

Ongerechtvaardigde verrijking: bestuursrecht, gemeenschapsrecht en rechtsherstel*



Prof. mr. W. Snijders**

1. Inleiding

Tachtig jaar geleden promoveerde mijn leermeester Bregstein op het onderwerp "Ongegronde vermogensvermeerdering". Deze bijdrage is bedoeld om dat te herdenken door een verslag van enkele nieuwe avonturen op dit terrein. Maar voordat ik daarmee begin eerst iets over het proefschrift zelf, waarvan herlezing nog steeds boeiend is.

Dat komt in de eerste plaats door het fascinerende historische betoog waarmee het opent. In 1927 kenden wij een met zoveel woorden in art. 1269 BW neergelegd gesloten stelsel van verbintenissen. Bregstein had de historie nodig voor zijn stelling dat dit gesloten stelsel niet uitsluit dat niet in de wet vermelde verbintenissen toch moeten worden erkend, omdat zij op een traditie berusten.¹ Voor wat betreft de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking meende hij een dergelijke traditie te kunnen aantonen, beginnend in het Romeinse recht en via glossatoren, oud Frans recht en oud Nederlands recht nog steeds levend. Dit deel van het proefschrift heeft nu geen praktische betekenis meer. De Hoge Raad heeft in het bekende Quint/Te Poel arrest weliswaar erkend dat een traditie een bron van verbintenissen kan zijn, maar ook beslist dat de door Bregstein verdedigde traditie, zo zij ooit bestaan heeft, in elk geval bij de invoering van het oude BW in 1838 is afgebroken.²

Niettemin heeft het proefschrift van Bregstein stellig blijvende invloed gehad. Daarbij denk ik niet alleen aan de op zijn gedachten voortbouwende regeling van de ongerechtvaardigde verrijking in art. 6:212 BW en aan de vrije manier waarop hij zich al in zijn dissertatie tegenover de wet opstelde, maar ook aan zijn uitgangspunt dat het hier niet gaat om billijkheid, maar om een in het stelsel van het privaatrecht besloten liggende vermogensbescherming. In zijn gedachtegang heeft het privaatrecht de verdeling van vermogen over de leden van de rechtsgemeenschap als statisch gegeven te aanvaarden en dienen tegen die achtergrond voor vermogensverschuivingen goede gronden te bestaan: vandaar de titel van zijn proefschrift: ongegronde vermogensvermeerdering. Ik laat de kritiek die men op deze statische opvatting van het privaatrecht kan hebben nu rusten. Ook als men die kritiek volgt, blijft het verwerpen van de billijkheid als basis voor de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking overeind. In eerdere geschriften heb ik me daarbij aangesloten.³ In die visie

hoort de nadruk op aanvulling en correctie van het systeem te liggen en niet op een algemene billijkheidsnorm.

Herlezing van het proefschrift heeft mij evenwel opnieuw aan het denken gezet. Het boek bevat namelijk ook een reeks gedetailleerde beschouwingen naar aanleiding van plaatsen waar in wet of rechtspraak de *gedachte* van ongerechtvaardigde verrijking naar voren komt. Dat doet de vraag rijzen of het hier niet om meer gaat dan een bron van verbintenissen. Gaat het hier in wezen niet om een algemeen rechtsbeginsel of zelfs om een moreel beginsel? Als dat juist is, kan het verbod van ongerechtvaardigde verrijking worden gezien als een richting gevend principe voor de vaststelling van wat de billijkheid of een redelijke uitleg van de wet meebrengen.⁴ Wat billijk of redelijk is wordt (mede) door de gedachte van ongerechtvaardigde verrijking bepaald, niet andersom.⁵ Elders heb ik laten zien dat dergelijke richtinggevende beginselen meer houvast geven en belangrijker zijn dan algemene verwijzingen naar redelijkheid en billijkheid.⁶ Hier wil ik drie ontwikkelingen aan de orde stellen waarin het verbod van ongerechtvaardigde verrijking als algemeen beginsel duidelijk

* Bewerking van een lezing, op 5 oktober 2007 uitgesproken op het Symposium, georganiseerd door de M.H.Bregstein Stichting ter gelegenheid van de beschikbaarheid op internet van het Bregstein-archief, gedeponeerd bij het NIOD, en van het feit dat Bregstein tachtig jaar geleden promoveerde.

** Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

1. In *European Review of Private Law*, Vol. 14, no. 3, 2006, p. 391-397 heb ik laten zien dat tradities meestal achteraf worden geconstrueerd en dat de door Bregstein ingeroepen traditie daarop geen uitzondering is. Maar het blijft fascinerend.

2. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548.

3. W. Snijders, *Unjust enrichment: the relative value of statutory provisions*, in E.J.H. Schrage (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, 2001, p. 145-158, en *Ongerechtvaardigde verrijking in het betalingsverkeer*, Studiekring Offerhaus, 2001.

4. Een soortgelijk thema is behandeld door Schoordijk in *Ongeregronde Vermogensvermeerdering*, college ter herdenking van de promotie van Bregstein, gegeven in 1977. Maar zijn aanpak is, anders dan de mijne, gericht op inbedding van verrijking- en verarmingsvragen in het hele privaatrecht aan de hand van de gedachte dat alle vermogensrecht verrijkingrecht is.

5. Dat Bregstein er ook zo over dacht, kan worden afgeleid uit *Verzameld Werk I*, p. 269-273 (ook: WPNR 1948, 4043-4046); waar het in wezen om de rol die de gedachte van ongerechtvaardigde verrijking speelt bij een redelijke uitleg van bezitsregels.

6. WPNR (2007) 6693, p. 6 e.v., i.h.b. p. 11 (Balans) en mijn opstel in de bundel *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, ed. Hartkamp, Sieburgh en Keus, 2007, p. 451 e.v., i.h.b. p. 461.

naar voren komt in de hoop iets te kunnen laten zien van de wijze waarop een dergelijk beginsel in de praktijk uitwerkt.

2. Raad van State

De eerste ontwikkeling komt naar voren in de rechtspraak van de Raad van State. In een uitspraak uit 1997 (Noord Kennemerland) heeft de afdeling rechtspraak een algemeen rechtsbeginsel aanvaard, inhoudende dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, verplicht is, voor zover dat redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.⁷ De afdeling voegt daaraan toe dat dit beginsel van bestuursrechtelijke aard is wanneer zijn werking zich doet gevoelen in door het bestuursrecht beheerste verhoudingen. Bestuursorganen zijn bevoegd over de toepassing van dit rechtsbeginsel per geval te beslissen met inachtneming van de algemene bestuursrechtelijke normen die de aanwending van discretionaire bevoegdheden beheersen. Het geval betrof een verrijking van een overheidslichaam, Noord Kennemerland. Het ging om terugvordering van een te veel betaald voorschot. Voor die terugvordering was destijds geen wettelijke basis te vinden. Terugvordering geschiedde daarom op grond van het beginsel van voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking.

Het valt op dat het hier nog steeds gaat om ongerechtvaardigde verrijking als bron van een verbintenis, het onderwerp van het proefschrift van Bregstein. Ook hier is bovendien het ontbreken van een wettelijke basis een probleem. De beslissing lijkt immers aan bestuursorganen een discretionaire bevoegdheid te geven om verrijkingvorderingen tegen burgers in te stellen. Of dat zonder wettelijke basis moet kunnen, is op zijn minst problematisch. Dat brengt mee dat uitwerking van het beginsel vooral een taak voor de wetgever is.⁸

Er is nog een ander aspect dat juist van de zienswijze van Bregstein afwijkt. Het rechtsbeginsel wordt zo geformuleerd dat het tot een vordering tot schadevergoeding leidt, en niet, zoals Bregstein verdedigde, tot een vordering tot ongedaanmaking van de verrijking tot het bedrag van de verarming van degene die de vordering instelt. In dit opzicht wil de Raad van State kennelijk aansluiten bij art. 6:212 BW. Het komt erop neer dat dit artikel moet worden gezien als de weerslag van een algemeen beginsel, dat in ongeschreven vorm ook in het bestuursrecht geldt.

Het is bij deze ene uitspraak gebleven en het voorschotprobleem is nu opgelost door art. 4.4.1.11 Awb. Maar voor mijn betoog blijft de uitspraak van belang. Het gaat mij om het volgende. Het rechtsbeginsel wordt hier expliciet erkend. Maar wat het rechtsbeginsel precies meebrengt, valt moeilijk te zeggen. Het hangt volledig af van wat rechtspraak en vooral wetgeving ermee gaan doen. Men kan dus vaststellen dat hier een richtinggevend beginsel

wordt geformuleerd, waarvan de richting vooralsnog onbekend is.

3. Europa

Een tweede ontwikkeling betreft het Europese recht. Onlangs is een bundel opstellen verschenen onder de titel *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*. Daarin staat een interessant artikel van Hartkamp die, als ik het wel heb, de eerste is die aandacht vraagt voor een nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak van de Europese rechters in Luxemburg: een verbod van ongerechtvaardigde verrijking als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht.⁹ Handelingen van de gemeenschap en van haar organen kunnen aan dit beginsel worden getoetst, wat tot nietigheid van de handeling kan leiden. Zo kan een besluit van de Commissie betreffende goedkeuring van de door de lidstaten uit hoofde van een begrotingsjaar ingediende rekeningen voor de door het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL), afdeling garantie, gefinancierde uitgaven worden vernietigd, wanneer een bedrag ten onrechte niet ten laste van dit fonds is gebracht en dit aldus tot een ongerechtvaardigde verrijking van de Commissie heeft geleid.¹⁰ Schending kan voorts leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 288 van het EG-verdrag, waarvan het tweede lid een niet-contractuele aansprakelijkheid mogelijk maakt die de gemeenschap verplicht "overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtstelsels der Lid-Statens gemeen hebben, de schade te vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt". Die aansprakelijkheid kan, zo is de gedachte, ook op ongerechtvaardigde verrijking berusten. Voor het Gea zijn inmiddels dergelijke vorderingen ingesteld en ten minste in één geval ook toegewezen. In één van die gevallen werd de weg gevolgd van een privaatrechtelijk vordering te dier zake.¹¹ In een ander geval werd een dergelijke rechtstreeks op het privaatrecht gegronde vordering onmogelijk geacht, maar via een omweg hetzelfde resultaat bereikt. Een vordering kon in deze zaak wel worden gegrond op "een voldoende gekwalificeerde" schending van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking als gemeenschapsbeginsel door een verordening

7. ABR RvS 26 augustus 1997, AB 1997, 461.

8. M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk Recht*, 2003, p. 410.

9. *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling in het Europese gemeenschapsrecht in: De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, ed. Hartkamp, Sieburgh en Keus, 2007, p. 541-559.

10. HvJ EG, 10 juli 1990, Griekenland/Commissie, 259/87, Jur. 1990, I-2845 (summiere publikatie) en Gea 29 juni 2000, Medici Grimm/Raad, T-7/99, Jur. 2000, II-2671 (par. 89); zie ook Gea 23 nov. 2004, Dolianova/Commissie, T-166/98, Jur. 2004, II-3991 (par. 160-161).

11. Gea 16 nov. 2006, Masdar/Commissie, T. 333/03 (par. 68 en 95-99). De vordering werd afgewezen op grond van het in een aantal lid-staten voor een dergelijke vordering geldende subsidiariteitsbeginsel.

van de raad van de EEG, nu dat beginsel "ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen". Beide constructies leiden tot een aansprakelijkheid als bedoeld in art. 288, tweede lid, van het verdrag.¹² In beide constructies is het resultaat een vordering tot schadevergoeding, net als in het Nederlandse art. 6:212 BW, maar anders dan wat Bregstein voorstond. Ook in andere gevallen hanteert het Gea het onderhavige beginsel, bijv. bij de vaststelling of over het bedrag van een ten onrechte opgelegde en daarom terug te betalen boete ook wettelijke rente verschuldigd is.¹³

De ontwikkeling is interessant omdat het Europese recht mede tot onze rechtsorde behoort en ook afgezien daarvan verwacht mag worden dat het naar het nationale recht uitstraalt. Een goed voorbeeld van een dergelijke uitstraling is te vinden in de uitspraak van het HvJ EG van 20 september 2001 in de zaak *Courage/Crehan* betreffende de gevolgen van schending van art. 85 EG-Verdrag (nu: art. 81) voor partijen bij de door dat artikel getroffen overeenkomst. De nationale rechter dient aan die bepaling zijn volle werking te geven, ook voor wat betreft partijen die zelf de overeenkomst sloten die in strijd met de mededingingsregels moet worden geacht. In par. 30 overweegt het Hof evenwel "dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden".

Bij een andere gelegenheid hoop ik op een en ander uitvoeriger terug te komen. Voor mijn huidige betoog is vooral van belang dat hier expliciet het verbod van ongerechtvaardigde verrijking als een rechtsbeginsel wordt opgevat. Daarmee is een belangrijke stap gezet. Bovendien blijkt het beginsel in de rechtspraak op uiteenlopende gebieden een rol te spelen. De ontwikkeling is hier dan ook duidelijk verder dan in het Nederlandse bestuursrecht. Maar vooralsnog is moeilijk te voorspellen hoe het beginsel zich op Europees niveau verder zal ontwikkelen.

4. Rechtsherstel

De derde ontwikkeling eist het meeste uitleg. Dat komt omdat het beginsel hier vooral moreel van aard is en bovendien slechts impliciet in die ontwikkeling besloten ligt. Het betreft het rechtsherstel zoals dat als nasleep van de oorlog in de jaren veertig en vijftig van de vorige eeuw heeft plaats gevonden. Ik knoop hier in de eerste plaats aan bij een opmerking in het deel van de Asser-serie waarin de ongerechtvaardigde verrijking wordt behandeld.¹⁴ Daar wordt gezegd dat aan de art. 26 e.v. Besluit herstel rechtsverkeer E 100 de gedachte ten grondslag ligt dat het onbillijk is wanneer iemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd wordt bevoordeeld. Een blik in het lezenswaardige proefschrift van Veraart¹⁵, heeft mij ervan overtuigd dat die gedachte zich in de praktijk slechts gebrek-

kig verwezenlijkt heeft. Er is geen sprake van dat bij het naoorlogse rechtsherstel consequent in wet en rechtspraak is uitgegaan van ongedaanmaking van elke verrijking van de staat of van anderen ten koste van de slachtoffers, onrecht door het nazi-regime. Men krijgt de indruk dat destijds vooral is gelet op het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking van de *slachtoffers* en juist op bescherming van de *verrijkten*, soms zelfs als zij niet bij hun verkrijging te goeder trouw waren.

Maar het gaat mij nu niet om het rechtsherstel zelf. Wie daarin is geïnteresseerd moet het proefschrift van Veraart lezen. Mij gaat het om onze houding nu tegenover het rechtsherstel van destijds: het in de jaren negentig niet alleen in Nederland ontstane gevoel dat dit rechtsherstel ernstig heeft gefaald, kort gezegd door een gebrek aan empathie met name jegens de slachtoffers van de Holocaust. Dat dit zo gevoeld wordt, komt vooral duidelijk uit bij de vorderingen tot teruggave van joods kunstbezit, die ook in de pers veel aandacht hebben getrokken. "Looted Jewish cultural property" is in de jaren negentig een belangrijk internationaal onderwerp geworden. Wij vinden het onaanvaardbaar dat joods kunstbezit dat in de Hitlertijd aan de eigenaren onder de druk van de toenmalige omstandigheden is ontfroefd, nu niet meer teruggevorderd zou kunnen worden. In de eerste plaats is dat onaanvaardbaar in het licht van de gruwelijke ontrechting van de slachtoffers in de periode 1933-1945. Maar er zit ook een verrijkingaspect aan: "De Staat wil uit roof geen voordeel trekken", zoals al in 1945 werd verklaard.¹⁶ De weerstand tegen het rechtsherstel van destijds zit mede hierin dat de indruk is ontstaan dat de overheid door de bureaucratische aanpak van toen nu juist wel voordeel uit die roof is gaan trekken. Bovendien is het verrijkingaspect in de afgelopen tijd in belang toegenomen. Dit springt in het bijzonder in het oog als het gaat om joods kunstbezit. Ieder verweer tegen teruggave zal hier als extra stuitend worden ervaren als gevolg van de excessieve verrijking van die overheid, die zich eerst op schimmige gronden als eigenaar van de gerecupereerde kunstvoor-

12. Gea 23 nov. 2004, *Doliana/Commissie*, T-166/98, Jur. 2004, II-3991 (par. 84 en 159-162). De vordering werd toegewezen, zij het mede op grond van discriminatie.

13. Gea 10 okt. 2001, *Corus/Commissie*, T-171/99, Jur. 2001, II-2967.

14. Asser-Hartkamp III, nr. 350. De passage is al te vinden in de drukken die nog door Rutton zijn bewerkt; zie Asser-Rutton III, 5^e dr. 1979, p. 30.

15. *Ontrechting en rechtsherstel in Nederland en Frankrijk in de jaren van bezetting en wederopbouw*, diss. Erasmus Universiteit, 2005. Zie ook, in het bijzonder over cultuurobjecten, Muller en Schreliën, *Betwist Bezit, De Stichting Nederlands Kunstbezit en de teruggave van roofkunst na 1945*, 2002.

16. Verklaring van de minister van financiën bij de totstandkoming van Besluit F 272. Zie hierover Bregstein, *Verzameld Werk II*, p. 644 e.v. ook te vinden in WPNR 1951, 4227-4229. Uit het proefschrift van Veraart kan men leren in hoeverre de staat zich aan deze stelregel heeft gehouden. Zie ook Muller en Schreliën, *Betwist Bezit*, 2002, p. 259-262.

werpen is gaan beschouwen¹⁷ en vervolgens ook nog op spectaculaire wijze verder werd verrijkt als gevolg van de enorme waardevermeerdering van die kunstvoorwerpen sinds ze voor de oorspronkelijke eigenaren verloren gingen.¹⁸ Het gaat nu om bedragen van geheel andere orde dan kort na de oorlog. Het zijn bovendien nu niet meer de oorspronkelijke slachtoffers, maar volgende generaties of, bij gebreke daarvan, joodse culturele instellingen, die rechtsherstel vragen, waardoor het financiële aspect meer opvalt. Soms ook is rechtsherstel in natura niet meer mogelijk, maar kan nog wel de verrijking ongedaan gemaakt worden. Men denke aan kunstvoorwerpen die door de overheid inmiddels verkocht zijn. De nadruk is door dit alles meer komen te liggen op ongedaanmaking van verrijking van de overheid.

5. Verjaring

Als men dit alles beseft, is het uiterst frustrerend wanneer degene die alsnog een vordering ter zake van rechtsherstel wil instellen, onmiddellijk op privaatrechtelijke barrières stuit¹⁹, in de eerste plaats verjaring, en dat wel een verjaring die zowel bevrijdend als verkrijgend kan zijn en die in dit laatste geval volgens art. 3:105 BW ook kan worden ingeroepen door een bezitter die zich niet op goede trouw kan beroepen. Dat brengt ons bij het omstreden arrest van 8 mei 1998, NJ 1999, 44, in de zaak Land Sachsen tegen Cohen waarin de harde verjaringsregel is toegepast op een in 1945 gedurende de Russische bezetting in Dresden geroofd schilderij, dat toen aan de rechtsvoorganger van het Land Sachsen toebehoorde en dat in 1990 in Amsterdam opdook. Geoordeeld werd dat de revindicatie reeds lang was verjaard, omdat de verjaringstermijn begint te lopen vanaf het tijdstip dat een ander dan de eigenaar bezitsdaden ten aanzien van de zaak verricht, een regel die al aanvaard was in HR 14 november 1969, NJ 1970, 283. Wanneer de zaak in handen van opeenvolgende bezitters is gekomen, is de vraag of zij bij de verkrijging van hun bezit al of niet te goeder trouw waren, dus zonder belang. Het bezwaar dat het zo kan gebeuren dat de revindicatie verjaard is, voordat de eigenaar de mogelijkheid heeft gehad haar in te stellen, wordt verworpen met een beroep op de rechtszekerheid. Het arrest is indringend becommentarieerd door Schrage in zijn recente boekje *De regelen der Kunst III*.

Ik heb het arrest meegewezen, maar zal er toch iets over zeggen. De kritiek is begrijpelijk. Men kan constateren dat de neiging om in bepaalde gevallen een beroep op verjaring onaanvaardbaar te achten toeneemt. Ik heb er eerder²⁰ op gewezen dat met betrekking tot de verjaring het accent van rechtszekerheid is verschoven naar een effectieve slachtofferbescherming, die tot doorbreking kan leiden, desnoods met een beroep op redelijkheid en billijkheid. Als men een rechtsvordering laat verjaren voordat enige mogelijkheid heeft bestaan haar in te stellen, snijdt men bovendien in wezen elke toegang tot de

rechter af, wat art. 6 EVRM (een eerlijk proces) in het beeld brengt. De harde regel van het arrest is ook internationaal uitzonderlijk. Schrage wijst er terecht op dat een Engelse rechter in 1998 een dergelijke regel in strijd van de Engelse openbare orde heeft geacht.²¹ Interessant is in dit verband ook de door de US District Court for the District of Columbia berechte zaak van de Malewitsj-erfgenamen tegen de gemeente Amsterdam (Stedelijk Museum). Het beroep van de gemeente op de "forum non conveniens" regel werd in deze Amerikaanse uitspraak verworpen op de grond dat een vordering tegen de gemeente tot teruggave van de schilderijen van Malewitsj aan de erfgenamen voor de Nederlandse rechter zeker zou stranden op grond van het Nederlandse verjaringsrecht, zoals dit uit het arrest Land Sachsen/Cohen voortvloeit.²²

Intussen ligt dit arrest nog steeds op tafel.²³

17. Voor in Nederland aangetroffen voorwerpen in handen van Duitsers of NSB'ers kon het besluit E 133 betreffende vijandelijk vermogen worden gelanteerd. Maar over de eigendom van door de Stichting Nederlands Kunstbezit (NSK) gerecupereerde, maar niet geclaimde voorwerpen heeft veel onzekerheid bestaan; zie Muller en Schretlen, *Betwist Bezit*, 2002, p. 85-103. De aanvankelijk opkomende gedachte dat het ook hier om vijandelijk vermogen in de zin van besluit E 133 zou gaan, is vrij snel verworpen. Uiteindelijk is het standpunt ingenomen dat de staat "krachtens volkenrecht" de eigendom van de door de geallieerden overgedragen voorwerpen had verkregen met dien verstande dat de staat, zolang een voorwerp nog voor een claim in aanmerking kwam, als "zaak-waarnemer" voor de rechthebbende optrad, wat de mogelijkheid gaf hem kosten in rekening te brengen. Wilde een claim slagen, dan moest voorts aan een zware bewijslast worden voldaan zowel ter zake van de oorspronkelijke eigendom als ter zake van het onvrijwillig verlies daarvan. Dat leidde tot veel afwijzingen en waarschijnlijk ook tot ontmoediging om tot indiening over te gaan. Bij een succesvol beroep op onvrijwillige verkoop werd bovendien terugbetaling van de destijds ontvangen koopsom geëist, waaraan de berooide eigenaar vaak niet kon voldoen, zodat de teruggave niet doorging. Ook was de waarde van het voorwerp inmiddels vaak gedaald, zodat de staat van de terugbetaling beter werd. Het is duidelijk dat deze aanpak tot gevolg had dat de eigendom van veel voorwerpen aan de staat toeviel en dat de staat soms ook juist door teruggave ten koste van de oorspronkelijke eigenaren werd verrijkt. Zie ook *Betwist Bezit*, p. 106-107 over de neiging terugkeer van Nederlands cultureel erfgoed naar Nederland belangrijker te vinden dan restitutie aan de oorspronkelijke eigenaren.
18. Dat een waardevermeerdering tot ongerechtvaardigde verrijking kan leiden komt ook naar voren in de uitspraak van het EHRM in de zaak *Beyeler/Italië*, 2 januari 2000, NJ 2000, 571, par. 120-121.
19. Eventueel ook verkrijging te goeder trouw, waarop hier niet verder wordt ingegaan.
20. *NJB* 2007, p. 10 e.v.
21. *De Regelen der Kunst III*, 2007, p. 37.
22. Uitspraak van 27 juni 2007, mij welwillend toegezonden door prof. mr. A.S. Salomons. Er is hoger beroep ingesteld.
23. Ik durf niet de stelling aan dat het arrest is achterhaald door HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, en 26 november 2004, NJ 2006, 228, betreffende de doorbreking op grond van redelijkheid en billijkheid van de bevrijdende verjaring van art. 3:310 (oud) BW in asbestzaken. Ook het feit dat voor de terugvordering van cultuurgoederen soms lange verjaringstermijnen gelden, zoals de termijn van 75 jaar van art. 3:310a lid 2 BW, gebaseerd op richtlijn 93/7/EG, lijkt me voor doorbreking van de onderhavige termijn geen overtuigend argument. Maar zie ook Schoordijk, *Processuele obstakels bij restitutie van geroofd kunstbezit*, opgenomen in *Emeritaal Werk*, 2006, p. 835 e.v.

6. Reactie van de overheid

Het is interessant om te zien hoe de Nederlandse overheid op de groeiende onvrede met het rechtsherstel van kort na de oorlog en op de harde verjaringsregel heeft gereageerd. Men heeft geen pogingen gedaan om de verjaringsregel voor dit soort gevallen af te schaffen of te doorbreken. Men heeft gemeend de hele rechtsvraag te moeten omzeilen door te besluiten dat de teruggave op beleidsmatige, eventueel ethische gronden moet worden beslist en niet op pure rechtsgronden.²⁴ De gedachtegang laat zich als volgt samenvatten. Wij laten de huidige morele visie op de overheidstaak ter zake van rechtsherstel de doorslag geven, ongeacht privaatrechtelijke bekommernissen. De overheid behoort in geen geval ten koste van de slachtoffers te worden verrijkt, ook niet als gevolg van verjaring. Hier behoort dan ook geen gewone rechter aan te pas te komen. Gevaren moet worden op het kompas van de daarvoor ingestelde restitutiecommissie die ik hier wel bekend mag veronderstellen.²⁵ Het beroep op verjaring en eventuele andere juridische verweren wordt daarmee prijsgegeven. De teruggave wordt beoordeeld aan de hand van de door de regering overgenomen aanbevelingen van de commissie(s) Ekkart, die erop neerkomen dat aan de oorspronkelijke rechtsherstelregels een nieuwe, aan hedendaagse ethische opvattingen aangepaste inhoud wordt gegeven. Reeds afgedane zaken moeten opnieuw in behandeling worden genomen als er nova zijn, wat ruimhartig moet worden uitgelegd.

Dat een morele afkeer van ongerechtvaardigde verrijking bij het nieuwe beleid een belangrijke rol speelt, blijkt ook uit het beleid dat door de staat ontwikkeld is voor die treurige gevallen, waarin de staat eenvoudig eigenaar van de kunstvoorwerpen blijft, omdat er geen nabestaanden van de oorspronkelijke eigenaren meer zijn en dus geen restitutie gevraagd kan worden. Hetzelfde geldt voor de opbrengst van de door de staat in een aantal gevallen geveilde kunstvoorwerpen. Men wil in deze gevallen althans de verrijking ongedaan maken door de waarde ten goede te doen komen aan joodse culturele instellingen.²⁶ Ook in deze gevallen wordt het behouden van de verrijking als onaanvaardbaar ervaren.

Deze aanpak is duidelijk beïnvloed door een aantal internationale beginselverklaringen. Ik denk aan de resolutie 1205 uit 1999 van de Raad van Europa inzake "Looted Jewish cultural property" en aan de Washington Principles on Nazi-Confiscated Art uit 1998. Zowel in punt 16 van resolutie 1205 als in aanbeveling 11 van de Washington Principles wordt aanbevolen de afwikkeling niet op te dragen aan de rechter maar aan figuren als *alternative dispute resolution (ADR)* of *mediation*, eventueel in overleg met joodse instellingen. Volgens punt 13 van de resolutie van de Raad van Europa dient restitutie te worden vergemakkelijkt door middel van de wetgeving, onder meer door verlenging of opheffing van wettelijke

termijnen. Daarbij wordt in punt 14 de interessante opmerking gemaakt dat voor dergelijke wetgeving aanpassing of verduidelijking vereist kan zijn van mensenrechten in verband met rechtszekerheid en eigendomsbescherming, waarbij men uiteraard vooral aan eigendom, verkregen door een omstreden verjaring kan denken. De verrijkingsgedachte komt naar voren in de suggestie in punt 9 van de Washington Principles en punt 12 van de resolutie van de Raad van Europa om de waarde van niet opgeëist joods kunstbezit ten goede te doen komen aan joodse culturele instellingen. Ten slotte is er nog de op 17 november 2003 door het Europese Parlement aangenomen motie²⁷ waarin wordt aangedrongen op nader onderzoek door de Europese Commissie betreffende "looted cultural goods" gedurende wereldoorlog II in het algemeen. Ook daarin worden verjaring en de mogelijkheid van ADR met inachtneming van "principles of fairness and equity" op het programma gezet. De toelichting op de motie eindigt met: "It is ultimately a moral and ethical issue urgently calling for a moral and ethical solution."

Bij dit laatste moet nog wel het volgende in het oog worden gehouden. Het nieuwe beleid berust op morele overwegingen, maar alleen voor zover deze het rechtsherstel *vergemakkelijken*. Het is niet de bedoeling de aanspraak op rechtsherstel zelf aan morele overwegingen te toetsen. Ik zeg dat omdat soms wordt geopperd dat een dergelijke aanspraak moreel minder sterk wordt als zij via één of meer verervingen is verkregen door iemand die zelf met de holocaust nauwelijks iets te maken heeft gehad en wellicht zelf ook niet joods is. Dergelijke overwegingen zijn m.i. niet relevant. Wel relevant is dat de overheid niet van roofovername mag profiteren.

7. Beroep op de rechter?

Bij de aankondiging van het nieuwe restitutiebeleid is geen aandacht besteed aan de mogelijkheid van beroep op de rechter. Het nieuwe beleid legt de nadruk op beoordeling aan de hand van de adviezen van de restitutiecommissie. Daarbij is vermoedelijk gedacht aan een ADR-achtige oplossing als aanbevolen in de voormelde internationale beginselverklaringen. Ook al in verband met art. 6 EVRM kan evenwel een dergelijke oplossing niet beletten

24. Zie de brieven van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen aan de voorzitter van de tweede kamer van 14 juli 2000 (TK 1999-2000, 25 839, nr. 16) p. 2 en 4, en van 29 juni 2001 (TK 2000-2001, 25 839, nr. 26) p. 4.

25. Te onderscheiden van de commissie(s) Ekkart, die onderzoek heeft gedaan en aanbevelingen heeft opgesteld. De restitutiecommissie onderzoekt verzoeken tot teruggave. Van de door die commissie behandelde zaken is een overzicht gegeven door Schrage in *De Regelen der Kunst III*, uitgave van Russell Advocaten, 2007, p. 46 e.v. De opdracht aan de restitutiecommissie is in april 2007 voor drie jaar verlengd.

26. Brief van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de voorzitter van de tweede kamer van 8 maart 2005 (TK 2004-2005, 25 839, nr. 36) ten aanzien van de slotaanbevelingen van de Commissie Ekkart.

27. 2002/2114 (INI).

dat belanghebbenden uiteindelijk een beroep op de rechter zullen kunnen doen. Het ligt in verband met de aard van de materie voor de hand hier in de eerste plaats te denken aan de bestuursrechter, nu het zonneklaar lijkt dat het verruimde restitutiebeleid uitvoering van een overheidstaak is, waarbij het privaatrecht wordt losgelaten.

Maar is dat werkelijk zo? Een ander standpunt is ingenomen door de toenmalige staatssecretaris van OCW in een zaak die in 2006 is beslist door de bestuursrechter van de Rechtbank Amsterdam²⁸ en vervolgens in hoger beroep door de Raad van State.²⁹ Het ging om een afwijzing door de staatssecretaris van een op het nieuwe beleid gegrond verzoek tot teruggave van enkele schilderijen. De belanghebbende ging tegen deze beslissing in beroep bij de bestuursrechter. De staatssecretaris betwistte vervolgens diens bevoegdheid op de grond dat die afwijzing een *privaatrechtelijke* handeling betreft, gegrond op de door de staat verkregen eigendom van de schilderijen. Merkwaardig is dat de staatssecretaris, voor wat betreft die eigendom, zich op verkrijgende verjaring beroept, wat de staat in rechtsherstelzaken nu juist niet zou doen. Aangevoerd werd verder dat het hier "ook naar internationale maatstaven" zou gaan om "ordering van het burgerrechtelijk rechtsverkeer", iets wat duidelijk geen steun vindt in de hiervoor aangehaalde internationale beginselverklaringen. Dit betoog is door de rechtbank verworpen met een uitvoerige motivering waarvan de kern is dat regering en parlement met het nieuwe beleid ter zake van rechtsherstel het oog hebben gehad op de *publieke taak* van de staat om alsnog rechtsherstel te bieden.

Deze beslissing heeft bij de Raad van State geen stand gehouden. Kern van de motivering van de Raad is dat de rechtbank heeft miskend dat het schrijven waarbij het verzoek tot teruggave werd afgewezen "niet een op enig publiekrechtelijk gevolg gericht besluit bevat, noch een weigering zodanig besluit te nemen", zodat het beroep niet gericht was tegen een besluit als bedoeld in art. 1:3 lid 1 Awb. De staatssecretaris (inmiddels de minister) beschikt volgens de Raad ter zake van de kunstwerken waarvan teruggave wordt verzocht, "niet over bijzondere in het publiek recht geregelde bevoegdheden". Met name valt geen bevoegdheid aan te wijzen om een besluit te nemen "waardoor voor de Staat de verplichting ontstaat" de kunstvoorwerpen af te geven of waardoor de verzoeker een aanspraak op afgifte verkrijgt. Ook het beroep op de ter zake geldende internationale normen wordt verworpen, nu deze "zich over een keuze tussen een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke behandeling van verzoeken om teruggave niet uitlaten". Ten slotte wordt overwogen dat het feit dat na afloop van de tweede wereldoorlog het Besluit herstel rechtsverkeer "mogelijk" in een publiekrechtelijke verplichting heeft voorzien, niet tot een andere beslissing leidt, nu de "bij dat besluit in het leven

geroepen Stichting Nederlands Kunstbezit en Raad voor rechtsherstel inmiddels zijn opgeheven" en nadien geen nieuwe regeling ter zake van rechtsherstel is ingesteld, "ook niet ter gelegenheid van de in 1997 en 2001 door de staatssecretaris ingestelde adviescommissies". De Raad merkt verder nog op dat het de verzoeker vrijstaat een vordering tot teruggave bij de burgerlijke rechter in te stellen.

8. Hoe verder?

Het heeft weinig zin om hier de beslissing van de Raad van State te bestrijden. Ik volsta daarom met enkele opmerkingen. Het is moeilijk te begrijpen waarom de vraag of het Besluit herstel rechtsverkeer (E 100) "in een publiekrechtelijke verplichting heeft voorzien", door de Raad niet wordt beantwoord. Het ligt voor de hand dat Besluit E 100 uitgaat van een publiekrechtelijke verplichting tot rechtsherstel, te effectueren door de bij dat besluit opgerichte Raad voor het Rechtsherstel. Het besluit is inderdaad bij de wet van 9 maart 1967, Stb 163, ingetrokken, maar met bepaling dat de taak en bevoegdheden van het dagelijks bestuur van de Raad voor het Rechtsherstel³⁰ overgaan op de ministers van justitie en financiën en de taak en bevoegdheden van de Afdeling rechtspraak, voor zover hier van belang, op het Hof Den Haag.³¹ De Raad voor het Rechtsherstel had onder meer tot taak de artt. 20 e.v. van het besluit toe te passen, de bepalingen betreffende het soort rechtsherstel waarom het hier nu juist gaat. Blijkens de Memorie van Toelichting bij voormelde wet was het dan ook bepaald niet de bedoeling het rechtsherstel te beëindigen, maar om de relevante taken van de Raad voor het rechtsherstel "over te dragen aan permanente organen".³² Daarbij gaat het niet alleen om restitutie, maar ook om recuperatie, beheer en herkomstonderzoek.³³ Blijkens de toelichting van het besluit waarbij de

28. Rechtbank Amsterdam 7 juni 2006, LJN AY5191, AWB 04/4576 *BESLUJ*.

29. ABR RvS, 31 jan. 2007, LJN AZ7439, 200605289/1.

30. Blijkens art. 4 lid 8 van Besluit E 100 belast met de uitvoering van de taak van de Raad, voor zover niet aan een der afdelingen opgedragen.

31. De taak van de Stichting Nederlands Kunstbezit was al op 1 juni 1950 overgegaan op het ministerie van financiën. Anders dan de Raad van State aanneemt, is deze stichting niet "bij" het besluit E 100 in het leven geroepen, maar is daaraan in 1945 een deel opgedragen van de overheidstaken betreffende het rechtsherstel, voor zover verband houdende met "voorwerpen van culturele betekenis". Zie Muller en Schrelen, *Betwist Bezit*, 2002, p. 33-38 en 41-48. Wel was het beleid van de stichting ter zake van minnelijke restitutie gebaseerd op art. 20 e.v. van het besluit E 100 en op samenwerking met het NBI.

32. TK 1963-1964, 7675, nr. 3, p. 1.

33. Zoals in noot 17 signaleerd heeft men hier destijds aan zaakwaarneming door de staat ten behoeve van de rechtshoevende gedacht. Die mening is m.i. achterhaald. De staat is nu naar eigen zeggen eigenaar of op zijn minst "bezitter" in de zin van art. 3:107 lid 1 BW en geen houder krachtens zaakwaarneming. Neemt men aan dat het hier om een overheidstaak gaat, voortvloeiend uit wettelijke rechtsherstelregels, dan is ook om die reden geen sprake van zaakwaarneming in de zin van art. 6:198 e.v. BW; zie ook M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk Recht*, 2003, p. 380-381. Kostenverhaal, waarvoor destijds een beroep op zaakwaarneming werd gedaan, kan beter worden gegrond op de bezitsregels; zie de tekst onder 10.

restitutiecommissie is ingesteld, is de minister van OCW "als bezitter/beheerder van de NK-collectie direct betrokken".³⁴

Ook uit de samenvatting van "het verruimde restitutie-beleid" in de brief van de staatssecretaris van OCW aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 6 februari 2006³⁵ komt een geheel ander beeld naar voren dan dat waarvan de Raad van State uitgaat. Ik citeer:

"Dit verruimde restitutiebeleid maakt deel uit van het algemene regeringsbeleid inzake rechtsherstel en Tegoeden Tweede Wereldoorlog dat op 21 maart 2000 werd vastgesteld."³⁶

En even verder:

"In 2001 heeft uw kamer tijdens een AO van 22 november (TK 2000-2001, 25 839, nr 28) kamerbreed steun betuigd aan het verruimde restitutie beleid waarbij de Staatssecretaris van OCW heeft toegezegd dat

- iedereen claims kan indienen
- de Staatssecretaris van OCW louter toetst of het "oorlogskunst" betreft, alvorens advies van de Restitutiecommissie te vragen
- er voor de Staatssecretaris van OCW slechts reden is om van een advies af te wijken in de gevallen waarin de Restitutiecommissie zich evident niet heeft gehouden aan de gestelde beleidskaders."

Het lijkt me dus wel degelijk om een publiekrechtelijke taak van de overheid te gaan, die teruggaat op de rechtsherstelwetgeving. Het resultaat van de uitspraak van de Raad van State is evenwel dat de burgerlijke rechter, als "restrechter"³⁷, heeft te oordelen over in het kader van deze taak genomen besluiten. Daarbij behoort uitgangspunt te zijn dat de minister van OCW zich heeft te gedragen overeenkomstig het in detail uitgewerkte verruimde restitutiebeleid en dat hij in dat kader mede aandacht zal moeten schenken aan het voorkomen dat de overheid ongerechtvaardigd wordt verrijkt. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad³⁸ is een dergelijk openbaar gemaakt beleid recht in de zin van art. 79 lid 1 onder b Wet RO (art. 99 lid 1 onder b oud), zodat daaraan in cassatie kan worden getoetst. Het heeft dus zeker zin zich tot de burgerlijke rechter te wenden, wanneer men meent dat de teruggave in strijd met het voormelde beleid is geweigerd. Een voordeel van diens bevoegdheid is uiteraard dat, als tevens vragen van burgerlijk recht aan de orde komen, bijv. ter zake van de oorspronkelijke eigendom van de voorwerpen, daarover een deskundige rechter oordeelt.

9. Vordering tot teruggave tegen burger

Ik heb het tot nu toe gehad over ongerechtvaardigde verrijking van de overheid. De overheid kan een juridische aanpak vervangen door een beleidsmatige en afstand van

een beroep op verjaring doen. Zo de overheid door verjaring eigenaar zou zijn geworden, kan zij het voorwerp als nog aan de oorspronkelijke eigenaar of zijn rechtsopvolgers overdragen.

Maar kan de overheid ook aan de burger de bevoegdheid zich op een reeds verstreken verjaringstermijn te beroepen achteraf ontnemen? Kan in dit opzicht de regel van het arrest Land Sachsen/Cohen worden teruggedraaid? In het huidige regeringsbeleid is daarvoor geen aanknopingspunt te vinden. De restitutiecommissie heeft alleen een taak ter zake van terugvordering van joods cultuurbezit dat in het bezit is gekomen van burgers, wanneer beide partijen met beoordeling door de restitutiecommissie instemmen, die dan een bemiddelende taak heeft.³⁹ Uitgangspunt is kennelijk geweest dat de burger⁴⁰ zich op de verjaring en daarmee op het arrest kan blijven beroepen. Heroverweging door de wetgever zal in elk geval niet gaan zonder op het terrein te komen van art. 14 Grondwet en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.⁴¹ Ook voor een wijziging in de bestaande rechtspraak vormt dit m.i. een probleem dat onder ogen zal moeten worden gezien.

34. Staatscourant 21 dec. 2001, nr. 248, p. 2.

35. TK 2005-2006, 25839, nr. 38, p. 1-2.

36. Zie ook de als bijlage bij de brief van de staatssecretaris van OCW aan de voorzitter van de tweede kamer van 14 juli 2000 gevoegde Regeringsnotitie inzake restitutie en recuperatie van cultuurgoederen (TK 1999-2000 25 839, nr. 16), p. 6: "Al hoewel de Staatssecretaris van Cultuur de bevoegde instantie is om te beslissen in individuele restitutie- en recuperatiekwesties worden deze beslissingen in een veel bredere context genomen die in feite de gehele regering regarderen. In de praktijk zal er dan ook nauw worden samengewerkt met de departementen van Buitenlandse Zaken, Financiën en Justitie."

37. Het Hof Den Haag als opvolger van de Afdeling rechtspraak komt niet in aanmerking. In zijn uitspraak in de Goudstikkerzaak van 16 december 1999, LJN, AV1399, oordeelt het Hof immers dat het uitsluitend bevoegd is ter zake van beroepen die zijn gericht tegen een beslissing van een afdeling van de Raad voor het Rechtsherstel, terwijl het verzoek bovendien vóór de vervaltermijn van 1 juli 1951 moet zijn ingediend.

38. HR 29 juni 1990, NJ 1991, 120; 5 februari 1993, NJ 1995, 716, en 25 oktober 1996, NJ 1998, 254. Zie ook J.A.E. van der Does en G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht*, Monografieën NBW, A 26, 2001, nr. 18, p. 43-45, en M. Scheltema en M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk Recht*, 2003, p. 288-290.

39. Art. 2 van het instellingsbesluit Staatscourant, 21 december 2001, nr. 248, p. 24. Zie ook de brief van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van 5 december 2003 (TK 2003-2004, 25 839, nr. 34, p. 5).

40. De musea hebben nationaal en internationaal een eigen restitutiebeleid ontwikkeld. Zie voor Nederland het rapport *Musale Verwervingen 1940-1948 van de Nederlandse Museumvereniging en Schrage, De regelen der Kunst III*, p. 46-47.

41. Zie EHRM (Grand Chamber) 30 augustus 2007, *Pye Ltd./Ver. Koninkrijk*, no. 44302/02, waar een Engelse verjarringsregeling tenslotte acceptabel is geacht op grond van een motivering die ziet op - kort gezegd - een klassieke verjaring als "regulering" van de eigendom van land, welke regulering al bestond toen de oorspronkelijke eigenaar de eigendom verkreeg; zie vooral par. 66, 70, 71 en 77. In de tekst gaat het, vrees ik, niet om "regulering", maar om "ontneming" van wat al door een eerdere verjaring verkregen is.

De hiervoor geciteerde aanbeveling 13 van resolutie 1205 van de Raad van Europa lijkt doorbreking van een reeds voltooide verjaring mogelijk te achten. Maar men kan het ook zo opvatten, zoals vermoedelijk door de Nederlandse regering is gebeurd, dat verjaringstermijnen niet *door de overheid* moet kunnen worden ingeroepen. Gaat men daarvan uit, dan zal de staat teruggave door de burger alleen kunnen afdwingen door deze voor de ontneming van de zaak volledig schadeloos te stellen. Een dergelijke oplossing is gekozen in de wet ter implementatie van het Protocol betreffende culturele goederen uit bezet gebied bij het Verdrag inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict uit 1954.⁴²

10. Sprokkelwerk

Om het beeld te voltooien nog enig sprokkelwerk: de consequenties van teruggave. Het gaat mij om de volgende vragen. Volgens art. 3:121 BW heeft de bezitter, zelfs de bezitter die niet te goeder trouw is, een vordering voor de kosten die hij ten behoeve van het goed of het winnen van de vruchten heeft gemaakt, voor zover die vordering kan worden gegrond op ongerechtvaardigde verrijking. De bezitter te goeder trouw kan in beginsel zelfs alle ten behoeve van het goed gemaakte kosten terugvorderen (art. 3:120). Hoe gaat dit bij teruggave van voormalige joodse eigendommen of cultuurobjecten in het algemeen? Men denke aan kosten van onderhoud, verzekering, restauratie. Bij voormalig joods kunstbezit speelt bovendien een niet onbelangrijke rol de vraag of teruggave gepaard dient te gaan met betaling aan de staat van de koopsom waarvoor de voormalige eigenaar de zaak destijds heeft moeten verkopen.

Daarnaast rijst te vraag of degene die de voorwerpen kan terugvorderen ook recht heeft op vergoeding van de voordelen die door de bezitter door middel van dat voorwerp zijn verkregen. Men denke bijv. aan toegenomen museumbezoek waardoor extra entreegelden zijn binnengekomen.

Voor wat betreft de teruggave van voormalige joodse eigendommen kunnen dergelijke vragen grotendeels worden omzeild, als hier een ethische in plaats van een juridische weg wordt gevolgd. Dat heeft ertoe geleid dat men, zoals in de Goudstikker-affaire, dit soort verrijkingaspecten kan laten opgaan in een vrij ruwe "verevening".⁴³ Als men bereid is ruwe schattingen te accepteren, kan men beide verrijkingfiguren immers tegen elkaar wegstrepen. Wat betreft de destijds betaalde koopsommen, deze kunnen alleen in rekening worden gebracht als de verkoper het betreffende (geïndexeerde) bedrag destijds werkelijk vrij heeft kunnen besteden, wat niet te snel mag worden aangenomen. Zo kunnen ongemakkelijke discussies worden vermeden. Ook hier dus weer een andere aanpak dan toepassing van de strikte regels van het privaatrecht.

11. Slotsom

Tot besluit een praktische vraag: wat heeft men aan een richtinggevend beginsel als het verbod van ongerechtvaardigde verrijking? In elk geval heeft men er meer aan dan aan vage verwijzingen naar billijkheid, redelijke uitleg of morele opvattingen. Maar uit hetgeen ik heb laten zien, blijkt ook dat men zich daarvan geen overdreven voorstelling moet maken. Het is ermee als met grondrechten. Zij geven houvast, zolang men zich bij de kern van het recht bevindt. Met een Amerikaanse term is dan sprake van "fundamentality" die rechtstreekse toetsing mogelijk maakt. Maar naar mate men zich van die kern verwijderd, komt men in een schemergebied – "penumbra" – waar die toetsing een steeds meer marginaal karakter gaat dragen en steeds meer gaat afhangen van de concrete rechtspolitieke keuzes van wetgever en rechter, die ook met andere belangen rekening hebben te houden.⁴⁴

Over de richtinggevende functie van het door de Raad van State in 1997 in de zaak Noord Kennemerland voor het bestuursrecht geformuleerde rechtsbeginsel betreffende ongerechtvaardigde verrijking valt vooralsnog nauwelijks iets te zeggen. Het schemergebied overheerst hier volledig. Deze uitspraak staat tot nu toe alleen. Van toetsing van rechtshandelingen aan het beginsel is geen sprake, wel van een gebruik van het beginsel als een aanvullende rechtsbron voor vorderingen tot schadevergoeding, vergelijkbaar met wat Bregstein voor ogen stond. Het beginsel kan een rol spelen bij toekomstige wetgeving, maar daarbij zal mede op allerlei andere belangen moeten worden gelet.

Het verbod van ongerechtvaardigde verrijking op Europees niveau heeft in een aantal tot nu toe berechte gevallen stellig richting gegeven. Het is duidelijk dat het gemeenschapsrecht aan dit beginsel getoetst kan worden. Maar de ontwikkeling is nog maar pas gestart. De precieze betekenis van het beginsel zal afhangen van verdere concrete rechtspolitieke keuzes van de Europese organen en rechters, waarbij de toetsing vaak een marginaal karakter zal dragen. Er valt hier nog veel "ten einde te denken" om een term van Bregstein te gebruiken.⁴⁵

42. Zie art. 7 lid 3 onder a van de Wet van 8 maart 2007, Stb 2007, nr. 123, ter implementatie van het Protocol bij het Verdrag inzake de bescherming van culturele goederen in geval van een gewapend conflict uit 1954.

43. Brief van de staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap aan de voorzitter van de tweede kamer van 6 februari 2006 (TK 2005-2006, 25 839, nr. 38), p. 4.

44. H.L. Janssen, Constitutionele interpretatie, diss. Maastricht, 2003, *passim*.

45. Verzameld Werk I, p. 17.

Nog weer anders ligt het bij het morele beginsel van onrechtvaardige verrijking dat mede onze houding tegenover het naoorlogse rechtsherstel heeft bepaald. Het gaat hier om een vrijwel voltooide ontwikkeling. Het beginsel, hoezeer morcel van aard, heeft in de praktijk bijgedragen tot een uitgewerkt stelsel van rechtspolitieke keuzes. De restitutiecommissie geeft zijn adviezen immers met toepassing van aan de Commissie Ekkart ontleende beleidsregels, die zijn gepubliceerd en fungeren als rechtsregels,

waaraan ook de minister, die over de teruggave beslist, in beginsel gebonden is. De beslissingen van de minister hebben precedentwerking. Houdt de minister zich niet aan die regels, dan staat beroep op de rechter open, zo niet de bestuursrechter dan toch de burgerlijke rechter. Het algemene morele beginsel heeft hier dus wel invloed gehad, maar is uiteindelijk volledig in deze detailregels opgegaan. Ook dat kan men als een "ten cinde denken" in de zin van Bregstein zien.

REACTIE

Reactie op "Vergroting juridische betrouwbaarheid Kadaster" van Z. Klaasse en mr. W. Louwman in WPNR (2007) 6728

Inleiding

Het Kadaster timmert aan de weg. Dat blijkt uit een onderzoek met de titel "Vergroting juridische betrouwbaarheid Kadaster" dat in opdracht van het Kadaster is verricht en dat de aanleiding vormde voor het gelijknamige artikel van de heren Klaasse en Louwman in WPNR 6728. Het Kadaster doet in het artikel enkele voorstellen tot verbetering van de dienstverlening, waarop ik hieronder graag reageer.

Voorstellen voor de vergroting van de juridische betrouwbaarheid

Vergroting van de juridische betrouwbaarheid van het Kadaster is een loffelijk streven. De vraag is wel wat daarvoor precies moet worden verstaan. Uit de voorstellen van Klaasse en Louwman en het hiervoor bedoelde onderzoeksrapport kan worden afgeleid dat het enerzijds gaat om het verbeteren van de kwaliteit van fysieke processen en anderzijds om het aanpassen van het juridische kader. Vooral dat laatste wekt interesse, omdat daarbij meestal niet alleen de positie van het Kadaster, maar ook die van de notaris en van derden die informatie raadplegen is betrokken. Hierna wordt met name ingegaan op de voorstellen over de rol van de bewaarder en de vernieuwing.

De rol van de bewaarder: over lijdelijkheid en stylesheets

1. De actieve bewaarder

Eén van de meest in het oog springende voorstellen betreft de rol van de bewaarder van de openbare registers in het rechtsverkeer. Klaasse en Louwman zijn van mening dat deze minder lijdelijk zou moeten zijn dan thans het geval is. Een vergelijking tussen het huidige systeem en de door het Kadaster voorgestane werkwijze levert de volgende bevindingen op.

Wat mag en moet de bewaarder onder het huidige systeem?

In het huidige systeem heeft de bewaarder een waarschuwingsbevoegdheid, die gebaseerd is art. 3:19 lid 4 BW. Deze bevoegdheid houdt in dat de bewaarder de aanbieder van een stuk en andere belanghebbenden mag waarschuwen als hij het vermoeden heeft dat er iets niet klopt. Dat vermoeden moet dan wel betrekking hebben op de aspecten die in art. 3:19 BW zijn genoemd. Zo heeft hij deze waarschuwingsbevoegdheid als bepaalde kenmerken niet lijken te kloppen, als de rechtshandeling door een onbevoegde lijkt te zijn verricht of als de rechtshandeling niet verenigbaar is met een andere rechtshandeling waarvan hem stukken zijn aangeboden. Naast deze waarschuwingsbevoegdheid heeft de bewaarder nog een controlerende functie op grond van art. 3:20 BW jo 3:19 lid 1 BW: de bewaarder weigert inschrijving indien de aangeboden stukken niet compleet zijn, niet aan de wettelijke eisen voldoen of de wettelijke vereisten voor inschrijving niet zijn vervuld. Voorbeelden daarvan zijn het ontbreken van een kadastrale aanduiding of de bekende voetverklaring in de zin van de Wet voorkeursrecht gemeenten.

Wat mag en moet de bewaarder volgens het Kadaster in de toekomst?

Concreet stelt het Kadaster voor de waarschuwingsbevoegdheid om te zetten in een verplichting tot weigering van de stukken. Ten opzichte van de huidige situatie betekent dit dat het aantal weigeringsgronden wordt uitgebreid met de gevallen waarvoor nu de waarschuwingsbevoegdheid geldt: de vermoedens van de bewaarder dat de kenmerken niet kloppen, dat de rechtshandeling door een onbevoegde wordt verricht of dat de rechtshandeling niet verenigbaar is met een rechtshandeling uit andere aangeboden stukken. In tegenstelling tot de gevallen waarin de bewaarder op grond van de huidige wet weigert, vergen deze situaties een inhoudelijk, vaak ook juridisch oordeel van de bewaarder. Zoals het Kadaster zelf al aangeeft, wordt daardoor de bewaarder minder lijdelijk: hij beoordeelt niet alleen de uiterlijke kenmerken van de akte, maar ook de inhoud van de akte deels op juistheid. Dit