

JIN 2017/99, Hoge Raad, 23-12-2016, ECLI:NL:HR:2016:2984, 15/03091 (annotatie)

Gegevens

Publicatie

JIN 2017/99

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

23 december 2016

Datum publicatie

8 juni 2017

Annotator

E.J.H. Zandbergen
Fermm Advocaten

ECLI

[ECLI:NL:HR:2016:2984](https://ecli.nl/HR/2016/2984)

Zaaknummer

15/03091

Relevante informatie

[Burgerlijk Wetboek Boek 3 \[Tekst geldig vanaf 25-06-2023\] art. 84](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 3 \[Tekst geldig vanaf 25-06-2023\] art. 86](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 3 \[Tekst geldig vanaf 25-06-2023\] art. 90](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 3 \[Tekst geldig vanaf 25-06-2023\] art. 119](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 7 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023 tot 01-01-2024\] art. 414](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 10 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023\] art. 128](#), [Burgerlijk Wetboek Boek 10 \[Tekst geldig vanaf 01-07-2023\] art. 131](#)

Inhoudsindicatie

Goederenrecht, Geschil over eigendom van Stradivarius-viool die in consignatie is gegeven aan vioolhandelaar en door deze aan een derde is verkocht, Revindicatie, Beschikkingsbevoegdheid consignatiehouder? Uitleg eigendomsclausule in consignatieovereenkomst

Samenvatting

De Hoge Raad vernietigt het oordeel van het hof dat de uitleg van het eigendomsvoorbehoud zo weinig voorstelbaar was dat het op de weg van eiseres had gelegen toe te lichten waarom deze uitleg zou moeten worden gevolgd en het oordeel dat bij gebreke daarvan het eigendomsvoorbehoud niet afdoet aan de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] op grond van de opdracht.

Een Oostenrijkse vioolexpert verkrijgt van eiseres een Stradivarius-viool in consignatie met eigendomsvoorbehoud en verkoopt deze. De ontvangen koopsom wendt hij niet aan om eiseres te betalen. Eiseres eist revindicatie van de koper (verweerder). De consignatieovereenkomst bevat tevens een opdracht aan de expert tot verkoop. Volgens het hof prevaleert de opdracht tot verkoop en is de door eiseres gegeven uitleg van het eigendomsvoorbehoud zo weinig voorstelbaar dat het op de weg van eiseres had gelegen toe te lichten waarom deze uitleg gevolgd zou moeten worden. Tevens oordeelt het hof dat bij gebreke daarvan het eigendomsvoorbehoud niet afdoet aan de beschikkingsbevoegdheid van de expert. De Hoge Raad vernietigt dit oordeel omdat de door het hof vermelde weinig voorstelbare wijze van verkoop en levering niet de enige wijze is waarop verkoop en levering kan plaatsvinden waarbij de eigendom van de viool bij eiseres blijft totdat zij is betaald. De Hoge Raad lijkt hierin iets verder te gaan dan hetgeen eiseres heeft gesteld en ook andere wijzen van verkoop en levering lijken in casu overigens weinig voorstelbaar. Op zich lijkt dit motiveringsgebrek van het hof niet veel speelruimte te geven aan het verwijzingshof, al lijken diverse (nog niet beoordeelde) aspecten tot een mogelijk ander oordeel te kunnen leiden.

Uitspraak

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak C/06/130327/HA ZA 12-212 van de rechtbank Oost-Nederland van 27 februari 2013 en van de rechtbank Gelderland van 31 juli 2013;
- b. het arrest in de zaak 200.138.788 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 31 maart 2015.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor [verweerder] toegelicht door zijn advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Wuisman strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van [eiseres] heeft bij brief van 28 oktober 2016 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiseres] en haar in 2011 overleden ex-echtgenoot, [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), hebben op 1 januari 2010 een viool, bekend als Stradivarius, Cremona 1727, “Ex Smith” (hierna: de viool), voor verkoop in consignatie gegeven op basis van een schriftelijke overeenkomst (hierna: de consignatieovereenkomst). Als ondertekenaar van de consignatieovereenkomst staat vermeld de vennootschap naar Oostenrijks recht [A] GmbH (hierna: [A]). [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]) was op het moment van ondertekening bestuurder van deze vennootschap.

(ii) De consignatieovereenkomst vermeldt als eigenaars van de viool “[betrokkene 1]/[verweerder]” ([verweerder] is [eiseres]). Verder is daarin onder meer het volgende bepaald:

“In case of a sale we pay the owner the amount of \$2.200.000,=

(...)

The above item remains the property of the above owner unless paid in full.

(...).”

(iii) Op 26 maart 2010 is mondeling een overeenkomst gesloten tot verkoop van twee violen, waaronder de viool. [betrokkene 2] heeft de viool op die dag overhandigd aan [verweerder] in diens in Nederland gelegen woonplaats.

De koopovereenkomst is in april 2010 schriftelijk vastgelegd en op 29 juni 2010 geregistreerd.

Deze overeenkomst vermeldt [betrokkene 2] als verkoper en de stichting Melviool als koper. De stichting Melviool (thans genaamd Melstring) is opgericht op 15 april 2010. [verweerder] is enig bestuurder van deze stichting.

De totale koopprijs voor de violen is vastgesteld op € 3.900.000,=. Van dat bedrag is € 2.200.000,= bestemd voor de viool.

(iv) [verweerder] heeft de koopprijs voldaan door betaling van € 1.000.000,= op een bankrekening ten name van [betrokkene 2] en door verrekening met een schuld van [betrokkene 2] aan [verweerder], vastgesteld op € 2.900.000,=.

(v) Eind 2010 is [A] failliet verklaard. Begin 2011 heeft de curator aan [eiseres] bericht dat de viool niet in de boedel is aangetroffen. [betrokkene 2] is eind 2012 door het Landesgericht für Strafsachen Wien tot een gevangenisstraf van zes jaar veroordeeld wegens onder meer verduistering van de viool.

(vi) Bij brief van 17 februari 2012 heeft de advocaat van [eiseres] en van [betrokkene 3] (hierna: [betrokkene 3]), de weduwe en erfgename van [betrokkene 1], namens beiden om teruggave van de viool verzocht.

3.2.1 In dit geding vordert [eiseres] afgifte van de viool en vraagt zij een verklaring voor recht dat [verweerder] onrechtmatig heeft gehandeld jegens [eiseres] en [betrokkene 3] als (huidig gemeenschappelijk) eigenaars van de viool.

De rechtbank heeft [eiseres] niet-ontvankelijk verklaard in haar vorderingen.

3.2.2 Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd met verbetering en aanvulling van gronden in zoverre dat de hiervoor in 3.2.1 vermelde vorderingen van [eiseres] zijn afgewezen. Het hof heeft daartoe – voor zover in cassatie van belang – als volgt overwogen:

“4.14 Bezien moet worden door uitleg van de consignatieovereenkomst of [betrokkene 2] de grenzen van deze overeenkomst heeft overschreden, bij welke uitleg het hiervoor genoemde Haviltex-criterium wederom uitgangspunt is.

De passage in de consignatieovereenkomst “The above item remains the property of the above owner unless paid in full” is, anders dan [eiseres] stelt, niet eenduidig. Uit de daarboven opgenomen zinsnede “In case of a sale we pay the owner the amount of \$ 2.200.000,=” valt af te leiden dat het de bedoeling was dat [betrokkene 2] de koopsom zou incasseren. Hiervoor is reeds overwogen dat [betrokkene 2] (als middellijke vertegenwoordiger) de bevoegdheid had de viool te verkopen. Dat wordt nog eens ondersteund door de genoemde zinsnede.

Ten pleidooie heeft [eiseres] verduidelijkt dat [betrokkene 2] wel bevoegd was de viool te verkopen, maar dat hij het instrument niet mocht leveren zolang zij niet betaald was. Dat [betrokkene 2] en [eiseres]/[betrokkene 1] ervoor gekozen zouden hebben dat [betrokkene 2] een koopovereenkomst tot stand zou brengen, de koopsom van de koper zou incasseren, het bedrag van \$ 2.200.000,= aan [eiseres]/[betrokkene 1] zou betalen om pas daarna de viool te leveren aan de koper, ligt niet erg voor de hand. Dat er kopers te vinden zijn die aan een dergelijke constructie zouden willen meewerken is zo weinig voorstelbaar dat het op de weg van [eiseres] had gelegen nader te onderbouwen waarom de door haar voorgestane uitleg zou moeten worden gevolgd. Nu zij dit heeft nagelaten kan niet worden aangenomen dat de bedoelde clausule afdoet aan de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] (tot verkoop én levering).

4.15 Uitgaande van de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] kan [eiseres] niet revindiceren, zodat haar vordering terecht is afgewezen door de rechtbank, zij het op andere gronden. Hierdoor kan in het midden blijven of [eiseres] bevoegd is namens een gemeenschap van eigenaren van de viool een vordering in te stellen en kunnen de grieven I tot en met III en de overige stellingen en verweren van partijen buiten behandeling blijven.”

3.3.1 De onderdelen 5.3 en 5.4, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, richten zich tegen rov. 4.14. Onderdeel 5.3 klaagt dat de omstandigheid dat [betrokkene 2] de bevoegdheid had de viool te verkopen en de koopprijs te incasseren, niet ertegen pleit dat [eiseres] de clausule “The above item remains the property of the above owner unless paid in full” zo heeft opgevat en mocht opvatten dat [betrokkene 2] de viool alleen mocht en kon overdragen voor zover [eiseres] betaling zou hebben ontvangen. Onderdeel 5.4 richt een klacht tegen de overweging dat niet erg voor de hand ligt dat [betrokkene 2] en [eiseres]/[betrokkene 1] ervoor gekozen zouden hebben dat [betrokkene 2] een koopovereenkomst tot stand zou brengen, de koopsom van de koper zou incasseren, het bedrag van \$ 2.200.000,= aan [eiseres] en [betrokkene 1] zou betalen om pas daarna de viool te leveren aan de koper, en dat zo weinig voorstelbaar is dat er kopers te vinden zijn die

aan een dergelijke constructie zouden willen meewerken, dat het op de weg van [eiseres] had gelegen nader te onderbouwen waarom de door haar voorgestane uitleg zou moeten worden gevolgd.

3.3.2 De onderdelen klagen terecht dat deze motivering tekortschiet. Niet valt immers in te zien dat aan de door [eiseres] bepleite, in de onderdelen genoemde uitleg van de overeenkomst, dat [betrokkene 2] de viool alleen in eigendom kon en mocht overdragen indien [eiseres] betaling van het in die overeenkomst genoemde bedrag zou hebben ontvangen, slechts recht zou kunnen worden gedaan met de door het hof beschreven gang van zaken. Die uitleg laat immers in beginsel iedere koop en levering toe waarbij de eigendom van de viool bij [betrokkene 1] en [eiseres] blijft, zolang zij geen betaling hebben ontvangen van het in de consignatieovereenkomst genoemde bedrag van \$ 2.200.000,=. Niet valt dan ook in te zien dat die uitleg tot een constructie zou moeten leiden waarvan niet goed voorstelbaar is dat kopers daaraan zouden willen meewerken. Om dezelfde reden kan ook het oordeel van het hof dat [eiseres] (in het licht van de door het hof genoemde gang van zaken) haar stellingen omtrent de wijze waarop zij de hiervoor aangehaalde clause heeft begrepen en mogen begrijpen nader had moeten onderbouwen, de verwerping van die stellingen niet dragen.

3.4 De onderdelen 3, 4 en de overige klachten van onderdeel 5 behoeven geen behandeling.

De onderdelen 1, 2 en 6 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 31 maart 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 497,37 aan verschotten en € 2600,= voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [verweerder] deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:

- i) Eiseres tot cassatie (hierna: [eiseres]) en haar op 26 februari 2011 overleden ex-echtgenoot [betrokkene 1] hebben een viool, bekend staand als Stradivarius, Cremona 1727, "Ex Smith" (hierna: de viool), op 1 januari 2010 voor verkoop in consignatie gegeven op basis van een overeenkomst (hierna: de consignatie-overeenkomst), waarin als ondertekenaar staat vermeld [A] GmbH (hierna: [A]). Dit is een vennootschap naar Oostenrijks recht, waarvan de bestuurder was [betrokkene 2] (hierna: [betrokkene 2]).

- ii) In de consignatie-overeenkomst worden als eigenaar van de viool genoemd [betrokkene 1] en [eiseres] (zijnde [eiseres]). Verder wordt in de overeenkomst als 'item' de viool vermeld en is daarin onder meer bepaald:

In case of sale we pay the owner the amount of \$ 2.200.000,=;

(...)

The above item remains the property of the above owner unless paid in full.

- iii) Bij een op 26 maart 2010 mondeling gesloten en in april 2010 schriftelijk vastgelegde overeenkomst, waarin als verkoper [betrokkene 2] wordt vermeld en als koper Stichting Melviool – een stichting waarvan verweerder in cassatie (hierna: [verweerder]) enig bestuurder is en de naam is gewijzigd in Stichting Melstring –, worden twee violen verkocht voor een bedrag van in totaal € 3.900.000,=. Eén van de violen is de viool. Daarvan is de koopsom vastgesteld op € 2.200.000,=. De totale koopsom is voldaan deels door betaling door [verweerder] van een bedrag van € 1.000.000,=, deels door verrekening van een schuld van [betrokkene 2] aan [verweerder] die op een bedrag van € 2.900.000,= is gesteld. De viool wordt overgedragen. Betaling van een bedrag van \$ 2.200.000,= aan [betrokkene 1] en/of [eiseres] vindt niet plaats.

- iv) Eind 2010 is [A] in staat van faillissement verklaard. Begin 2011 bericht de curator aan [eiseres] dat de viool niet in de boedel is aangetroffen.

- v) Bij vonnis van het Landesgericht für Strafsachen Wien van 9 november 2012 is [betrokkene 2] tot een gevangenisstraf van zes jaar veroordeeld wegens onder meer verduistering van de viool.

- vi) Aan een verzoek bij brief van 17 februari 2012 tot teruggave van de viool heeft [verweerder] niet voldaan.

1.2 Bij exploit van 4 mei 2012 is [eiseres] een procedure tegen [verweerder] bij de rechtbank Oost-Nederland gestart. Zij vordert afgifte van de viool aan haar of aan een door of namens haar aan te wijzen persoon alsmede een verklaring voor recht dat [verweerder] door niet tot afgifte van de viool over te gaan onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gemeenschap van eigenaren van de viool, bestaande uit [eiseres] en [betrokkene 3]. [betrokkene 1] was na de echtscheiding, zo heeft [eiseres] ter toelichting gesteld, met [betrokkene 3] gehuwd. Toen hij overleed is zijn aandeel in de viool aan [betrokkene 3] toegefallen.

1.3 [verweerder] heeft de vorderingen op meer gronden bestreden. Hij betwist onder meer dat de viool aan [betrokkene 1] in eigendom heeft toebehoort, dat zij deel heeft uitgemaakt van de beweerde huwelijksgemeenschap tussen [eiseres] en [betrokkene 1] en dat [eiseres] de bevoegdheid tot revindiceren van de viool toekomt ¹. Voor het geval dat van een en ander wel sprake blijkt te zijn, voert [verweerder] aan dat [betrokkene 2] bevoegd was de viool aan hem te verkopen en te leveren ², althans dat, indien die bevoegdheid heeft ontbroken, hij te goeder trouw [betrokkene 2] voor bevoegd heeft kunnen houden ³.

1.4 Bij tussenvonnis d.d. 27 februari 2013 stelt de rechtbank, gelet op het door [verweerder] gevoerde verweer, [eiseres] in de gelegenheid om zich nader uit te laten over de vragen: is [betrokkene 3] in 2004 eigenaar van de viool geworden? Viel de viool in de huwelijksgoederen gemeenschap van [betrokkene 3] en [eiseres]? Aan wie is de eigendom van de viool bij de echtscheiding toegedeeld? Wat zijn de gevolgen van de vererving? Bij iedere vraag verzoekt de rechtbank [eiseres] zich ook uit te laten over het toepasselijke recht.

In haar eindvonnis d.d. 31 juli 2013 verklaart de rechtbank – inmiddels rechtbank Gelderland geheten – [eiseres] niet ontvankelijk in de vorderingen die zij ten behoeve van de gemeenschap van eigenaren van de viool heeft ingesteld. Daartoe beslist zij na in rov. 2.7 tot de slotsom te zijn gekomen dat niet is komen vast te staan dat [eiseres] mede-eigenaar was en is van de viool dan wel deelgenoot was of is in een gemeenschap van eigenaren van de viool.

1.5 In het door [eiseres] bij het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, ingestelde hoger beroep beslist het hof bij arrest d.d. 31 maart 2015 met betrekking tot de revindicatievordering van [eiseres] tot bekrachtiging van de vonnissen van de rechtbank, zij het onder verbetering en aanvulling van de gronden. Tot deze beslissing komt het hof na eerst in rov. 4.6 besloten te hebben tot het behandelen van het door [verweerder] in eerste aanleg en in appel gevoerde maar door de rechtbank niet beoordeelde verweer dat de vervreemder van de viool – [betrokkene 2] – beschikkingsbevoegd was en dat hij ([verweerder]) derhalve de viool geldig heeft verkregen, en na vervolgens dat verweer gegrond te hebben bevonden.

1.6 Bij exploit d.d. 30 juni 2015 en daarmee tijdig heeft [eiseres] cassatieberoep tegen het arrest van het hof ingesteld. Na voor antwoord tot verwerping van het cassatieberoep te hebben geconcludeerd, laat [verweerder] zijn standpunt in cassatie schriftelijk toelichten. Daarop volgt nog een repliek van de zijde van [eiseres].

2 Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 De in cassatie aangevoerde klachten zijn ondergebracht in zes onderdelen, die ieder subonderdelen kennen.

Onderdeel 1

2.2 Zoals het hof in rov. 4.5 opmerkt, heeft [eiseres] haar eis in hoger beroep met een subsidiaire vordering vermeerderd, te weten dat [verweerder] wordt bevolen het ertoe te leiden dat Stichting Melstring de viool afgeeft. Die vordering heeft [eiseres] ingesteld, zo neemt het hof aan, voor het geval geoordeeld wordt dat de viool in het bezit niet van [verweerder] maar van genoemde stichting is gekomen. Naar de mening van [eiseres] heeft [betrokkene 2] de viool niet aan de stichting verkocht en heeft de stichting ook nimmer het bezit van de viool verkregen. In verband hiermee voert zij sub 126 van haar memorie van grieven als grief IV aan: *“In zoverre grieft [eiseres] dus ook tegen rov. 2.6 van het vonnis van de Rechtbank van 27 februari 2013, waarin ten onrechte is vastgesteld dat op 26 maart 2010, vastgelegd in april 2010 en geregistreerd op 29 juni 2010, de Stichting Melviool een vaststellingsovereenkomst koop violen gesloten heeft met [betrokkene 2] in privé, waarbij de viool door [betrokkene 2] aan deze stichting is verkocht.”* Onderdeel 1 heeft op deze kwestie betrekking.

2.3 In *subonderdeel 1.1* wordt verondersteld dat het hof in rov. 3.3 ook heeft geoordeeld dat de viool op 26 maart 2010 aan Stichting Melviool is verkocht. De klacht luidt dat dit oordeel onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is. De klacht faalt want mist feitelijke grondslag. In rov. 3.3 overweegt het hof niet meer dan dat Stichting Melviool als koper in de koopovereenkomst wordt vermeld. Een vaststelling van het hof dat de stichting ook werkelijk de koper van de viool is geweest, valt in rov. 3.5 niet te lezen.

2.4 Zowel de klacht in *subonderdeel 1.2* als die in *subonderdeel 1.3* stelen op een veronderstelde lezing door het hof van grief IV. Wat er ook zij van de veronderstelde lezing, beide klachten missen reeds doel wegens gemis aan belang. Grief IV heeft geen rol gespeeld bij de beoordeling door het hof van de revindicatievordering van [eiseres]. Uit het sub 126 van de memorie van grieven gestelde blijkt duidelijk dat grief IV is aangevoerd met het oog op het door [verweerder] eventueel nog te voeren verweer dat niet hij maar Stichting Melviool de koper en de eigenaar van de viool is geweest. Dat verweer heeft [verweerder] echter niet alsnog gevoerd en bij de beoordeling van de revindicatievordering van [eiseres] heeft het hof ook niet laten meewegen of dan wel dat de viool aan Stichting Melviool is verkocht en geleverd.

2.5 Het voorgaande brengt mee dat onderdeel 1 faalt.

Onderdeel 2

2.6 In de eerste alinea van rov. 4.7 overweegt het hof het volgende: *“Op grond van artikel 3:119 BW wordt [verweerder], als huidige bezitter van de viool, vermoed rechthebbende te zijn en dient [eiseres] haar beter recht te bewijzen. Het vermoeden van artikel 3:119 BW ziet in beginsel op het actuele bezit van het goed en kan door de huidige bezitter ook worden ingeroepen tegen degenen die pretendeert eerder rechthebbende/bezitter te zijn geweest. [eiseres] dient niet alleen het vermoeden dat [verweerder] eigenaar is te ontkrachten, maar dient ook bewijs te leveren van het feit dat zijzelf voorheen rechthebbende was.”* Daarop laat het in de tweede alinea van rov. 4.7 volgen: *“[eiseres] heeft gesteld dat [betrokkene 3] en zij het middellijke bezit van de viool hadden op 1 januari 2010 en dat zij zich daarom tegenover [verweerder] op het vermoeden van 3:119 BW kan beroepen. Haar verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 1 juli 1977 ([ECLI:NL:HR:1977:AB7044](https://www.rechtspraak.nl/ECLI/HR/1977/AB7044), NJ 1978, 212 Tenthuisje) gaat niet op, aangezien in die zaak sprake was van een niet vergelijkbare situatie, te weten onvrijwillig bezitsverlies van de voormalige bezitter door diefstal, terwijl [eiseres] en [betrokkene 3] het bezit van de viool vrijwillig hebben afgestaan door deze in consignatie te geven. Gelet met name op dit laatste feit en de overige omstandigheden van het geval ziet het hof geen aanleiding de bewijslast anders te verdelen dan uit de hiervoor genoemde hoofdregel volgt.”* Een en ander voert het hof in rov. 4.8 tot de slotsom: *“[eiseres] dient in dit kader onder meer te stellen en te bewijzen dat [betrokkene 2] beschikkingsonbevoegd was op het moment dat [verweerder] de viool van hem verkreeg. Indien [betrokkene 2] immers op dat moment beschikkingsbevoegd was, is de viool geldig aan [verweerder] overgedragen in de zin van artikel 3:84 lid 1 BW (...) en kan [eiseres] de viool niet revindiceren.”*

Onderdeel 2 bevat klachten omtrent wat het hof in de rov. 4.7 en 4.8 overweegt.

2.7 In *subonderdeel 2.1* wordt erover geklaagd dat het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, indien het van oordeel is dat [betrokkene 3] en [eiseres] het bezit van de viool hebben verloren door de feitelijke macht over de viool aan [betrokkene 2] te verschaffen in verband met de consignatie-overeenkomst. Die overdracht bracht, zo wordt betoogd, niet meer mee dan dat het onmiddellijke bezit van de viool overging in middellijk bezit.

2.7.1 De klacht slaagt om de volgende redenen niet.

Onbestreden is dat [betrokkene 2] de feitelijke macht over de viool aan [verweerder] heeft verschaft in het kader van de verkoop van de viool aan [verweerder]. Daaruit valt af te leiden dat [verweerder] de feitelijke macht over de viool heeft verkregen om deze voor zichzelf te houden en dat hij daarmee het bezit over de viool in de zin van artikel 3:107 BW heeft verkregen. Aan dat bezit is in artikel 3:119 BW het vermoeden gekoppeld dat de bezitter van een goed rechthebbende van dat goed is. Aan een en ander doet niet af dat het hof het verschaffen van de macht over de viool door [betrokkene 3] en [eiseres] aan [betrokkene 2] in het kader van de met deze gesloten consignatie-overeenkomst aanduidt als een vrijwillig afstaan van het bezit van de viool. Overigens komt het niet onaannemelijk voor dat het hof met de term ‘bezit’ toch op niet meer het oog heeft dan ‘feitelijke macht’ als zodanig en niet op ‘feitelijke macht met het oogmerk om voor zichzelf te houden’. Het feit dat het hof het in handen stellen door [betrokkene 3] en [eiseres] van de viool aan [betrokkene 2] plaatst in het kader van het hem in consignatie geven van de viool, wijst immers niet op verschaffen van feitelijke macht met het oogmerk dat [betrokkene 2] het betrokken goed voor zichzelf gaat houden.

2.8 In *subonderdeel 2.2* wordt betoogd dat het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, indien het van oordeel is dat [eiseres] c.s. alleen in het geval van onvrijwillig verlies van de feitelijke macht over de viool een beroep op het bezitsvermoeden van artikel 3:119 kunnen doen. Indien [eiseres] c.s. eerdere bezitters waren, kan dat bezit immers als basis dienen voor een beroep op het vermoeden van artikel 3:119 BW voor de stelling dat [eiseres] c.s. rechthebbenden waren.

2.8.1 De gedachtegang van het hof in rov. 4.7 is, naar het voorkomt, deze dat aan [verweerder] als ‘huidige’ bezitter van de viool – dus als degene die thans de viool daadwerkelijk voor zichzelf houdt – ook tegenover [eiseres] een beroep kan doen op het vermoeden van artikel 3:119 BW, tenzij er sprake zou zijn van een onvrijwillig bezitsverlies aan de zijde van [eiseres], welk geval zich niet voordoet. Het hof, aannemende dat het geval van onvrijwillig bezitsverlies aan de kant van [eiseres] zich niet voordoet, ontzegt hiermee aan [eiseres] als eerdere bezitter van de viool niet in het algemeen een beroep op het in artikel 3:119 BW neergelegde vermoeden, maar slechts tegenover [verweerder] als huidige bezitter. Anders gezegd, het hof kent in de verhouding tussen een huidige bezitter en een eerdere bezitter aan het beroep van de huidige bezitter van een zaak op het vermoeden van artikel 3:119 BW voorrang toe boven een dergelijk beroep van de eerdere bezitter. Daarmee geeft het hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In dit verband verdient vermelding wat in de Memorie van Antwoord II omtrent artikel 3.5.14.1 lid 1 in het ontwerp NBW, waarmee artikel 3:119 lid1 BW overeenstemt, wordt opgemerkt. Dat is:

“In het algemeen lijkt de in dit artikel neergelegde bewijslastverdeling, in dier voege dat degene die een goed bezit vermoed wordt daarvan tevens rechthebbende te zijn, ook gerechtvaardigd tegenover hem die aantoonde eertijds rechthebbende te zijn geweest. Zou men zulks niet aanvaarden, dan zou ook op de schouders van een bezitter die volkomen rechtsgeldig verkreeg, ondanks het uit dit bezit in de meeste gevallen toch terecht voortvloeiende vermoeden van recht, het risico worden gelegd dat hij zijn rechtsverkrijging niet meer kan bewijzen.” 4

Op een en ander strandt subonderdeel 2.2.

2.9 In subonderdeel 2.3 wordt hetgeen het hof in rov. 4.7 oordeelt als onjuist dan wel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd aangemerkt, indien het hof daarbij tot uitgangspunt heeft aangehouden dat er ten aanzien van de viool sprake is geweest van verduistering en niet van diefstal. Ter onderbouwing van deze bewering wordt op de volgende drie omstandigheden gewezen: [A] was de contractspartij van [eiseres] c.s.; door het hof is niet vastgesteld dat deze vennootschap de viool heeft verduisterd; vaststaat dat [betrokkene 2] de viool aan [verweerder] heeft verschaft op grond van een titel waarbij [betrokkene 2] in privé partij was. Deze omstandigheden kunnen, zo wordt gesteld, de door [eiseres] verdedigde conclusie dragen dat [betrokkene 2] zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal van de viool.

2.9.1 In artikel 3:86 lid 3, aanhef, BW wordt alleen het geval van diefstal genoemd. 5 Het komt daarom dienstig voor om eerst kort aan te geven waarin het verschil tussen het geval van diefstal en het geval van verduistering is gelegen. Bij diefstal gaat het om het wegnemen van enig goed, dat geheel of gedeeltelijk aan een ander toebehoort, met het oogmerk om het goed zich wederrechtelijk toe te eigenen (artikel 310 Sr). Bij verduistering gaat het ook om het opzettelijk wederrechtelijk toe-eigenen van een goed dat geheel of gedeeltelijk aan een ander toebehoort, maar degene die toe-eigent heeft het bewuste goed al anders dan door misdrijf onder zich (artikel 321 Sr). Voor het wel of niet slagen van subonderdeel 2.3 is vooral van belang of [betrokkene 2] bij de levering van de viool aan [verweerder] de viool wel of niet krachtens misdrijf onder zich had.

2.9.2 In de tweede volzin van de tweede alinea van rov. 4.7 geeft het hof te kennen dat van diefstal geen sprake is, omdat [eiseres] en [betrokkene 3] het bezit van de viool vrijwillig hebben afgestaan door deze in consignatie te geven. Hiermee brengt het hof tot uitdrukking dat ook [betrokkene 2] de feitelijk macht over de viool niet wederrechtelijk in de zin van door een misdrijf onder zich heeft verkregen. Dat oordeel is niet reeds vanwege de drie omstandigheden, die in onderdeel 2.3 worden vermeld, voor onjuist althans onvoldoende gemotiveerd te houden. Die omstandigheden zijn immers niet voldoende te achten om reeds daaruit te concluderen dat [betrokkene 2] door diefstal de feitelijke macht over de viool heeft verkregen. Dat geldt te meer, wanneer die omstandigheden worden bezien in samenhang met de volgende door het hof in rov. 4.11 genoemde omstandigheden, waarvan de juistheid niet is bestreden. In rov. 4.11 vermeldt het hof dat [eiseres] en [betrokkene 3] specifiek [betrokkene 2] hebben benaderd voor de verkoop van de viool, omdat hij beschikte over de expertise en contacten die nodig waren om de viool voor een zo hoog mogelijk prijs te verkopen. Ook vermeldt het hof in rov. 4.11 dat [betrokkene 2] directeur van [A] was. Daarop volgt een citaat uit het strafvonnis, waaruit valt af te leiden

dat [betrokkene 2] in de uitoefening van het bedrijf van de vennootschap ook daadwerkelijk een centrale positie innam. Ook wordt vermeld – onder verwijzing naar rov. 4.12 – dat er sprake was van een stille consignatie, hetgeen meebracht dat bij verkoop van de viool niet naar buiten bekend zou worden gemaakt voor wie de viool verkocht werd. Zeker tegen de achtergrond van deze in rov.4.11 vermelde omstandigheden valt niet in te zien waarom het hof reeds in de drie hierboven in 2.9 genoemde omstandigheden aanleiding had moeten vinden om te oordelen dat [betrokkene 2] zich bij de verkoop en levering op eigen naam van de viool met betrekking tot de viool schuldig zou hebben gemaakt aan diefstal in de zin van artikel 3:86 lid 3, aanhef BW jo 310 Sr. ⁶ Dit betekent intussen ook, dat subonderdeel 2.3 ook geen doel treft in het geval dat in onderdeel 3 met succes het oordeel van het hof wordt bestreden dat [betrokkene 2] zelf bij de consignatie-overeenkomst de contractuele wederpartij van [eiseres] en [betrokkene 3] is geweest.

2.10 De klacht in *subonderdeel 2.4* waarbij ervan wordt uitgegaan dat aan een bezitter geen beroep op artikel 3:119 BW toekomt bij afwezigheid van goede trouw of bij een beroep op afwezigheid van goede trouw, strandt op het volgende. Afwezigheid van goede trouw bij [verweerder] is door het hof niet vastgesteld. Bij de door het hof gevolgde weg, te weten dat [verweerder] de viool van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen, hoefde het hof aan dat thema ook geen aandacht te schenken. Verder brengt, anders dan wordt betoogd, het enkele feit dat [eiseres] een beroep op afwezigheid van goede trouw bij [verweerder] heeft gedaan, niet reeds mee dat aan artikel 3:119 BW geen werking meer toekomt. Daarbij is in aanmerking te nemen dat ingevolge artikel 3:118 lid 3 BW goede trouw vermoed wordt bij een bezitter van een goed aanwezig te zijn en dat de afwezigheid daarvan bewezen moet worden.

2.11 In *subonderdeel 2.5* wordt de door het hof in rov. 4.8 getrokken conclusie bestreden. Dat geschiedt op de grond dat het slagen van één of meer eerdere subonderdelen van onderdeel 2 meebrengt dat de conclusie niet langer opgeld doet. Ook dit subonderdeel kan [eiseres] niet baten. De veronderstelling dat één of meer eerdere subonderdelen van onderdeel 2 slagen gaat niet op.

2.12 Het voorgaande brengt mee dat ook onderdeel 2 faalt.

Onderdeel 3 en subonderdeel 5.7

2.13 Naar aanleiding van de door [verweerder] betwiste stelling van [eiseres] dat [betrokkene 2] ten aanzien van de viool niet beschikkingsbevoegd was en [verweerder] de viool dus van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen, doet het hof een onderzoek naar de juistheid van [eiseres]’s stelling. De eerste stap van dit onderzoek betreft de vraag met wie [eiseres] en [betrokkene 3] de consignatie-overeenkomst hebben gesloten: met [A] zoals [eiseres] stelt of met [betrokkene 2] zoals [verweerder] beweert? In rov. 4.11 stelt het hof met een beroep op het Kribbebijter-arrest ⁷ en de daarop voortbordurende jurisprudentie voorop dat het bij dit vraagpunt aankomt op wat partijen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden. Na vermelding van een groot aantal feiten en omstandigheden die het hof in dit verband relevant acht, komt het hof vervolgens in rov. 4.11 tot de slotsom dat [betrokkene 2] als partij bij de consignatie-overeenkomst moet worden aangemerkt. Onderdeel 3 strekt tot bestrijding van deze slotsom.

2.14 Voor zover de aangevoerde klachten inhouden dat het hof met zijn oordeel dat [betrokkene 2] als partij bij de consignatie-overeenkomst moet worden aangemerkt blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, treffen zij geen doel. Het hof heeft voor de beantwoording van de vraag of [A] dan wel [betrokkene 2] zelf als partij bij de consignatie-overeenkomst is aan te merken, een juiste maatstaf gekozen. Die maatstaf houdt inderdaad in dat het aankomt op wat partijen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en hebben mogen afleiden. ⁸ Bij het toepassen van de maatstaf geeft het hof ook geen blijk van een onjuiste opvatting over de te hanteren maatstaf. Uit de door het hof in aanmerking genomen feiten en omstandigheden blijkt dat het hof niet uit het oog heeft verloren dat in het stuk, waarin de overeenkomst is vastgelegd, als ondertekenaar [A] staat vermeld. Maar die

omstandigheid brengt rechtens niet dwingend mee dat het hof [A] als contractspartij had moeten aanmerken. Ook in die situatie laat de toepasselijke maatstaf toe dat uit de overige omstandigheden van het geval kan volgen dat een ander dan de vermelde ondertekenaar voor contractspartij is te houden. Verder valt uit de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden af te leiden dat het hof zich bij zijn oordeelsvorming heeft laten leiden door wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen hebben mogen afleiden. Verder geeft het hof ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting door mee te wegen gedragingen na het sluiten van de overeenkomst. Ook in zulke gedragingen kunnen aanwijzingen zijn gelegen omtrent hoe een eerder aangegane rechtsverhouding dient te worden opgevat, ook voor wat betreft de vraag wie als partij bij die rechtsverhouding is te beschouwen.

2.15 De vaststelling van het hof dat [betrokkene 2] zelf de wederpartij van [eiseres] en [betrokkene 3] bij de consignatie-overeenkomst is geweest, wordt verder aangevochten met motiveringsklachten. Zeker wanneer men de door het hof in aanmerking genomen feiten en omstandigheden in onderling verband beschouwd, is het niet onbegrijpelijk dat het hof tot de zojuist bedoelde vaststelling is gekomen. Uit die feiten en omstandigheden komt duidelijk naar voren dat ook voor [eiseres] en [betrokkene 3] de persoon om wie het hen bij de beoogde verkoop van de viool ging [betrokkene 2] zelf was, dat het zeker niet ongebruikelijk was dat [betrokkene 2] zichzelf naar buiten toe ook zo presenteerde en dat de betrokkenheid van de vennootschappen van [betrokkene 2] bij transacties als waarom het in casu gaat een nogal onduidelijke aangelegenheid was. In de motiveringsklachten wordt ook niet op aangevoerde of gebleken feiten en omstandigheden gewezen, die meebrengen dat het hof tot zijn vaststelling niet dan met een nadere motivering had kunnen komen. Dit geldt ook voor de in subonderdeel 3.4, sub e genoemde stelling dat de viool in handen van Möhring, werknemer van [A], is gesteld. Die stelling is niet aangevoerd met het oogmerk om daarmee aan te geven dat [eiseres] en [betrokkene 3] vanwege die omstandigheid hebben aangenomen dat zij met [A] de consignatie-overeenkomst afsloten. Het hof behoeft dan ook geen aparte aandacht aan de stelling te wijden.

Het bovenstaande brengt mee dat ook voor de aangevoerde motiveringsklachten geldt dat zij geen doel treffen.

2.16 Het hiervoor in 2.14 en 2.15 gestelde brengt mee dat het oordeel van het hof dat [betrokkene 2] zelf als contractspartij bij de consignatie-overeenkomst moet worden aangemerkt, in cassatie stand houdt. Daardoor mist betekenis hetgeen het hof aan het slot van rov. 4.11 in verband met de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] overweegt, voor het geval zou moeten worden aangenomen dat de consignatie-overeenkomst niet met hem maar [A] is afgesloten. De klacht die in subonderdeel 5.7 hiertegen wordt aangevoerd, treft daardoor reeds wegens gemis aan belang geen doel.

Onderdeel 4

2.17 Na de vaststelling dat [betrokkene 2] zelf als contractspartij bij de consignatieovereenkomst is aan te merken, gaat het hof in het kader van het onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] ten aanzien van de viool vervolgens na of die positie aan [betrokkene 2] de ruimte bood om de viool op eigen naam te verkopen. Op de in de rov. 4.12 en 4.13 vermelde gronden komt het hof tot een bevestigend antwoord. Naar het oordeel van het hof heeft [eiseres] onvoldoende bestreden de stelling van [verweerder] dat [betrokkene 2] bij de eigendomsoverdracht aan hem handelde in het kader van een stille consignatie, d.w.z. weliswaar voor rekening van [eiseres]/[betrokkene 3], maar op eigen naam. Dat wordt in onderdeel 4 bestreden.

2.18 In rov. 4.12 neemt het hof wegens onvoldoende betwisting door [eiseres] aan dat de consignatie-overeenkomst een stille consignatie betrof en daarmee een opdracht van [eiseres]/[betrokkene 3] aan [betrokkene 2] heeft ingehouden om de viool op eigen naam te verkopen ten einde zo een zo hoog mogelijke prijs voor de viool te verkrijgen. Dit oordeel is niet aangevochten. Het oordeel levert al een voldoende grondslag op om aan te nemen dat [betrokkene 2] tegenover [verweerder] dienovereenkomstig heeft gehandeld. De in subonderdeel 4.3 genoemde stellingen van [eiseres] staan aan

die aanname niet in de weg. De stille consignatie bracht immers mee dat [betrokkene 2] zich naar buiten toe niet als opdrachtnemer van een ander presenteerde. Op het voorgaande stuiten de klachten in de

subonderdelen 4.1, 4.2 en 4.3 af.

Onderdeel 5

2.19 Zoals hierboven in 1.1, sub (ii) al vermeld was in de consignatieovereenkomst de clause opgenomen: “*The above item remains the property of the above owner unless paid in full*” – (hierna kortheidshalve de eigendomsclause te noemen). In aanmerking nemend dat betaling aan [eiseres] en [betrokkene 3] van het in de consignatie-overeenkomst genoemde bedrag van \$ 2.200.000,= is uitgebleven, onderzoekt het hof in rov. 4.14 of deze clause er aan in de weg staat om bij [betrokkene 2], zoals in rov. 4.13 overwogen, uit hoofde van middellijke vertegenwoordiging beschikkingsbevoegdheid in de zin van bevoegdheid tot leveren van de eigendom aanwezig te achten op het moment dat hij de viool aan [verweerder] leverde. [eiseres] neemt op grond van uitleg van de eigendomsclause het standpunt in dat geen beschikkingsbevoegdheid kan worden aangenomen. ⁹ Onder meer omdat volgens het hof een regeling, inhoudende dat levering van de viool na verkoop ervan aan de koper pas zou kunnen geschieden na betaling door [betrokkene 2] van de door hem aan [eiseres] en [betrokkene 3] toegezegde prijs, niet erg voor de hand ligt ¹⁰, had naar het oordeel van het hof [eiseres] haar uitleg van de eigendomsclause nader moeten onderbouwen. ¹¹ Bij gebreke van die nadere onderbouwing kan, zo concludeert het hof aan het slot van rov. 4.14, niet worden aangenomen dat de eigendomsclause uit de consignatie-overeenkomst afdoet aan de bevoegdheid van [betrokkene 2] destijds om na de verkoop ook de eigendom van de viool aan [verweerder] te leveren, hoezeer er nog geen betaling aan [eiseres] en [betrokkene 3] had plaatsgevonden. Tegen deze oordeelsvorming keert onderdeel 5 zich.

2.20 In *subonderdeel 5.1* worden twee klachten aangevoerd.

In de eerste plaats wordt betoogd dat het hof heeft miskend – omwille van de duidelijkheid hier meer concreet geformuleerd – dat, nu [eiseres] voor de duiding van de aan [betrokkene 2] uit hoofde van de consignatie-overeenkomst toekomende bevoegdheden als contractspartij bij die overeenkomst een beroep doet op de inhoud van die overeenkomst, [verweerder] die inhoud slechts ter discussie heeft mogen stellen met een beroep op de wil, althans het gerechtvaardigde vertrouwen bij [betrokkene 2]. Deze op de uitleg van de consignatie-overeenkomst betrekking hebbende klacht slaagt niet. De geponeerde regel volgt niet uit de door het hof in de rov. 4.14, eerste alinea, te dezen van toepassing geachte Haviltex-uitlegnorm, terwijl verder ook niet nader wordt aangegeven waarom de geponeerde regel te dezen toch zou moeten worden aangehouden.

In de tweede plaats wordt gesteld dat [verweerder] zich (in de vorige instanties) niet erop heeft beroepen dat [betrokkene 2] en/of [A] de wil hebben gehad of er gerechtvaardigd op hebben vertrouwd dat de viool onder de consignatie-overeenkomst ook anders dan voor zover [eiseres] c.s. betaling zouden hebben ontvangen zou kunnen worden overdragen. Deze klacht mist feitelijke grondslag. Uit wat [verweerder] bijvoorbeeld in appel heeft gesteld sub 273 en 278 van diens memorie van antwoord, volgt het tegendeel van de stelling.

2.21 In *subonderdeel 5.2* wordt betoogd dat het oordeel van het hof aan het slot van rov. 4.14 dat niet kan worden aangenomen dat de eigendomsclause afbreuk doet aan de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2], onjuist is omdat het hof in weerwil van zijn verwijzing naar het Haviltex-arrest miskend heeft dat het bij de bepaling van de betekenis van die clause aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de clause mochten toekennen en te dien aanzien van elkaar mochten verwachten en in het bijzonder op wat [eiseres] in de gegeven omstandigheden uit de bewoordingen van de overeenkomst heeft afgeleid en mocht afleiden, namelijk dat zij de eigendom van de viool pas zou verliezen indien zij betaling zou hebben ontvangen.

2.21.1 Deze klacht komt erop neer dat het hof tot zijn oordeel aan het slot van rov. 4.14 is gekomen door de Haviltex-uitlegnorm niet of niet juist toe te passen. De klacht kan, naar het voorkomt, [eiseres] niet baten.

De klacht schiet al in die zin tekort dat niet nader wordt toegelicht waaruit het niet of niet juist toepassen door het hof van de Haviltex-uitlegnorm wordt afgeleid. Dat mag wel worden verlangd juist omdat het hof aan het begin van rov. 4.14 voorop stelt dat voor de uitleg van de consignatie-overeenkomst en daarmee ook van de eigendomsclausule het Haviltex-criterium tot uitgangspunt dient te worden genomen, en het hof eerder, nl. in rov. 4.12, de inhoud van dit criterium weergeeft op een wijze die overeenstemt met de weergave van het criterium in het subonderdeel.

De klacht gaat verder in ieder geval ten dele voorbij aan wat het hof in rov. 4.14 oordeelt. Het hof beoordeelt in rov. 4.14 of de uitleg die [eiseres] aan de – door hof als niet eenduidig gekenmerkte – eigendomsclausule geeft, voor juist is te houden. ¹² Die uitleg, die stoelt op de bewoordingen van de clausule, houdt in dat de clausule meebrengt dat de eigendom van de viool bij de “owner” blijft totdat deze is betaald. Een en ander blijkt uit wat [eiseres] sub 122 van haar memorie van grieven omtrent de betekenis van de clausule heeft gesteld. Die uitleg komt het hof vooralsnog niet aannemelijk voor. Die uitleg leidt immers, aldus het hof, tot een situatie – te weten levering van de viool aan de koper pas nadat [betrokkene 2] aan [eiseres]/[betrokkene 3] het bedrag van \$ 2.200.000,= heeft betaald –, waarvan niet goed voorstelbaar is dat een koper aan die constructie zou willen meewerken. Hierin valt de gedachte van het hof te lezen dat genoemde situatie en dus ook de door [eiseres] verdedigde uitleg het belang van [eiseres] en [betrokkene 3] bij verkoop van de viool schaden. Daarin ligt de rechtvaardiging voor het verlangen van het hof van een nadere onderbouwing van de door [eiseres] gestelde uitleg en voor het niet aanvaarden door het hof van die uitleg wegens onvoldoende onderbouwing. Door de door [eiseres] thans in de onderhavige procedure verdedigde uitleg van de clausule, welke uitleg op de bewoordingen van de clausule stoelt, mede aan de aannemelijkheid te toetsen geeft het hof geen blijk van een onjuiste opvatting omtrent de wijze waarop een contractuele bepaling uitgelegd dient te worden.

2.22 Aan het einde van subonderdeel 5.2 is nog de volgende klacht opgenomen: “Bovendien/althans is het oordeel van het hof dat de consignatieovereenkomst onge-clausuleerde beschikkingsbevoegdheid verleende, onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd, zoals uit de navolgende subonderdelen blijkt.” Met dit laatste wordt verwezen naar de subonderdelen 5.3 t/m 5.5.

2.22.1 Bij deze klacht valt deze kanttekening te plaatsen dat het hof in rov. 4.14 niet heeft geoordeeld dat de consignatieovereenkomst ongeclausuleerde beschikkingsbevoegdheid verleende en dat de klacht derhalve in zoverre feitelijke grondslag mist. Het hof komt in rov. 4.14 tot de slotsom dat, nu [eiseres] haar uitleg van de eigendomsclausule niet voldoende heeft onderbouwd en bijgevolg van die uitleg niet is uit te gaan, niet kan worden aangenomen dat de eigendomsclausule afdoet aan de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] tot verkoop én levering. Die bevoegdheid had het hof al in rov. 4.13 afgeleid uit de tussen [eiseres]/[betrokkene 3] en [betrokkene 2] overeengekomen middellijke vertegenwoordiging. Maar daar maakt het hof wel het voorbehoud dat die bevoegdheid slechts bestaat en is uit te oefenen binnen de tussen de lastgever (i.c. [eiseres] en [betrokkene 3]) en lasthebber (i.c. [betrokkene 2]) overeengekomen grenzen. [eiseres] stelt dat de eigendomsclausule zo’n grens oplevert. In rov. 4.14 onderzoekt het hof de juistheid van die stelling.

2.22.2 Het is intussen niet uit te sluiten dat in de subonderdelen 5.3 t/m 5.5 met de woorden ‘het oordeel van het hof’ wordt bedoeld op het oordeel dat het hof aan het slot van rov. 4.14 geeft. Om die reden wordt hierna toch nog nader bij de klachten in die subonderdelen stilgestaan.

2.23 In subonderdeel 5.3 wordt uit het oog verloren dat het hof niet reeds op grond van de bevoegdheid van [betrokkene 2] om de viool te verkopen en van de bepaling in de consignatie-overeenkomst dat [betrokkene 2] bij verkoop van de viool \$ 2.200.000,= aan [eiseres] c.s. zal betalen, aan het slot van rov. 4.14 oordeelt dat niet kan worden aangenomen dat de eigendomsclausule afdoet aan de beschikkingsbevoegdheid van [betrokkene 2] tot verkoop én levering. Daarop strandt het subonderdeel.

2.24 In *subonderdeel 5.4* worden nog drie redenen genoemd waarom het oordeel aan het slot van rov. 4.14 niet voldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Die drie redenen voeren echter niet tot de slotsom dat er sprake is van onvoldoende (begrijpelijke) motivering.

2.24.1 Wat onder a. wordt aangevoerd kan niet als een doeltreffende onderbouwing van de motiveringsklacht worden beschouwd. Hetgeen daar aan mogelijke betaalgedragingen naar voren wordt gebracht, betreft nieuwe feitelijke stellingen. Voor het opvoeren van dergelijke stellingen is in cassatie geen ruimte. Zij zijn bijgevolg niet in aanmerking te nemen.

2.24.2 Voor de onder b. gesuggereerde gang van zaken geldt hetzelfde als wat hiervoor is opgemerkt omtrent de onder a. genoemde betaalgedragingen.

2.24.3 Het onder c. gestelde geeft aanleiding tot de volgende kanttekening. Het hof heeft in het belang van [eiseres] c.s. dat gegadigden voor de viool niet worden afgehouden van koop van de viool door drempels als het ophouden van de eigendomsovergang totdat [eiseres] c.s. betaling van [betrokkene 2] hebben ontvangen, aanleiding gevonden en ook kunnen vinden om de uitleg van [eiseres] van de eigendomsclausule niet te aanvaarden wegens onvoldoende onderbouwing. Dit betreft een aan de feitenrechter voorbehouden oordeel waarvan niet gezegd kan worden dat het onbegrijpelijk is, ook niet in het licht van de onder c. gestelde waarborg. Van die waarborg kan niet worden gezegd dat die zonder meer zwaarder weegt dan het door het hof in aanmerking genomen belang. Door [eiseres] is dat bij de rechtbank en/of het hof ook niet gesteld.

2.25 In *subonderdeel 5.5* wordt ter staving van de bewering dat 's hofs oordeel aan het slot van rov. 4.14 onjuist of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is, onder (i) nog een beroep gedaan op een door [eiseres] gesteld feit en onder (ii) op een door [eiseres] ingeroepen document.

2.25.1 Het gestelde feit betreft het achterhouden door [eiseres] van het certificaat van echtheid totdat zekerheid over de betaling van de koopprijs zou zijn verkregen. Van dat feit kan niet worden gezegd dat het het oordeel van het hof onjuist doet zijn of dat het het hof tot een nadere motivering van zijn oordeel had moeten brengen.

2.25.2 Het document betreft een in oktober 2010 met betrekking tot de viool gesloten overeenkomst van koop en verkoop met daarin bepalingen dat de eigendom pas overgaat en de levering pas plaatsvindt na volledige betaling. Het document betreft dus een overeenkomst niet alleen van andere aard maar ook van latere datum dan de in geschil zijnde consignatie-overeenkomst. Deze omstandigheden brengen reeds mee dat niet kan worden gezegd dat vanwege de in het document vastgelegde overeenkomst met daarin de hiervoor genoemde bepalingen het bestreden oordeel van het hof onjuist of onvoldoende gemotiveerd is.

2.26 De klacht in *subonderdeel 5.6* strandt hierop dat uit rov. 4.14 niet valt af te leiden dat hof in die rechtsoverweging beoogt heeft voort te bouwen op het in het subonderdeel genoemde oordeel in rov. 4.12.

2.27 Voor het niet slagen van de klacht in *subonderdeel 5.7* zij verwezen naar hetgeen hierboven in 2.16 omtrent dat subonderdeel is opgemerkt.

Onderdeel 6

2.28 In *subonderdeel 6.1* wordt er over geklaagd dat het hof geen beslissing heeft gegeven ter zake van de vordering om voor recht te verklaren dat [verweerder] jegens de gemeenschap van eigenaren onrechtmatig heeft gehandeld. Die klacht stuit hierop af dat in de door het hof bereikte slotsom dat [verweerder] de viool van een beschikkingsbevoegde

[betrokkene 2] heeft verkregen en dus [eiseres], zoals het hof in rov. 4.15 overweegt, de viool ook niet van hem kan revindiceren, besloten ligt dat de gevorderde verklaring voor recht niet toewijsbaar is.

2.29 Anders dan in subonderdeel 6.2 wordt betoogd, vormt het in rov. 4.15 overwogene een voldoende motivering voor de afwijzing van de gevorderde verklaring voor recht.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Noot

1. Door eiseres te Nederland wordt een Stradivarius-viool in consignatie gegeven aan een (althans voorheen) vermaard vioolexpert te Oostenrijk, betrokkene 2, met als doel deze viool te verkopen voor \$ 2,2 miljoen. Eiseres maakt een eigendomsvoorbehoud. De expert verkoopt en overhandigt de viool aan een in Nederland woonachtige bestuurder [verweerder] van een Nederlandse stichting, zonder eiseres te betalen, terwijl verweerder de expert wel heeft betaald. De expert wordt strafrechtelijk veroordeeld voor meerdere vergrijpen, waaronder ter zake van verduistering van deze viool. Eiseres stelt een vordering tot revindicatie in tegen de uiteindelijke koper. Bij alle drie actoren speelt de discussie wie exact optreedt of heeft opgetreden (echtscheiding en vererving bij eiseres, vennootschap of directeur bij de expert en stichting of bestuurder bij de uiteindelijke koper).

2. Nu de revindicatievordering is gebaseerd op beschikkingsonbevoegdheid van betrokkene 2, oordeelt het hof dat op grond van art. 10:131 BW Nederlands recht van toepassing is. Op grond van dit artikel worden de rechtsgevolgen van de verkrijging van een zaak van een beschikkingsonbevoegde beheerst door het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich ten tijde van die verkrijging bevond. Op 26 maart 2010 hebben betrokkene 2 en verweerder een mondelinge koopovereenkomst gesloten en dezelfde dag is de viool overhandigd aan verweerder bij hem thuis in zijn Nederlandse woonplaats. De revindicatie wordt derhalve beoordeeld op grond van Nederlands recht.

3. Op grond van art. 3:84 lid 1 BW is de overdracht aan verweerder rechtsgeldig indien er sprake is van een levering krachtens geldige titel door een beschikkingsbevoegde. Op grond van art. 3:86 lid 1 BW is, ondanks gebrek aan beschikkingsbevoegdheid, de overdracht geldig indien cumulatief aan drie vereisten is voldaan: levering op grond van onder meer art. 3:90 lid 1 BW (bezitsverschaffing), overdracht anders dan om niet en een verkrijger die te goeder trouw is. Voor een succesvol beroep op revindicatie is derhalve onder meer vereist dat

(i) betrokkene 2 niet beschikkingsbevoegd was en (ii) verweerder niet te goeder trouw was.

4. Eiseres stelt dat betrokkene 2 beschikkingsonbevoegd was, onder meer op grond van het tussen eiseres en betrokkene 2 overeengekomen eigendomsvoorbehoud, zoals opgenomen in de consignatieovereenkomst (“*The above item remains the property of the above owner unless paid in full.*”). Het hof oordeelt dat op grond van art. 3:119 BW de huidige bezitter wordt vermoed rechthebbende te zijn en dat eiseres haar beter recht dient te bewijzen. De huidige bezitter kan dit vermoeden ook tegen een eerder rechthebbende/bezitter uitoefenen, zodat eiseres dit vermoeden dient te ontkrachten. Eiseres beroept zich daarbij op het eigendomsvoorbehoud. Het hof heeft daarbij niet geoordeeld over de vraag naar welk recht de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud dient te worden beoordeeld. Uit de feiten blijkt niet dat eiseres en betrokkene 2 een rechtskeuze hebben gemaakt, zodat op grond van art. 4 Rome I dient te worden bepaald welk recht van toepassing is. Als de consignatieovereenkomst dient te worden beschouwd als een koopovereenkomst, is op grond van art. 4.1.a Rome I Nederlands recht van toepassing (woonstaat eiseres). Zo niet, dan lijkt op grond van art. 4.2 Rome I Oostenrijks

recht van toepassing, nu de meest kenmerkende prestatie de verkoopopgaven van betrokkene 2 op grond van de consignatieovereenkomst lijkt te zijn. Dit laatste ligt het meest voor de hand, omdat beide partijen ervan uitgaan dat de consignatieovereenkomst de opdracht aan betrokkene 2 betreft om de viool te gaan verkopen. De consignatieovereenkomst zelf is daarmee geen koopovereenkomst. Bovendien is betrokkene 2 later op basis van deze consignatieovereenkomst een koopovereenkomst aangegaan (met zichzelf namens eisers), welke koopovereenkomst niet door eiseres lijkt te zijn betwist. Mogelijk zou toepasselijkheid van Oostenrijks recht tot een ander oordeel hebben geleid, al was het maar omdat de Haviltex-norm Nederlandse jurisprudentie betreft. Los van de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud, is tevens relevant naar welk recht de goederenrechtelijke gevolgen van dit eigendomsvoorbehoud worden beoordeeld. Op grond van art. 10:128 lid 1 BW is dit het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich op het tijdstip van levering bevindt. Op grond van art. 3:90 lid 1 BW geschiedt levering van roerende zaken, die in de macht van de vervreemder zijn, door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen. Eiseres heeft de viool verzonden naar betrokkene 2 in Oostenrijk, zodat de goederenrechtelijke gevolgen (zoals de vraag wie eigenaar is) van het eigendomsvoorbehoud tussen eiseres en betrokkene 2 naar Oostenrijks recht dienen te worden beoordeeld. Mogelijk was betrokkene 2 naar Oostenrijks recht wel beschikkingsbevoegd.

5. Het hof beoordeelt, naar Nederlands recht, het eigendomsvoorbehoud op grond van de Haviltex-norm. Relevant daarbij is onder meer dat eiseres blijkens correspondentie aan de Oostenrijkse autoriteiten ervan uit lijkt te gaan dat er sprake is van een geldige verkoop door betrokkene 2 aan verweerder. Evenmin heeft eiseres zich beklagd over het feit dat geen vooroverleg inzake de verkoop aan verweerder heeft plaatsgevonden, noch heeft zij een (plausibele) verklaring kunnen geven voor het aangaan van de consignatieovereenkomst. Tevens oordeelt het hof dat het eigendomsvoorbehoud dient te worden beoordeeld in het licht van de in de consignatieovereenkomst vermelde last aan betrokkene 2 om namens eiseres de viool te verkopen. Het hof oordeelt verder dat op grond van het Haviltex-criterium dient te worden beoordeeld of betrokkene 2 de grenzen van deze overeenkomst heeft overschreden. De overeenkomst bevat tevens de tekst "*In case of a sale we pay the owner an amount of \$ 2.200.000,-*". Uit deze tekst, alsmede uit het gebruik van een consignatieovereenkomst en uit de correspondentie tussen eiseres en de Oostenrijkse strafrechtelijke autoriteiten blijkt dat eiseres betrokkene 2 de last had gegeven om de viool te verkopen. Dit was zelfs in de vorm van een stille consignatie gegaan, zodat kopers niet zouden weten wie de verkoper was. Eiseres bevestigt bij pleidooi voor het hof dat betrokkene 2 wel bevoegd was de viool te verkopen, maar niet bevoegd was deze te leveren zolang er niet betaald was. Volgens het hof zou dit betekenen dat eiseres en betrokkene 2 er voor zouden hebben gekozen dat betrokkene 2 een koopovereenkomst tot stand zou brengen, de koopsom van koper zou incasseren, het bedrag van \$ 2,2 miljoen aan eiseres zou betalen om pas daarna de viool aan koper te leveren. Dit is volgens het hof zo weinig voorstelbaar dat het op de weg van eiseres had gelegen toe te lichten waarom deze uitleg zou moeten worden gevolgd. Bij gebreke daarvan oordeelt het hof dat het eigendomsvoorbehoud niet afdoet aan de beschikkingsbevoegdheid van betrokkene 2 op grond van de opdracht. Het hof wijst vervolgens de vordering tot revindicatie af.

6. De Hoge Raad oordeelt dat deze motivering van het hof tekortschiet. De Hoge Raad oordeelt dat de door het hof gemaakte interpretatie niet de ene mogelijkheid is. Iedere verkoop en levering waarbij de eigendom van de viool bij eiseres blijft zolang zij nog niet is betaald, zou immers rijmen met de door eiseres gegeven uitleg. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat niet valt in te zien dat de door eiseres gegeven uitleg tot een constructie zou moeten leiden waarvan niet goed voorstelbaar is dat kopers daaraan zouden willen meewerken. De Hoge Raad lijkt daarmee onder meer te doelen op een levering onder eigendomsvoorbehoud. Echter, eiseres heeft bij pleidooi voor het hof bevestigd dat betrokkene 2 wel bevoegd was de viool te verkopen, maar niet bevoegd was deze te leveren zolang er niet betaald was. Volgens eiseres was derhalve ook een levering onder eigendomsvoorbehoud niet toegestaan, aangezien dat ook een levering is. Weliswaar verkrijgt de verkrijger in dat geval een voorwaardelijk eigendom, maar de levering vindt in een dergelijk geval reeds plaats op het moment van bezitsverschaffing (HR 3 juni 2016, [ECLI:NL:HR:2016:1046](https://www.eclii.nl/HR:2016:1046)). De levering (weliswaar onder eigendomsvoorbehoud) zou daarmee plaatsvinden voordat betaling aan eiseres zou hebben plaatsgevonden, iets wat volgens eiseres niet zou zijn toegestaan maar volgens de Hoge Raad blijkbaar wel mogelijk zou moeten zijn. Het oordeel van de Hoge Raad inzake motiveringsgebrek door het hof lijkt (in het geval van levering onder eigendomsvoorbehoud door

betrokkene 2) daarmee verder te gaan dan hetgeen door eiseres in appel is gesteld. In zoverre had verwerping van de klacht meer voor de hand gelegen.

7. Bovendien lijken de (door de Hoge Raad niet nader geduide) mogelijkheden inzake een verkoop en levering waarbij de eigendom van de viool bij eiseres blijkt zolang zij nog niet is betaald, niet mogelijk op grond van een eigendomsvoorbehoud in de zin van art. 3:92 lid 2 BW. Op grond van dat artikel kan een eigendomsvoorbehoud, op straffe van nietigheid, enkel worden overeengekomen tussen vervreemder en verkrijger, terwijl het in het onderhavige geval ofwel een eigendomsvoorbehoud tussen betrokkene 2 enerzijds en verweerder anderzijds zou betreffen (hetgeen buiten het bereik van art. 3:92 lid 2 BW valt) ofwel een eigendomsvoorbehoud tussen eiseres en verweerder omdat betrokkene 2 als lasthebber voor rekening van lastgever optreedt en de overeenkomst op eigen naam aangaat (art. 7:414 lid 1 en 2 BW). In het laatste geval lijkt het echter niet goed voorstelbaar hoe het door eiseres gemaakte eigendomsvoorbehoud kan gelden jegens verweerder, aangezien verweerder niet bekend was met eiseres noch met dit voorbehoud. Weliswaar zou de last kunnen inhouden dat betrokkene 2 de viool enkel onder eigendomsvoorbehoud van eiseres zou kunnen verkopen, maar dit is niet overeengekomen en bovendien zou dat enkel een obligatoire plicht van betrokkene 2 betreffen, zonder enige goederenrechtelijke werking.

8. Wel zouden andere varianten mogelijk zijn, waarbij na levering de eigendom bij eiseres blijft totdat zij betaald is, maar die lijken alle een medewerking van eiseres te vereisen (bijvoorbeeld een rechtstreekse verkoop en levering met eigendomsvoorbehoud door eiseres aan verweerder nadat verweerder een prijs heeft afgesproken met betrokkene 2). Maar in dat geval zou betrokkene 2 een courtage van eiseres dienen te ontvangen (lees: alles boven de \$ 2,2 miljoen), welke courtage niet alleen ongebruikelijk is maar tevens tot complicaties als BTW op deze courtage zou leiden. Een dergelijke structuur wijkt bovendien behoorlijk af van de door betrokkene 2 aan eiseres gestuurde koopovereenkomst, welke door eiseres niet is betwist. Ook zou met een bankgarantie kunnen worden gewerkt, waarbij eiseres en betrokkene 2 begunstigen zijn en verweerder de volle eigendom (zonder eigendomsvoorbehoud) van de viool verkrijgt na verstrekking van een dergelijke bankgarantie. Eiseres zou daarbij de eerste \$ 2,2 miljoen kunnen ontvangen en betrokkene 2 het meerdere. Het is echter aan eiseres om aannemelijk te maken dat een dergelijke (of een geheel andere structuur) beoogd was. Tegen het standpunt van eiseres pleit het feit dat niets hierover is afgesproken en er geen vooroverleg is afgesproken. Tevens is er bewust voor stille consignatie is gekozen. Op grond van de stille consignatie zou betrokkene 2, die bekend stond als een autoriteit inzake handel in (vooral Stradivarius-)violen, vanwege zijn netwerk en reputatie een hogere verkoopprijs kunnen realiseren. Weliswaar zou nadat verweerder een (vanwege de reputatie van betrokkene 2 hoger) bod heeft gedaan, een koopovereenkomst tussen eiseres (op eigen naam) en verweerder tot stand kunnen komen, maar mogelijk zou een dergelijke constructie toch weer waarde verminderend kunnen werken (betrokkene 2 zou dan niet worden gezien als eigenaar, maar slechts als tussenpersoon). Tevens zijn eiseres en betrokkene 2 een vaste prijs van \$ 2,2 miljoen overeengekomen. Dat betekent dat indien een koper meer zou betalen, betrokkene 2 enkel \$ 2,2 miljoen betaalt aan eiseres en indien een koper minder zou betalen, betrokkene 2 ook \$ 2,2 miljoen zou betalen aan eiseres (al is niet waarschijnlijk dat betrokkene 2 met verlies zou verkopen, hij kan dan beter de opdracht neerleggen). In beide gevallen ligt het voor de hand dat de koper betrokkene 2 de koopsom betaalt en dat betrokkene 2 \$ 2,2 miljoen betaalt aan eiseres. Eiseres lijkt daarmee te hebben aanvaard dat de betaling via betrokkene 2 verliep, alsmede dat koper mogelijk niet bekend zou worden met het eigendomsvoorbehoud. Verder heeft betrokkene 2 op grond van de consignatieovereenkomst de viool zelf gekocht met een koopovereenkomst en heeft hij de viool (weliswaar reeds daarvoor) doorverkocht aan verweerder en eiseres heeft dat niet betwist. Een andere route dan het hof voor ogen had, lijkt derhalve niet geheel onmogelijk, al lijkt de tekst als door de Hoge Raad gebezigd ("iedere koop en levering waarbij de eigendom van de viool bij eiseres blijft"), ruimer over te komen dan daadwerkelijk mogelijk lijkt. Cassatie-technisch is het oordeel van de Hoge Raad echter juist, nu er (al is het slechts beperkt) mogelijk alternatieven bestaan naast de door het hof vermelde route.

9. Het verwijzingshof zal dienen af te wegen of de strijdigheid tussen het eigendomsvoorbehoud en de last aan betrokkene 2 tot verkoop impliceert dat een van beiden (eigendomsvoorbehoud of last) dient te wijken, dan wel dat partijen een vorm van levering hebben voorgestaan als hiervoor vermeld dan wel enige andere variant, waarvoor waarschijnlijk medewerking van eiseres en bekendmaking van haar naam aan koper benodigd is. Het hof heeft reeds geoordeeld dat er

sprake is van een stille consignatie, dat betrokkene 2 de viool op eigen naam zou verkopen, dat niet is bedongen dat betrokkene 2 voorafgaand aan een verkoop overleg met eiseres zou voeren en dat eiseres aan de Oostenrijkse strafrechtelijke autoriteiten heeft meegedeeld dat de viool is verkocht maar dat betaling is uitgebleven. In dit licht lijkt het niet waarschijnlijk dat het verwijzingshof zal oordelen dat partijen beoogd hadden een (meer complexe) levering met medewerking van eiseres te zullen verrichten.

10. Geheel kansloos is de vordering van eiseres echter nog niet, althans indien Nederlands recht van toepassing is op de consignatieovereenkomst. Eiseres zou alsnog de verkoopovereenkomst kunnen betwisten, waarbij betrokkene 2 namens eiseres de viool aan zichzelf heeft verkocht voor \$ 2,2 miljoen. Nu de consignatieovereenkomst geen Selbsteintritt-clausule bevatte, kon betrokkene 2 op grond van art. 7:416 lid 1 BW slechts als wederpartij van eiseres optreden bij deze verkoop indien de inhoud van de rechtshandeling zo nauwkeurig in de consignatieovereenkomst vaststaat dat strijd tussen beider belangen is uitgesloten. Eiseres kan stellen dat de rechtshandeling waartoe opdracht is verstrekt, betreft de verkoop van de viool onder eigendomsvoorbehoud, waarbij in het geval van verkoop \$ 2,2 miljoen wordt betaald. Betrokkene 2 heeft als koper dit eigendomsvoorbehoud expliciet aanvaard in de latere verkoopovereenkomst (en heeft als prijs overigens \$ 2,0 miljoen in plaats van \$ 2,2 miljoen vermeld). Het expliciet aanvaarden van het eigendomsvoorbehoud maar het tegelijkertijd bewust niet betalen van de \$ 2,2 miljoen kan worden gezien als een andere rechtshandeling dan waartoe de opdracht strekte. Eveneens ontstaat hierdoor strijd tussen de belangen van eiseres en betrokkene 2, terwijl dit met art. 7:416 lid 1 BW juist beoogd werd te voorkomen. Eiseres kan derhalve mogelijk succesvol stellen dat betrokkene 2 de grenzen van de in de consignatieovereenkomst vervatte last heeft overtreden, zodat betrokkene 2 beschikkingsonbevoegd was bij de verkoop en levering aan verweerder.

11. Mocht eiseres hierin slagen, dan kan verweerder zich verweren met de stelling dat hij te goeder trouw was. Uit de vaststaande feiten blijkt niet dat hier geen sprake van was. Echter, bijzonder is wel de koop en betaling door verweerder. Verweerder heeft namelijk betrokkene 2 bij hem thuis ontvangen en ter plekke twee violen van betrokkene 2 gekocht en overhandigd gekregen. Verweerder heeft daarvoor € 3,9 miljoen betaald, waarvan € 1,0 miljoen door betaling op de bankrekening van betrokkene 2 en € 2,9 miljoen door middel van verrekening met een schuld die betrokkene 2 aan verweerder had, welke schuld is vastgesteld op € 2,9 miljoen. Allereerst is de ontvangst thuis, de koop ter plekke van twee violen voor een aanzienlijk bedrag alsmede de overhandiging ter plekke bijzonder te noemen. Betrokkene 2 is naar het huis van verweerder getogen met deze twee violen “in de achterbak”. Mogelijk is dit gangbaar indien het Stradivarius-violen betreft, maar het lijkt aan verweerder om dat te bewijzen. Ook het ter plekke besluiten tot een dergelijke aanzienlijke investering lijkt ongebruikelijk en het lijkt aan verweerder om te bewijzen dat hij daarmee te goeder trouw heeft gehandeld. Meer bijzonder is de verrekening. Allereerst hebben betrokkene 2 en verweerder de omvang van deze schuld gezamenlijk vastgesteld, hetgeen impliceert dat dit op voorhand nog geen eenduidig bedrag was. Ten tweede lijkt alles louter mondeling te zijn geschied (althans uit de vaststaande feiten is niet gebleken dat dit schriftelijk is geschied), terwijl dit (zeker voor dergelijke bedragen) normaliter schriftelijk wordt vastgelegd, zeker in een internationale verhouding. Maar bovenal, waarom zou een privépersoon een vordering van € 2,9 miljoen op een violenhandelaar hebben? De meest voor de hand liggende reden is dat verweerder eerder zelf één of meer violen aan betrokkene 2 heeft verkocht maar dat ook daarvan betaling is uitgebleven en dat verweerder dat gecompenseerd wenste te zien. Wellicht was verweerder dus bekend met het consignatiemodel en mogelijk heeft een eigendomsvoorbehoud hem destijds ook geen soelaas geboden. Uiteraard is ook een andere verklaring mogelijk, maar een dergelijke vordering lijkt dermate ongebruikelijk dat verweerder het nodige omtrent het ontstaan van deze vordering dient te bewijzen alvorens met succes een beroep op goede trouw te kunnen doen.

E.J.H. Zandbergen, Ferm Advocaten

Voetnoten

1. Zie de conclusie van antwoord, sub 31 t/m 43 en de conclusie van dupliek, met name sub 25 t/m 68.

2. Zie met name de conclusie van dupliek, sub 124 t/m 136.
3. Zie de conclusie van antwoord sub 44 t/m 96 en de conclusie van dupliek, sub 70 t/m 122.
4. Zie Parl. Gesch. Boek 3 NBW, blz. 446. Zie verder nog: A.C. van Schaik, Rechtsgevolgen en functies van bezit en houderschap, Mon. BW deel A14, 2014, nr. 63; Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV, 2013, nr. 176; Pitlo/Reehuis en Heisterkamp, Goederenrecht, 2012, nr. 390.
5. Zie Asser/Bartels&Van Mierlo, 3-IV, 2013, nr. 436.
6. In dit verband verdient nog opmerking dat [eiseres] in haar memorie van grieven sub 122 omtrent de verwerving door [betrokkene 2] van de macht over de viool opmerkt: *“Wat de precieze toedracht was, blijkt ondertussen genoegzaam uit de stukken van het geding; te weten dat [betrokkene 2] de viool verduisterd heeft.”*
7. HR 11 maart 1977, [ECLI:NL:HR:1977:AC1877](#), NJ 1977, 521, m.nt. G.J. Scholten.
8. Zie in dit verband: Groene serie Verbintenissenrecht (Y.G. Blei Weissman), art. 6:217, aant. 2.39.3 t/m 2.39.3.3; Groene Serie Vermogensrecht (F.M. van Cassel-van Zeeland), art. 3:35, aant. 3.2.5; Asser/Hartkamp&Sieburgh, 6-III, 2014, nr. 151.
9. Zie de memorie van grieven van [eiseres], sub 122.
10. Waarschijnlijk hebben hier het hof de vrij uitvoerige beschouwingen voor ogen gestaan, die [verweerder] in met name zijn memorie van antwoord in appel, sub 271 t/m 282 en 309 t/m 324 aan de bevoegdheden onder de consignatie-overeenkomst en aan de betekenis van de eigendomsclausule heeft gewijd. Heel kort weergegeven, betoogt [verweerder] daar dat de consignatie-overeenkomst aan [betrokkene 2] een bevoegdheid tot zowel verkoop als levering verstrekke en dat de eigendomsclausule ziet op het geval dat [betrokkene 2] de viool zelf wil kopen. De eigendom blijft dan ingevolge de clausule bij [eiseres] en [betrokkene 3] zolang hij het bedrag van \$ 2.200.000,= niet aan hen heeft betaald. Tot deze uitleg komt [verweerder] mede, omdat zijns inziens een verkoop van de viool onder het voorbehoud dat de eigendom aan de koper pas kan worden geleverd nadat de door de derde verschuldigde koopprijs door [eiseres] en [betrokkene 3] daadwerkelijk is ontvangen, niet past bij de met [eiseres] en [betrokkene 3] overeengekomen stille consignatie.
11. [eiseres] wijdt aan de aan de clausule toe te kennen betekenis relatief slechts korte beschouwingen; zie memorie van grieven sub 122 en pleitnota van mr. C.B. Schutte, sub 27 t/m 32.
12. De benadering van het hof van nagaan of de door [eiseres] gestelde uitleg juist is, sluit aan op het door het hof in rov. 4.7 aangenomen uitgangspunt dat ingevolge artikel 3:119 BW [verweerder] voor rechtmatige eigenaar van de viool moet worden gehouden, totdat [eiseres] heeft aangetoond dat dat niet het geval is. Gezien dit – in cassatie tevergeefs bestreden – uitgangspunt, was het aan [eiseres] om de juistheid aan te tonen van haar door [verweerder] betwiste stellingen, dat [verweerder] de viool geleverd heeft gekregen van een beschikkingsonbevoegde [betrokkene 2] en dat die beschikkingsonbevoegdheid voortvloeide uit de clausule *“The above item remains the property of the above owner unless paid in full”*; nu die clausule inhoudt dat de eigendom van de viool pas aan [verweerder] kon worden geleverd nadat de ‘owner’(destijds [eiseres] en [betrokkene 3]) ten volle betaling had ontvangen, hetgeen ten tijde van de afgifte van de viool aan [verweerder] niet het geval was.