

Uitspraken Insolventierecht

met annotaties

ten behoeve van het onderwijs en de praktijk
verzameld door

Prof. mr. R.D. Vriesendorp



Wolters Kluwer

Deventer – 2026

WOORD VOORAF

De eerdere uitsprakenbundels Insolventierecht (de laatste uit 2023) blijken (nog steeds) 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 achterhaalde of minder relevante uitspraken geschrapt en zijn enkele uitspraken in feitelijke instanties en de nieuwe 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 verschillende docenten insolventierecht van de juridische faculteiten heb ik zoveel mogelijk rekening gehouden met de individuele wensenlijstjes van degenen die gereageerd hebben. In dit verband past een bijzonder woord van dank aan mr. dr. J.M.G.J. Boon (UL), mr. dr. H.J. de Kloe (EUR), mr. dr. N.B. Pannevis (UU), mr. dr. J.M.W. Pool (UL), mr. dr. S. Renssen (UM), mr. dr. M.L.H. Reumers (OU), prof. mr. F.M.J. Verstijlen (RUG) en mr. dr. L.F.A. (Lilian) Welling-Steffens (VU) voor hun waardevolle suggesties. Ook overigens sta ik graag open voor zinvolle op- of aanmerkingen.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp
Amersfoort, 17 juni 2026

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	12
HR 10-12-1976	NJ 1977, 617		Eneca	18
HR 14-1-1983	NJ 1983, 597	Ars Aequi 1984/4	Peeters q.q./Gatzen	24
HR 8-7-1987	NJ 1988, 104	Ars Aequi 1988/3	Loeffen q.q./BMH I	29
HR 27-5-1988	NJ 1988, 964		AMRO/Den Hollander q.q.	39
HR 7-10-1988	NJ 1989, 449	Ars Aequi 1989/3	AMRO/Curatoren THB	46
HR 12-5-1989	NJ 1990, 130	Ars Aequi 1990/2	Gerritse q.q./Ontvanger; Sigmacon I	54
HR 6-10-1989	NJ 1990, 286		Beklamel	69
HR 22-12-1989	NJ 1990, 661		Tiethoff q.q./NMB	74
HR 12-1-1990	NJ 1990, 662		Van der Kooi/Curatoren Van Gelder	
			Papier	79
HR 7-9-1990	NJ 1991, 52		Den Toom/De Kreek q.q.	85
HR 28-9-1990	NJ 1991, 247		Faillissement Suriname	91
HR 28-9-1990	NJ 1991, 305		De Ranitz q.q./Ontvanger	96
HR 22-3-1991	NJ 1992, 214	Ars Aequi 1992/5	Loeffen q.q./BMH II	103
HR 22-5-1992	NJ 1992, 526		Bosselaar q.q./Interniber; Montana I	114
HR 18-12-1992	NJ 1993, 169		KIN/Emmerig q.q.	118
HR 27-1-1995	NJ 1995, 579		Adjuncten P./Söderqvist q.q.	122
HR 17-2-1995	NJ 1996, 471	Ars Aequi 1995/7-8	Mulder q.q./CLBN	136
HR 24-2-1995	NJ 1996, 472		Ontvanger/Gerritse q.q.; Sigmacon II	148
HR 24-3-1995	NJ 1995, 628	Ars Aequi 1996/3	Gispén q.q./IFN	130
HR 30-6-1995	NJ 1996, 554		MeesPierson/Mentink q.q.	157
HR 19-4-1996	NJ 1996, 727		Macloou/Curatoren Van Schuppen	167
HR 28-6-1996	NJ 1997, 58		Bodam Jachtservice	177
HR 5-9-1997	NJ 1998, 437	Ars Aequi 1999/7-8	Ontvanger/Hamm q.q.	190
HR 24-10-1997	NJ 1999, 316		Gustafsen q.q./Mosk	213
HR 31-10-1997	NJ 1998, 258		Andeweg	184
HR 12-6-1998	NJ 1998, 727		Coral/Stalt	203
HR 16-6-2000	NJ 2000, 578	Ars Aequi 2001/7-8	Van Dooren q.q./ABN Amro I	221
HR 17-11-2000	NJ 2001, 272		Bakker q.q./Katko	230
HR 6-6-2001	NJ 2001, 477		YVC IJsselwerf	237
HR 19-10-2001	NJ 2001, 654		Diepstraten/Gilhuis q.q.	246
HR 21-12-2001	NJ 2005, 95	Ars Aequi 2002/11	Lunderstädt/De Kok c.s.	303
HR 21-12-2001	NJ 2005, 96	Ars Aequi 2003/2	SOBI/Hurks c.s.	314
HR 12-7-2002	NJ 2002, 437		Verdonk q.q./Ontvanger	255
HR 7-3-2003	NJ 2003, 429		Cikam/Siemon q.q.	262
HR 26-8-2003	NJ 2004, 549		Intercomm/UPC	282
HR 19-12-2003	NJ 2004, 293	Ars Aequi 2004/3	Curatoren Mobell/Interplan	272
HR 28-5-2004	NJ 2006, 4		De Boek/Van Gorp; Digicolor	395
HR 4-6-2004	NJ 2004, 638		Y	295
HR 19-11-2004	NJ 2005, 199		ING/Gunning q.q.	328
HR 21-1-2005	NJ 2005, 249	Ars Aequi 2005/4	Funds/Curatoren Jomed I	335
HR 21-1-2005	NJ 2005, 250	Ars Aequi 2005/4	Funds/Curatoren Jomed II	356
HR 4-2-2005	NJ 2005, 362		UPC/Movieco	362
HR 13-5-2005	NJ 2005, 406	Ars Aequi 2005/11	Curatoren BaByXL/ALM	374
HR 8-7-2005	NJ 2005, 457		Van Dooren q.q./ABN Amro II	385
HR 12-8-2005	NJ 2006, 230		Groenemeijer/DC&C Payroll Services	404
HR 16-9-2005	NJ 2006, 311	Ars Aequi 2006/10	De Bont/Bannenberq q.q.	414
HvJEU 2-5-2006	NJ 2010, 93; C-341/04	Ars Aequi 2006/12	Eurofood	544
HR 20-10-2006	NJ 2007, 2		Van Schilt/Jansen q.q.	436
HR 3-11-2006	NJ 2007, 155	Ars Aequi 2007/3	Van den Bos q.q./Mulders & Welleman; Nebula	449
			Ontvanger/Roelofsen	426
HR 8-12-2006	NJ 2006, 659		ING/Verdonk q.q.	462
HR 22-6-2007	NJ 2007, 520	Ars Aequi 2007/12	Messbauer/Jansen q.q.; Blue Tomato	476
HR 30-11-2007	NJ 2008, 91		Van den Akker c.s./In de Veste	484
HR 11-7-2008	NJ 2008, 404		Newman c.s./Y	489
HR 5-9-2008	NJ 2008, 479		Seagon/Deko Marty	722
HvJEU 12-2-2009	NJ 2013, 38; C-339/07		Dekker q.q./Lutèce	504
HR 24-4-2009	NJ 2009, 416		A	497
HR 12-6-2009	NJ 2009, 270		Comsystems c.s./Van den End q.q.; Comsys	524
HR 11-9-2009	NJ 2009, 565	Ars Aequi 2010/2	Hamm q.q./ABN Amro	553
HR 30-10-2009	NJ 2010, 96			

Chronologisch register

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 22-12-2009	NJ 2010, 273		ABN Amro/Van Dooren q.q. III	573
HR 29-1-2010	NJ 2010, 69		t.W	537
HR 13-7-2010	NJ 2013, 322		Mensink q.q./OM	798
HR 3-12-2010	NJ 2010, 653		ING/Nederend q.q.	586
HR 14-1-2011	NJ 2011, 114		Aukema q.q./Uni-Invest	596
HR 14-1-2011	NJ 2011, 366		Butterman q.q./Rabo Eindhoven	610
HR 25-2-2011	NJ 2012, 74		ING/Hielkema q.q.	623
HR 16-9-2011	NJ 2012, 89		SNS/Pasman q.q.	639
HR 23-9-2011	NJ 2012, 376		Dekker q.q./Van Schijndel	681
CRvB 5-10-2011	RSV 2012, 30		X/UWV	621
HvJEU 20-10-2011	NJ 2012, 256; C-396/09		Interedil	649
HR 16-12-2011	NJ 2012, 515		Prakke/Gips	710
HR 3-2-2012	NJ 2012, 261		Dix q.q./ING	659
HR 23-3-2012	NJ 2012, 421		ING/Manning q.q.	689
HR 13-7-2012	NJ 2012, 460		X/Omta q.q.	700
HR 14-12-2012	NJ 2013, 43		X/DSW c.s.	724
HR 1-2-2013	NJ 2013, 156		Van Leuveren q.q./ING	744
ABRvS 13-2-2013	AB 2013, 95		Curatoren Dutch Infra Tech/GS Zuid-Holland	739
HR 12-4-2013	NJ 2013, 224		Laser Nederland/Curatoren	
2014, 29			Megapool	767
HR 19-4-2013	NJ 2013, 291		Koot Beheer/Tideman q.q.	777
HR 17-5-2013	NJ 2013, 292		Van Laar en Meuleman/Curatoren	
			It's	792
HR 13-9-2013	NJ 2014, 454		Yukos II	971
HR 1-11-2013	NJ 2014, 7		Lensink q.q./Verify	803
HR 15-11-2013	NJ 2014, 68		Nieuwburen/Romania	843
HR 22-11-2013	NJ 2014, 69		Autodrôme/Curatoren Autodrôme	
			Holding	853
HR 29-11-2013	NJ 2014, 9		Roeffen q.q./Jaya	814
HR 20-12-2013	NJ 2014, 151		Glencore/Curatoren Zalco	888
HR 20-12-2013	NJ 2014, 152		Nationale Borg/Curatoren Zalco	896
HR 10-1-2014	NJ 2014, 116		Curatoren Delta Digi/J	881
HvJEU 16-1-2014	RI 2014, 29; C-328/12		Schmid q.q./Hertel	830
HR 17-1-2014	NJ 2014, 61		H/Unitco	834
HR 24-1-2014	NJ 2014, 70		G/Ruding q.q.	870
HR 14-2-2014	NJ 2014, 264		Feenstra q.q./ING	932
HR 21-2-2014	NJ 2015, 82	Ars Aequi 2015/2	IAE/Neo River	1026
HR 28-2-2014	BNB 2014, 100		X/Staatssecretaris van Financiën	878
HR 7-3-2014	NJ 2014, 155		O/Stichtingen SBBW c.s.	915
HR 11-4-2014	NJ 2014, 203		Ontvanger/Den Besten c.s.	918
HR 11-4-2014	NJ 2014, 309		Hertogs/curatoren Econcern	958
HR 6-6-2014	NJ 2014, 299		SNSPF & Rabo/Visser; Eurocommerce	948
HR 11-7-2014	NJ 2014, 407		ABN Amro/Berzona	965
HR 5-9-2014	NJ 2015, 22		RCI/Kastrop	1010
HR 26-9-2014	NJ 2015, 478		Gazprombank	1102
HR 10-10-2014	NJ 2014, 470		L	983
HR 31-10-2014	NJ 2014, 484		CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.	994
HR 6-2-2015	NJ 2015, 294		Welage q.q./Rabobank	1068
HR 6-2-2015	NJ 2017, 8		V/Bepro	1245
HR 27-2-2015	NJ 2015, 240		ING/Deuzeman Beheer	1043
HR 20-3-2015	NJ 2015, 264	Ars Aequi 2015/5	JPR/Gunning q.q.	1052
HR 5-6-2015	NJ 2015, 320		HSK/Bosma	1083
HvJEU 11-6-2015	NJ 2017, 280; C-649/13		Nortel Networks	1353
HR 10-7-2015	NJ 2015, 353		Wemaro/De Bok q.q.	1093
HvJEU 15-10-2015	RI 2016, 12; C-310/14		Nike/Sportland	1117
HR 16-10-2015	NJ 2016, 48	Ars Aequi 2016/2	DLL/Van Logtestijn q.q.	1136
HR 16-10-2015	NJ 2016, 49		Ingwersen q.q./ICF	1151
HvJEU 10-12-2015	RvdW 2016, 579; C-594/14		Kornhaas/Dithmar q.q.	
				1234
HR 18-12-2015	NJ 2016, 172		Hoeksma q.q./R.M. Trade	1165
HR 18-12-2015	NJ 2016, 34		ABN Amro/Marell	1123
HR 5-2-2016	NJ 2016, 187	Ars Aequi 2016/9	Rabobank/Verdonk q.q.	1180
HR 19-2-2016	NJ 2016, 200		R	1196
HR 15-4-2016	NJ 2016, 289		Van der Maas q.q./Heineken	1208
HR 3-6-2016	NJ 2016, 290	Ars Aequi 2017/9	Rabobank/Reuser	1215
HR 11-11-2016	NJ 2017, 87		Binderij Letterboer/Letteboer c.s.	1309
HR 2-12-2016	NJ 2017, 19		De Krom c.s./Van Logtestijn q.q.	1254
HR 2-12-2016	NJ 2017, 20		Poot c.s./Peters q.q.	1267

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HR 2-12-2016	NJ 2017, 21		Ctac/Curatoren Free Record Shop	1285
HR 9-12-2016	NJ 2017, 2		Megalim/De Veenbloem	1238
HR 23-12-2016	NJ 2017, 27		K&H	1299
HR 17-2-2017	NJ 2017, 142		Hansteen/Verwiel q.q.; Bouwgros	1320
HR 24-3-2017	NJ 2017, 466		Mondia/Curatoren V&D c.s.	1423
HR 24-3-2017	NJ 2018, 225		Såkaphen/Carrecon-Piguillet	1483
HR 31-3-2017	NJ 2018, 142		VKP/Curatoren Aluminium Delfzijl	1438
HR 7-4-2017	NJ 2017, 177		Jongepier q.q./Drieakker c.s.	1340
HR 14-4-2017	NJ 2017, 385		T	1366
HR 2-6-2017	NJ 2017, 453		DA Retailgroep	1385
HvJEU 22-6-2017	NJ 2017, 369; C-126/16	Ars Aequi 2017/12	FNV c.s./Smallsteps	1359
HR 7-7-2017	NJ 2018, 364		PTIF/Citicorp c.s.	1515
HR 13-10-2017	NJ 2017, 454		Curatoren Eurocommerce/Ontvanger	1407
HR 17-11-2017	NJ 2017, 439		UWV/Aukema q.q.	1374
HR 24-11-2017	NJ 2018, 289		Credit Suisse/Curator OSX	1494
HR 15-12-2017	NJ 2018, 194		Roeffen q.q./Ontvanger	1463
HR 22-12-2017	NJ 2018, 154		Boersen q.q./Pensioenfondsvoor het levensmiddelenbedrijf	1452
HR 23-3-2018	NJ 2018, 290	Ars Aequi 2018/9	Credit Suisse/Jongepier q.q.	1501
HR 25-5-2018	NJ 2019, 393		Rabobank/X	1635
CBB 7-8-2018	AB 2018, 150		Curator/Minister LNV	1593
HR 28-9-2018	NJ 2019, 16		LM/Van Boven q.q.	1551
HR 26-10-2018	NJ 2018, 432		Staat/X	1528
HR 9-11-2018	NJ 2018, 464	Ars Aequi 2019/3	De Klerk q.q. c.s./Hautvast	1538
HR 23-11-2018	NJ 2019, 343	Ars Aequi 2019/1	Curatoren Eurocommerce/Rabobank	1596
HR 21-12-2018	NJ 2019, 31		X/Van den Heuvel q.q.; Geocopter	1563
HR 18-1-2019	NJ 2019, 364		Yukos IV	1610
HvJEU 6-2-2019	NJ 2020, 387; C-535/17		mr NK q.q./BNP Paribas Fortis	1723
HR 15-2-2019	NJ 2019, 91		Nieuwburen/X c.s.	1579
HR 15-3-2019	NJ 2019, 365		X/Entzinger c.s.	1624
HR 19-4-2019	NJ 2019, 438		UWV/Bewindvoerder	1646
HR 21-6-2019	NJ 2020, 16		Houtman q.q./Rabobank	1680
HR 4-10-2019	NJ 2019, 461		Curatoren Ruwaard Van Putten	
			Ziekenhuis/X	1661
HR 15-11-2019	NJ 2020, 166	Ars Aequi 2020/3	X/Y	1704
HR 17-1-2020	NJ 2020, 51		Ingwersen q.q./X	1692
HR 24-4-2020	NJ 2020, 291		X c.s./Curator c.s.	1712
HR 3-7-2020	NJ 2020, 388		Rosbeek/BNP Paribas Fortis N.V.	1727
HR 2-2-2021	NJ 2021, 323		OvJ en gehomologeerd akkoord	1800
HR 5-3-2021	NJ 2021, 320		X en Y/mr. A q.q.	1788
HR 26-3-2021	NJ 2021, 128		Schuldenaar/Schuldeiser	1732
HR 9-4-2021	NJ 2021, 214		Van Dooren q.q./Bontrup	1740
HR 4-6-2021	NJ 2021, 233		Gem. Ridderkerk/Heijnen q.q.	1765
HR 9-7-2021	NJ 2021, 375		Eisers/Lonis q.q.; Mobile Services	1818
HR 24-9-2021	NJ 2022, 16		Prejudiciële vraag slotuitdelingslijst	
			WSNP	1860
HvJEU 25-11-2021	NJ 2022, 283; C-25/20		Curator Alpine Bau	1935
HR 24-12-2021	NJ 2022, 49	Ars Aequi 2022/4	Berckheijde/Curatoren PaperlinX	1875
HR 28-1-2022	NJ 2022, 50		RFH/Wittekamp q.q.	1887
HR 25-2-2022	NJ 2022, 150		BV X/Pensioenfondsvoor Horeca & Catering	1901
HvJEU 28-4-2022	NJ 2022, 272; C-237/20		FNV/Heiploeg I	1926
HR 3-6-2022	NJ 2022, 314		UWV/Curator	1943
HR 15-7-2022	NJ 2022, 367		Verzoekers/Rompelberg q.q.	1957
HR 24-3-2023	NJ 2024, 171		WSNP - materieel en formeel einde	2089
HR 21-4-2023	NJ 2023, 160		De Bok q.q./R c.s.	1970
HR 9-6-2023	NJ 2023, 199		Helpling/FNV	1989
HR 7-7-2023	NJ 2023, 291		X&Y/Z	2010
HR 25-8-2023	NJ 2023, 332	Ars Aequi 2023/10	ING/Van den Bergh q.q.	2027
HR 6-10-2023	NJ 2024, 50		FNV/Heiploeg II	2065
HR 15-12-2023	NJ 2024, 104		Looijen q.q./Visser	2078
HR 9-2-2024	NJ 2024, 195		X/Y	2102
HR 12-7-2024	NJ 2025, 243		Y	2259
HvJEU 19-9-2024	RvdW 2024, 1065; C-501/23		DL/Land Berlin	2154
HR 25-10-2024	NJ 2024, 322		IHC	2115
HR 25-10-2024	NJ 2024, 325		Beschermingsbewindvoerder	2145
HvJEU 14-11-2024	NJ 2025, 125; C-394/22		Oilchart	2159
HR 20-12-2024	NJ 2025, 171	Ars Aequi 2025/2	X c.s./Bewindvoerder	2166

Chronologisch register

<i>Arrest</i>	<i>Bron</i>	<i>Ars Aequi</i>	<i>Aanduiding</i>	<i>pag.</i>
HvJEU 27-3-2025	NJ 2026, 118; C-186/24		Metzler/AEC	2381
HvJEU 3-4-2025	RvdW 2025, 1021; C-431/23		Wibra	2315
HR 16-5-2025	NJ 2025, 245		Swanenberg Beheer/X	2273
HR 6-6-2025	NJ 2025, 238		DBS2/St. obligatiehouders DBS2	2244
HR 20-6-2025	NJ 2025, 188		Nebo/Eringa q.q. (Megahome)	2219
HR 10-10-2025	NJ 2025, 291		Hartsuiker q.q./X c.s.	2291
HR 12-12-2025	RvdW 2026, 76		De Weerdt q.q./ING	2329
HR 13-2-2026	NJ 2026, 92		FNV/Geelen q.q.	2358
HR 13-3-2026	NJ 2026, 136	Ars Aequi 2026/5	Jansen q.q./Rabobank	2386
HR 13-3-2026	RvdW 2026, 411		Faillissementsgijzeling	2412
HvJEU 19-3-2026	C-43/25; ECLI:EU:C:2026:220		SML Machinengesellschaft/AK	2463
HR 24-04-2026	RvdW 2026, 583		X&Y/Kwetters	2425
HR 5-6-2026	RvdW 2026, 672		Swanenberg Beheer/X	2450
HvJEU 11-6-2026	C-292/25; ECLI:EU:C:2026:476		shopping24/SR	2467

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 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.'

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 cliënten 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

1 Zie noot onder het arrest. (Red.)

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 nominaal 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 clienten onder de bank zelf berusten, voor iedere client afzonderlijk vaststaan. Zij verantwoordt die nummers aan de client 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 client 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 clienten 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 client/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 clienten 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 clienten 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 petitum 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 petitum 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 royeerbare 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 verwisseling 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 bewaargeving 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 bevonden 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 klanten 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 klanten 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 klanten, 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 klanten 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 klanten 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 klanten, 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 klanten — 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 klanten 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 vorenoverwogene 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 aangetroffen, 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 aangevoerd:

1. 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 no-

minale 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 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 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 in de 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 bovenweergegeven 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 cliënt 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 cliënt 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 nietigheid 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 client 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 ef-

fecten 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 Hofs 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 client 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 verweerster 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 stockdividen. 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 toegeschre-

ven 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 in de 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 bewaarnemer 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 bewaarnemer van de gemaakte bedingen practisch 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 daarmee 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 aan-

spraak konden maken. Daar volgt echter niet noodzakelijk uit, dat zij ook de effecten die wel in voldoende hoeveelheid aanwezig zijn zich heeft toegeëigend. De toeëigening (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 eniger 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 praë-advies blz. 189, Wertheim, De eigendom van effecten aan toonder in de boedel van den faillieten commissionair, 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 commissionair 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 praë-advies van Houwing in WPNR 4257, die nog verder wil gaan dan laatstgenoemde en mede-eigendom van een commissionair met de committenten aanwezig acht, wanneer de commissionair voor zichzelf en opdrachtgevers heeft gekocht, terwijl volgens Houwing in dat geval moet worden aangenomen, dat de commissionair wel de wil had zelf te gaan bezitten en pas na verdeling een gedeelte van de effecten voor de individuele opdrachtgevers zou zijn gaan houden. Wat ons geval betreft meen ik dat er geen goede reden bestaat verschil te maken tussen het geval dat slechts een gegadigde aanspraak maakt op effecten van een bepaalde soort — de zgn. unica — en het onze, waarin er twee of meer zijn. Ook van die unica staat geenszins vast, dat het de oorspronkelijke van of voor de client verkregen stukken zijn. Een gelijke behandeling zou medebrengen dat, als de unica aan de betrokken client worden uitgeleverd, hetzelfde geschiedt t.a.v. de gezamenlijk aanspraak makende clienten.

Uit het vorenstaande vloeit voort, dat mij de eerste drie onderdelen van het eerste middel gegrond voorkomen. Het feit dat er geen bepaald certificaat Nillmij valt aan te wijzen als het eigendom juist van Mulder of van Peijnenburg is m.i. onvoldoende om aan te nemen, dat zij de eigendom van de oorspronkelijk in bewaring gegeven certificaten hebben verloren en niet de eigendom van daarvoor door Teixeira in de plaats gestelde hebben verworven. Juist de vervangbaarheid van de certificaten maakt het onnodig ze te onderscheiden. Ik zie ook geen bezwaar Mulder en Peijnenburg gezamenlijk als eigenaren van de vier certificaten te beschouwen; dit komt mij in ieder geval meer in overeenstemming met de maatschappelijke werkelijkheid voor dan eigendom van Teixeira aan te nemen, alleen omdat de certificaten niet identificeerbaar zijn als hetzij van Mulder hetzij van Peijnenburg.

Wanneer Mulder en Peijnenburg recht hebben op uitlevering van (samen) vier certificaten Nillmij, dan is de vaststel-

ling door bewindvoerders welke stukken aan Mulder resp. aan Peijnenburg toekomen niet nodig. Zou men daar anders over denken, dan houd ik een aanwijzing als in het vierde onderdeel van het middel bedoeld niet voor een tijdens de surseance ongeoorloofde bevoordeling van concurrente crediteuren. Het is een aanwijzing welke certificaten Teixeira voor Mulder resp. Peijnenburg houdt, niet een aanwijzing waardoor hij die certificaten voor Mulder en Peijnenburg gaat houden. Door die aanwijzing moeten Mulder en Peijnenburg in staat worden gesteld hun rechten, die zij reeds hebben, uit te oefenen. De gevraagde vaststelling zou alleen een ongeoorloofde bevoordeling zijn, indien de stukken in de boedel hoorden, hetgeen naar mijn mening niet het geval is. Ook met het vierde onderdeel van het middel kan ik derhalve instemmen.

Het tweede cassatiemiddel betreft de certificaten AMEV. Hier is de situatie in verschillende opzichten anders. Het voornaamste verschil is hierin gelegen, dat er in de boedel niet voldoende van deze certificaten zijn aangetroffen om al degenen die daarop als eigenaren aanspraak maken te bevredigen. In de tweede plaats zou de eigendom door Peijnenburg zijn verkregen doordat Teixeira met de in zijn opdracht gekochte claims inschreef op de AMEV certificaten. Wat Peijnenburg betreft kan men dus, anders dan t.a.v. de Nillmij-certificaten niet uitgaan van het feit dat hij eigenaar was; het is hier dus niet de vraag of hij de eigendom verloren heeft, maar of hij deze ooit heeft gekregen, doordat Teixeira de gekochte stukken voor hem is gaan houden. Het is een bestreden punt of de committent in wiens opdracht de commissionair op eigen naam effecten heeft gekocht, doordat de commissionair de gekochte effecten in ontvangst neemt zelf direct eigenaar wordt zonder dat nog een doorlevering door afgifte of door constitutum possessorium nodig is; in andere zin Uw arresten van 8 febr. 1929 NJ 1929 blz. 882 W. 11960; 20 dec. 1934 NJ 1935 blz. 708 noot P.S.; zie *Ars Aequi* 1966 blz. 319 v. Hoe dit echter zij, uit het feit op zichzelf dat er in de boedel niet meer dan nominaal f 650 certificaten AMEV aanwezig zijn volgt m.i. dat Teixeira zich certificaten AMEV heeft toegeëigend zonder gelijktijdig andere in de plaats daarvan voor de eigenaar te gaan houden en/of certificaten AMEV heeft gekocht of op andere wijze in bezit gekregen zonder die voor de opdrachtgever te gaan houden. Nu niet kan worden uitgemakkt t.a.v. welke certificaten deze onrechtmatige daden c.q. wanprestaties zijn verricht moet worden aangenomen dat geen der in aanmerking komende cliënten enig zakelijk recht kan doen gelden op de aanwezige certificaten. Wellicht ware in het toekomstige recht een bepaling waardoor zij gemeenschappelijk eigenaar worden aan te bevelen, voor het tegenwoordige recht zie ik daarvoor geen voldoende grondslag. Het tweede middel komt mij derhalve niet gegrond voor.

Ik heb de eer te concluderen dat Uw Raad het arrest zal vernietigen en de zaak zal verwijzen, met zodanige uitspraak omtrent de kosten als Uw Raad zal vernemen te behoren.

Noot

1 Als in geval van een faillissement door derden aanspraak wordt gemaakt op eigendomsrechten m.b.t. goederen die zich in de boedel van de gefailleerde bevinden, gaat het die derden meestal niet zozeer om hun belang bij behoud van die bepaalde goederen; maar zij willen langs deze weg ontkomen aan de gevolgen van het faillissement. Wat in wezen een vraag van faillissementsproblematiek is, wordt geconstrueerd als een eigendomsvraag. Door voor het aldus beoogde doel een eigendomsrecht te aanvaarden, doet men juridisch meer dan door dat doel wordt gerechtvaardigd. Had de Hoge Raad de eisers in deze procedure in het gelijk gesteld, dan zou dit meebrengen, dat ook buiten faillissement van de bank niet de bank, maar haar cliënten

eigenaar zijn van zoveel aandelen in de algemene voorraad als waarvoor zij gecrediteerd staan, zodat bijvoorbeeld in geval van een diefstal van deze effecten bij de Bank slechts de cliënten deze als mede-eigenaren, resp. als alleen-eigenaar zouden kunnen revindiceren, daargelaten een eventueel pandrecht van de Bank; een consequentie die weinig bevredigend lijkt. Wil men deze effecten-bezitters (van niet geïndividualiseerde effecten) alleen tegen de gevolgen van faillissement of surseance (en verwante situaties) beschermen, dan zal dit slechts kunnen door speciale wetgeving. Vgl. par. 32 van het Duitse 'Depotgesetz 1937', dat in zulke gevallen een voorrecht op de voorraad van gelijksoortige effecten toekomt, met recht op afgifte van de effecten zelf, als de voorraad voldoende is om alle rechthebbenden te bevredigen. Zie ook art. 12 van het Franse Decret van 4.8.1949 'relatif au regime des valeurs mobilières'.

2 De feitelijke situaties, waarbij de vraag rijst of bepaalde personen eigenaarsrechten kunnen doen gelden m.b.t. toondereffecten, die zich onder een gefailleerde bank of commissionair bevinden, kan men onderscheiden aan de hand van verschillende, elkander deels doorkruisende criteria;

a. heeft de bank het effect van de revindicerende client in bewaring gekregen of heeft zij het in diens opdracht voor hem gekocht?

b. is het aantal effecten van een bepaald soort, dat zich onder de bank bevindt, gelijk aan het aantal effecten van die soort waarop cliënten (al of niet zakelijke) rechten geldend kunnen maken, of heeft de bank hetzij meer, hetzij minder van die effecten onder zich?

c. is er maar een client, of zijn er meer, die rechten geldend maken op effecten van een bepaalde soort?

Wat (a) betreft hebben we in deze procedure met beide situaties te maken. Hetzelfde geldt voor het onder (b) genoemde onderscheid, zij het dat zich hier niet het geval voordoet, waarbij er zich meer effecten van een bepaalde soort onder de bank bevinden, dan waarop door cliënten aanspraak wordt gemaakt.

Daarentegen is het onder (c) genoemde geval, dat een client aanspraak maakt op een aantal effecten van een soort waarvan zich een zelfde aantal onder de bank bevindt (het z.g. geval van de unica) buiten deze procedure gehouden. Met de A-G ben ik het eens, dat het onderscheid tussen de unica-gevallen en de gevallen van meer dan een rechthebbende zich slechts laat rechtvaardigen. Het feit van de onderlinge vermenging van aan verschillende cliënten toekomende effecten kan op zich zelf toch moeilijk door de bank worden ingeroepen ten betoge, dat hij er eigenaar van is geworden; zelfs niet dat hij er als eigenaar van geldt.

3 In deze belangrijke proefprocedure heeft de HR de volgende punten beslist:

a. wie een roerende zaak revindiceert, draagt de bewijslast van zijn eigendomsrecht, ook als zich onder gedaagde eenzelfde hoeveelheid van de zelfde soort zaken bevindt als eiser aan gedaagde had toevertrouwd (3e r.o.). Zie onder 4.

b. ter zake van slechts naar de soort bepaalde zaken is geen zakelijke rechtsvordering mogelijk (4e alinea van de 4e r.o.). Zie onder 6.

c. wil A eigenaar worden van zaken die B niet als onmiddellijk vertegenwoordiger verkrijgt, dan is het niet voldoende dat B tegenover A de verplichting had om die zaken voor A te gaan houden, maar hij moet ze ook in feite kenbaar voor A zijn gaan houden. Dit geldt zowel in geval van een vervangingsplicht (7e en 8e al. van de 4e r.o.), als in geval van een opdracht tot aankoop (r.o. inzake 2e middel). Zie onder 7.

In deze procedure is niet ter sprake gekomen de bekende vraag, of het recht van de bewaarnemer, om een ander effect van dezelfde soort terug te geven (en/of om het effect in zijn algemene voorraad op te nemen) de bewaargeving tot een depositum irregulare maakt, met directe eigen-

domsovergang op de bewaarnemer. Het Hof had hier, evenals in de procedure van de Maas- en Waalse Bank, en in overeenstemming met de opvatting van de meeste latere schrijvers, dit door Eggens verdedigde standpunt (Verz. Opst. I, blz. 117 e.v.) implicite verworpen (7e overw.). De HR kwam er niet aan toe: reeds in zijn arrest van 8 febr. 1929, NJ 1929 blz. 882 had hij de vraag als een feitelijke beschouwd, beheerst door de bedoeling van partijen. Hetzelfde deed hij thans ten aanzien van de vraag of de overeenkomsten met cliënten de Bank verplichtte, de voor hen verkregen effecten van een zelfde soort voor hen in mede-eigendom te gaan houden (vgl. over deze constructie H.M. Wertheim, Eigendom van effecten aan toonder in den boedel van den faillieten commissionair. Prft. Amsterdam 1935, nos. 60 e.v.). In beide gevallen lijkt het me, dat daarmee wel een wat zware wissel wordt getrokken op de zakenrechtelijke inzichten van partijen, zeker van cliënten.

4 In onderdeel 1 van het cassatiemiddel was gesteld, dat onder de gegeven omstandigheden de bewijslast, dat eisers geen eigenaar (meer) waren, naar recht en redelijkheid op gedaagde rustte. De HR distancieert zich van het kennelijk beroep op de billijkheidsleer, zonder daarmee de mogelijkheid te verwerpen, dat bij andere omstandigheden wel eens een andere (ongeschreven) regel van bewijslastverdeling zou kunnen gelden (...hierna te dezen geen verandering brengen).

De door de HR geformuleerde regel beperkt de feitelijke rechter natuurlijk in genen dele in zijn vrijheid om aan het feit, dat zich onder gedaagde een zelfde hoeveelheid van dezelfde soort zaken bevindt als eiser aan gedaagde had toevertrouwd, een feitelijke vermoeden te ontleenen, dat de opgeëiste zaken ook dezelfde zijn, als die welke eiser aan gedaagde had toevertrouwd. In het gegeven geval heeft het Hof een dergelijk vermoeden niet aangenomen, mede in verband met de voortdurende wijzigingen in de samenstelling van de effectenvoorraad van de Bank. Men had zich ook een andere feitelijke conclusie kunnen denken, zoals men ook had kunnen verdedigen, dat gedaagdes procesuele plicht om de betwisting van eisers eigendomsrecht te motiveren meebreacht, dat de Bank de nodige gegevens verschaft over de wisselingen in haar effectenvoorraad. Vgl. Van der Grinten in *Ars Aequi* XVII, blz. 147, W.W. Feith, A. Blom en R. Korthals Altes en D. Schut in NJB 1968, blz. 258, 384, 596 en 699. Hoe dit ook zij, de hier bedoelde vrijheid van de *judex facti* is door deze beslissing uiteraard niet ingeperkt.

5 Als de HR in het slot van zijn overwegingen over onderdeel 3 concludeert, dat de certificaten Nillmij moeten gelden als eigendom van Teixeira, geeft hij op juiste wijze het bewijsrechtelijke karakter van deze eigendomsuitspraak aan (gebaseerd op het feit dat de effecten deel waren gaan uitmaken van de effectenvoorraad). Tussen eisers en gedaagde gelden de effecten als eigendom van Teixeira. Maar dit gelden gaat niet verder dan het gezag van gewijsde draagt. Van een materieelrechtelijke wijze van eigendomsverrijking door vermenging, zoals o.a. J.C. van Oven in NJB 1934, blz. 726 en Houwing in zijn Praeadvies Broed. Not. van 1952, Corr. blad blz. 174 (voor het geval van vermenging van geld) hebben verdedigd, is dan ook geen sprake, al zal praktisch het resultaat meestal hetzelfde zijn. Anders Van der Grinten in *Ars Aequi* XVII, blz. 147.

6 De vraag of ons recht eigendom van slechts naar de soort bepaalde zaken toelaat, zoals door verschillende schrijvers in verschillende nuances is verdedigd, heeft de HR thans duidelijk ontkennend beantwoord. Vgl. de schrijvers en lagere rechtspraak vermeld bij Houwing, Praeadvies Broed. Notarissen 1952, noot 18, waaraan toe te voegen Asser-Beekhuis I, blz. 112 e.v. Zie ook De Grooth in *Advocaatenblad* 1949, blz. 109 e.v. en H.J. Hellema, *Jurid. perspectieven van de economische eigendom* (Geschr. Ver. belastingwetenschap nr. 108) 1962, blz. 14.

7 De belangrijkste beslissing van dit arrest is ongetwijfeld dat het van geen belang is dat de Bank krachtens de overeenkomsten van open bewaargeving gehouden was bij vervreemding van in bewaring genomen effecten gelijksoortige effecten te verwerven, en deze voor zijn cliënten te gaan houden. Noodzakelijke voorwaarde voor de verkrijging door cliënten van die vervangende effecten is dat de Bank deze ook inderdaad voor hen is gaan houden. De verplichting om voor cliënten te gaan houden kan het metterdaad voor hen houden niet vervangen. De leer van Scholten (vgl. noot NJ 1929 ad blz. 885), gevolgd in Asser-Beekhuis I, blz. 110 en in art. 3.5.4 Ontw. BW (waarover Lange-meijer in NJB 1953 blz. 669 e.v.) en scherp gesteld door Pitlo in WPNR 3691, is hiermee duidelijk verworpen, conform het o.a. door Houwing verdedigde standpunt (zie reeds zijn noot in NJ 1951, 149, blz. 296). Dit is in de lijn van de arresten van de HR van 8 febr. 1929, NJ 1929, 882, 20 dec. 1934, NJ 1934, 768 en 22 dec. 1939, NJ 1940, 304 (geld). Merkwaardigwijls acht de HR het in zijn weerlegging van onderdeel 3 toch nog nodig, vast te stellen dat volgens het Hof de Bank niet de verplichting op zich had genomen voor zijn cliënten verkregen effecten voor hen in mede-eigendom te gaan houden: wellicht een residu uit een voorfase van de totstandkoming van dit arrest.

De beslissing is niet in strijd met het in het Sio-arrest (22 mei 1953, NJ 1954, 189) aangenomen vermoeden van een (gecontinueerde) wil om voor de ander te verkrijgen, gebaseerd op een eerder ontstane rechtsverhouding. In hoever het thans besproken arrest terugkomt op de beslissing van 30 juni 1950, NJ 1951, 149 m.o. Ph.A.N.H., is moeilijker te zeggen. In dat arrest was er sprake van een op het publiekrecht gebaseerde verplichting (van het Beheersinstituut) en hier heeft het meer zin zijn en behoren samen te laten vallen (vgl. Langemeijer in NJB 1963, blz. 667). Men zou kunnen stellen dat een met die verplichting strijdige wil *ultra vires* is.

Volgens Van der Grinten (*Ars Aequi* XVII, blz. 148) impliceert het arrest nog niet een verwerping van de leer der directe verkrijging bij middellijke vertegenwoordiging. Ik kan niet goed zien, hoe het gaan houden voor de client, dat volgens de HR een noodzakelijke voorwaarde is voor diens verkrijging, juridisch onderscheiden kan worden van een doorlevering *constituto possessorio* aan de client (doorlevering die in tijd kan samenvallen met de verkrijging door de Bank).

Zie voor de implicaties van dit arrest voor de dubbele zekerheidsoverdracht van toekomstige goederen mijn noot onder het volgende nr.

8 Waarschijnlijk zullen velen niet bevredigd zijn door de uitslag van deze procedure. Maar zij moeten dan bedenken dat een faillissement per definitie onbevredigend is in zijn gevolgen. Het gaat er immers om de gevolgen van feitelijk onrecht zo redelijk mogelijk over de gedupeerden te verdelen. Dit brengt mee, dat de billijkheid tot verschillende antwoorden leidt, al naar het belang waar men van uitgaat. Vgl. R. Korthals Altes in NJB 1968, blz. 597.

De A-G doet in haar conclusie nog een beroep op de maatschappelijke werkelijkheid ter ondersteuning van het standpunt van eisers in cassatie. Ook dat overtuigt maar weinig, als het gaat om het faillissement van een belangrijke bank. Want in het beeld van onze moderne maatschappelijke werkelijkheid past niet het faillissement van een bank. De niet-juridische maar normale gedachte, dat het mijn geld is, dat ik op mijn depositorekening bij de bank heb staan — gedachte die blijkens HR 1 maart 1957, NJ 1957, 303 (vgl. mijn noot in *Ars Aequi* X, 97) ook juristen niet zo gemakkelijk van zich af kunnen zetten — past slechts in een maatschappijbeeld zonder faillerende banken, waar het onderscheid van een zakelijk recht en een vorderingsrecht alleen maar een academische betekenis heeft. Voor de juridische gevolgen van het faillissement van een bank kan de maatschappelijke werkelijkheid dan ook geen goede