

Beleidswijzigingen bij de Restitutiecommissie?

DOOR MR. P.W.L. RUSSELL

1. Inleiding

Onlangs verscheen het laatste jaarverslag van de Adviescommissie Restitutieverzoeken Cultuurgooderen en Tweede Wereldoorlog (de Restitutiecommissie).¹ Het verslag betreft de werkzaamheden van de Restitutiecommissie over het jaar 2007 en het biedt boeiende leesstof. Dat begint al waar de Commissie een "omslag in de publieke opinie" signaleert "waarbij het belang van het openbaar kunstbezit nadrukkelijker wordt afgewogen tegen de morele genoegdoening van een teruggave van cultuurgooderen die door de nazi's waren onvreemd." (p.9) Dat is in ieder geval een uitspraak die grondige overweging verdient. Vervolgens heeft de Restitutiecommissie een wijziging doorgevoerd in de Algemene Overwegingen die zij aan het begin van ieder advies pleegt op te nemen. Ofschoon deze wijziging niet moet worden overschat is zij belangrijk genoeg om hier gesignaleerd te worden. Tenslotte heeft de commissie voor het eerst advies moeten uitbrengen in zaken betreffende kunstvoorwerpen die zich niet in handen van de Staat, maar in het bezit van een andere institutie bevinden. Ik besteed aan deze drie onderwerpen in het vervolg enige aandacht, en begin met de door de commissie veronderstelde omslag in de publieke opinie.

2. Omslag in de publieke opinie

Allereerst valt op, dat het feitelijk substraat ervan niet gedocumenteerd is. Mij is geen opinieonderzoek bekend, waaruit deze "omslag in de publieke opinie" zou blijken. Vervolgens laat deze uitspraak de lezer in het ongewisse, op welk "publiek" de Restitutiecommissie doelt. Kennelijk refereert deze observatie van de Restitutiecommissie aan de onrust die ontstond toen bleek dat de toewijzing van de Goudstikker-claim het verlies van enige tientallen schilderijen met zich bracht voor het Bonnefantenmuseum in Maastricht en er dus volgens directeur Alexander van Grevenstein een gat geslagen is in de kunstcollectie van het museum. Hij wil blijkens krantenberichten een vergoeding voor de restauratie en het onderhoud, dat de laatste twintig jaar aan de schilderijen is besteed. Het Rotterdamse museum Boijmans van Beuningen moet *Kustgezicht met de Roof van Europa* van landschapsschilder Claude Lorrain van de wand halen, "zeker een belangrijk schilderij", zegt directeur Sjarel Ex, die dan ook spreekt van een gevoelig verlies voor het museum en voor Nederland. Verder heeft Boijmans nog vijf schilderijen en vijftien tekeningen uit de Goudstikkercollectie in bezit. De Lakenhal in Leiden moet een Ruysdael, een Van Goyen en een Van Ostade

¹ Adviescommissie Restitutieverzoeken Cultuurgooderen en Tweede Wereldoorlog, *Verslag 2007* (Den Haag, z.j. [=2008]). Te raadplegen via <http://www.restitutiecommissie.nl>.

teruggeven: een groot verlies voor het museum. Het Rijksmuseum moet: *Rivierlandschap met veerpont* van Salomon van Ruysdael uit de vaste collectie op zaal verwijderen en teruggeven, alsmede 14 andere, die in depot liggen. Dat museum vindt het echter belangrijk dat er nu duidelijkheid is voor alle betrokkenen over de kunstcollectie van Jacques Goudstikker. Is de strekking van de opmerking dat de Restitutiecommissie "het belang van het openbaar kunstbezit" had moeten afwegen tegen de 'morele genoegdoening' van een teruggave van deze werken aan de erven Goudstikker?

Vanuit internationaal perspectief is de uitspraak in ieder geval niet goed te plaatsen.² Het Europees Parlement kwalificeerde op 17 december 2003 bij de bespreking van het rapport De Clercq inzake de teruggave van roofofstal de problematiek³ aldus: "Uiteindelijk gaat het om een morele en ethische kwestie, waarvoor dringend een morele en ethische oplossing nodig is." Daarbij helpt afweging van het belang van openbaar kunstbezit in ieder geval slecht. Het belang van openbaar kunstbezit wordt ook niet als leidraad voor de beslissing over restitutie van oorlogsbuten genoemd in de Inter-Allied Declaration against Acts of Dispossession committed in Territories under Enemy Occupation of Control (with covering Statement by His Majesty's Government in the United Kingdom and Explanatory Memorandum issued by the Parties to the Declaration) London, January 5, 1943, noch in het hoofdstuk "Enemy Assets and Looted Property" van de final act van de UN monetary and financial conference van Bretton Woods, New Hampshire, July 1 to July 22, 1944. Beide verklaringen bevatten een uitdrukkelijke waarschuwing dat de geallieerden alles zouden doen wat in hun vermogen lag om het succes van de roofmethoden van de Duitsers te vrijdelen en zij voorzagen in het nemen van maatregelen die de gevolgen ervan zoveel mogelijk ongedaan zouden moeten maken. Na 1990 verplichtte de internationale gemeenschap zich via een aantal verdragen tot hernieuwde pogingen tot restitutie en kon dat ook relatief gemakkelijk doen, omdat de Amerikaanse invloed op de verdragen sterk was. Het Amerikaanse recht hoort immers tot de common law en de common law kent geen extinctieve verjaring van de terugvordering van gestolen goederen, zoals de civil law die wel kent. Met inachtneming van deze kenmerkende eigenschap van de common law kwamen in 1998 de Washington Principles with respect to Nazi-Confiscated Art tot stand, in november 1999 gevolgd door Resolutie 1205 van de Raad van Europa. Dezelfde strekking heeft de in oktober 2000 gepubliceerde Declaration of the Vilnius International Forum on Holocaust Era Looted Cultural Assets. en een resolutie van de commissie juridische zaken van het Europese parlement van november 2003. Daarnaast zijn er de Haagse Conventie van 1954, het Unesco Verdrag van 1970 inzake de middelen om de onrechtmatige invoer, uitvoer of

² Voor een meer uitvoerige behandeling van de internationale verdragen met betrekking tot de teruggave van roofofstal zie E.J.H. Schrage, *De regelen der kunst III*, Amsterdam: Russell Advocaten, 2007, p. 38-45.

³ Willy C.E.H. De Clercq, "Verslag over een juridisch kader voor het vrije verkeer binnen de interne markt van goederen waarvan het eigenaarschap waarschijnlijk wordt aangevochten" (2002/2114(INI)), te raadplegen via <http://www.europarl.europa.eu/oeil>. Een Engelse versie is te raadplegen op <http://www.lootedartcommission.com/european-union>.

eigendomsoverdracht van culturele goederen te verhinderen, de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 maart 1993 en het Unidroit Verdrag van 1995 genoemd. De eerstgenoemde resoluties, verdragen en verklaringen hebben alle tot strekking dat de restitutie van kunstvoorwerpen na de oorlog op onbevredigende wijze is geschied. De laatste drie beogen met de lessen van het verleden in het achterhoofd voor de toekomst een herhaling uit te sluiten. Het belang van openbaar kunstbezit speelt wel een rol in het Unesco-verdrag van 1970 en het Unidroit verdrag van 1995, maar dan is het wel uitdrukkelijk het openbaar kunstbezit van het land van oorsprong, niet van het land waar het gestolen goed wordt aangetroffen.

Als de bedoeling van de opmerking van de Restitutiecommissie uitsluitend is te signaleren dat er stemmen gehoord worden die stellen dat aan het belang van openbaar kunstbezit in die zin gewicht toekomt, dat, indien dat gewicht groot genoeg is, restitutie achterwege kan blijven of aan bezwarende voorwaarden kan worden verbonden, ook indien voor het overige aan de voorwaarden voor restitutie is voldaan, dan past het de Restitutiecommissie zich van die opvattingen scherpelijk te distantiëren. Een dergelijke stellingname verdraagt zich immers niet met de hierboven genoemde internationale verdragen waarbij Nederland partij is, dan wel (Unesco-verdrag) nog zal worden en is voor het overige niet te verenigen met de (door de regering integraal overgenomen) aanbevelingen van de Commissie Ekkart, maar bovendien: de Restitutiecommissie dient de publieke herinnering aan het hele mechanisme van de, in hun verwoordingen verpakt, bewuste rassenhaat en discriminatie, van een doelgerichte genocide. Die herinnering moet levend blijven, ter wille van de doden, ter wille van de levenden, ter wille van toekomstige generaties, ter wille van de mensheid.

3. Algemene Overwegingen

Het tweede opvallende aspect in het jaarverslag is de wijziging die de Restitutiecommissie heeft aangebracht in de Algemene Overwegingen, die zij pleegt op te nemen in haar adviezen betreffende cultuurgoederen in staatsbezit. Die betreffen echter voornamelijk de door de Verwalter van de kunsthandel verrichte transacties.

Die algemene overwegingen luiden tot 12 november 2007 als volgt:

- a. *De commissie laat zich bij haar advisering leiden door de beleidslijnen terzake van de Commissie Ekkart als overgenomen door de regering.*
- b. *De commissie heeft zich de vraag gesteld of een uit te brengen advies invloed mag ondervinden van mogelijke consequenties in latere zaken. De commissie beantwoordt die vraag, behoudens onder bijzondere omstandigheden ontkennend omdat een dergelijke invloed bezwaarlijk kan worden tegengeworpen aan de betrokken verzoeker.*
- c. *De commissie heeft zich voorts afgevraagd op welke wijze moet worden omgegaan met het gegeven dat bepaalde feiten niet meer te achterhalen zijn, dat bepaalde*

- gegevens verloren zijn gegaan of niet zijn teruggevonden of anderszins bewijzen niet meer zijn bij te brengen. De commissie is daaromtrent van mening dat, indien het tijdsverloop (mede) oorzaak is van de ontstane problemen, het risico daarvoor, behoudens onder bijzondere omstandigheden, behoort te liggen bij de overheid.*
- d. *De commissie is van mening dat inzichten en omstandigheden die naar algemene maatschappelijke opvattingen sinds de Tweede Wereldoorlog klaarblijkelijk zijn veranderd, gelijk mogen worden gesteld aan nova (nieuwe feiten).*
- e. *Onder onvrijwillig bezitsverlies wordt ook verstaan verkopen zonder instemming van de kunsthandelaar door Verwalters of andere niet door de eigenaar aangestelde beheerders uit de onder hun beheer gestelde oude handelsvoorraad, voor zover de oorspronkelijke eigenaar of zijn erven niet het volledige profijt van de transactie heeft genoten of voor zover de eigenaar niet na de oorlog uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van rechten.*

De algemene overwegingen c en e van de Restitutiecommissie luiden vanaf 12 november 2007:

- c. *De commissie heeft zich voorts afgevraagd op welke wijze moet worden omgegaan met het gegeven dat bepaalde feiten niet meer te achterhalen zijn, dat bepaalde gegevens verloren zijn gegaan of niet zijn teruggevonden of anderszins bewijzen niet meer zijn bij te brengen. De commissie is daaromtrent van mening dat, indien het tijdsverloop (mede) oorzaak is van de ontstane problemen, het risico daarvoor indien het betreft particulier kunstbezit, behoudens bijzondere omstandigheden, behoort te liggen bij de overheid.*
- e. *Onvrijwillig bezitsverlies is in hoge mate waarschijnlijk indien is verkocht zonder instemming van de kunsthandelaar door Verwalters of andere niet door de eigenaar aangestelde beheerders uit de onder hun beheer gestelde oude handelsvoorraad, voor zover de oorspronkelijk eigenaar of zijn erven niet het volledige profijt van de transactie heeft genoten of voor zover de eigenaar niet na de oorlog uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van rechten.*

De verschillen zijn op het eerste gezicht niet groot, maar wel veelbetekenend.

De commissie Ekkart heeft namelijk in 2003 geconstateerd dat het resitutiebeleid zoals dat gestalte heeft gekregen ten aanzien van particulieren, niet zonder meer getransplanteerd kan worden op de kunsthandel. Dat ligt ook wel een beetje voor de hand. Per slot van rekening heeft de kunsthandel bijna per definitie in- en vervolgens verkoop van handelsvoorraad als doelstelling. Wanneer is dan zo'n verkoop 'onvrijwillig'? Die vraag is in het bijzonder van belang omdat het verruimde restitutiebeleid niet geldt voor kunstvoorwerpen waarvan de rechthebbende vrijwillig afstand heeft gedaan. Voor particulieren geldt als uitgangspunt dat hun verkopen vanaf het begin van de oorlog beschouwd worden als gedwongen verkopen, tenzij nadrukkelijk anders blijkt. Voor de kunsthandel

kan dat uitgangspunt niet zonder meer worden gehandhaafd, niet voor de gewone kunsthandel, al dan niet (na het begin van de oorlog) voortgezet door een 'Verwalter', a fortiori niet voor de (door de Commissie Ekkart aldus genoemde:) 'gelegenheidshandelaren', zowel joodse als niet-joodse personen, die zich vanaf het begin van de oorlog niet hadden gevestigd als kunsthandelaar, maar wel op meer of minder intensieve wijze de in- en verkoop van kunstwerken bedreven. Aan de andere kant: het enkele feit dat iemand een handelsvoorraad had sluit niet uit dat hij ook een particuliere collectie had. Voor die collectie mag wèl hetzelfde verruimde restitutiebeleid gelden als ten aanzien van andere particuliere verzamelingen. Het is dus niet mogelijk ten aanzien van de kunsthandel een diametraal tegenovergesteld uitgangspunt te kiezen en iedere transactie als vrijwillig aan te merken, tenzij het tegendeel uitdrukkelijk blijkt.

Een handig hulpmiddel om een transactie door een kunsthandelaar na het begin van de oorlog (na 1933 in Duitsland en Oostenrijk) als vrijwillig, respectievelijk onvrijwillig te kwalificeren is de informatie die de betrokkenen zelf (of hun directe nabestaanden) destijds, dan wel kort na de oorlog hebben vastgelegd. Op bij de Stichting Nederlands Kunstbezit ingediende aangifteformulieren werden verkopen aan Duitsers door de indieners gekwalificeerd. Als nu de kunsthandelaar zelf (of een vertegenwoordiger) bij een aangifte "vrijwillige verkoop" heeft ingevuld, dan ligt het voor de hand die kwalificatie als bindend te beschouwen, tenzij duidelijke aanwijzingen gevonden worden dat bij de invulling een fout is gemaakt. Als de aangever "onvrijwillige verkoop" heeft ingevuld, dan verdient die vermelding eveneens geloof, uiteraard tenzij andere aanwijzingen de juistheid van deze kwalificatie duidelijk tegenspreken. En als er geen formulier is ingevuld?

Dan moet de Restitutiecommissie afgaan op andere aanwijzingen. Dreiging met represailles, toezeggingen tot levering van paspoorten of vrijeleides als onderdeel van de transactie wijzen in de richting van een onvrijwillige verkoop, eveneens wanneer die is geschied door een 'Verwalter' (of een andere niet door de eigenaar aangestelde beheerder).

Deze – aan de aanbevelingen van de Commissie Ekkart van 2003 ontleende – gedachten komen tot uitdrukking in de Algemene Overwegingen van de Restitutiecommissie. In Overweging c is tot uitdrukking gebracht dat ten aanzien van particulieren (en particuliere collecties) de Restitutiecommissie aanmerkelijk eerder de kwalificatie "onvrijwillig" aan het bezitsverlies zal hechten dan ten aanzien van kunsthandelaren. Deze laatsten hebben in vergelijking tot de particulieren een zwaardere stelplicht en een zwaardere bewijslast. In Overweging e maakt de Restitutiecommissie duidelijk dat ook voor de kunsthandel geldt dat van restitutie geen sprake kan zijn als destijds de eigenaar ten volle profijt van de transactie heeft genoten of anderszins een einde aan alle strijdvragen is gemaakt. Per slot van rekening heeft de Restitutiecommissie alleen dan een taak wanneer sprake is van een novum.

4. Claims tegen een bezitter, niet zijnde de Staat der Nederlanden

Het derde opvallende aspect is dat er voor het eerst adviesverzoeken aan de commissie zijn voorgelegd op grond van artikel 2 lid 2 van het Instellingsbesluit, betreffende geschillen tussen de rechtsoptvolgers van de oorspronkelijke eigenaar en de huidige bezitter, niet zijnde de Nederlandse Staat. Daarover moeten twee opmerkingen gemaakt worden. De eerste betreft het met het oog op die zaken door de commissie vastgestelde reglement, dat in ieder geval kritische beschouwing verdient. De tweede betreft de ontvangst in de pers van de eerste twee van de hier bedoelde adviezen.

4.1 Reglement

Blijkens de aanhef van het reglement vindt het zijn legislatieve grondslag in de artikelen 2 en 4 van het Instellingsbesluit. Die artikelen luiden, voor zover van belang, aldus:

Artikel 2 Instellingsbesluit

2. *De commissie heeft voorts tot taak op verzoek van de minister advies uit te brengen over geschillen over teruggave van cultuurgoederen tussen de oorspronkelijke eigenaar die door omstandigheden die direct verband hielden met het nazi-regime onvrijwillig het bezit verloor of diens erfgenamen en de huidige bezitter niet zijnde de Staat der Nederlanden.*
3. *De minister dient een verzoek om advies als bedoeld in het tweede lid uitsluitend in bij de commissie, indien de oorspronkelijke eigenaar of diens erfgenamen en de huidige bezitter gezamenlijk de minister daarom gevraagd hebben.*
5. *De commissie verricht de adviestaak, bedoeld in het tweede lid, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.*

Artikel 4

2. *De commissie kan een reglement omtrent de verdere werkwijze vaststellen.*

Van de in artikel 4 van het Instellingsbesluit neergelegde bevoegdheid heeft de Commissie gebruik gemaakt. Daar was ook wel enige aanleiding toe, omdat de behandeling van de eerste aanvragen uit hoofde van artikel 2 lid 2 de behoefte aan reglementering had doen gevoelen. Wij zullen echter in het navolgende betogen dat het uiteindelijke resultaat van de reglementering niet zonder voorbehoud geslaagd geacht kan worden. Wij bespreken de verschillende artikelen.

Reglement artikel 2

1. *De commissie heeft tot taak op verzoek van de minister advies uit te brengen over geschillend over teruggave van cultuurgoederen als bedoeld in artikel 1 onder d*

tussen degene die verzoekt om teruggave van cultuurgoederen en de huidige bezitter niet zijnde de Staat der Nederlanden.

2. *De commissie doet dit door een bindend advies in de zin van artikel 7:900 BW uit te brengen of door een schikking tussen partijen te bevorderen.*

In onderscheid van Artikel 2 Instellingsbesluit, dat spreekt van "geschillen over teruggave van cultuurgoederen tussen de oorspronkelijke eigenaar die door omstandigheden die direct verband hielden met het nazi-regime onvrijwillig het bezit verloor of diens erfgenamen en de huidige bezitter niet zijnde de Staat der Nederlanden", spreekt het Reglement van "geschillen over teruggave van cultuurgoederen als bedoeld in artikel 1 onder d tussen degene die verzoekt om teruggave van cultuurgoederen en de huidige bezitter niet zijnde de Staat der Nederlanden".

Op zijn minst genomen is het stilistisch niet fraai om voor de begripsomvang en –inhoud van het begrip cultuurgoederen te verwijzen naar artikel 1 onder d, dat immers de definitie bevat van het begrip verzoeker en slechts langs de weg van een getrapte redenering verwijst naar artikel 2 lid 2 van het instellingsbesluit.⁴ Belangrijker is echter dat in het Reglement de terminologische en substantiële eenheid tussen de geschillen in de zin van artikel 2 lid 1⁵ en de geschillen in de zin van artikel 2 lid 2 van het Instellingsbesluit verbroken lijkt te zijn. Voor het Instellingsbesluit verschillen beide soorten geschillen in het bijzonder daarin dat de Minister in de eerste soort geschillen optreedt als vertegenwoordiger van de Staat in de privaatrechtelijke hoedanigheid van bezitter/eigenaar van de desbetreffende cultuurgoederen. Tot teruggave van cultuurgoederen in zaken waarin de Restitutiecommissie advies heeft uitgebracht is steeds besloten op basis van deze privaatrechtelijke bevoegdheid.⁶ In de tweede soort zaken is de Staat niet eigenaar en heeft de Staat dus ook niet de bevoegdheid om als zodanig tot teruggave te besluiten.

Een tweede verschil is daarin gelegen dat krachtens het Instellingsbesluit de Staat wordt geacht te hebben ingestemd met advisering door de Restitutiecommissie (tegenbewijs is dus onmogelijk), terwijl in de tweede soort zaken beide partijen uitdrukkelijk jegens de minister moeten verklaren in te stemmen met advisering door de commissie. Tenslotte dient in het eerste soort zaken de commissie "[h]et Rijksbeleid terzake" in acht te nemen en in het tweede soort dient zij zich te richten naar "maatstaven van redelijkheid en billijkheid". Slechts aan het eerste verschil komt

⁴ "de verzoeker: degene die verzoekt om teruggave van cultuurgoederen als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van het Instellingsbesluit."

⁵ "Er is een commissie die tot taak heeft de minister op diens verzoek te adviseren over de te nemen beslissingen op verzoeken om teruggave van cultuurgoederen waarover de oorspronkelijke eigenaar door omstandigheden die direct verband hielden met het nazi-regime onvrijwillig het bezit heeft verloren en die zich thans in bezit van de Staat der Nederlanden bevinden."

⁶ Overigens heeft de Rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 7 juni 2006, LJN AY5191, dit standpunt verworpen. Zie ook *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2006, 293, met een uiterst kritische noot van Hans Peters. In de zaak van de Erven Koenigs had de staatssecretaris van OCenW zich op het standpunt gesteld dat hij niet over een publiekrechtelijke bevoegdheid beschikt om voor bezwaar en beroep vatbare besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht te nemen inzake de teruggave van geroofde en geconfiscerde cultuurgoederen.

duidelijk betekenis toe. De Minister heeft dan ook grotere nadruk op de overeenstemmingen tussen beide soorten zaken gelegd dan op de verschillen en hij heeft ook in de zaken waarin de Staat niet eigenaar is en dus ook niet de bevoegdheid heeft om als zodanig tot teruggave te besluiten, voor zichzelf een duidelijke taak weggelegd gezien, naar blijkt uit artikel 2 van het Instellingsbesluit.

Vervolgens geeft de Restitutiecommissie een taakomschrijving die niet is terug te vinden in het Instellingsbesluit, doordat zij haar taak formuleert als het uitbrengen van een bindend advies in de zin van artikel 7:900 BW. Het Instellingsbesluit gaat ervan uit, dat de Minister een verzoek om advies doet aan de Restitutiecommissie, die dan ook aan de Minister rapporteert. Anders artikel 13 van het reglement, waarin de Minister slechts een afschrift van het advies wordt toegedacht. De minister dient dit verzoek "uitsluitend in bij de commissie, indien de oorspronkelijke eigenaar of diens erfgenamen en de huidige bezitter gezamenlijk de minister daarom gevraagd hebben".

Reglement artikel 3

De commissie is bevoegd een door de minister voorgelegd geschil te behandelen indien en voorzover partijen zijn overeengekomen zich aan het bindend advies van de commissie te onderwerpen en de door de commissie toegezonden overeenkomst zoals bedoeld in artikel 6, tweede lid, door beide partijen is ondertekend.

Het Reglement voegt hier nu de (niet in het Instellingsbesluit terug te vinden) regeling toe dat de Commissie alleen het verzoek van de Minister in behandeling zal nemen wanneer partijen nog een nadere overeenkomst sluiten waarvan de inhoud en de termen door de Commissie van te voren zullen worden vastgesteld.

Deze bijzondere tournure heeft de Commissie nodig om de toepasselijkheid van de wettelijke bepalingen inzake de vaststellingsovereenkomst (de artikelen 7:900-906 BW, maar ook titel 3.2 BW, meer in het bijzonder art. 3:41 BW) op de gehele procedure te bewerkstelligen. Een bindend advies dient immers in het algemeen te worden aangemerkt als een onderdeel van de vaststellingsovereenkomst en zodanige vaststellingsovereenkomst dienen partijen zelf gesloten te hebben, willen althans partijen rechtens gebonden zijn aan de beslissing van de bindend adviseur. De door de opsteller van het Reglement kennelijk niet overwogen consequentie van de toepasselijkheid van de hiervoor genoemde wetsartikelen is deze, dat de wet zelf reeds rekening houdt met de mogelijkheid dat gebondenheid aan de door de bindend adviseur - in opdracht van partijen - gegeven beslissing in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. In dat geval is die beslissing ingevolge art. 7:904 lid 1 BW vernietigbaar. Krachtens het tweede lid kan de rechter bij vernietiging van het bindend advies een (andere) beslissing geven tenzij uit de

overeenkomst of uit de aard van de beslissing voortvloeit dat het op een andere wijze dient te worden vervangen.⁷

De vernietiging kan zelfs partieel zijn. In de toelichting op dit artikel 7:904 BW is voorts over partiële vernietiging van (beslissingen in) een bindend advies het volgende opgemerkt: "Men lette er (...) op dat de vernietiging zowel de gehele beslissing van de partij of de derde kan betreffen - inclusief bijv. daarin toegekende vergoedingen die niet zelf ook een vaststelling opleveren - als een gedeelte daarvan, zulks afhankelijk van de omstandigheden en de aard van het geval."⁸

Dit vloeit uiteraard voort uit de toepasselijkheid van titel 3.2 BW op het bindend advies, meer in het bijzonder art. 3:41 BW.

De gehele constructie van het bindend advies is overbodig, vindt geen steun in het Instellingsbesluit en bergt tal van onvermoede gevaren in zich.

Reglement artikel 4

De commissie adviseert naar redelijkheid en billijkheid, waarbij de commissie in ieder geval in de overweging kan betrekken:

- a. de beleidslijnen van de regering inzake de restitutie van roofkunst voorzover zij van overeenkomstige toepassing zijn;*
- b. de omstandigheden waaronder het bezit van het werk verloren is gegaan;*
- c. de mate waarin de verzoeker zich heeft ingespannen om het werk te achterhalen;*
- d. de omstandigheden van de verwerving door de bezitter en het door hem verrichte onderzoek voor de verwerving van het bezit;*
- e. het belang van het werk voor verzoeker;*
- f. het belang van het werk voor bezitter;*
- g. het belang van het openbaar kunstbezit;*

Vervolgens geeft de commissie in artikel 4 van haar reglement een nadere invulling aan het op artikel 2 lid 5 van het Instellingsbesluit teruggaande criterium van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Deze invulling geeft reden tot grote bezorgdheid. Reeds op het eerste gezicht staan op gespannen voet de onder a bedoelde "beleidslijnen van de regering inzake de restitutie van

⁷ Zie over het bindend advies en aantastbaarheid Hugenholtz/ Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch, 2006²¹, nr. 198; Sniijders/Klaassen/Meijer, *Nederlands Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer, 2007⁴, nrs. 399-402; Asser/Hartkamp 4-II *Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer, 2005¹², nrs. 324-327; A.A. van Rossum, *Vaststellingsovereenkomst*, [= *Monografieën Nieuw BW B80*], Deventer: Kluwer, 2001, nrs. 23-27; M.M. Mac Lean en C.Th.I.M. van den Heuvel, aant. 2 en 3 bij art. 904, in: *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (losbl.); B.J. Broekema-Engelen, aant. 2 en 3 bij art. 7:904, in: *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer, 2007⁷.

⁸ Zie de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II 1982/83*, 17779, nr. 3, p. 40 en 41.

roofkunst" en het onder g genoemde "belang van het openbaar kunstbezit". Gelijk in tal van reeds door de Restitutiecommissie uitgebrachte adviezen is gebleken, komt aan het laatste ten opzichte van de beleidslijnen van de regering geen betekenis toe. Dat is ook juist. Vanaf de (hierboven reeds genoemde) Inter-Allied Declaration, "Bretton Woods", de Washington Principles, de Vilnius Verklaring tot aan het Europees Verdrag over delicten met betrekking tot cultuuroederen van 23 juni 1985, Richtlijn 93/7 EEG tot en het De Clercq "Report on a legal framework for free movement within the internal market of goods whose ownership is likely to be contested" (dat het Europese Parlement met overweldigende meerderheid aanvaardde op 17 december 2003) hechten alle verdragsluitende staten en supra-nationale organen die zich met het probleem van de roofkunst hebben beziggehouden aan "mogelijke geschiloplossingsmechanismen ... waarbij rekening gehouden wordt met de principes van eerlijkheid en billijkheid." Het is in internationaal verband niet uit te leggen dat restitutie van geroofde kunst zou kunnen afstuiten op het belang van het openbaar kunstbezit. De Commission for Looted Art in Europe (CLAE), optredende namens de European Council of Jewish Communities (ECJC) en de Conference of European Rabbi's (CER) maakte nimmer een dergelijke afweging.

De opsomming onder e en f suggereert dat de Restitutiecommissie de belangen van verzoeker en bezitter afweegt. Wanneer deze belangenafweging decisief zou worden voor de vraag of al dan niet van restitutie sprake dient te zijn, zou een internationaal ongekend criterium worden geïntroduceerd.⁹ Een indrukwekkend betoog inzake de morele (en internationaalrechtelijke) overwegingen die de doorslag dienen te geven bij de restitutie van oorlogsbuit is gegeven in het eindrapport van de Belgische commissie Buysse. Zij typeerde haar eigen werkzaamheden als "een werk van herinnering. In filigraan tekent zich het hele mechanisme af van de, in koude verordeningen verpakte, bewuste rassenhaat en discriminatie, van een doelgerichte genocide. Op de achtergrond daarvan stond veel onverschilligheid, onbegrip of onwetendheid, criminele medeplichtigheid aan het ene uiterste, moed en verzet aan het andere. Moge dit de belangrijkste boodschap van dit eindverslag zijn: de wil zich af te zetten tegen wat Georges Bernanos de verbijsterende alledaagsheid van het kwaad noemde: "l'accablante banalité du mal"."¹⁰

Een en andermaal heeft de Restitutiecommissie de criteria waardoor zij zich bij haar advisering laat leiden (en die zij heeft ontleend aan het Instellingsbesluit) geciteerd in haar adviezen, enerzijds onder de algemene overwegingen (grotendeels ontleend aan de Aanbevelingen van de Commissie Ekkart), anderzijds toegespitst op de bijzondere overwegingen van iedere zaak afzonderlijk. Aan

⁹ W.W. Kowalski, *Art treasures and war: a study on the restitution of looted cultural property, pursuant to public international law*, Leicester: Institute of art and law, 1998; L.H. Nicholas, *The rape of Europe: the fate of Europe's treasures in the Third Reich and the Second World War*, London: Papermac, 1995, D. Pearson, *Provenance research in a book history: a handbook*, London: British Library, 1994.

¹⁰ *De bezittingen van de slachtoffers van de jodenvervolging in België. Spoliatie, rechtsherstel, bevindingen van de studiecmissie. Eindverslag van de studiecmissie betreffende het lot van de bezittingen van de leden van de Joodse gemeenschap van België, geplunderd of achtergelaten tijdens de oorlog 1940-1945*, Brussel, 2001, p. 8-9. Te raadplegen op <http://www.combuysse.fgov.be>.

andere dan de daarin genoemde is geen behoefte, en het is alleen maar geschikt om verwarring te wekken, wanneer naast de formulering van het Instellingsbesluit (uit het bezit zijn geraakt door omstandigheden die direct verband hielden met het naziregime) het reglement onder b een ander, maar verwant criterium geeft: "de omstandigheden waaronder het bezit van het werk verloren is gegaan". Het criterium onder d lijkt regelrecht in strijd met het regeringsbeleid om in het onderhavige soort zaken geen beroep te doen op de artikelen 3:86 en volgende, respectievelijk 3: 306 BW.

Reglement artikel 5

De commissie kan een partij niet ontvankelijk verklaren:

- a. indien het een geschil betreft waarover een van de partijen reeds bij de rechter een procedure aanhangig heeft gemaakt,*
- b. indien het een geschil betreft waarin de rechter reeds een uitspraak over de inhoud heeft gedaan, of*
- c. indien verzoeker eerder uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van zijn rechten op het desbetreffende werk.*

Hoewel artikel 5 zich niet leent voor toepassing op (één van) beide zaken van Eberstadt, lijkt het toch juist, ofschoon waarschijnlijk ten overvloede, de aandacht te vestigen op de eerste aanbeveling van de Commissie Ekkart uit 2001, waarin het begrip 'afgehandelde zaken' wordt beperkt tot die zaken waarin door de Raad voor het Rechtsherstel of een andere bevoegde rechter een vonnis is gewezen of waarin een formele schikking tussen rechthebbenden en de boven de SNK geplaatste organen is getroffen.

4.2 De twee beslissingen

Op vrijdag 18 april 2008 publiceerde *NRC Handelsblad* een aan de beide zaken Eberstadt/Gemeente Rotterdam en Eberstadt/Zeeuws Museum gewijd hoofdartikel.

Naar de mening van de krant heeft de Restitutiecommissie met deze twee uitspraken radicale juridische precedenten geschapen, want, zo oordeelt de commissie, althans in de weergave van de krant, zelfs een koper die te goeder trouw was, is niet langer veilig, wanneer het gaat om teruggave aan nazaten van joodse nazislachtoffers. Daarmee wordt niet alleen een "wereldwijd geldend grondprincipe van het burgerlijk recht" verlaten, maar bovendien wordt de kunstmarkt in onzekerheid gedompeld, omdat transacties die te goeder trouw waren gedaan kunnen worden teruggedraaid en schadevergoedingsregelingen kunnen worden genegeerd.

Het past mij als advocaat van Eberstadt niet om een standpunt in te nemen ten aanzien van beide beslissingen van de Restitutiecommissie. De redenering van *NRC Handelsblad* mag echter niet onweersproken blijven. Op zichzelf is het juist dat op grond van het bepaalde in artikel 3:86 BW iemand die te goeder trouw en tegen betaling van een fatsoenlijke prijs een goed verkrijgt van een ander die hij redelijkerwijs vermoedt eigenaar te zijn, in beginsel zelf beschouwd zal worden als eigenaar, zelfs wanneer zijn vermoeden uiteindelijk onjuist blijkt te zijn. Iemand die afgaat op het feitelijk gedrag van een ander, welke laatste zich gedraagt als eigenaar kan zelf eigenaar worden, ook wanneer zijn voorman geen eigenaar was, vooropgesteld dat de verkrijging te goeder trouw en tegen een redelijke tegenprestatie geschiedt. Daar komt het beginsel op neer, maar zoals zo dikwijls, ook hier: geen regel zonder uitzonderingen. Die uitzonderingen beginnen al in het derde lid van datzelfde artikel 3:86, waar de koper van een gestolen zaak, hoezeer hij ook te goeder trouw mocht zijn geweest, toch zijn net verworven zaak moet afgeven aan de echte eigenaar. De koper kan dan nog proberen de koopprijs terug te halen bij de verkoper die hem het gestolen goed geleverd had, maar dat is een andere vraag. Belangrijk is dat niet iedere verkrijger te goeder trouw beschermd is, en dat de bescherming in het systeem van ons Burgerlijk Wetboek soms afhangt van de aard van de zaak. Bij gestolen zaken de eerste drie jaar geen bescherming. Lezen we even verder in datzelfde Burgerlijk Wetboek dan komen we al spoedig bij artikel 3:86a, de implementatie van Richtlijn 93/7 van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 maart 1993 betreffende de teruggave van cultuurgoederen die op onrechtmatige wijze buiten het grondgebied van een lidstaat zijn gebracht. Binnen de Europese Unie wordt in ieder geval het "wereldwijd geldend grondprincipe van het burgerlijk recht" dat *NRC Handelsblad* meent te herkennen, niet aanvaard voor oorlogsbuit, zelfs niet voor op onregelmatige wijze verkregen, vervoerd of behouden kunstvoorwerpen.

De gedachte dat gesmokkelde cultuurgoederen dienen te worden gerestitueerd aan het land van herkomst is niet beperkt tot de Europese Gemeenschap. In februari 2006 beloofde het Metropolitan Museum of Art te New York de Euphronios Krater terug te geven aan Italië. Die belofte kwam het Museum uiteindelijk in januari 2008 na. Het gaat om misschien wel het mooiste mengvat dat de kunstenaar Euphronios ooit gemaakt heeft, zo'n 2500 jaar geleden. Het Museum had het in 1972 gekocht voor de ronde som van \$ 1 miljoen van de Amerikaanse kunsthandelaar Robert Hecht. Van wie deze het met taferelen uit de Ilias en de Odyssee versierde vat had gekocht bleef onduidelijk, maar uiteindelijk was wel waarschijnlijk dat "tombaroli", Italiaanse grafschenners, het kunstwerk illegaal hadden opgegraven en het land uitgesmokkeld. Andersom besloot in april 2007 Italië de Venus van Cyrene terug te geven aan Libië, het land waarvandaan het standbeeld een eeuw tevoren was geroofd. Toen de Amerikanen op bevel van president Bush Irak binnenvielen, werden vele kunstvoorwerpen veiliggesteld. 700 antieke stukken kwamen in Syrië terecht. In april 2008 gingen die terug. In 1937 vond een door de nazi's gelaste veiling plaats bij het destijds beruchte veilinghuis Lempertz te Keulen. Geveild werd de gehele kunstcollectie van Max Stern. De schoonvader van de (Duitse) barones Morsey Pickard kocht toen en daar een schilderij van Winterhalter (1805-1873):

Girl from the Sabine Mountain. Op 27 december 2007 gelastte het United States District Court for the District of Rhode Island (Judge Mary M. Lisi) op verzoek van de executeurs van het testament Stern de teruggave van dit schilderij. Aan de andere kant: de nabestaanden van Margarete Mauthner, een vrouw van joodse afkomst, die tijdig Nazi-Duitsland ontvluchtte, vorderden in oktober 2004 (met een beroep op de US Holocaust Victims Redress Act) veroordeling van Liz Taylor tot teruggave van een schilderij van Vincent van Gogh, *Gezicht op de Kapel te Saint Remy*. Liz Taylor had het schilderij in de jaren '60 van de vorige eeuw gekocht op een veiling bij Sotheby's Londen voor een bedrag van (destijds) \$ 257,000. Inmiddels is het uiteraard veel meer waard, naar schatting zo'n \$15 miljoen. De erven stelden zich in de procedure op het standpunt dat het Liz Taylor bekend had kunnen en moeten zijn, dat het schilderij oorlogsbuit betrof; Liz Taylor verweerde zich met de stelling dat het schilderij sinds de oorlog door tal van handen was gegaan, minstens één andere verzamelaar en minstens twee kunsthandelaren, en daarom de status van oorlogsbuit had verloren. Uiteindelijk wees de U.S. Supreme Court de vordering af.

Ik zei het al: de gedachte dat gestolen en gesmokkelde cultuurgoederen dienen te worden gerestitueerd aan het land van herkomst is niet beperkt tot de Europese Gemeenschap. Voor de Common law is dit zelfs een uitgangspunt. In Nederland is op dit moment bij de Tweede Kamer van de Staten Generaal onder nummer 31.255 aanhangig het wetsontwerp ter ratificatie van het op 14 november in 1970 te Parijs gesloten verdrag om de onrechtmatige invoer, uitvoer of eigendomsoverdracht van culturele goederen te verbieden en te verhinderen (het Unesco verdrag 1970).¹¹ Ook daarin is het belangenconflict aan de orde tussen de noodzakelijke bestrijding van de kunstcriminaliteit aan de ene kant en de verkrijger te goeder trouw van een kunstwerk aan de andere. Na het voorgaande zal het duidelijk zijn dat het wetsontwerp in dat belangenconflict aan de bestrijding van de kunstcriminaliteit de voorrang geeft.

5. Besluit

Aan het begin stelden wij aan de hand van het jaarverslag 2007 van de Restitutiecommissie drie onderwerpen aan de orde. Het hevigste kwam het eerst, de door de Restitutiecommissie veronderstelde "omslag in de publieke opinie" aangaande het restitutiebeleid van de Nederlandse overheid. Wij hebben onze twijfel geuit, of die observatie van de commissie de werkelijkheid dekt. Indien zo, dan past ons inziens de overheid onverholen distantie ten opzichte van deze verandering in de publieke opinie. Vervolgens hebben wij naar aanleiding van de recentelijk aangebrachte, respectievelijk besliste zaken rond restitutieverzoeken die zich niet tegen de Staat der Nederlanden maar tegen andere rechtspersonen richten, betoogd, dat het door de Restitutiecommissie gemaakte reglement nadere overdenking verdient. Tenslotte hebben wij de door *NRC Handelsblad* geuite kritiek op de reeds genomen beslissingen van de hand gewezen. Het betoog van het hoofdartikel

¹¹ Te raadplegen op <http://parlando.sdu.nl>.

snijdt geen hout. Het lijkt een pleidooi voor rechtszekerheid te bevatten, maar het is dan wel een zekerheid van slecht recht. Daartegen verzetten wij ons. Bij restitutievraagstukken gaat het om hoge belangen. Bij ons streven naar goed recht werden wij in de jaren die achter ons liggen bij tijd en gelegenheid gesteund door Gregor van der Burght. Uit erkentelijkheid voor zijn professionaliteit en niet aflatende steun dragen wij deze beschouwingen aan hem op.