

Uitspraken Insolventierecht

met annotaties

ten behoeve van het onderwijs en de praktijk
verzameld door

Prof. mr. R.D. Vriesendorp

met medewerking van

mr. W. van Kesteren



Wolters Kluwer

Deventer 2023

WOORD VOORAF

De eerdere uitprakenbundels Insolventierecht (de laatste uit 2020) bleken in een belangrijke behoefte te voorzien. Niet alleen het onderwijs maar ook de praktijk is geïnteresseerd in een handzame verzameling van de volledige teksten (inclusief relevante passages van de uitspraak waartegen cassatie is ingesteld, conclusies van het OM, eventuele NJ-annotaties en soms de cassatiemiddelen) van de belangrijkste uitspraken op het terrein van het insolventierecht. Om de bundel relevant en actueel te houden, is in deze uitgave opnieuw een aantal minder relevant geworden uitspraken geschrapt en zijn de belangrijkste nieuw verschenen uitspraken toegevoegd. Om de bundel hanteerbaar te houden, is ervoor gekozen van een aantal uitspraken niet de volledige tekst maar alleen de conclusie van het OM en de uitspraak van de laatste instantie en een eventuele annotatie op te nemen. Dit is sinds 2020 een breuk ten opzichte van de voorgaande bundels, die noodzakelijk is vanwege de immer uitdijende relevante insolventierechtelijke jurisprudentie en de omvang daarvan. Voor het uiteindelijke resultaat geldt, zoals bij iedere selectie, dat keuzes gemaakt moeten worden en dat helaas niet aan ieders wensen kan worden voldaan. Door middel van een rondgang langs de docenten insolventierecht van de verschillende juridische faculteiten heb ik zoveel mogelijk rekening gehouden met de individuele wensenlijstjes van degenen die gereageerd hebben. Ook overigens sta ik graag open voor zinvolle op- of aanmerkingen.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Amsterdam/Leiden, 1 mei 2023

CHRONOLOGISCH REGISTER

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 12-1-1968	NJ 1968, 274	Ars Aequi 1968/4	Teixeira de Mattos	1
HR 10-1-1975	NJ 1976, 249		Postgiro-arrest	14
HR 10-12-1976	NJ 1977, 617		Eneca	21
HR 14-1-1983	NJ 1983, 597	Ars Aequi 1984/4	Peeters q.q./Gatzen	29
HR 8-7-1987	NJ 1988, 104	Ars Aequi 1988/3	Loeffen q.q./BMH I	36
HR 27-5-1988	NJ 1988, 964		AMRO/Den Hollander q.q.	48
HR 7-10-1988	NJ 1989, 449	Ars Aequi 1989/3	AMRO/Curatoren THB	56
HR 12-5-1989	NJ 1990, 130	Ars Aequi 1990/2	Gerritse q.q./Ontvanger;	
			Sigmacon I	66
HR 9-10-1989	NJ 1990, 286		Beklamel	85
HR 22-12-1989	NJ 1990, 661		Tiethoff q.q./NMB	91
HR 12-1-1990	NJ 1990, 662		Van der Kooi/Curatoren Van	
			Gelder Papier	97
HR 7-9-1990	NJ 1991, 52		Den Toom/De Kreek q.q.	104
HR 28-9-1990	NJ 1991, 247		Faillissement Suriname	111
HR 28-9-1990	NJ 1991, 305		De Ranitz q.q./Ontvanger	117
HR 5-10-1990	NJ 1992, 226		Breda/Antonius	140
HR 22-3-1991	NJ 1992, 214	Ars Aequi 1992/5	Loeffen q.q./BMH II	126
HR 15-11-1991	NJ 1993, 316		Depex/Curatoren Van Bergel	161
HR 22-5-1992	NJ 1992, 526		Bosselaar q.q./Interniber;	
			Montana I	152
HR 18-12-1992	NJ 1993, 169		KIN/Emmerig q.q.	156
HR 27-1-1995	NJ 1995, 579		Adjuncten P./Söderqvist q.q.	171
HR 17-2-1995	NJ 1996, 471	Ars Aequi 1995/7-8	Mulder q.q./ CLBN	200
HR 24-2-1995	NJ 1996, 472		Ontvanger/Gerritse q.q.;	
			Sigmacon II	215
HR 24-3-1995	NJ 1995, 628	Ars Aequi 1996/3	Gispen q.q./IFN	181
HR 24-3-1995	NJ 1996, 158		Crediteurenbelangen	
			Hollander's/ Rabo Domburg	188
HR 30-6-1995	NJ 1996, 554		MeesPierson/Mentink q.q.	226
HR 19-4-1996	NJ 1996, 727		Maclou/Curatoren Van	
			Schuppen	239
HR 28-6-1996	NJ 1997, 58		Bodam Jachtservice	252
HR 5-9-1997	NJ 1998, 437	Ars Aequi 1999/7-8	Ontvanger/Hamm q.q.	268
HR 24-10-1997	NJ 1999, 316		Gustafsen q.q./Mosk	296
HR 31-10-1997	NJ 1998, 258		Andeweg	261
HR 12-6-1998	NJ 1998, 727		Coral/Stalt	284
HR 4-12-1998	NJ 1999, 549	Ars Aequi 1999/4	Potharst/Serrée	306
HR 23-4-1999	NJ 2000, 158	Ars Aequi 2000/1	Van Gorp q.q./Rabo Breda	318
HR 8-2-2000	NJ 2000, 295		New Holland Belgium	330
HR 16-6-2000	NJ 2000, 578	Ars Aequi 2001/7-8	Van Dooren q.q./ABN Amro I	338
HR 17-11-2000	NJ 2001, 272		Bakker q.q./Katko	349
HR 6-6-2001	NJ 2001, 477		YVC Ijsselwerf	357
HR 19-10-2001	NJ 2001, 654		Diepstraten/Gilhuis q.q.	368
HR 21-12-2001	NJ 2005, 95	Ars Aequi 2002/11	Lunderstädt/De Kok c.s.	481
HR 21-12-2001	NJ 2005, 95	Ars Aequi 2003/2	SOBI/Hurks c.s.	495
HR 7-6-2002	NJ 2002, 608		Komdeur q.q./NN	387
HR 12-7-2002	NJ 2002, 437		Verdonk q.q./Ontvanger	379
HR 7-3-2003	NJ 2003, 429		Cikam/Siemon q.q.	398
HR 26-8-2003	NJ 2004, 549		Intercomm/UPC	424
HR 19-12-2003	NJ 2004, 293	Ars Aequi 2004/3	Curatoren Mobell/Interplan	411
HR 28-5-2004	NJ 2006, 4		De Boek/Van Gorp; Dicolor	598

Chronologisch register

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 4-6-2004	NJ 2004, 638		Y	471
HR 18-6-2004	NJ 2004, 617	Ars Aequi 2004/11	Van Galen q.q./Circle Plastics	441
HR 9-7-2004	NJ 2004, 618		Bannenberq q.q./NMB-Heller	454
HR 19-11-2004	NJ 2005, 199		ING/Gunning q.q.	513
HR 21-1-2005	NJ 2005, 249	Ars Aequi 2005/4	Funds/Curatoren Jomed I	522
HR 21-1-2005	NJ 2005, 250	Ars Aequi 2005/4	Funds/Curatoren Jomed II	548
HR 4-2-2005	NJ 2005, 362		UPC/Movieco	555
HR 13-5-2005	NJ 2005, 406	Ars Aequi 2005/11	Curatoren BaByXL/ALM	571
HR 8-7-2005	NJ 2005, 457		Van Dooren q.q./ABN Amro II	585
HR 12-8-2005	NJ 2006, 230		Groenemeijer/DC&C Payroll Services	610
HR 16-9-2005	NJ 2006, 311	Ars Aequi 2006/10	De Bont/Bannenberq q.q.	622
HvJ 2-5-2006	NJ 2010, 93; C-341/04	Ars Aequi 2006/12	Eurofood	834
HR 20-10-2006	NJ 2007, 2		Van Schilt/Jansen q.q.	650
HR 3-11-2006	NJ 2007, 155	Ars Aequi 2007/3	Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula	666
HR 8-12-2006	NJ 2006, 659		Ontvanger/Roelofsen	637
HR 8-6-2007	NJ 2007, 419	Ars Aequi 2007/8	Van der Werff q.q./BLG	682
HR 22-6-2007	NJ 2007, 520	Ars Aequi 2007/12	ING/Verdonk q.q.	702
HR 30-11-2007	NJ 2008, 91		Messbauer/Jansen q.q.; Blue Tomato	720
HR 11-7-2008	NJ 2008, 404		Van den Akker c.s./In de Veste	730
HR 5-9-2008	NJ 2008, 479		Newman c.s./Y	737
HR 19-12-2008	NJ 2009, 220		Curatoren Air Holland Charter/AHF c.s.	747
HvJ 12-2-2009	NJ 2013, 38; C-339/07		Seagon/Deko Marty	1062
HR 24-4-2009	NJ 2009, 416		Dekker q.q./Lutece	776
HR 12-6-2009	NJ 2009, 270		A	767
HR 11-9-2009	NJ 2009, 565	Ars Aequi 2010/2	Comsystems c.s./Van den End q.q.; Comsys	809
HR 18-9-2009	NJ 2009, 438		Bandel/Van den End q.q.	801
HR 30-10-2009	NJ 2010, 96		Hamm q.q./ABN Amro	845
HR 22-12-2009	NJ 2010, 273		ABN Amro/Van Dooren q.q. III	871
HR 29-1-2010	NJ 2010, 69		't W	825
HR 13-07-2010	NJ 2013, 322		Mensink q.q./OM	1159
HR 3-12-2010	NJ 2010, 653		ING/Nederend q.q.	888
HR 14-1-2011	NJ 2011, 114		Aukema q.q./Uni-Invest	901
HR 14-1-2011	NJ 2011, 366		Butterman q.q./Rabo Eindhoven	919
HR 25-2-2011	NJ 2012, 74		ING/Hielkema q.q.	935
HR 16-9-2011	NJ 2012, 89		SNS/Pasman q.q.	956
HR 23-9-2011	NJ 2012, 376		Dekker q.q./Van Schijndel	1009
CRvB 5-10-2011	RSV 2012, 30		X/UWV	933
HvJ 20-10-2011	NJ 2012, 256; C-396/09		Interedil	968
HR 16-12-2011	NJ 2012, 515		Prakke/Gips	1047
HR 3-2-2012	NJ 2012, 261		Dix q.q./ING	981
HR 23-3-2012	NJ 2012, 421		ING/Manning q.q.	1019
HR 6-4-2012	NJ 2016, 196		ASR/Achmea	1686
HR 13-7-2012	NJ 2012, 460		X/Omta q.q.	1034
HR 14-12-2012	NJ 2013, 43		X/DSW c.s.	1065
HR 1-2-2013	NJ 2013, 156		Van Leuven q.q./ING	1090
ABRvS 13-2-2013	AB 2013, 95		Curatoren Dutch Infra Tech/GS Zuid-Holland	1084
HR 12-4-2013	NJ 2013, 224		Laser Nederland/Curatoren Megapool	1119
HR 19-4-2013	NJ 2013, 291		Koot Beheer/Tideman q.q.	1131
HR 17-5-2013	NJ 2013, 292		Van Laar en Meuleman/Curatoren It's	1151

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 13-9-2013	NJ 2014, 454		Yukos II	1379
HR 1-11-2013	NJ 2014, 7		Lensink q.q./Verify	1165
HR 15-11-2013	NJ 2014, 68		Nieuwburen/Romania	1216
HR 22-11-2013	NJ 2014, 69		Autodrôme/Curatoren Autodrôme Holding	1229
HR 29-11-2013	NJ 2014, 9		Roeffen q.q./Jaya	1179
HR 20-12-2013	NJ 2014, 151		Glencore/curatoren Zalco	1274
HR 20-12-2013	NJ 2014, 152		Nationale Borg/Curatoren Zalco	1283
HR 10-1-2014	NJ 2014, 116		Curatoren Delta Digi/J	1265
HvJ 16-1-2014	RI 2014/29; C-328/12		Schmid q.q./Hertel	1199
HR 17-1-2014	NJ 2014, 61		H/Unitco	1204
HR 21-1-2014	NJ 2015, 82	Ars Aequi 2015/2	IAE/Neo River	1441
HR 24-1-2014	NJ 2014, 70		G/Ruding q.q.	1251
HR 14-2-2014	NJ 2014, 264		Feenstra q.q./ING	1329
HR 28-2-2014	BNB 2014, 100		X/Staatssecretaris van Financiën	1261
HR 7-3-2014	NJ 2014, 155		O/Stichtingen SBBW c.s.	1307
HR 21-3-2014	NJ 2015, 167		Coface/Intergamma	1485
HR 11-4-2014	NJ 2014, 203		Ontvanger/Den Besten c.s.	1311
HR 11-4-2014	NJ 2014, 309		Hertogs/curatoren Econcern	1363
HR 6-6-2014	NJ 2014, 299		Eurocommerce	1350
HR 11-7-2014	NJ 2014, 407		ABN Amro/Berzona	1372
HR 5-9-2014	NJ 2015, 22		RCI	1408
HR 26-9-2014	NJ 2015, 478		Gazprombank	1574
HR 10-10-2014	NJ 2014, 470		L	1394
HR 28-11-2014	NJ 2015, 123		Van Galen q.q./Boele c.s.	1463
HR 16-1-2015	NJ 2015, 58		T/Janowitsch van der Molen q.q.	1429
HR 6-2-2015	NJ 2015, 294		Welage q.q./Rabobank	1530
HR 6-2-2015	NJ 2017, 8		V/Bepro	1796
HR 27-2-2015	NJ 2015, 240		ING/Deuzemans Beheer	1499
HR 20-3-2015	NJ 2015, 264	Ars Aequi 2015/5	JPR/Gunning q.q.	1510
HR 5-6-2015	NJ 2015, 320		HSK/Bosma	1549
HvJ 11-6-2015	NJ 2017, 280; C-649/13		Nortel Networks	1909
HR 10-7-2015	NJ 2015, 353		Wemaro/De Bok q.q.	1562
HR 14-8-2015	NJ 2016, 263	Ars Aequi 2015/11	Glencore/Nationale Borg c.s.;	
			Zalco I	1723
HR 16-10-2015	NJ 2016, 48	Ars Aequi 2016/2	DLL/Van Logtestijn q.q.	1609
HR 16-10-2015	NJ 2016, 49		Ingwersen q.q./ICF	1628
HvJ 10-12-2015	RvdW 2016, 579; C-594/14		Kornhaas/Dithmar q.q.	1783
HR 18-12-2015	NJ 2016, 34		ABN Amro/Marell	1593
HR 18-12-2015	NJ 2016, 172		Hoeksma q.q./R.M. Trade	1646
HR 5-2-2016	NJ 2016, 187	Ars Aequi 2016/9	Rabobank/Verdonk q.q.	1665
HR 19-2-2016	NJ 2016, 200		R	1708
HR 15-4-2016	NJ 2016, 289		Van der Maas q.q./Heineken	1751
HR 3-6-2016	NJ 2016, 290	Ars Aequi 2017/9	Rabobank/Reuser	1759
HR 11-11-2016	NJ 2017, 87		Binderij Letterboer/Letterboer c.s.	1878
HR 2-12-2016	NJ 2017, 19		De Krom c.s./Van Logtestijn q.q.	1807
HR 2-12-2016	NJ 2017, 20		Poot c.s./Peters q.q.	1824
HR 2-12-2016	NJ 2017, 21		Ctac/Curatoren Free Record Shop	1847
HR 9-12-2016	NJ 2017, 2		Megalim/De Veenbloem	1787
HR 23-12-2016	NJ 2017, 27		K&H	1865
HR 10-2-2017	NJ 2018, 89		CEREC/St. Antonius	2018
HR 24-3-2017	NJ 2017, 466		Mondia/Curatoren V&D c.s.	1999
HR 24-3-2017	NJ 2018, 225		Säkapphen/Carrecon-Piguiilet	2085

Chronologisch register

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 31-3-2017	NJ 2018, 142		VKP/Curatoren Aluminium Delfzijl	2029
HR 7-4-2017	NJ 2017, 177		Jongepier q.q./Drieakker c.s.	1892
HR 14-4-2017	NJ 2017, 385		T	1925
HR 2-6-2017	NJ 2017, 453		DA Retailgroep	1950
HvJ 22-6-2017	NJ 2017, 369; C-126/16	Ars Aequi 2017/12	FNV c.s./Smallsteps	1917
HR 7-7-2017	NJ 2018, 364		PTIF/Citicorp c.s.	2125
HR 13-10-2017	NJ 2017, 454		Curatoren Eurocommerce/ Ontvanger	1978
HR 17-11-2017	NJ 2017, 439		UWV/Aukema q.q.	1936
HR 24-11-2017	NJ 2018, 289		Credit Suisse/Curator OSX	2098
HR 15-12-2017	NJ 2018, 194		Roeffen q.q./Ontvanger	2060
HR 22-12-2017	NJ 2018, 154		Boersen q.q./Pensioenfonds voor het levensmiddelenbedrijf	2046
HR 23-3-2018	NJ 2018, 290	Ars Aequi 2018/9	Credit Suisse/Jongepier q.q.	2107
HR 25-5-2018	NJ 2019, 393		Rabobank/X	2276
CBB 7-8-2018	AB 2019, 150		Curator/Minister LNV	2224
HR 28-9-2018	NJ 2019, 16		LM/Van Boven q.q.	2171
HR 26-10-2018	NJ 2018, 432		Staat/X	2142
HR 9-11-2018	NJ 2018, 464	Ars Aequi 2019/3	De Klerk q.q. c.s./Hautvast	2155
HR 23-11-2018	NJ 2019, 343	Ars Aequi 2019/1	Curatoren Eurocommerce/ Rabobank	2228
HR 21-12-2018	NJ 2019, 31		X/Van den Heuvel q.q.; Geocopter	2187
HR 18-1-2019	NJ 2019, 364		Yukos IV	2246
HvJ 6-2-2019	NJ 2020, 387; C-535/17		mr NK q.q./BNP Paribas Fortis	2399
HR 15-2-2019	NJ 2019, 91		Nieuwburen/X c.s.	2207
HR 15-3-2019	NJ 2019, 365		X/Entzinger c.s.	2263
HR 19-4-2019	NJ 2019, 438		UWV/Bewindvoerder	2290
HR 21-6-2019	NJ 2020, 16		Houtman q.q./Rabobank	2333
HR 4-10-2019	NJ 2019, 461		Curatoren Ruwaard Van Putten Ziekenhuis/X	2309
HR 15-11-2019	NJ 2020, 166		X/Y	2365
HR 17-1-2020	NJ 2020, 51		Ingwersen q.q./X	2349
HR 24-4-2020	NJ 2020, 291		X c.s./Curator c.s.	2385
HR 29-5-2020	NJ 2020, 235		FNV/Heiploeg II	2376
HR 3-7-2020	NJ 2020, 388		Rosbeek/BNP Paribas Fortis N.V.	2404
HR 13-11-2020	NJ 2021, 86		Zalco II	2410
HR 2-2-2021	NJ 2021, 323		Ovj en gehomologeerd akkoord	2558
HR 5-3-2021	NJ 2021, 320		X en Y/mr. A q.q.	2543
HR 26-3-2021	NJ 2021, 128		Schuldenaar/Schuldeiser	2471
HR 9-4-2021	NJ 2021, 214		Van Dooren q.q./Holding	2481
HR 4-6-2021	NJ 2021, 233		Gem. Ridderkerk/Heijnen q.q.	2513
HR 9-7-2021	NJ 2021, 375		Eisers/Lonis q.q.; Mobile Services	2581
HR 24-9-2021	NJ 2022, 16		Prejudiciële vraag slotuitdelingslijst WSNP	2635
HvJ 25-11-2021	NJ 2022, 283; C-25/20		Curator Alpine Bau	2731
HR 24-12-2021	NJ 2022, 49		Berckheijde/Curatoren PaperlinX	2655
HR 28-1-2022	NJ 2022, 50		RFH/Wittekamp q.q.	2670
HR 25-2-2022	NJ 2022, 150		BV X/Pensioenfonds Horeca & Catering	2688
HvJ 28-4-2022	NJ 2022, 272; C-237/20		FNV/Heiploeg	2719

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 3-6-2022	NJ 2022, 314		UWV/Curator	2780
HR 1-7-2022	NJ 2022, 291		Rabobank/Ten Berge q.q.	2740
HR 15-7-2022	NJ 2022, 367		Verzoekers/Rompelberg q.q.	2799
HR 24-2-2023	RvdW 2023, 269		Reiziger q.q./Brogema	2839
HR 24-3-2023	RvdW 2023, 375		WSNP - materieel en formeel einde	2866
HR 21-4-2023	NJ 2023, 160		De Bok q.q./R & J	2816

Nr. 274

HR (CIVIELE KAMER)

12 januari 1968

(De Jong, Wiarda, Hulsmann, Dubbink, Beekhuis; A-G mevr. Minkenhof)
m.nt. H. Drion

(BW art. 625; BW art. 626; BW art. 627; BW art. 628; BW art. 629; BW art. 630; BW art. 631; BW art. 632; BW art. 633; BW art. 634; BW art. 635; BW art. 636; BW art. 637; BW art. 638; BW art. 1902; Fw art. 213; Fw art. 214; Fw art. 215; Fw art. 216; Fw art. 217; Fw art. 218; Fw art. 219; Fw art. 220; Fw art. 221; Fw art. 222; Fw art. 223; Fw art. 224; Fw art. 225; Fw art. 226; Fw art. 227; Fw art. 228; Fw art. 229; Fw art. 230; Fw art. 231; Fw art. 232; Fw art. 233; Fw art. 234; Fw art. 235; Fw art. 236; Fw art. 237; Fw art. 238; Fw art. 239; Fw art. 240; Fw art. 241; Fw art. 242; Fw art. 243; Fw art. 244; Fw art. 245; Fw art. 246; Fw art. 247; Fw art. 248; Fw art. 249; Fw art. 250; Fw art. 251)

Stelplicht en bewijslast bij revindicatie van roerend goed. Vereiste voor toewijzing van zodanige rechtsvordering. Eigendom van certificaten die deel uitmaken van een algemene effectenvoorraad. Paritas creditorum, door bewindvoerders bij surséance van betaling in acht te nemen.

Het Hof heeft vastgesteld dat de door eisers in open bewaargeving gegeven vier certificaten Nillmij, waarvan de nummers hun onbekend zijn, door Teixeira zonder nummernotering in haar telkens wisselende effectenvoorraad zijn opgenomen met het gevolg dat niet is vast te stellen of de vier thans in de algemene effectenvoorraad aanwezige certificaten Nillmij de destijds door eisers in open bewaargeving gegeven stukken zijn of andere. Waar het Hof voorts tot uitdrukking heeft gebracht, dat niet is gebleken dat Teixeira de vier thans aanwezige certificaten Nillmij voor eisers is gaan houden, ontbreken de voorwaarden voor toewijzing van de door eisers ingestelde revindicatie. Niet van belang is, dat Teixeira krachtens de overeenkomsten van open bewaargeving gehouden was bij vervreemding van de in bewaring genomen certificaten Nillmij andere certificaten Nillmij te verwerven en deze voor eisers te gaan houden. Terecht heeft het Hof beslist, dat de vier aanwezige certificaten Nillmij moeten gelden als eigendom van Teixeira, nu deze deel uitmaken van de algemene effectenvoorraad van Teixeira, welke ook m.b.t. de onderhavige soort stukken voortdurend aan wisseling onderhevig is geweest, en nu t.a.v. deze certificaten niet is kunnen worden vastgesteld dat zij dezelfde zijn als de door eisers in bewaring gegeven stukken en evenmin dat Teixeira deze is gaan houden voor eisers, hetzij voor ieder van hen afzonderlijk hetzij voor hen tezamen.

Na verlening van de surséance van betaling zouden de bewindvoerders tekort doen aan de door de wet voorgeschreven gelijke behandeling van alle concurrente crediteuren, indien ze zouden vaststellen welke der vier in

de boedel van Teixeira aanwezige certificaten Nillmij aan elk der eisers toekomen en aan hen moeten worden uitgeleverd, daar zij dan een gedeelte van de in de boedel aanwezige goederen, welke tot gemeenschappelijke waarborg van alle schuldeisers strekken, ten goede zouden doen komen aan enkele van die schuldeisers afzonderlijk.¹

1. A. Mulder, te Stadskanaal,
2. J.W. Peijnenburg, te Geldrop,
3. F. Drucker, te Amsterdam, eisers tot cassatie van een tussen pp. gewezen arrest van het Hof te Amsterdam van 20 april 1967, adv. Mr. A.G. Maris, tegen
 1. de comm. venn. Gebr. Teixeira de Mattos, te Amsterdam,
 2. Mr. R. Korthals Altes, te Amsterdam,
 3. H.M. Burghard, te Bussum, sub 2 en 3 in zijn hoedanigheid van bij beschikking van de Rb. te Amsterdam van 4 nov. 1966 benoemde bewindvoerder in de aan sub 1 genoemde vennootschap verleende surséance van betaling, verweerders in cassatie, adv. Mr. L.D. Pels Rijcken.

Hoge Raad:

O. dat uit het bestreden arrest en de stukken van het geding blijkt:

dat eisers tot cassatie en verweerders in cassatie bij onderhandse overeenkomst zijn overeengekomen na te melden geschillen bij wege van prorogatie voor te leggen aan het Hof te Amsterdam;
dat eisers tot cassatie ingevolge deze overeenkomst bij exploit van 16 jan. 1967 de verweerders hebben gedagvaard voor het Hof te Amsterdam en hebben doen stellen en concluderen:

'dat eiser sub 1 — Mulder — op of omstreeks 23 juli 1964 aan ged. sub 1 — verder Teixeira te noemen — in open bewaring heeft gegeven een hem in eigendom toebehorend certificaat Nillmij met een nominale waarde van een duizend gulden;
dat eiser sub 2 — Peijnenburg — op of omstreeks 30 sept. 1964 aan Teixeira in open bewaring heeft gegeven drie hem in eigendom toebehorende certificaten Nillmij, elk met een nominale waarde van duizend gulden;
dat op de rechtsverhouding van pp. toepasselijk zijn de Algemene Voorwaarden van Teixeira, die voor zover te dezen van belang het navolgende inhouden:

'De bank verplicht zich, ervoor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke van de cliënten onder de bank zelf berusten, voor de iedere client afzonderlijk vaststaan.

Zij verantwoordt die nummers aan de client t.a.v. effecten, welke aan uittoting onderhevig zijn of waarbij aan bepaalde nummers speciale rechten zijn verbonden en t.a.v. de overige effecten, indien de client dit verzoekt;'

1 Zie noot onder het arrest. (Red.)

dat gebleken is, dat Teixeira voormelde verplichting voor wat certificaten Nillmij betreft niet is nagekomen en ook op andere wijze de nummers van de stukken waartoe eisers Mulder en Peijnenburg gerechtigd zijn, niet zijn vast te stellen;

dat aan Teixeira bij beschikking van de Rb. te Amsterdam van 31 mei 1966 voorlopig surseance van betaling is verleend met benoeming van gedaagden sub 2 en 3 tot bewindvoerders;

dat zich toen nog onder berusting van Teixeira bleken te bevinden certificaten Nillmij met een nominale waarde van in totaal vier duizend gulden, te weten de nummers 657 - 2379 - 2753 en 2799 ad f 1 000 elk; dat Mulder en Peijnenburg de enige klanten zijn van Teixeira, die gerechtigd zijn tot voormelde certificaten Nillmij, zodat zij elk de hun toekomende stukken zouden kunnen ontvangen en zij daarop ook recht hebben;

dat de zich thans in de boedel bevindende stukken of wel de destijds door Mulder en Peijnenburg aan Teixeira in bewaring gegeven stukken zijn, of wel stukken die door Teixeira daarvoor in de plaats moesten worden en in de plaats zijn gesteld, zodat Teixeira deze stukken voor Mulder en Peijnenburg moest gaan houden en is gaan houden;

dat Mulder en Peijnenburg derhalve of wel resp. eigenaar zijn van een certificaat van een duizend gulden nominaal en drie certificaten van een duizend gulden nominaal der nog aanwezige stukken, of wel gezamenlijk als eigenaar moeten worden beschouwd van elk der aanwezige stukken, zodat gedaagden gehouden zijn die aan hen uit te leveren;

dat Mulder en Peijnenburg subsidiair stellen dat de zich thans in de boedel bevindende stukken in ieder geval geen eigendom zijn van Teixeira, daar zij die nimmer voor zich zelf mocht gaan houden en ook niet is gaan houden;

dat derhalve reeds de omstandigheid dat Mulder en Peijnenburg mogelijk eigenaar casu quo mede-eigenaar zijn van de zich nog onder berusting van Teixeira bevindende stukken, met zich brengt dat gedaagden niet het recht toekomt om afgifte daarvan aan Mulder en Peijnenburg gezamenlijk te weigeren, nu zij de enigen zijn die dergelijke aanspraken tegenover gedaagden doen gelden;

dat Mulder en Peijnenburg uiterst subsidiair stellen, dat gedaagden alsnog verplicht en in staat zijn ervoor te zorgen dat de nummers van de bedoelde stukken voor ieder van hen afzonderlijk komen vast te staan en alsdan gehouden zijn de aan ieder van hen toekomende stukken uit te leveren;

dat Peijnenburg voorts op of omstreeks 26 nov. 1964 aan Teixeira heeft opgedragen, welke opdracht op die datum door Teixeira is aanvaard, voor hem te kopen 80 claims AMEV (NV Algemene Maatschappij tot Exploitatie van Verzekeringsmaatschappijen) en om met gebruikmaking van die claims voor hem in te schrijven op f 2 000 nominaal nieuwe niet royeerbare certificaten AMEV, ter uitvoering van welke opdracht Teixeira op 25 nov. 1964 80 claims AMEV heeft gekocht en op 9 dec. 1964 door middel van deze claims f 2 000 no-

minaal certificaten AMEV als hiervoren omschreven voor Peijnenburg uit inschrijving heeft verworven; dat van die certificaten f 1000 nominaal weer door Teixeira in opdracht van Peijnenburg is verkocht;

dat Peijnenburg voorts op of omstreeks 12 juli 1965 door verwisseling van stockdividenden door bemiddeling van Teixeira nog een certificaat AMEV van f 50 heeft verkregen;

dat eiser sub 3 — Drucker — op of omstreeks 24 juli 1964 aan Teixeira in open bewaring heeft gegeven f 2 000 nominaal hem in eigendom toebehorende certificaten AMEV;

dat op de rechtsverhouding van pp. toepasselijk zijn de Algemene Voorwaarden van Teixeira die voor zover te dezen van belang het navolgende inhouden:

'De bank verplicht zich, ervoor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke van de klanten onder de bank zelf berusten, voor iedere klant afzonderlijk vaststaan. Zij verantwoordt die nummers aan de klant t.a.v. effecten, welke aan uitloting onderhevig zijn of waarbij aan bepaalde nummers speciale rechten zijn verbonden en t.a.v. de overige effecten, indien de klant dit verzoekt;'

dat gebleken is, dat Teixeira voormelde verplichting voor wat de onderhavige stukken betreft niet is nagekomen en ook op andere wijze de nummers van de stukken waartoe eisers Peijnenburg en Drucker gerechtigd zijn, niet zijn vast te stellen;

dat er behalve Peijnenburg en Drucker nog andere klanten van Teixeira zijn, die gerechtigd zijn tot certificaten AMEV als hiervoor bedoeld, t.a.v. welke stukken evenmin kan worden vastgesteld op welke nummers zij recht hebben;

dat zich echter in de boedel nog slechts f 650 nominaal certificaten AMEV als hiervoor bedoeld bevinden, ten aanzien waarvan niet is gebleken dat een of meer klant/clienten van Teixeira afzonderlijk daartoe gerechtigd is/zijn;

dat Teixeira voormelde certificaten derhalve is gaan houden voor alle voornoemde bedoelde rechthebbenden gezamenlijk, zodat deze rechthebbenden gezamenlijk eigenaars van die certificaten zijn geworden; dat dientengevolge Peijnenburg en Drucker gerechtigd zijn om tezamen met de overige rechthebbenden op de nog aanwezige certificaten van AMEV als vorenbedoeld, de afgifte van die stukken te vorderen;

dat Peijnenburg en Drucker subsidiair stellen, dat de nog aanwezige stukken in ieder geval geen eigendom zijn van Teixeira, daar zij die nimmer voor zich zelf mocht gaan houden en ook niet is gaan houden;

dat derhalve reeds de omstandigheid, dat Peijnenburg en Drucker mogelijk eigenaar casu quo mede-eigenaar zijn van de zich nog onder berusting van Teixeira bevindende stukken, met zich brengt dat gedaagden niet het recht om afgifte daarvan aan Peijnenburg en Drucker en de overige klanten van Teixeira die mogelijk eigenaar casu quo mede-eigenaar van die stukken zijn, te weigeren, indien Peijnenburg en Drucker die afgifte gezamenlijk met die overige klanten zouden vorderen;

met vordering en conclusie dat het den Hove behage:

I. gedaagden te veroordelen om aan Mulder uit te leveren een certificaat Nillmij met een nominale waarde van een duizend gulden en aan Peijnenburg uit te leveren drie certificaten Nillmij, met een nominale waarde van een duizend gulden elk; althans aan Mulder en Peijnenburg gezamenlijk uit te leveren de zich nog in de boedel bevindende certificaten Nillmij nummers 657 - 2379 - 2753 en 2799 ad f 1 000 elk; althans om vast te stellen welke van voormelde nummers toekomen aan Mulder en Peijnenburg, met veroordeling aan ieder hunner het/de hem/hun toekomende stuk/stukken uit te leveren;

II. te verklaren voor recht dat Peijnenburg en Drucker gerechtigd zijn om tezamen met de andere rechthebbenden op de nog aanwezige f 650 nominaal certificaten AMEV afgifte van die stukken te vragen; dat het Hof na verweer van de gedaagden de ingestelde vorderingen heeft afgewezen na te hebben overwogen — voor zover thans van belang —:

2. 'dat ingevolge de voormelde akte van prorogatie bij conclusie van eis overeenkomstig de dagvaarding aan 's Hofs oordeel zijn onderworpen:

I. het in de eerste twaalf alinea's van het lichaam der dagvaarding omschreven geschil tussen Mulder en Peijnenburg enerzijds en Teixeira en verweerders sub 2 en 3, verder te noemen de bewindvoerders, anderzijds met de daaraan in het petium sub I der dagvaarding verbonden vordering;

II. het in de volgende twaalf alinea's van het lichaam der dagvaarding omschreven geschil tussen Peijnenburg en Drucker enerzijds en Teixeira en de bewindvoerders anderzijds met de daaraan in het petium sub II der dagvaarding verbonden vordering;

4. 'dat in beide geschillen tussen pp. de volgende feiten en omstandigheden vaststaan, met dien verstande, dat deze, voor zover betrekking hebbende op certificaten Nillmij, meer in het bijzonder van belang zijn voor de beslissing van het sub I vermelde geschil, en voor zover betrekking hebbende op certificaten AMEV in claims of stockdividenden daarvan, meer in het bijzonder van belang zijn voor de berechting van het sub II vermelde geschil:

Mulder heeft op of omstreeks 23 juli 1964 aan Teixeira in open bewaring gegeven een hem in eigendom toebehorend certificaat Nillmij met een nominale waarde van f 1 000, en Peijnenburg heeft op of omstreeks 30 sept. 1964 drie hem in eigendom toebehorende certificaten Nillmij, elk met een nominale waarde van f 1 000 aan Teixeira in open bewaring gegeven.

Peijnenburg heeft op of omstreeks 26 nov. 1964 aan Teixeira opgedragen, welke opdracht op die datum door Teixeira is aanvaard, voor hem te kopen 80 claims AMEV, en met gebruikmaking daarvan voor hem in te schrijven op f 2 000 nominaal nieuwe niet roeyerbare certificaten AMEV, ter uitvoering van welke opdracht Teixeira op 26 nov. 1964 80 claims AMEV heeft gekocht en op 9 dec. 1964 door middel van deze claims f 2 000 nominaal certificaten AMEV uit inschrijving verkregen. Op 24 nov. 1965 heeft Teixeira in opdracht van Peijnenburg f 1 000 nominaal certificaten AMEV verkocht. Ingevolge verwis-

seling van stockdividenden door bemiddeling van Teixeira kreeg Peijnenburg op 12 juli 1965 nog recht op een certificaat AMEV ter nominale waarde van f 50. Drucker heeft op of omstreeks 24 juli 1964 aan Teixeira in open bewaring gegeven f 2 000 nominaal hem in eigendom toebehorende certificaten AMEV.

De nummers van de vorenbedoelde certificaten Nillmij en AMEV zijn onbekend en niet meer te achterhalen. Op 31 mei 1966 is door de Rb. te Amsterdam aan Teixeira voorlopig — en op 4 nov. 1966 definitief voor de tijd van anderhalf jaar, — surseance van betaling verleend met benoeming van de gedaagden sub 2 en 3 tot bewindvoerders.

Tussen 23 juli 1964 en 31 mei 1966 heeft Teixeira in haar bankiersbedrijf ook ingevolge overeenkomsten, door haar aangegaan met of in opdracht van andere klanten dan Mulder en Peijnenburg, certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk onder zich gekregen. Eveneens heeft Teixeira tussen 24 juli 1964 en 31 mei 1966 ook ingevolge overeenkomsten door haar aangegaan met of in opdracht van andere klanten dan Peijnenburg en Drucker, certificaten AMEV onder zich gekregen.

Volgens de tot 1 jan. 1966 op de rechtsverhouding tussen Teixeira en haar klanten toepasselijke Algemene Voorwaarden was Teixeira, — behoudens hier niet ter zake zijnde uitzonderingen — niet verplicht er voor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke zij voor klanten onder zich had, voor iedere client afzonderlijk vaststonden, en het tegendeel was door Mulder, Peijnenburg of Drucker niet bedongen. Sinds 1 jan. 1966 was Teixeira ingevolge wijziging der Algemene Voorwaarden wel daartoe verplicht, doch op 31 mei 1966 had zij aan die verplichting slechts voldaan voor wat betreft de onder haar berustende obligaties.

Tot 1 jan. 1966 plachten alle effecten, welke Teixeira ingevolge overeenkomsten met of voor klanten onder zich had of kreeg, evenals alle effecten, die zij ingevolge transacties voor eigen rekening bezat of verwierf, opgeborgen en bewaard te worden in haar kluis, zonder dat — behoudens in hier niet ter zake doende uitzonderingsgevallen — in de administratie van Teixeira enige aantekening was gesteld of op de stukken enige aanwijzing was gevoegd of aangebracht waaruit kon worden afgeleid dat zij bepaalde effecten voor bepaalde klanten onder zich had.

Behoudens voor wat betreft de obligaties bleef deze toestand ook na 1 jan. 1966 ongewijzigd voortbestaan. Uit de aldus aangehouden algemene voorraad leverde Teixeira geregeld effecten af aan haar klanten, die zulks verlangden en daarop uit hoofde van bewaargave of door bemiddeling van Teixeira tot stand gekomen transacties aanspraak konden maken, terwijl anderzijds door Teixeira geregeld ook effecten, die zij ingevolge overeenkomsten met of voor haar klanten of ingevolge transacties voor eigen rekening onder zich kreeg, aan die voorraad werden toegevoegd. Aldus had Teixeira een steeds wisselende effectenvoorraad ter waarde van vele miljoenen guldens onder zich. Dit was ook op 31 mei 1966 het geval. Op die datum be-

vonden zich in bedoelde voorraad vier certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk, onderscheidenlijk genummerd 657, 2379, 2753 en 2799, en niet meer dan f 650 nominale waarde certificaten AMEV. Buiten Mulder en Peijnenburg kan geen andere client van Teixeira aanspraak op uitlevering van certificaten Nillmij maken. Behalve Peijnenburg en Drucker zijn er nog andere clienten van Teixeira die aanspraak op uitlevering van certificaten AMEV kunnen doen gelden. Op 31 mei 1966 had Teixeira ook van allerlei andere effecten veel minder in voorraad dan op uitlevering waarvan clienten aanspraak konden maken, en beschikte zij over onvoldoende andere middelen om aan haar verplichtingen te voldoen.

5. 'O, thans meer in het bijzonder aangaande het geschil over de certificaten Nillmij (geschil I):

6. 'dat Mulder en Peijnenburg hebben gesteld dat de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij of wel de destijds door hen aan Teixeira in open bewaring gegeven stukken zijn of wel stukken die door Teixeira daarvoor in de plaats moesten worden en in de plaats zijn gesteld, zodat Teixeira deze stukken voor Mulder en Peijnenburg moest gaan houden en is gaan houden, en zij derhalve of wel onderscheidenlijk eigenaar zijn van een en drie der aanwezige certificaten Nillmij of wel gezamenlijk als eigenaar moeten worden beschouwd van elk der nog aanwezige stukken;

7. 'dat volgens de vaststaande feiten de door Mulder en Peijnenburg in open bewaring gegeven certificaten Nillmij, waarvan de nummers hun onbekend zijn, door Teixeira zonder nummernotering — waartoe zij trouwens tot 1 jan. 1966 niet verplicht was — in haar — telkens wisselende — algemene effectenvoorraad zijn opgenomen, met het gevolg dat niet is vast te stellen of de vier thans nog in de algemene voorraad aanwezige certificaten Nillmij de destijds door Mulder en Peijnenburg in open bewaring gegeven stukken zijn of andere;

dat, nu voorts vaststaat dat Teixeira er ten tijde dat aan haar surseance van betaling werd verleend met betrekking tot effecten als de onderhavige nog niet toe was overgegaan om bepaalde nummers in haar administratie te stellen op naam van bepaalde clienten, zich niet het geval voordoet dat Teixeira van de vier aanwezige certificaten Nillmij een bepaald certificaat voor Mulder en de overige drie voor Peijnenburg is gaan houden;

dat naar 's Hof's oordeel reeds uit het vorenstaande volgt dat de primaire stelling van Mulder en Peijnenburg, dat zij ieder voor zich eigenaar zijn van onderscheidenlijk een en drie der aanwezige certificaten Nillmij, moet worden verworpen;

8. 'dat ook hun subsidiaire stelling, dat zij gezamenlijk als eigenaar van elk der nog aanwezige stukken moeten worden beschouwd, door het Hof niet als juist kan worden aanvaard;

dat toch vooreerst niet gezegd kan worden dat de rechtsbetrekkingen waarin Teixeira krachtens overeenkomsten van open bewaargeving of krachtens haar verstrekte en door haar uitgevoerde opdrachten tot elk harer clienten afzonderlijk — gelijk ook tot Mulder en

Peijnenburg afzonderlijk — stond, meebrachten dat Teixeira de effecten, welke zij ingevolge die rechtsbetrekkingen onder zich kreeg, voor de betrokken clienten tezamen — tussen welke onderling geen rechtsband bestaat — moest gaan houden en hen daarvan aldus mede-eigenaar diende te maken, zo zij er niet toe overging voor iedere client afzonderlijk bepaalde effecten te reserveren;

dat — dit in aanmerking genomen en voorts dat Teixeira in verband met haar verplichtingen jegens clienten, die effecten van haar te vorderen hadden, te allen tijde gehouden was er voor te zorgen dat haar effectenvoorraad in overeenstemming was met de aanspraken van haar clienten — de omstandigheid dat in de algemene voorraad van Teixeira vier certificaten Nillmij zijn aangetroffen, dus juist zoveel als er behoren te zijn in verband met de aanspraken van Mulder en Peijnenburg, die de enige clienten zijn die aanspraak op uitlevering van zodanige stukken kunnen maken, onvoldoende is om daaruit te concluderen dat Teixeira bedoelde stukken voor Mulder en Peijnenburg gezamenlijk hield;

dat zulk een conclusie te minder gerechtvaardigd voorkomt, nu vorenbedoelde algemene voorraad een telkens wisselende was en daarin ook door Teixeira voor eigen rekening gekochte effecten werden opgenomen;

dat Mulder en Peijnenburg nog wel hebben betoogd dat niet kan worden aanvaard dat de vier aanwezige certificaten Nillmij eigendom zijn van Teixeira, daar zij die nimmer voor zich zelf mocht gaan houden en ook niet is gaan houden, doch het Hof ook dat betoog verwierpt;

dat immers, nu bedoelde effecten, die niet als eigendom van anderen dan Teixeira zijn te identificeren, deel zijn gaan uitmaken van haar algemene voorraad, aangenomen moet worden dat zij rechtens eigendom van Teixeira zijn geworden;

9. 'dat uit het vorenverwogene volgt dat noch de primaire vordering van Mulder en Peijnenburg, strekkende tot uitlevering van een certificaat Nillmij aan Mulder en drie aan Peijnenburg, noch hun subsidiaire vordering, strekkende tot uitlevering van de vier aanwezige certificaten Nillmij aan hen gezamenlijk voor toewijzing vatbaar is;

10. 'dat Mulder en Peijnenburg meer subsidiair nog hebben gevorderd dat Teixeira en de bewindvoerders alsnog zullen vaststellen, welke der vier in de boedel van Teixeira aanwezige certificaten Nillmij aan hen onderscheidenlijk toekomen en aan hen moeten worden uitgeleverd, doch ook deze vordering moet worden afgewezen, omdat de Faillissementswet blijkens het bepaalde onder meer in de artt. 233 en 242 zich er tegen verzet, dat tijdens de surseance van betaling bepaalde concurrente crediteuren bevoordeeld worden, zodat van bewindvoerders, die niet in de laatste plaats voor de belangen der gezamenlijke crediteuren van Teixeira hebben te waken, niet kan worden gevergd dat zij ten nadele der overige crediteuren aan zodanige toewijzing en uitlevering medewerken;

11. 'dat aldus de eis van Mulder en Peijnenburg in al zijn onderdelen moet worden afgewezen, en voor hen slechts een verbintenisrechtelijke aanspraak op de boedel van Teixeira overblijft;
 12. 'O. thans meer in het bijzonder aangaande de certificaten AMEV, die het onderwerp van geschil II uitmaken;
 13. 'dat Peijnenburg en Drucker in dit geschil voor recht wensen te zien verklaard, dat zij samen met een andere – niet nader door hen aangeduide – rechthebbende gerechtigd zijn om afgifte van de f 650 nominaal certificaten, die op 31 mei 1966 nog in de boedel van Teixeira aanwezig waren te vragen;
 14. 'dat ook deze f 650 certificaten in de steeds wisselende effectenvoorraad bij Teixeira zijn aange troffen, zonder dat blijkt van enige band met door bemiddeling van Teixeira voor enige bepaalde client in certificaten van die soort verrichte transacties;
 15. 'dat hier geen enkele reden bestaat om aan te nemen, dat Teixeira deze f 650 certificaten voor Peijnenburg en Drucker en een andere gerechtigde samen heeft gehouden, verwijzende het Hof te dien aanzien mutatis mutandis naar het in geschil I overwogene;
 16. 'dat derhalve de vordering van Peijnenburg en Drucker eveneens moet worden afgewezen, nog daargelaten of een rechtsverklaring mede ten behoeve van een niet genoemde derde overigens zou kunnen worden toegewezen;';
- O. dat Mulder, Peijnenburg en Drucker de navolgende middelen van cassatie tegen 's Hof's arrest hebben aan gevoerd:

I Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet inachtneming nietigheid meebrengt, in het bijzonder van de artt. 555, 567, 575, 585, 586, 588, 589, 590, 591, 592, 594, 596, 598, 599, 604, 605, 625, 627, 628, 629, 630, 631, 634, 639, 640, 662, 667, 668, 1177, 1178, 1179, 1349, 1355, 1374, 1375, 1377, 1731, 1732, 1743, 1745, 1749, 1751, 1752, 1753, 1754, 1756, 1757, 1762, 1764, 1829, 1834, 1836, 1837, 1839, 1840, 1844, 1902, 1952, 1958, 1959 en 2014 BW, 1, 38, 76, 77, 78, 79, 83, 85a, 240 en 241 K., 213, 218, 228, 230, 231, 232, 233, 240 en 242 Faillissementswet, 48, 59, 329 en 331 Rv., 20 Wet RO en 175 Grondwet, door te overwegen t.a.v. de vordering van Mulder en Peijnenburg en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormeld arrest is omschreven, ten onrechte,

1 omdat, nu vaststaat, dat Mulder aan Teixeira een hem in eigendom toebehorend certificaat Nillmij met een nominale waarde van f 1 000 en Peijnenburg aan Teixeira drie zodanige certificaten in open bewaring heeft gegeven, dat zich op 31 mei 1966 in de effectenvoorraad van Teixeira vier certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk bevonden, dat buiten Mulder en Peijnenburg geen andere client van Teixeira aanspraak kan maken op uitlevering van certificaten Nillmij, en nu, gelijk Mulder en Peijnenburg hebben gesteld, de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij of wel de destijds door hen aan

Teixeira in open bewaring gegeven stukken of wel stukken die door Teixeira daarvoor in de plaats moesten worden en/of in de plaats zijn gesteld, zodat Teixeira deze stukken voor Mulder en Peijnenburg moest gaan houden, en nu Teixeira na 1 jan. 1966 verplicht was en is ervoor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van effecten, welke van de clienten onder de bank zelf berusten, voor iedere client afzonderlijk vaststaan, en nu Teixeira in verband met haar verplichtingen jegens clienten, die effecten van haar te vorderen hadden, te allen tijde gehouden was ervoor te zorgen, dat haar effectenvoorraad in overeenstemming was met de aanspraken van haar clienten, en nu niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist certificaten Nillmij voor eigen rekening heeft verkregen, en het tegendeel zelfs tussen pp. vaststaat, en nu niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist t.a.v. de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij als heer en meester beschikt heeft, naar recht en redelijkheid, mede gelet op de verplichtingen van de bewaarner als bedoeld in de artt. 1751, 1752, 1753, 1754, 1756, 1757 en 1758 BW, anders dan het Hof aanneemt, op Teixeira de stelplicht en/of de bewijslast rust, dat de bedoelde vier certificaten haar eigendom zijn en/of dat zij niet eigendom zijn van Mulder – een – en Peijnenburg – drie – althans van hen gezamenlijk, behoudens door Teixeira te leveren tegenbewijs, waaraan niet afdoet en kan afdoen, dat de nummers der vorenbedoelde in bewaring gegeven certificaten onbekend en niet meer te achterhalen zijn, dat Teixeira in haar bankiersbedrijf ook ingevolge overeenkomsten, door haar aangegaan met of in opdracht van andere clienten dan Mulder en Peijnenburg, certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk onder zich gekregen heeft, dat Teixeira tot 1 jan. 1966 niet verplicht was ervoor te zorgen dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke zij voor clienten onder zich had, voor iedere client afzonderlijk vaststonden en zulks ook niet door Mulder en Peijnenburg was bedongen, dat Teixeira daartoe sinds 1 jan. 1966 wel verplicht was doch zij daaraan t.a.v. de onderhavige certificaten op 31 mei 1966 niet voldaan had, dat Teixeira een steeds wisselende effectenvoorraad had zonder dat in de administratie van Teixeira enige aantekening was gesteld of bij of op de stukken enige aanwijzing was gevoegd of aangebracht, waaruit kan worden afgeleid, dat zij bepaalde effecten voor bepaalde clienten onder zich had, dat Teixeira uit de effectenvoorraad geregeld effecten afleverde aan haar clienten, die zulks verlangden en daarop uit hoofde van bewaargeving of door bemiddeling van Teixeira tot stand gekomen transacties aanspraak konden maken, dat door Teixeira geregeld ook effecten, die zij ingevolge overeenkomsten met of voor haar clienten of ingevolge transacties voor eigen rekening onder zich kreeg, aan die voorraad werden toegevoegd;

2 omdat het Hof overwegende als vermeld in zijn arrest in het bijzonder in rechtsoverweging 7, en mede op grond daarvan recht doende, heeft miskend, dat Teixeira op grond van de overeenkomst van open bewaargeving verplicht was certificaten als boven bedoeld aan Mulder — een — en Peijnenburg — drie — terug te geven en dat Teixeira, zo zij in de open bewaring genomen certificaten of een of meer daarvan mocht hebben vervreemd, gehouden was daarvoor andere stukken in de plaats te stellen en/of deze voor Mulder — een — en Peijnenburg — drie — te gaan houden en dat Teixeira sinds 1 jan. 1966 verplicht was ervoor te zorgen dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke zij voor cliënten onder zich had, voor iedere cliënt afzonderlijk vaststonden en dat Teixeira in verband met haar verplichtingen jegens cliënten, die effecten van haar te vorderen hadden, te allen tijde gehouden was ervoor te zorgen dat haar effectenvoorraad in overeenstemming was met de aanspraken van haar cliënten, zodat, nu Teixeira in feite op 31 mei 1966 in haar effectenvoorraad vier certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk had, deze eigendom waren van Mulder — een — en Peijnenburg — drie —, aangezien Teixeira deze van Mulder en Peijnenburg in open bewaring had ontvangen en/of voor hen in eigendom had behoren te verkrijgen en/of voor hen had behoren te gaan houden, hetgeen althans het geval is, waar er buiten Mulder en Peijnenburg geen andere cliënt van Teixeira aanspraak kan maken op uitlevering van certificaten Nillmij, en waar niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist certificaten Nillmij voor eigen rekening heeft verkregen, en het tegendeel zelfs tussen pp. vaststaat, en waar niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist t.a.v. de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij als heer en meester beschikt heeft, waaraan niet afdoet en kan afdoen, dat Teixeira er nog niet toe overgegaan was — waartoe zij na 1 jan. 1966 wel verplicht was — om t.a.v. de onderhavige effecten bepaalde nummers in haar administratie te stellen op naam van bepaalde cliënten te weten Mulder en Peijnenburg, terwijl althans op grond van het vorenstaande de door het Hof aangevoerde gronden voor de verwerping van de primaire stelling van Mulder en Peijnenburg in hun algemeenheid en zonder nadere redengeving onjuist zijn,

3 omdat het Hof overwegende als vermeld in zijn arrest en in het bijzonder in rechtsoverweging 8, en mede op grond daarvan recht doende, heeft miskend, dat Teixeira op grond van de overeenkomst van open bewaargeving verplicht was certificaten als bovenbedoeld aan Mulder — een — en Peijnenburg — drie — terug te geven en dat Teixeira, zo zij de in open bewaargeving genomen certificaten of een of meer daarvan mocht hebben vervreemd, gehouden was daarvoor andere stukken in de plaats te stellen en/of deze voor Mulder en Peijnenburg gezamenlijk te gaan houden en dat

Teixeira sinds 1 jan. 1966 verplicht was ervoor te zorgen dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke zij voor cliënten onder zich had, voor iedere cliënt afzonderlijk vaststonden en dat Teixeira gehouden was ervoor te zorgen dat haar effectenvoorraad in overeenstemming was met de aanspraken van haar cliënten, zodat, nu Teixeira in feite op 31 mei 1966 in haar effectenvoorraad vier certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk had, deze eigendom waren van Mulder en Peijnenburg gezamenlijk, aangezien Teixeira deze van Mulder en Peijnenburg in open bewaring had ontvangen en/of voor hen in eigendom had behoren te verkrijgen en/of voor hen had behoren te gaan houden, hetgeen althans het geval is, waar er buiten Mulder en Peijnenburg geen andere cliënt van Teixeira aanspraak kan maken op uitlevering van certificaten Nillmij, en waar niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist certificaten Nillmij voor eigen rekening heeft verkregen, en het tegendeel zelfs tussen pp. vaststaat, en waar niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist t.a.v. de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij als heer en meester beschikt heeft, waaraan niet afdoet en kan afdoen hetgeen het Hof overigens in zijn arrest en in het bijzonder in rechtsoverweging 8 alinea's 2, 3 en 4 overweegt en ook dat tussen Mulder en Peijnenburg onderling geen rechtsband bestaat en dat de effectenvoorraad een telkens wisselende was en daarin ook door Teixeira voor eigen rekening gekochte effecten werden opgenomen, bestaande tussen Mulder en Peijnenburg wel degelijk een rechtsband, omdat zij zich beiden en tezamen in dezelfde bovenvergeven rechtstoestand jegens Teixeira bevinden, terwijl 's Hof's beslissing, dat aangenomen moet worden dat de bedoelde effecten rechtens eigendom van Teixeira zijn geworden, onjuist is op de hierboven vermelde gronden, die ertoe leiden dat Mulder en Peijnenburg gezamenlijk daarvan eigenaar zijn, alsmede omdat door Teixeira niet gesteld of gebleken is, dat Teixeira de wil gehad heeft de zich thans in de boedel bevindende certificaten Nillmij voor zich te verkrijgen, dat Teixeira juist certificaten Nillmij voor eigen rekening heeft verkregen en dat Teixeira juist t.a.v. de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij als heer en meester beschikt heeft, zijnde deze effecten voorts in zoverre als eigendom van anderen dan Teixeira te identificeren, dat Mulder en Peijnenburg daarvan eigenaren zijn, althans recht of aanspraak op uitlevering daarvan jegens Teixeira hebben, dat geen andere cliënt van Teixeira aanspraak op uitlevering van certificaten Nillmij kan maken en dat Teixeira gehouden was en/of op grond van open bewaargeving aan Mulder en Peijnenburg vier certificaten Nillmij terug te geven, dat niet gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist certificaten Nillmij voor eigen rekening heeft verkregen, en het tegendeel zelfs tussen pp. vaststaat, terwijl althans op grond van

het vorenstaande de door het Hof aangevoerde gronden voor de verwerping van de subsidiaire stelling van Mulder en Peijnenburg in hun algemeenheid en zonder nadere redengeving onjuist zijn,

4 omdat, nu vaststaat, dat Mulder aan Teixeira een hem in eigendom toebehorend certificaat Nillmij met een nominale waarde van f 1 000 en Peijnenburg aan Teixeira drie zodanige certificaten in open bewaring heeft gegeven, dat zich op 31 mei 1966 in de effectenvoorraad van Teixeira vier certificaten Nillmij ter nominale waarde van f 1 000 per stuk bevonden, dat buiten Mulder en Peijnenburg geen andere client van Teixeira aanspraak kan maken op uitlevering van certificaten Nillmij, en nu, gelijk Mulder en Peijnenburg hebben gesteld, de zich thans in de boedel bevindende vier certificaten Nillmij of wel de destijds door hen aan Teixeira in open bewaring gegeven stukken zijn of wel stukken die door Teixeira daarvoor in de plaats moesten worden en in de plaats zijn gesteld, zodat Teixeira deze stukken voor Mulder en Peijnenburg moest gaan houden, en nu Teixeira na 1 jan. 1966 verplicht was en is er voor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van effecten, welke van de cliënten onder de bank zelf berusten, voor iedere client afzonderlijk vaststaan, en nu Teixeira in verband met haar verplichtingen jegens cliënten, die effecten van haar te vorderen hadden, te allen tijde gehouden was ervoor te zorgen, dat haar effectenvoorraad in overeenstemming was met de aanspraken van haar cliënten, en nu niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist certificaten Nillmij voor eigen rekening heeft verkregen en het tegendeel zelfs tussen pp. vaststaat, en nu niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat juist t.a.v. de zich thans in de boedel bevindende certificaten Nillmij als heer en meester beschikt heeft, het Hof in strijd met het recht in zijn arrest in het bijzonder in rechtsoverweging 10 heeft beslist, dat de Faillissementswet, onder meer het bepaalde in de artt. 233 en 242 zich er tegen verzet, dat Teixeira en de bewindvoerders alsnog zullen vaststellen, welke der vier in de boedel van Teixeira aanwezige certificaten Nillmij aan Mulder en Peijnenburg onderscheidenlijk toekomen en aan hem moeten worden uitgeleverd, aangezien zodanige vaststelling niet is een betaling in de zin van art. 233 Faillissementswet, en voorts aangezien in de gegeven omstandigheden van een bevoordeling van bepaalde concurrente crediteuren tijdens de surseance van betaling in strijd met de wettelijke bepalingen betreffende surseance van betaling en het doel daarvan niet gesproken kan worden en/of de gezamenlijke crediteuren daartegen in redelijkheid en billijkheid geen bezwaar kunnen maken en/of van bewindvoerders zeer wel te vergen is aan zodanige toewijzing en uitlevering mee te werken; II Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet inachtneming nitigheid meebrengt, in het bijzonder van de artikelen vermeld

in het eerste cassatiemiddel door te overwegen t.a.v. de vordering van Peijnenburg en Drucker en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormeld arrest is omschreven, ten onrechte,

1 omdat, nu vaststaat dat Peijnenburg en Drucker aan Teixeira certificaten AMEV in open bewaring hebben gegeven en/of dat Teixeira in opdracht van Peijnenburg en Drucker certificaten AMEV heeft verkregen, door aankoop van claims en inschrijving met gebruikmaking van deze claims, en nu vaststaat althans door eisers gesteld is, dat t.a.v. de nog aanwezige f 650 nominaal certificaten AMEV niet is gebleken dat een of meer cliënten van Teixeira afzonderlijk daartoe gerechtigd zijn en nu Peijnenburg en Drucker niet meer vorderen dan een verklaring voor recht dat zij gerechtigd zijn om tezamen met de andere rechthebbende op de nog aanwezige f 650 nominaal certificaten AMEV afgifte van die stukken te vragen, en nu Teixeira de nog aanwezige f 650 nominaal certificaten AMEV krachtens open bewaargeving en/of aankoop van claims en inschrijving voor Peijnenburg en Drucker en de andere rechthebbende althans rechthebbende moest gaan houden, en nu Teixeira na 1 jan. 1966 verplicht was en is er voor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van effecten, welke van de cliënten onder de bank zelf berusten, voor iedere client afzonderlijk vaststaan, en nu Teixeira in verband met haar verplichtingen jegens cliënten, die effecten van haar te vorderen hadden, te allen tijde gehouden was er voor te zorgen, dat haar effectenvoorraad in overeenstemming was met de aanspraken van haar cliënten, en nu niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat Teixeira juist certificaten AMEV voor eigen rekening heeft verkregen, en het tegendeel zelfs tussen pp. vaststaat, en nu niet door Teixeira gesteld of gebleken is, dat juist t.a.v. de zich thans in de boedel bevindende certificaten AMEV als heer en meester beschikt heeft, naar recht en redelijkheid, mede gelet op de verplichtingen van een bewaarnemer als bedoeld in de artt. 1751, 1752, 1753, 1754, 1756, 1757 en 1758 BW, anders dan het Hof aanneemt, op Teixeira de stelplicht en/of de bewijslast rust, dat de bedoelde nog aanwezige f 650 nominaal certificaten AMEV haar eigendom zijn en/of dat zij niet eigendom zijn van Peijnenburg, Drucker en de andere gerechtigde althans gerechtigden gezamenlijk behoudens door Teixeira te leveren tegenbewijs, waaraan niet afdoet en kan afdoen hetgeen in het eerste middel eerste onderdeel als zodanig is vermeld, hetgeen mutatis mutandis ook hier geldt;

2 omdat het Hof te dien aanzien in de rechtsoverwegingen 12–16 verwijzende mutatis mutandis naar de voorafgaande overwegingen, mutatis mutandis heeft miskend hetgeen in het eerste middel derde onderdeel is gesteld, waarheen verwezen wordt;'

Omtrent middel I:

O. dat het Hof de eis van Mulder en Peijnenburg kennelijk in deze zin heeft begrepen, dat zij primair de zakelijke rechtsvordering tot terugvordering van eigendom hebben ingesteld — waarbij Mulder voor zich een certificaat Nillmij, Peijnenburg voor zich drie certificaten Nillmij, althans Mulder en Peijnenburg samen de vier thans aanwezige certificaten Nillmij opvorderden — en dat zij subsidiair een persoonlijke rechtsvordering hebben ingesteld, hiertoe strekkende dat Teixeira en haar bewindvoerders alsnog zullen vaststellen welke der certificaten Nillmij aan Mulder en Peijnenburg onderscheidenlijk toekomen en aan hen moeten worden uitgeleverd;

O. dat het Hof beide vorderingen heeft afgewezen en dat het middel in de onderdelen 1, 2 en 3 opkomt tegen de afwijzing van de zakelijke rechtsvordering, in onderdeel 4 tegen die van de persoonlijke rechtsvordering;

O. dat in onderdeel 1 wordt aangevoerd dat, gelet op de in het onderdeel vooropgestelde feiten en omstandigheden, op Teixeira de stelplicht en de bewijslast rust dat de certificaten haar eigendom zijn en niet eigendom zijn van Mulder en Peijnenburg;

dat deze stelling niet kan worden aanvaard; dat, indien iemand een bepaalde onder een ander berustende roerende zaak als zijn eigendom opvoert, de gedaagde die de eigendom van de eiser betwist, kan volstaan met gemotiveerd te ontkennen dat het goed aan de eiser toebehoort;

dat de eiser dan nader moet uiteenzetten waarom de zaak zijn eigendom is en het bewijs van de door hem in dit verband gestelde feiten moet leveren;

dat de in het onderdeel aangegeven feiten en omstandigheden hierin te dezen geen verandering brengen; dat het onderdeel dus faalt;

O. dat in onderdeel 2 in de eerste plaats wordt aangevoerd, dat het Hof zou hebben miskend dat Teixeira op grond van de overeenkomst van open bewaargeving verplicht was een certificaat Nillmij aan Peijnenburg terug te geven;

dat het Hof in de zevende rechtsoverweging heeft vastgesteld, dat de door Mulder en Peijnenburg aan Teixeira in open bewaargeving gegeven certificaten Nillmij, waarvan de nummers aan Mulder en Peijnenburg onbekend zijn, door Teixeira zonder nummernotering in haar telkens wisselende algemene effectenvoorraad zijn opgenomen met het gevolg dat niet is vast te stellen of de vier thans in de algemene effectenvoorraad aanwezige certificaten Nillmij de destijds door Mulder en Peijnenburg in open bewaargeving gegeven stukken zijn of andere;

dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht, dat de door Mulder en Peijnenburg aan hun ten grondslag gelegde stellingen niet juist zijn gebleken voor zover — als een van twee alternatief gestelde mogelijkheden — gesteld was dat de thans aanwezige certificaten Nillmij dezelfde stukken zijn als destijds door Mulder en Peijnenburg aan Teixeira in bewaring zijn gegeven;

dat, nu niet is gebleken van laatstvermelde omstandigheid, welke, afgezien van het hierna te behandelen

tweede alternatief, voor de toewijzing van de zakelijke rechtsvordering onmisbaar is, verder niet van belang is dat Teixeira krachtens de overeenkomsten van open bewaargeving verbintenissenrechtelijk verplicht is een certificaat aan Mulder en drie certificaten aan Peijnenburg terug te geven;

dat in onderdeel 2 t.a.v. de tweede alternatief gestelde mogelijkheid wordt aangevoerd, dat het Hof zou hebben miskend dat Teixeira op grond van de overeenkomsten van open bewaargeving gehouden was in de plaats van de in open bewaargeving genomen stukken, zo zij deze of een of meer daarvan mocht hebben vervreemd, andere stukken in de plaats te stellen en deze voor Mulder — een — en Peijnenburg — drie — te gaan houden, en voorts dat Teixeira sinds 1 jan. 1966 verplicht was er voor te zorgen dat de nummers van de effecten, welke zij voor cliënten onder zich had, voor iedere cliënt afzonderlijk vaststonden;

dat het Hof in de zevende rechtsoverweging op de reeds vermelde feitelijke vaststellingen heeft laten volgen dat, nu voorts vaststaat dat Teixeira ten tijde dat aan haar surseance van betaling werd verleend, met betrekking tot effecten als de onderhavige er nog niet toe was overgegaan om bepaalde nummers in haar administratie te stellen op naam van bepaalde cliënten, zich niet het geval voordoet dat Teixeira van de vier aanwezige certificaten Nillmij een bepaald certificaat voor Mulder en de overige drie voor Peijnenburg is gaan houden;

dat het Hof hiermede tot uitdrukking heeft gebracht, dat de stellingen van Mulder en Peijnenburg niet juist zijn gebleken voor zover deze luiden, dat Teixeira de vier thans aanwezige certificaten Nillmij voor Mulder en Peijnenburg is gaan houden;

dat, nu dit laatste in het hier besproken tweede alternatief een noodzakelijke voorwaarde voor de toewijzing van de zakelijke rechtsvordering zou zijn, van geen belang is dat Teixeira krachtens de overeenkomsten van open bewaargeving gehouden was bij vervreemding van de certificaten Nillmij andere certificaten Nillmij te verwerven en deze voor Mulder en Peijnenburg te gaan houden;

dat het tweede onderdeel dus niet tot cassatie kan leiden;

O. dat onderdeel 3 betrekking heeft op de stelling, dat de vier certificaten Nillmij eigendom zijn van Mulder en Peijnenburg gezamenlijk;

dat uit de achtste rechtsoverweging van het bestreden arrest blijkt, dat naar 's Hof's oordeel de rechtsbetrekkingen waarin Teixeira krachtens overeenkomsten van open bewaargeving of krachtens haar verstrekte en door haar uitgevoerde opdrachten stond tot elk harer cliënten afzonderlijk — gelijk ook tot Mulder en Peijnenburg afzonderlijk — niet meebrachten dat Teixeira, zo zij niet bepaalde effecten voor iedere cliënt afzonderlijk reserveerde, effecten voor de betrokken cliënten samen, tussen wie onderling geen rechtsband bestaat, moest gaan houden om hen aldus mede-eigenaren van die effecten te maken;

dat het onderdeel uitgaat van de veronderstelling dat het Hof, aldus oordelende, algemeen geldende rechtsregels heeft toegepast; dat dit echter niet het geval is, daar het Hof de door pp. gesloten overeenkomsten heeft uitgelegd, welke uitlegging, nu zij van feitelijke aard is, in cassatie niet op haar juistheid kan worden getoetst; dat het onderdeel voorts opkomt tegen 's Hofs beslissing dat de vier aanwezige certificaten Nillmij eigendom zijn van Teixeira; dat 's Hofs beslissing echter juist is, daar deze certificaten, die deel uitmaken van de algemene effectenvoorraad van Teixeira, welke ook met betrekking tot de onderhavige soort stukken voortdurend aan wisseling onderhevig is geweest, en t.a.v. welke certificaten niet is kunnen worden vastgesteld dat zij dezelfde zijn als de door Mulder en Peijnenburg in bewaring gegeven stukken en evenmin dat Teixeira deze is gaan houden voor Mulder en Peijnenburg hetzij afzonderlijk hetzij tezamen, moeten gelden als eigendom van Teixeira; dat het derde onderdeel dus tevergeefs is voorgesteld; O. dat onderdeel 4 faalt, omdat na de verlening van de surseance van betaling de bewindvoerders tekort zouden doen aan de door de wet voorgeschreven gelijke behandeling van alle concurrente crediteuren, indien zij zouden 'vaststellen' welke der vier in de boedel van Teixeira aanwezige certificaten Nillmij aan Mulder en Peijnenburg onderscheidenlijk 'toekomen' en aan hen moeten worden 'uitgeleverd', daar zij dan een gedeelte van de in de boedel aanwezige goederen, welke tot gemeenschappelijke waarborg voor alle schuldeisers strekken, ten goede zouden doen komen aan enkele van die schuldeisers afzonderlijk; Omtrent middel II: O. dat de stelling welke in het eerste onderdeel aangaande de stelplicht en de bewijslast wordt verdedigd, dezelfde is als die van het eerste onderdeel van het eerste middel en daarom moet worden afgewezen op dezelfde grond als is aangegeven bij de behandeling van dat onderdeel; O. dat het tweede onderdeel het in het derde onderdeel van het eerste middel vervatte betoog herhaalt, zodat het faalt op de gronden, die bij de behandeling van dat onderdeel zijn aangegeven; Verwerpt het beroep; Veroordeelt eisers in de kosten op het beroep gevallen en tot deze uitspraak aan de zijde van verweerders begroot op f 52,50 aan verschotten en f 1 500 voor salaris.

Conclusie Adv.-Gen. mevr. mr. Minkenhof

In deze proefprocedure zijn twee geschillen aan het oordeel van Uw Raad onderworpen. T.a.v. het eerste zijn de volgende feiten vastgesteld: Mulder en Peijnenburg hebben certificaten Nillmij met een nominale waarde van f 1000, welke effecten aan hen in eigendom toebehoorden, aan verweerder de commanditaire vennootschap Gebrs. Teixeira de Mattos (Teixeira)

in open bewaargeving gegeven en wel Mulder op of omstreeks 23 juli 1964 een certificaat en Peijnenburg op of omstreeks 30 sept. 1964 drie certificaten. Volgens de tot 1 jan. 1966 op de rechtsverhouding tussen Teixeira en haar cliënten toepasselijke Algemene Voorwaarden was Teixeira niet verplicht er voor te zorgen, dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke zij voor cliënten onder zich had, voor iedere client afzonderlijk vaststonden. Deze nummers staan ook in het onderhavige geval niet vast en zijn niet meer te achterhalen. Sedert 1 jan. 1966 was Teixeira ingevolge gewijzigde Algemene Voorwaarden wel verplicht tot nummervaststelling, doch zij had t.a.v. andere effecten dan obligaties aan die verplichting niet voldaan. Zij placht tot 1 jan. 1966 alle effecten, welke zij ingevolge overeenkomsten met of voor cliënten onder zich kreeg met al haar eigen effecten te bewaren in een kluis, zonder dat uit enige administratieve aanduiding viel af te leiden, welke effecten zij voor welke client onder zich had. Dit was een steeds wisselende voorraad. Tussen 23 juli 1964 en 31 mei 1966 (datum waarop voorlopige surseance van betaling werd verleend) heeft Teixeira ook ingevolge overeenkomsten met of in opdracht van andere cliënten certificaten Nillmij van dezelfde nominale waarde onder zich gekregen. Op 31 mei 1966 bevonden zich in de voorraad juist vier certificaten Nillmij van f 1 000. In deze procedure wordt gevorderd de uitlevering van een certificaat aan Mulder en van drie aan Peijnenburg, althans van vier certificaten aan hen gezamenlijk, althans vaststelling welk nummer van die certificaten toekomt aan Mulder en welke nummers aan Peijnenburg, met uitlevering van die certificaten.

Het tweede geschil gaat over certificaten AMEV. Drucker heeft op of omstreeks 24 juli 1964 aan Teixeira in open bewaring gegeven f 2 000 nominaal certificaten AMEV. Peijnenburg heeft in nov. 1964 aan Teixeira opdracht gegeven claims AMEV te kopen en in te schrijven op f 2 000 certificaten, welke opdracht is uitgevoerd. In nov. 1965 zijn ingevolge opdracht van Peijnenburg f 1 000 nominaal verkocht. Een certificaat ter nominale waarde van f 50 is er bijgekomen door verwisseling van stockdividenden. Er zijn nog andere cliënten van Teixeira die aanspraken hebben op deze certificaten. Er is echter slechts voor een nominaal bedrag van f 650 in de boedel aanwezig. Eisers vorderen een verklaring voor recht, dat zij gezamenlijk met de overige rechthebbenden op certificaten AMEV gerechtigd zijn om afgifte van die nog aanwezige certificaten AMEV te vragen.

Bij de beschouwing van het eerste probleem dient m.i. voorop gesteld te worden, dat Mulder en Peijnenburg de certificaten Nillmij, waarvan zij op het ogenblik van de inbewaargeving eigenaar waren, in open bewaring hebben gegeven bij Teixeira. Naar ik meen heeft geen client van een bank die effecten aan die bank in open bewaring geeft de bedoeling daarmede eigendom over te dragen en kan ook aan de bank niet de bedoeling worden toegeschreven de in bewaring genomen effecten in eigendom te verkrijgen, tegen de persoonlijke verplichting om soortgelijke effecten

terug te geven. Wanneer geen verplichting tot nummervanantwoordiging bestaat en het de bank toegestaan is de effecten niet afzonderlijk, maar in haar algemene voorraad te bewaren, dan is dat alleen omdat het de client volledig gelijk is of hij hetzelfde dan wel een ander nummer terug krijgt en daarom geen belang heeft (of denkt te hebben) bij afzonderlijke bewaring; niet echter om de bank enige verdere vrijheid met betrekking tot die effecten toe te staan. Hierbij laat ik terzijde wat de bank krachtens de tussen pp. geldende voorwaarden mag doen wanneer de client debet komt te staan, omdat dit hier niet aan de orde is. Bij het contract van open bewaargeving op zichzelf komt eigendomsovergang m.i. niet te pas. De strekking van deze overeenkomst is naar mijn mening, dat de bank als houder de effecten voor de client als eigenaar zal bewaren, met de bevoegdheid om in plaats van de in bewaring gegeven effecten andere soortgelijke daarvoor in de plaats te stellen, welke effecten dan door die verwisseling voor de client als eigenaar worden gehouden. Ik zie dus bij de normale gang van zaken geen eigendomsovergang van de effecten op de bank, tenzij tegelijkertijd andere soortgelijke effecten overgaan in de eigendom van de client, doordat de bank ze voor hem is gaan houden. Een argument voor deze opvatting zie ik in de omstandigheid, dat bewaarloon pleegt te worden betaald. Tegenover deze prestatie staat de verplichting tot bewaren, en past geen enkele bevoegdheid dan de bovengenoemde, welke de rechten van de client onverlet laten. Het staat anders met een bankdeposito van geld. Door het feit dat hiervoor door de bank rente pleegt te worden betaald begrijpt de client, dat de bank iets met dat geld doen mag, wat in het voordeel van de bank is. Daarom lijkt het mij ook niet juist om zoals Asser-Kamphuisen blz. 607 doet een bankdeposito van geld met een depot van effecten met mogelijkheid van nummervanwisseling gelijk te stellen; het eerste is verbruiklening, maar het tweede niet.

Ik kan dus niet zien dat bij open bewaargeving van een effect zonder verplichting tot nummervanantwoordiging de eigendom van dat effect voor de bewaargever verloren gaat (zie Molengraaf noot onder het arrest Maas en Waalsche Bank van 8 febr. 1929 W. 11960, NJ 1929 blz. 882, noot P.S.). Een later verlies van de eigendom van het in bewaring gegeven effect vindt — normaliter — uitsluitend plaats wanneer de bewaarner een ander effect dat dan in de eigendom van de bewaargever overgaat, voor deze gaat houden. Anders oordeelt Houwing Prae-advies Broederschap Notarissen 1952 Correspondentieblad 1952 blz. 171/2. Dat de bewaarner van de gemaakte bedingen praktisch geen voordeel heeft is voor dit contract geen bezwaar. Zijn voordeel bestaat in het bewaarloon en in de omstandigheid, dat hij geen afzonderlijke effecten apart behoeft te leggen voor iedere client, mits hij zorgt dat de voorraad op peil blijft. Na de inwerkingtreding van de nieuwe Algemene Voorwaarden op 1 jan. 1966 werd de bank verplicht te zorgen, dat te allen tijde de nummers van de effecten, welke van de clienten onder de bank zelf berusten, voor iedere client afzonderlijk

vaststaan. Deze bepaling heeft uiteraard de strekking bepaalde effecten als eigendom van de client aan te wijzen, doch het lijkt onwaarschijnlijk dat daarmede een zo ingrijpende verandering werd bedoeld als zou plaats vinden, wanneer men aannam dat tevoren in bewaring gegeven vervangbare effecten eigendom van de bank werden.

Het kan echter wel anders zijn in een concreet geval en het is dus mogelijk, dat Teixeira in open bewaring ontvangen certificaten Nillmij zich heeft toegeëigend, zonder gelijktijdig andere certificaten Nillmij voor eisers Mulder of Peijnenburg te zijn gaan houden. Het staat ten processe vast, dat Teixeira op 31 mei 1966 van verschillende effecten — o.a. de hierna te bespreken certificaten AMEV — veel minder in voorraad had dan op uitlevering waarvan haar clienten aanspraak konden maken. Daar volgt echter niet noodzakelijk uit, dat zij ook de effecten die wel in voldoende hoeveelheid aanwezig zijn zich heeft toegeëigend. De toeigening (zonder gelijktijdige vervanging) ook van deze effecten zou naar mijn mening door Teixeira dienen te worden gesteld en bewezen, waarbij er bijv. aan kan worden gedacht dat komt vast te staan, dat te enige tijd geen f 4 000 aan certificaten Nillmij aanwezig zijn geweest. Er is een tweede moeilijkheid, dat n.l. twee clienten van de bank als eigenaar aanspraak maken op resp. een en drie certificaten Nillmij, zonder dat kan worden aangetoond welk certificaat van Mulder is en welke van Peijnenburg zijn. Ik zou hier met Scholten (noot onder HR 20 dec. 1934 NJ 1935 blz. 708), Houwing prae-advies blz. 189, Wertheim, De eigendom van effecten aan toonder in de boedel van den faillieten commissioanair, diss. 1935 blz. 123 v., zie ook Langemeijer in de bespreking van dit proefschrift in WPNR 3446, anders dan Uw evengenoemd arrest van 20 dec. 1934, willen aannemen, dat hier mede-eigendom van Mulder en Peijnenburg aanwezig is. Er is hier naar ik meen nog eerder aanleiding toe dan in het geval van de commissioanair die voor verschillende opdrachtgevers een aantal dezelfde effecten heeft gekocht; daar toch zijn die opdrachtgevers individueel nog geen eigenaar geweest van bepaalde effecten, in ons geval moet men uitgaan van de eigendom van Mulder van een bepaald effect en van Peijnenburg van drie effecten, die zij in bewaring hebben gegeven. Indien de in bewaringneming van het certificaat van Mulder niet tengevolge heeft, dat Teixeira eigenaar wordt en Mulder de eigendom verliest zonder er eigendom van een ander certificaat voor in de plaats te krijgen, en indien hetzelfde geldt voor de door Peijnenburg in bewaring gegeven certificaten, dan kan de omstandigheid, dat hier twee gegadigden zich melden voor de certificaten daar geen verandering in brengen. Teixeira hield dan de certificaten voor Mulder en Peijnenburg, maar niet voor zichzelf. Zie ook Van Oven in de bespreking van het prae-advies van Houwing in WPNR 4257, die nog verder wil gaan dan laatstgenoemde en mede-eigendom van een commissioanair met de committenten aanwezig acht, wanneer de commissioanair voor zichzelf en opdrachtgevers heeft gekocht, terwijl volgens Houwing in dat geval moet worden aangenomen, dat de