouw van een museum hoge eisen worden gesteld en dat dit museum in deze zaak duidelijk niet te goeder trouw was. Volgens het Oberlandesgericht draagt de bezitter/gedaagde de volle bewijslast van zijn goede trouw:

‘Beweispflichtig dafür, dass ein bösgläubiger Eigentumserwerb nicht vorliegt, ist das beklagte Land. Zwar trägt grundsätzlich der Erwerber nur die Beweislast für den Eigenbesitz und den Zeitablauf gem. § 937 I BGB, während die Bösgläubigkeit eine Einwendung ist, die grundsätzlich vom Gegner zu beweisen ist (Baldus, in: MünchKomm, 4. Aufl. [2004], § 937 BGB Rdnr. 44). Der Entscheidung des BGH vom 19. 12. 1994 (NJW 1995, 1292 = BB 1995, 276) lässt sich jedoch entnehmen, dass in dem Fall, in dem dem früheren Besitzer die Sache gestohlen bzw. abhandengekommen ist und für den folglich die Eigentumsvermutung des § 1006 II BGB gilt, die er der Eigentumsvermutung des gegenwärtigen Besitzers aus § 1006 I BGB entgegenhalten kann, den Ersitzenden die volle Beweislast hinsichtlich sämtlicher Voraussetzungen des § 937 BGB trifft. Nach der zitierten Entscheidung muss auf Grund der Rechtsdauervermutung des Besitzes der auf Herausgabe verklagte Besitzer beweisen, dass der frühere Besitzer sein Eigentum an der Sache trotz des dieser in Folge des Abhandenkommens anhaftenden Makels z.B. nach § 937 BGB verloren hat. Vor dem Hintergrund des in den §§ 932, 935 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willens, den Eigentümer einer gestohlenen Sache unter den besonderen Schutz des Gesetzes

zu stellen und deshalb einen gutgläubigen Erwerb hieran generell auszuschließen, ist diese Beweislastverteilung nachvollziehbar und richtig.¹⁵²

Dat oordeel kan in deze concrete zaak tot een rechtvaardige uitkomst geleid hebben, maar kan in andere gevallen een bezitter te goeder trouw de bescherming van de verkrijgende verjaring ontnemen als na lange tijd de gedaagde niet meer kan bewijzen dat hij of zijn rechtsvoorganger voldoende herkomstonderzoek verricht heeft en dus te goeder trouw was. Het oordeel van het Oberlandesgericht Celle wordt door het Oberlandesgericht Nürnberg niet gevolgd:

‘2. Wie sich aus der Formulierung des § 937 Abs. 2 BGB ergibt, wird der gute Glaube des Ersitzenden vermutet. Die Darlegungs- und Beweislast für fehlenden guten Glauben (die Bösgläubigkeit) des Ersitzenden bei Begründung des Eigenbesitzes oder für während der Dauer des zehnjährigen Eigenbesitzes erlangte positive Kenntnis der Nichtberechtigung hat deshalb grundsätzlich, wer die Ersitzung bestreitet und gegen den Ersitzenden einen Anspruch aus dem Eigentum an der Sache geltend machen will (OLG Celle, OLGR 2004, 70, Tz. 53 bei juris; LG Berlin Kunst und Recht 2009, 20, Tz. 40 bei juris; Herrler in: Palandt, BGB, 76. Aufl. § 937 Rn. 1; Kindl in: Bamberger/Roth, BeckOK-BGB, 41. Edition 2016, § 937 Rn. 10; Lenders in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 937 BGB Rn. 17; Baldus in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 937 Rn. 87; Wiegand in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 937 Rn. 11), im Streitfall mithin der Kläger.

Trotz dieser Beweislastverteilung trägt indes derjenige, der sich auf Ersitzung beruft, die (sekundäre) Darlegungslast hinsichtlich seiner Gutgläubigkeit für Erwerbsvorgänge in seiner Sphäre (LG Berlin Kunst und Recht 2009, 20, Tz. 41 bei juris). Den Beklagten trifft deshalb eine solche Darlegungslast hinsichtlich der von ihm vorgetragenen Schenkung seines Stiefvaters, nicht aber etwa hinsichtlich des behaupteten Diebstahls 1986 im Hause der Eltern des Klägers. Dieser sekundären Darlegungslast hat der Beklagte im Streitfall mit dem Vortrag genügt, er habe die beiden Gemälde mutmaßlich 1986/1987 von seinem – 1993 verstorbenen – Stiefvater J. S. geschenkt bekommen, Herr S. habe dabei geäußert, die Bilder von einem Antiquitätenhändler oder -sammler in Dinkelsbühl erworben zu haben. Eine weitergehende Konkretisierung, etwa nach Zeitpunkt, Anlass oder Belegen, kann in Anbetracht des Zeitablaufs und des Umstandes einer vorgetragenen Schenkung nicht verlangt werden.

152. OLG Celle, 17 september 2010 – 4 U 30/08 (*Tiepolo-Gemälde*), GRUR-RR 2011, 24.

3. Teile der Rechtsprechung schränken diese Beweislastverteilung neuerdings dahingehend ein, dass in dem Fall, in dem einem früheren Besitzer eine Sache gestohlen wurde oder sonst abhandengekommen ist, den Ersitzenden die volle Beweislast hinsichtlich sämtlicher Voraussetzungen des § 937 BGB treffen soll. Der Ersitzende habe demnach insbesondere auch seine Gutgläubigkeit darzulegen und zu beweisen. Dies folge aus dem in den §§ 932, 935 BGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen, den Eigentümer einer gestohlenen Sache unter den besonderen Schutz des Gesetzes zu stellen (OLG Celle, GRUR-RR 2011, 24, Tz. 31 bei juris; zitiert bei Lenders in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 937 BGB Rn. 17, sowie bei Baldus in: Münch-Komm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 937 Rn. 89).

Die Berufung stützt sich auf das zitierte Urteil des OLG Celle. (...) Der Senat folgt der oben zitierten Entscheidung des OLG Celle nicht. Würde man bei abhandengekommenen Sachen – contra legem – eine volle Beweislast des Ersitzenden auch für dessen guten Glauben annehmen, würde die Beweislastregelung des § 937 Abs. 2 BGB insoweit völlig gegenstandslos.¹⁵³

2.14 Verschil tussen vereiste van openbaar bezit en de *discovery rule*

Op het eerste oog lijkt de wijze waarop het Belgische en Zuid-Afrikaanse recht het vereiste van openbaar bezit bij roerende zaken toepast op de *discovery rule* in de variant waarin ook *constructive knowledge* de verjaringstermijn start. Toch is er een wezenlijk verschil. Strikt genomen zou het vereiste van openbaar bezit meebrengen dat de verjaringstermijn alleen loopt zolang het bezit openbaar is. Als we nu uitgaan van de strenge uitleg uit het Zuid-Afrikaanse arrest *University of Fort Hare v. Wavelengths 256 (Pty) Ltd* op grond waarvan het bezit van een schilderij dat in een woonhuis hangt niet openbaar is, zouden we moeten aannemen dat het bezit pas openbaar werd toen het bij Sotheby's Cape Town ter veiling werd aangeboden. Maar wat heeft nu te gelden indien een schilderij dat in 1950 is gestolen en in 1951 in handen is gekomen van een particuliere bezitter te goeder trouw, die het schilderij in zijn huis hangt, tentoongesteld wordt en afgebeeld wordt in de bijbehorende tentoonstellingscatalogus in 1972, daarna weer bij een particulier thuis aan de muur hangt, en opnieuw tentoongesteld wordt in 2001? Moet dan worden aangenomen dat het bezit alleen gedurende de tijd van de tentoonstelling openbaar was zodat verjaring niet kan zijn ingetreden? Dat zou een uitleg zijn die niet gevolgd wordt in die staten

153. OLG Nürnberg Endurteil 6 september 2017 – 12 U 2086/15, BeckRS 2017, 125571, nr. 92-97.

van de Verenigde Staten die uitgaan van de *discovery rule* met *constructive notice*. Een of meerdere tentoonstellingen met bijbehorende catalogus geven de eigenaar de mogelijkheid om te achterhalen waar het kunstwerk zich bevindt en wie daarvan de bezitter is. Vanaf dat moment gaat dus de verjaringstermijn lopen. Die termijn houdt niet op aan het einde van de tentoonstelling, als het schilderij weer binnen de muren van het huis van de bezitter terugkeert. Vanwege deze invloed op de *discovery rule* is het dan ook voor een potentiële koper zeer positief als bij het *provenance*-onderzoek blijkt dat het kunstwerk in het verdere verleden tentoongesteld is en/of in catalogi is vermeld. Dergelijke tentoonstellingen kunnen zelfs gunstig uitpakken bij een *laches*-verweer.

2.15 Lastige afweging

De rechtssystemen in het onderzoek laten zien dat op het gebied van verjaring van de revindicatie zich tegengestelde oplossingen met goede argumenten laten verdedigen: er zijn goede argumenten om verjaring toe te staan en even goede argumenten om die verjaring niet toe te staan. Dat geldt ook voor de aanverwante kwestie of voor gestolen zaken derdenbescherming moet bestaan. In de VS zien we dat op beide gebieden gekozen wordt voor een vergaande bescherming van de bestolen eigenaar ten koste van de positie van de koper te goeder trouw: derdenbescherming is uitgesloten en verjaring van de revindicatie is vrijwel uitgesloten.

Laten we onze aandacht richten op de argumenten voor en tegen verjaring ten gunste van bezitters die niet te goeder trouw zijn. In sommige Europese rechtssystemen wordt bekritiseerd dat de revindicatie ook kan verjaren ten gunste van een bezitter die niet te goeder trouw is. Daarbij wordt vaak het voorbeeld gebruikt van de dief, een persoon die weet dat hij niet de eigenaar is. Met name als de gestolen zaak een kunstvoorwerp is, zal het tegen ons rechtsgevoel indruisen dat deze dief zich op verjaring kan beroepen. En in internationale conflicten komen we zelfs de overtreffende trap van kwade trouw tegen waar een regering zelf wetgeving heeft ingevoerd op grond waarvan kunstvoorwerpen zijn geconfisqueerd. Een recent voorbeeld speelt in de Amerikaanse procedure tegen de Hongaarse Staat over de collectie van de Joodse kunstverzamelaar Herzog.¹⁵⁴

Zou het dan aan te bevelen zijn om verjaring van de revindicatie, al dan niet met eigendomsverkrijging voor de bezitter, te beperken tot bezitters te goeder trouw? Dat voorstel lijkt wellicht aanlokkelijk. Wie wil er nu

154. *De Csepel v. Republic of Hungary*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 20 juni 2017, 859 F.3d 1094 (D.C. Cir. 2017). De uitspraak gaat overigens voornamelijk over de rechtsmacht op grond van de Foreign Sovereign Immunities Act.

bescherming aanbieden aan de dief of zijn handlangers? We moeten ons echter goed realiseren wat de nadelige gevolgen zijn voor alle overige bezitters die geen positieve kennis hebben dat zij niet tot de zaak gerechtigd zijn. Zoals hiervoor al aangetoond in paragraaf 2.13, is het gevolg dat zelfs een bezitter die te goeder trouw heeft gehandeld gedwongen kan worden om zich in een procedure te verdedigen en zijn goede trouw aan te tonen. In theorie wordt in vele Europese systemen de bezitter vermoed te goeder trouw te zijn, maar in de praktijk zal de bezitter voldoende gemotiveerd moeten stellen dat hij te goeder trouw was aan het begin van de verjarings-termijn. Daarvoor zal hij allerlei concrete feiten moeten kunnen aantonen. Als de eiser voldoende aannemelijk maakt dat hij of zijn rechtsvoorgangers eigenaar zijn geweest in het verleden, en de gedaagde niet voldoende aannemelijk kan maken dat zijn bezit te goeder trouw is, kan de gedaagde opgezadeld worden met een informatieplicht ten aanzien van zijn goede trouw. Door tijdsverloop kunnen allerlei bewijzen verloren zijn gegaan, zoals documenten en getuigenbewijs. De gedaagde komt in een nog lastiger positie als het bezit te goeder trouw is aangevangen door een rechtsvoorganger die inmiddels niet meer in leven is. De grootmoeder van de gedaagde had misschien nog kunnen vertellen waar zij het schilderij heeft gekocht, zodat bij die handelaar in de archieven kan worden gezocht, als die archieven er nog zijn. Wie moet het risico dragen van het verloren gaan van bewijsmateriaal? Een gedaagde die over weinig financiële middelen beschikt om een proces te bekostigen en die zijn eigen positie door gebrekkig bewijs als niet ijzersterk inschat, zal zich wellicht gedwongen voelen om de zaak aan de eiser af te staan.

Het dilemma of verjaring mogelijk moet zijn ten gunste van een bezitter die niet te goeder trouw is komt neer op een rechtspolitieke belangenafweging. Daarbij moeten we ons goed realiseren dat daarbij niet alleen een afweging moet worden gemaakt tussen het belang van de eigenaar en het belang van de bezitter die weet dat hij een gestolen zaak in handen heeft. Met de bezitter te kwader trouw zal vrijwel niemand medelijden hebben. Dat leidt sommigen tot het voorstel de revindicatie onverjaarbaar te maken en de verkrijgende verjaring te beperken tot bezitters te goeder trouw.¹⁵⁵ Het lastige is echter dat ook een afweging moet worden gemaakt tussen de eigenaar en de bezitter die te goeder trouw is maar juist door het lange tijdsverloop niet meer in staat is voldoende gemotiveerd te stellen, en eventueel aan te tonen, dat hij of zijn rechtsvoorganger te goeder trouw was.

155. Zie bijv. F. Peters & R. Zimmermann, 'Verjährungsfristen', in: *Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, deel 1, 1981, p. 77-373, i.h.b. p. 287, 315 en 318-319; K. Siehr, 'Verjährung der Vindikationsklage?', *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, p. 346-347; A. Bergmann, *Der Verfall des Eigentums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015, p. 41 en de auteurs genoemd in voetnoot 45 aldaar.

De bewijsproblemen voor de gedaagde worden voor het Duitse recht treffend beschreven door Finkenauer:

‘Richtigerweise ist die Frage der Gut- und Bösgläubigkeit des Besitzers von dem Problem der Vindikationsverjährung zu trennen. Wegen der übergeordneten Interessen des Gemeinwohls an Rechtssicherheit und Rechtsfrieden darf die Frage nach der Gut- oder Bösgläubigkeit des Besitzers nach langer Zeit nicht mehr aufgeworfen werden. Es ist daher bereits systematisch unzutreffend, wenn man behauptet, die Vindikationsverjährung sei wegen § 937 BGB nur dann interessant, wenn der Besitzer bösgläubig sei. Gerade auch der gutgläubige Besitzer muss sich auf sie berufen dürfen, ohne einen Angriff mehr befürchten zu müssen. Ein solcher Angriff wäre ein nicht unerhebliches Risiko für ihn. Richtig ist zwar, dass es zum allgemeinen Lebensrisiko gehört, mit einem Prozess überzogen zu werden, und zutreffend ist auch, dass dem Besitzer wegen §§ 932 Abs. 2, 937 Abs. 2 BGB Bösgläubigkeit nachgewiesen werden muss. Jedoch können die Darlegungen des Klägers derart substantiiert sein, dass der beklagte Besitzer sie erst widerlegen muss. Der Beklagte trüge dann die Gefahr der Tatsachenfeststellung, die insbesondere im Hinblick auf die grobe Fahrlässigkeit nach § 937 Abs. 2 BGB nicht unterschätzt werden darf. Bei den Schwierigkeiten, die dieser Maßstab mit sich bringt, ist die Entscheidung des Tatrichters nicht ohne weiteres vorhersehbar. Eine solche Erörterung abzuschneiden ist gerade die Aufgabe der Verjährung.’¹⁵⁶

Wat zou in het Nederlandse recht het gevolg zijn als we de revindicatie onverjaarbaar maken? Daarmee zou tevens de grondslag onder de verkrijgende verjaring van artikel 3:105 BW wegvallen. Die keuze zou het Nederlandse recht op dit gebied in lijn brengen met het Zwitserse recht. Anders dan het Franse, Belgische en Zuid-Afrikaanse recht, en anders dan de *discovery rule* waarin rekening wordt gehouden met *constructive notice*, zou een dergelijke keuze weinig rekening houden met verwijtbaarheid van de eiser. De revindicatie zou niet vervallen als de eiser lange tijd geen pogingen heeft ondernomen de gestolen zaak op te sporen. De gevolgen van een dergelijke keuze hangen af van de juridische context van aanverwante leerstukken. Snijders en Rank-Berenschot hebben reeds aangegeven dat een revindicatie eventueel kan stranden als gevolg van rechtsverwerking. Dat standpunt zou de Nederlandse keuze dan meer in lijn brengen met het recht van New York waarin een beroep op *laches* kan worden gedaan.

156. Th. Finkenauer, ‘Die Verjährung bei Kulturgütern – zur geplanten “lex Gurlitt”’, JZ 10/2014, p. 497-488, i.h.b. p. 482-483.

De gedaagde zou dit gebrek aan *due diligence* van de eiser ten grondslag kunnen leggen aan een verweer van rechtsverwerking.

Het belangrijke verschil is echter dat bij toepassing van de *discovery rule* met *constructive notice* de eiser moet bewijzen welke pogingen hij heeft ondernomen, terwijl bij het verweer van rechtsverwerking de bewijslast nu juist bij de gedaagde ligt.¹⁵⁷ De gedaagde moet bewijzen dat de eiser te weinig pogingen heeft ondernomen en bovendien dat de gedaagde daardoor in bewijsnood is gekomen als hij gedwongen zou worden tot teruggave. De procedure *Shiotani v. Walters* laat zien hoe moeilijk het is om het verloren gaan van getuigen en documenten te bewijzen. Jelle Jansen pleit in zijn proefschrift voor toepassing van het recht van New Jersey. Dat voorstel houdt dus in toepassing van de *discovery rule* waarbij de verjaringstermijn van de revindicatie gaat lopen op het moment dat de revindicant weet althans behoort te weten waar de zaak en haar bezitter zich bevinden.¹⁵⁸

Die regel legt dus op de eigenaar een last om actief de zaak op te sporen (*due diligence*). Het voorstel van Jelle Jansen zou de bescherming van artikelen 3:86 en 3:99 BW voor de bezitter te goeder trouw in stand laten.

Mijn bezwaar tegen een dergelijk oplossing is, zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven, dat ook de bezitter te goeder trouw gedwongen kan worden zich of in een dure juridische procedure te verdedigen of de zaak prijs te geven als hij zich een jarenlange procedure niet kan veroorloven. Een *hard and fast rule* zoals de verjaring van artikel 3:105 BW voorkomt vele procedures maar levert soms een zeer onbillijke uitkomst op. Het is een vorm van *Normgerechtigheid*. Een meer op *Einzelfallgerechtigkeit* gerichte regel, gebaseerd op billijkheid, zorgt voor rechtsonzekerheid, onzekerheid over de slagingskansen van een juridische procedure, die meestal onbillijk uitpakt voor diegene die zich een jarenlange procedure niet kan veroorloven. De bezitter zal bovendien in een procedure gemotiveerd moeten stellen dat hij of zijn rechtsvoorganger te goeder trouw is, iets wat erg lastig zal zijn als de zaak lange tijd geleden is verkregen door zijn rechtsvoorganger.

Een twintigjarige termijn is erg kort voor de revindicatie van kunstvoorwerpen. Sommige auteurs stellen daarom voor om een extra lange termijn in te voeren speciaal voor kunst, wellicht geïnspireerd door internationale regelingen zoals de EU-Richtlijnen 93/7/EEC (oud) en 2014/60/EU (nieuw).

157. Zie ook M. Anton, *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstststitutionsrecht*, deel 2, *Zivilrecht – Guter Glaube im internationalen Kunsthandel*, Berlijn/New York: De Gruyter 2010, p. 1017.

158. J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 165 beschrijft het systeem van New Jersey waarin *constructive knowledge* relevant is. Op p. 301, 305 en 321 pleit hij voor dit stelsel. Hij noemt daarbij de *constructive knowledge* niet, maar uit zijn verwijzing naar het recht van New Jersey blijkt dat hij deze oplossing voorstaat.

Dat zou alleen bevredigend werken als de wetgever in staat zou zijn om een goede definitie op te stellen wat een kunstvoorwerp is. We moeten ons goed realiseren dat de meeste kunstvoorwerpen niet onder de EU-richtlijn vallen. De Schotse Law Commission is ervoor teruggeschrokken een poging tot definitie te wagen omdat een dergelijke definitie de rechter zou opzadelen met de opgave uit te maken of iets wel of niet een kunstvoorwerp is.¹⁵⁹ Toch heeft de wetgever in Californië en de federale wetgever in de HEAR Act een dergelijke definitie opgesteld en de concrete toepassing aan de rechter overgelaten. Valt een schilderij van Jan van Goyen onder de definitie? Niemand zal die vraag negatief beantwoorden. Maar hoe staat het nu met het Delftse blauw, het schrijfbureau van Abraham Roentgen en de zilveren koffiekkan van Johannes Schiotling?

Zou dan de gemakkelijke oplossing gekozen moeten worden waarbij simpelweg de verjaringstermijn wordt verlengd? In ieder geval zou die verlenging in dat geval moeten gelden voor alle roerende zaken, en niet alleen voor kunst. In de praktijk zal niemand een potlood gaan revindiceren. Gezien de kosten van een procedure zullen het vooral waardevolle en belangrijke zaken zijn die gerevindiceerd worden. Daarbij valt te denken aan kunstvoorwerpen, antieke voorwerpen en (archief)documenten. Maar hoe langer de verjaringstermijn is, hoe meer nadruk komt te liggen op rechtsverwerking om zo de gedaagde in bewijsnood te beschermen. Ook deze oplossing is dus niet zonder nadelen.

2.16 Conclusie

De centrale vraag in dit onderzoek is of een verjaringstermijn zou moeten lopen tegen een eigenaar die niet in staat is zijn zaak te revindiceren omdat hij niet weet waar de zaak en de bezitter zich bevinden. In veel landen in dit onderzoek zijn de verjaringsregels met betrekking tot de revindicatie in het onroerend-goed-recht ontwikkeld en simpelweg analoog toegepast op roerende zaken. Die analoge toepassing is misplaatst. Terwijl bij onroerende zaken de verjaring gebaseerd is op een dubbele ratio, namelijk rechtszekerheid en het verwijt dat de eigenaar stilgezeten heeft, wordt dit verwijt-argument in sommige rechtssystemen genegeerd bij roerende zaken. De verjaring loopt tegen de eigenaar ondanks het feit dat de eigenaar niet weet en niet kan weten waar zijn zaak zich bevindt. Dat is het geval in Nederland en Duitsland, en doorgaans ook in Frankrijk.

Het serieus nemen van het verwijt-argument doet noodzakelijkerwijze afbreuk aan de rechtszekerheid. Rechtssystemen kunnen op verschillende manieren rekening houden met het probleem dat de eigenaar niet kan

159. SCOT LAW COM No 228, *Report on Prescription and Title to Moveable Property*, nr. 3.20.

terugclaimen. Staande in de traditie van het *ius commune* zou het vereiste van openbaar bezit gebruikt kunnen worden om de verjaring op een later moment te laten beginnen. De staten van de VS gebruiken flexibele systemen om te bepalen wanneer de verjaringstermijn begint te lopen.

Het onderzoek laat zien dat de onderzochte rechtstelsels tegengestelde antwoorden laten zien op de vraag of de revindicatie moet zijn onderworpen aan verjaring. Aan de ene kant van het spectrum zien we het Nederlandse recht dat zelfs aan een bezitter te kwader trouw, zoals een dief, eigendom toekent na ommekomst van de twintigjarige verjaringstermijn. Daarbij gaat de verjaringstermijn de dag na het bezitsverlies lopen, ook al kan de eigenaar de verjaringstermijn niet stuiten omdat hij niet weet waar de zaak zich bevindt en wie de bezitter is. Aan de andere kant van het spectrum zien we het recht van New York waar zelfs bezitters te goeder trouw onbeschermd blijven en de eigenaar tot in lengte van jaren kan terugvorderen. De enige juridische rem die hierop zit is het verweer van rechtsverwerking (*laches*). Het is echter bepaald niet gemakkelijk voor de gedaagde om het benodigde bewijs te leveren om een beroep op *laches* te kunnen doen.

De Duitse benadering lijkt praktisch gezien erg op de Nederlandse, behalve dan dat de termijn dertig jaar is en de bezitter na afloop geen eigenaar wordt. Zoals ook in Nederland begint de verjaring van de revindicatie te lopen de dag na de diefstal waarbij het niet uitmaakt dat de eigenaar niet weet waar zaak en bezitter zich bevinden. De verjaring loopt ook ten gunste van een bezitter die niet te goeder trouw is. Het Franse recht neemt een benadering die vergelijkbaar is met het Nederlandse recht: na afloop van de dertigjarige verjaring wordt de bezitter eigenaar, ook al is hij niet te goeder trouw. De loop van de verjaring wordt niet gehinderd doordat de eigenaar niet weet waar zaak en bezitter zich bevinden. De enige uitzondering die de Franse rechtspraak accepteert is dat de verjaring niet loopt als de zaak met opzet verstoep is.

Wat opvalt is dat zowel naar Nederlands, Duits als Frans recht het bezit in theorie openbaar moet zijn, maar dat deze eis in de praktijk bij roerende zaken niet wordt toegepast, behalve bij de Franse uitzondering voor zaken die met opzet zijn verstoep. De rechtspraak in deze landen neemt niet aan dat het bezit van een schilderij dat de bezitter in zijn studeerkamer heeft hangen geen openbaar bezit oplevert met als gevolg dat geen verjaring gaat lopen. De Scottish Law Commission heeft terecht laten zien hoe moeilijk het is om in concrete gevallen te beoordelen welk bezit van roerende zaken als openbaar heeft te gelden.

Wat de invulling van het vereiste van openbaarheid betreft wijken het Belgische en Zuid-Afrikaanse recht sterk af van de benadering in Nederland, Duitsland en Frankrijk. Zo neemt het Belgische Hof van Cassatie aan dat het bezit van een schilderij dat wordt verhandeld door personen die niet in de kunsthandel actief zijn niet openbaar is. Waarschijnlijk heeft in deze zaak ook een rol gespeeld dat de betreffende bezitters wisten dat zij in gestolen waar handelden. De Zuid-Afrikaanse Western Cape High Court, Cape Town, oordeelde zelfs dat het bezit van een schilderij dat jarenlang in de eetkamer van de bezitter hing niet openbaar was en dat daarom de verjaringstermijn van de revindicatie niet was gaan lopen.

Het Zwitserse recht kent geen bevrijdende verjaring van de revindicatie. Het kent wel verkrijgende verjaring en derdenbescherming, maar beide zijn alleen beschikbaar voor bezitters te goeder trouw. Daarmee wijkt het Zwitserse recht dus sterk af van het recht van de omliggende landen.

Het blijkt dat deze verschillen van inzicht niet te verklaren zijn door het al dan niet aanwezig zijn van een Romeinsrechtelijke grondslag of invloed. Op het gebied van verjaring zijn alle onderzochte systemen althans oorspronkelijk gebaseerd op het Justiniaanse recht. Dat geldt ook voor het Engelse recht en het recht van de Verenigde Staten. Bovendien zien we binnen de groep landen die in de rechtsvergelijking vaak als *civil law*-landen worden aangeduid grote verschillen bij het leerstuk van de verjaring.

Californië, New Jersey en New York hebben ervoor gekozen de oude doctrine van *adverse possession* niet meer te gebruiken voor verjaring van de rechtsvorderingen om roerende zaken terug te claimen (*replevin* en *conversion*). De rechtsvordering is weliswaar onderworpen aan een verjaringstermijn, die bovendien relatief kort is, maar zij begint niet op de dag na de diefstal te lopen. De termijn gaat in Californië en New Jersey óf lopen op het moment dat de eiser weet waar zaak en bezitter zich bevinden óf op het moment dat hij die kennis redelijkerwijze had kunnen hebben. In New York gaat de termijn tegen een bezitter te goeder trouw zelfs pas lopen op het moment dat de eiser de zaak terugeist en teruggave geweigerd wordt. Deze termijnen zijn recentelijk buiten werking gesteld voor claims die onder de HEAR Act vallen. In al deze gevallen kan de gedaagde een beroep doen op rechtsverwerking, maar de bewijslast daarvoor is zwaar. De gedaagde zal moeten bewijzen dat de eiser onvoldoende onderzoek heeft verricht om de zaak op te sporen en dat de gedaagde door die vertraging in bewijsnood is geraakt. Hij zal daarbij moeten bewijzen welke relevante documenten en getuigen hij had kunnen raadplegen als de eiser de procedure eerder was begonnen.

Het voorstel om in het Nederlandse recht de revindicatie van roerende zaken, althans van kunstvoorwerpen, onverjaarbaar te maken zal ook negatieve gevolgen hebben voor vele bezitters te goeder trouw die door lang tijdsverloop niet meer in staat zijn om aan te tonen dat zij of hun rechtsvoorgangers de zaak te goeder trouw hebben verkregen. Invoering van een *discovery rule* waarbij ook *constructive knowledge* relevant is en waarbij dus op de eiser een onderzoeksplicht rust, lijkt een beter gebalanceerde oplossing. In zo'n stelsel zou dan ook het verweer van rechtsverwerking een belangrijke rol moeten spelen. Zowel het onverjaarbaar maken van de revindicatie (alleen bescherming voor bezitters te goeder trouw) als de invoering van een *discovery rule* heeft echter als nadeel dat de rechtszekerheid wordt opgeofferd. Deze voorstellen zullen tot meer procedures leiden, als de gedaagde zich zo'n procedure al kan permitteren. Zou dan de verjaringstermijn verlengd moeten worden? Om te voorkomen dat de rechter wordt opgezaagd met de beantwoording van de vraag of iets onder de definitie van kunstvoorwerp valt, zou de verjaringstermijn in dat geval voor alle roerende zaken verlengd kunnen worden, wetende dat in de praktijk vrijwel uitsluitend kostbare en belangrijke voorwerpen gerevindiceerd zullen worden. Maar hoe langer die termijn wordt, hoe meer nadruk het leerstuk van rechtsverwerking zal krijgen.