

MONOGRAFIEËN BW

B73 Bewaarneming

Mr. dr. N.E. Groeneveld-Tijssens

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

VOORWOORD

Deze monografie gaat over de bijzondere overeenkomst bewaarneming. De overeenkomst is opgenomen in titel 7.9 BW (art. 7:600-7:609 BW). De vorige en eerste druk van deze monografie is in 1998 verschenen. Titel 7.9 BW is relatief kort daarvoor – in 1992 – ingevoerd. Met die invoering is niet alleen de aard en de naam van de overeenkomst gewijzigd, maar is ook het aantal bepalingen sterk gereduceerd (van 44 naar 10 artikelen). Het verschijningsjaar van de eerste druk van deze monografie rechtvaardigt dan ook de keuze van Rutgers om een vergelijking met het oude recht centraal te stellen. Inmiddels zijn we meer dan twintig jaar verder en is die opzet mijns inziens niet meer passend. Om die reden heb ik de eerste druk grotendeels herschreven. Centraal in de onderhavige druk staat een beschrijving van de begrippen uit art. 7:600 tot en met 7:609 BW aan de hand van binnenlandse en buitenlandse literatuur en rechtspraak.

Rutgers besprak in de eerste druk van deze monografie – verspreid over de verschillende randnummers – ook de regeling van de gerechtelijke bewaring (art. 853 tot en met 861 Rv). Dat deed hij omdat gerechtelijke bewaring onder het oude recht deel uit maakte van de titel over *bewaargeving*. In verband met het voorgaande blijft de regeling over gerechtelijke bewaring in deze monografie buiten beschouwing.

Het manuscript is per december 2019 afgesloten.

N.E. Groeneveld-Tijssens

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / IX

Lijst van verkort aangehaalde literatuur / XI

HOOFDSTUK 1

Begripsomschrijving en afbakening / 1

- 1 Wettelijke definitie en positionering / 1
- 2 De parlementaire geschiedenis / 1
- 3 Opzet en maatschappelijk belang / 2

HOOFDSTUK 2

Essentialia bewaarnemingsovereenkomst / 3

- 4 Karakter van de overeenkomst / 3
- 5 Voorwerp van de bewaarneming / 4
- 6 Oneigenlijke bewaarneming en effectenbewaring / 5
- 7 Bevoegdheid om de zaak aan de ander toe te vertrouwen / 7
- 8 Toevertrouwen / 7
- 9 Bewaren moet een hoofdzaak zijn / 9

HOOFDSTUK 3

Bewaring van de zaak / 11

- 10 Bewaring impliceert zorg voor de zaak / 11
- 11 Zorgplicht: inleiding / 11
- 12 Zorgplicht: omstandigheden van het geval / 12
- 13 Zorgplicht: verzekeringsplicht / 13
- 14 Recht op loon / 14
- 15 Hoogte van het bewaarloon / 15
- 16 Onkosten / 16
- 17 Schade en retentierecht / 17
- 18 Gebruik van de zaak door bewaarnemer / 18
- 19 Onderbewaarneming / 19
- 20 Aansprakelijkheid bij onderbewaarneming / 20

HOOFDSTUK 4

Teruggave en terugname van de zaak / 23

- 21 Hoofd- of nevenverbintenis / 23
- 22 Afdracht van vruchten / 24
- 23 Tijdstip van teruggave en terugneming van de zaak / 26
- 24 De plaats en de kosten van teruggave / 28
- 25 De staat van de zaak bij teruggave / 29

HOOFDSTUK 5

Overige aspecten / 31

- 26 Meer dan één bewaarnemer / 31
- 27 Meer dan één bewaargever / 32
- 28 Zakenrechtelijke waardepapieren waaronder de ceel / 32
- 29 Rechtsverhouding tussen de hoofdbewaarnemer en de onderbewaarnemer / 35
- 30 Rechtsverhouding tussen de bewaarnemer en een derde / 36
- 31 Hotelhouders en titel 7.9 BW / 37
- 32 Aansprakelijkheid van de hotelhouder / 39

Trefwoordenregister / 43

Wetsartikelenregister / 47

Jurisprudentieregister / 51

Monografieën BW / 53

HOOFDSTUK 1

Begripsomschrijving en afbakening

1 Wettelijke definitie en positionering

Bewaarneming is de overeenkomst waarbij de ene partij – de bewaarnemer – zich tegenover de andere partij – de bewaargever – verbindt om een zaak die de ene partij haar toevertrouwt of zal toevertrouwen, te bewaren en terug te geven (art. 7:600 BW).

De overeenkomst van bewaarneming is een zogenaamde benoemde overeenkomst die is geregeld in titel 9 van boek 7 BW. Die titel beslaat tien bepalingen (art. 7:600-609 BW). De overeenkomst valt daarmee buiten de in titel 7.7 opgenomen overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW). Volgens Tjong Tjin Tai is de overeenkomst van bewaarneming, net als de andere bijzondere overeenkomsten die expliciet zijn uitgesloten van titel 7.7, systematisch gezien een vorm van opdracht, waardoor het passender zou zijn geweest om een nadere regeling als specialist te geven dan een geheel afzonderlijke regeling. Daardoor had de regeling korter kunnen blijven en hadden nodeloze verschillen vermeden kunnen worden, aldus Tjong Tjin Tai (Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/35). Zie in vergelijkbare zin S.C.J.J. Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 742-743 in een themanummer over bijzondere overeenkomsten dat is verschenen voorafgaand aan de invoering van het huidige BW. In dat themanummer heeft Wessels zich afgevraagd of titel 7.9 niet beter geschrapt had kunnen worden. Wessels meende van niet omdat de bepalingen vooral op het terrein van de rechten en verplichtingen (art. 7:601-606 BW) een 'spectrum van verfijningen' geven (Wessels, *WPNR* 1990/5982, p. 748-756). De wetgever heeft de keuze voor het behoud van een aparte regeling gemotiveerd door te wijzen op het eigen karakter van onder andere de overeenkomst van bewaarneming en op de 'ons omringende landen', die ook een eigen regeling voor bewaarneming hebben (*Kamerstukken II* 1991/92, 17779, 8, p. 2).

2 De parlementaire geschiedenis

Titel 7.9 BW is, samen met enkele andere titels van boek 7, tegelijk met de boeken 3, 5 en 6 ingevoerd (bij KB van 20 februari 1990, *Stb.* 90). Zie daarover uitgebreid Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW nr. B73) 1998/3 en Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht* (Mon. BW nr. A1) 2017/2.

Het voorontwerp van boek 7 is in 1972 gepubliceerd in de zogenaamde groene boeken, met daarin het ontwerp en de toelichting van de hand van Meijers. Na het overlijden van Meijers is het ontwerp van boek 7 onder coördinatie en redactie van F.J. de Jong bewerkt door verschillende juristen. Zo heeft S.N. van Opstall naast verbruikleen (titel 7.2) en bruikleen (titel 7.6) de titel over bewaarneming voor zijn rekening genomen (zie de aanbiedingsbrief van De Jong in Meijers, *Ontwerp* 1972, p. I en II).

Art. 1731 BW (oud) sprak van *bewaargeving* in plaats van bewaarneming. De benaming *bewaarneming* is – blijkens het Ontwerp-Meijers (Meijers, *Ontwerp* 1972, p. 1021; vergelijk MvT bij art. 7.7.1.14 (art. 7:416), *Parl. Gesch. BW Inv.* 3, 5 en 6 *Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991,

p. 387) – gekozen omdat de verbintenis van de bewaarnemer het essentiële rechtsgevolg is van de overeenkomst en de bewaarnemer de partij is die ingevolge de overeenkomst de zaak die daarvan het voorwerp is, het eerst moet ontvangen. In dit verband wordt verwezen naar koop, huur, pacht en bruikleen, waarbij onderscheidenlijk de koper, huurder, pachter en bruiklener de partij is die ingevolge de overeenkomst de zaak die daarvan het voorwerp is, het eerst moet ontvangen. Rutgers heeft op deze naamswijziging kritiek geuit (zie Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW B73) 1998/2) evenals Wessels, *WPNR* 1990/5982, p. 749.

De huidige regeling is met 10 bepalingen een stuk compacter dan de oude regeling die 44 bepalingen omvatte (art. 1731-1776 *BW* (oud)). Dat verschil valt deels te verklaren doordat de zogenaamde *gerechtelijke bewaring* vanuit het oude *BW* (art. 1767-1776) is overgebracht naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (zie art. 853-861 *Rv*). Zie over de gerechtelijke bewaring Asser *Procesrecht/Steneker* 5 2019/319-327; Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW nr. B73) 1998; De Boer, *Gerechtelijke Bewaring* (Recht en Praktijk, deel 82) 1994. Zie voor een uitgebreide vergelijking van titel 7.9 *BW* met de regeling onder het oude *BW* (art. 1731 *BW* (oud) e.v.) eveneens Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW nr. B73) 1998 en Asser/*Van Schaick* 7-VIII 2018/1.

3 Opzet en maatschappelijk belang

Bij de bespreking van de verschillende thema's die betrekking hebben op de bewaarnemingsovereenkomst uit art. 7:600 *BW* is aansluiting gezocht bij de volgorde die de wetgever heeft gehanteerd. In hoofdstuk 2 worden de essentialia van de overeenkomst besproken (art. 7:600 *BW*). In hoofdstuk 3 komen de rechten en verplichtingen aan de orde die betrekking hebben op de verbintenis tot bewaring van de zaak (art. 7:601-603 *BW*). In hoofdstuk 4 draait het om de rechten en verplichtingen die samenhangen met de verbintenis tot teruggave van de zaak (art. 7:604-605 *BW*). In het laatste hoofdstuk komen overige aspecten van de bewaarnemingsovereenkomst (art. 7:606-609 *BW*) aan de orde. In deze monografie wordt regelmatig aandacht besteed aan het Duitse, Zwitserse, Oostenrijkse, Belgische en Franse recht. Ook in de parlementaire geschiedenis wordt frequent naar deze rechtsstelsels verwezen.

Rutgers schreef in 1998 dat de bewaarnemingsovereenkomst niet kon rekenen op veel 'juridische belangstelling' (Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW nr. B73) 1998). In de afgelopen twintig jaar is dat niet veranderd. Dat heeft vermoedelijk te maken met de centrale rol die de koopovereenkomst heeft ingenomen in onze maatschappij en in het contractenrecht. Zie daarover en over de verdienstelijking van onze maatschappij – ook wel *servitisation* genoemd – A.C. van Schaick, 'Digitalisering en vermogensrecht', in: A.C. van Schaick en J.H. Gerards, *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2019, Zutphen: Paris 2019; V. Mak, 'Consumentenbescherming bij servitisation', in: B. Keirsbilck e.a., *De verschuiving van een goederen- naar een diensteneconomie*, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom juridisch 2019. In een wereld van servitisation én digitalisering worden steeds meer transacties online verricht. Het aantal winkelvestigingen is de afgelopen jaren flink gedaald en het aantal webwinkels is fors toegenomen (www.cbs.nl). Het ligt voor de hand dat die ontwikkeling gepaard gaat met groei van de markt voor opslagbedrijven. Onder invloed van digitalisering neemt ook cloudopslag een vlucht (zie daarover hierna, nr. [5]). Mogelijk dat die maatschappelijke ontwikkelingen met zich brengen dat titel 7.9 *BW* in de toekomst op meer 'juridische belangstelling' mag rekenen dan in de afgelopen decennia.

HOOFDSTUK 2

Essentialia bewaarnemingsovereenkomst

4 Karakter van de overeenkomst

De overeenkomst van bewaarneming is een zogenaamde consensuele overeenkomst. De bewaarnemingsovereenkomst komt tot stand door de *wilsovereenstemming* van partijen. Voor de totstandkoming van de overeenkomst is overgave van de zaak niet noodzakelijk, hetgeen wel het geval is bij de zogenaamde reële overeenkomsten. Zie over het verschil tussen de reële en consensuele overeenkomst in het algemeen Asser/Sieburgh 6-III 2018/71 e.v.

De regeling van de bewaarnemingsovereenkomst zoals die in de meeste West-Europese codificaties is opgenomen, is rechtstreeks te herleiden tot het Romeinsrechtelijke *depositum*. In de Instituten van Justinianus (I, 3,14,3) wordt het *depositum* als volgt omschreven: “Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restitenda tenetur”, of vertaald (zie Lokin, *Prota* 2016, p. 272): “Bovendien wordt ook degene bij wie een zaak in bewaring wordt gegeven reëel verbonden en is hij met de actie uit bewaargeving aansprakelijk om zelf dezelfde zaak die hij in ontvangst heeft genomen terug te geven.”

Het *depositum* is dus in het Romeinse recht een reëel contract. De overeenkomst komt pas tot stand op het moment dat de zaak aan de bewaarnemer is gegeven (vergelijk J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, derde onveranderde druk, Leiden: E.J. Brill 1948, nr. 119-128; Lokin, *Prota* 2016, p. 272-274). Een *pactum de deponendo* was op zich in rechte niet afdwingbaar (Gai. D. 44,7,1,5).

Onder het regiem van het oude BW werd de overeenkomst van bewaarneming – blijkens de bewoordingen van art. 1734 BW (oud) – niet voltrokken dan ‘door de wezenlijke of vooronderstelde overgave der zaak’. Onder het oude BW was de bewaargevingsovereenkomst dus een reële overeenkomst (zie Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/1).

De reden dat de ontwerpers van het huidige BW de constructie van het reële contract hebben verlaten, is hierin gelegen dat met name bij verbruikleen en bewaarneming in de praktijk behoefte bestond om, voordat de feitelijke afgifte van de zaak door de uitlener of bewaargever had plaatsgehad, afspraken te maken dat te zijner tijd over bepaalde zaken zou kunnen worden beschikt of bepaalde zaken in bewaring zouden kunnen worden gegeven. “Iemand die verwacht over enige tijd op reis te moeten gaan, wil zich graag de zekerheid verschaffen dat hij kostbare voorwerpen die hij nog tot kort voor zijn vertrek zal moeten gebruiken, op het laatste ogenblik voor zijn vertrek bij een ander in bewaring zal kunnen geven. De bewaarnemer echter, die zich tot die bewaring verbindt, wil veelal graag ook zekerheid hebben dat het inderdaad tot een overeenkomst van bewaarneming komt, opdat hij de ruimte voor de zaken die hem in bewaring zullen worden gegeven, niet tevergeefs zal blijken te hebben gereserveerd, met het gevolg dat deze ruimte gedurende enige tijd geen inkomsten zal afwerpen.” (zie TM art. 7.9.1 (7:600), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 390).

Onomstreden is de wijziging van het karakter van de overeenkomst niet. Van Schaick wijst erop dat door het consensuele karakter van de overeenkomst ook de buurman die om

niet de zorg voor de hond van zijn buurman op zich neemt, toerekenbaar tekortschiet als hij besluit om op de afspraak terug te komen. De buurman zal nakoming kunnen vorderen of de kosten van het asiel waar hij de hond uiteindelijk heeft moeten onderbrengen (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/2). Die onwenselijke situatie wordt vermeden door aan te nemen dat een vriendendienst als deze zich buiten de rechtssfeer afspeelt, maar volgens Van Schaick had de wetgever er verstandig aan gedaan om in titel 7.9 BW een scheiding aan te brengen tussen de bewaarneming om baat en om niet, en voor de laatste soort het reële karakter en de aansprakelijkheidsleniging te handhaven. De discussie over het karakter van de overeenkomst is overigens niet typisch Nederlands. Zij werd ook gevoerd in landen om ons heen, zoals in Frankrijk (zie daarover Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/2) en in Duitsland (MünchKomm/Henssler 2017, § 688 BGB, rdnr. 4).

5 Voorwerp van de bewaarneming

De overeenkomst van bewaarneming heeft betrekking op zaken (art. 7:600 BW). Zaken zijn – blijkens art. 3:2 BW – de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. Aangezien zaken zowel roerend als onroerend kunnen zijn (art. 3:3 BW), kan men niet alleen zijn jas, auto of bagage in bewaring geven, maar bijvoorbeeld ook zijn huis. De zaken moeten wel individueel zijn bepaald. De overeenkomst kan betrekking hebben op een deel van een zaak. Vermogensrechten en natuurlijke personen kunnen geen voorwerp van bewaarneming zijn. Zie TM art. 7.9.1.1 (7:600 lid 1), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 391. Op dieren is titel 7.9 in beginsel van toepassing (art. 3:2a lid 2 BW). Zie over het begrip ‘zaken’ ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/54.

Art. 1733 lid 2 BW (oud) bepaalde dat de overeenkomst van bewaarneming ‘slechts roerende goederen tot onderwerp (kan) hebben’. Van Schaick schrijft dat deze beperking teruggaat tot Pothier, maar dat zijn standpunt altijd omstreden is geweest. Zie Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/3. Omdat onder het oude recht al werd aangenomen dat art. 1733 e.v. BW (oud) analogisch van toepassing waren op bewaarneming van *onroerende zaken*, heeft de wetgever de beperking uit art. 1733 BW (oud) voor art. 7:600 BW laten vervallen. Zie in vergelijkbare zin § 960 ABGB; art. 1185 Ccport en art. 126 van het Franse avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. In Duitsland (§ 688 BGB) en Zwitserland (art. 472 OR) heeft de wetgever de beperking behouden. Wie onder het Duitse recht een onroerende zaak in bewaring geeft, sluit een overeenkomst van opdracht. Dat geldt ook voor het zogenaamde *House-sitting*. Zie MünchKomm/Henssler 2017, § 688 BGB, rdnr. 8. Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/38 die in het kader van het verschil tussen de overeenkomst van opdracht en de bewaarnemingsovereenkomst opmerkt dat bewaarneming in geval van onroerende zaken grote overlap zal vertonen met wat wel wordt aangeduid als beheer. Een overeenkomst tot beheer van bijvoorbeeld een woning zou gekwalificeerd kunnen worden als bewaarneming, aldus Tjong Tjin Tai.

Op bewaring van *data* is titel 7.9 niet rechtstreeks van toepassing. Data zijn volgens Wibier van onstoffelijke aard en om die reden zijn het geen zaken in de zin van art. 3:2 BW (zie R.M. Wibier, ‘Big data en goederenrecht’, *WPNR* 2016/7110, p. 427-436; zie ook N.W.M. van den Heuvel, ‘Beslag op data’, *WPNR* 2016/7110, p. 437-442; anders P. Kleve, *Juridische iconen in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 105 e.v.). Zie ook Tjong Tjin Tai, die erop wijst dat men inmiddels vertrouwd is met beheersbaarheid van data, waardoor data een met zaken vergelijkbaar karakter krijgen (T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Data in het vermogensrecht’, *WPNR* 2015/7085, p. 993-998). Zie over opslag van data *in the*

cloud H. Spath, 'Digitale gegevensuitwisseling tegen betaling lijkt op koop, of niet?', *NTBR* 2015/15, p. 101-103:

"In de overeenkomst tot cloudopslag spelen de verhoudingen ten opzichte van de betrokken data een prominentere rol dan bij streaming, terwijl ook deze overeenkomsten een dienstverlenende component bevatten. Hierdoor komt naast de overeenkomst van opdracht ook de vergelijking met klassieke bewaarneming in aanmerking. Het enige dat aan directe toepassing van de regels van titel 7.9 BW in de weg staat, is dat digitale bestanden waarschijnlijk geen zaken zijn in de zin van art. 3:2 BW. Volgens Van Schaick kan de regeling over bewaarnemingsovereenkomst echter zonder enig bezwaar (analoog) worden toegepast op cloud computing, met verwijzing naar art. IV.C.5:101 DCFR dat bewaring van onlichamelijke zaken ook mogelijk maakt. Dat lijkt me een prima oplossing, waarmee je als gebruiker recht hebt om je bestand terug te krijgen en de aanbieder er in beginsel geen andere handelingen mee mag verrichten dan netjes bewaren."

Zie over de kwalificatie van 'cloud computing-overeenkomsten' ook P. Machandise, 'Cloud computing-overeenkomsten en de aansprakelijkheid van cloud service providers: consument in de wolken?', *Cah. Jur.* 2014/4, p. 101 e.v. Volgens Machandise zijn cloud computing-overeenkomsten onbenoemde overeenkomsten, die op het eerste gezicht lijken te beantwoorden aan de definitie van de overeenkomst van bewaarneming. Cloud computing-overeenkomsten gaat echter vaak verder dan bewaarneming, aldus Machandise. Zo behoudt de gebruiker vaak permanente toegang tot zijn gegevens, biedt de dienstverlener services aan zoals de mogelijkheid dat de gebruiker zijn gegevens kan bewerken, lijkt van een teruggaveverplichting geen sprake en kan de dienstverlener de gegevens gebruiken voor commerciële doeleinden. Vgl. Auer-Reinsdorff/Conrad/Strittmatter 2016, § 22, rdnr. 27 en 28. Strittmatter benadrukt dat dé cloud computing-overeenkomst niet bestaat en dat de ene overeenkomst meer weg heeft van een huurovereenkomst en de andere meer van een overeenkomst van opdracht dan wel aanneming van werk. Zie ook MünchKomm/Henssler 2017, § 688 BGB, rdnr. 8. Henssler meent dat bij cloud computing-overeenkomsten sprake kan zijn van bewaarneming of van aanneming van werk. Uit het voorgaande volgt dat aan de hand van de omstandigheden van het geval zal moeten worden beoordeeld hoe de cloud-computing-overeenkomst in kwestie dient te worden gekwalificeerd. Zie over de kwalificatie van de rechtsverhouding in het algemeen H.N. Schelhaas en W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen*, Zutphen: Paris 2016, p. 77.

6 Oneigenlijke bewaarneming en effectenbewaring

Titel 7.9 ziet niet op het zogenaamde *depositum irregulare* of 'oneigenlijke bewaarneming'. Daarvan is sprake bij bewaring van soortzaken, waarbij de bewaarnemer kan volstaan met teruggave van eenzelfde hoeveelheid zaken van dezelfde soort als die in bewaring zijn gegeven. Vgl. TM art. 7.9.1.1 (7:600), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 391. Over de kwalificatie van de oneigenlijke bewaarneming zijn de meningen verdeeld. Volgens de wetgever is het in wezen verbruikleen:

"degene die de zaak ontvangt behoeft haar niet te bewaren en terug te geven, maar mag haar verbruiken of vervreemden, en hij behoeft slechts een zaak van dezelfde soort terug te geven."

Rutgers schreef in de vorige druk van deze monografie dat oneigenlijke bewaarneming elementen van zowel de overeenkomst van verbruikleen als de overeenkomst van bewaarneming bevat. Zie Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW B73) 1998/6. Volgens Van Schaick is het een onbenoemde overeenkomst (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/54); zie in vergelijkbare zin MünchKomm/Henssler 2017, § 700 BGB, rdnr. 2. Volgens Henssler is het een *Typenverschmelzungsvertrag* 'der Elemente des Darlehens [bruikleen] bzw. Sachdarlehens

[verbruikleen] (...) und der Verwahrung [bewaarneming] (...) zu einem eigenständigen Vertragstyp bildet'. Ook volgens de Duitse wetgever is dat geval. Om die reden heeft de wetgever het van belang gevonden om in § 700 BGB de *wesentlichen Vertragspflichten* van de overeenkomst te regelen. Dat doet de Duitse wetgever door voor oneigenlijke bewaarneming de regels over (ver)bruikleen van toepassing te verklaren (in vergelijkbare zin art. 1782 Cc; art. 1206 Cc; art. § 959 ABGB; anders § 481 OR, dat aansluiting zoekt bij de regels over bewaarneming). De redenering van de Duitse wetgever lijkt tegenstrijdig: omdat de overeenkomst niet kan worden gekwalificeerd als (ver)bruikleen worden de bepalingen van (ver)bruikleen van toepassing verklaard. Toch is van tegenstrijdigheid geen sprake als de oneigenlijke bewaarneming een onbenoemde overeenkomst is die niet *zuiver onbenoemd* is. Zie Asser/Houben 7-X 2019/4 over de zuiver onbenoemde overeenkomst versus de pseudo-onbenoemde en de onzuiver onbenoemde overeenkomst. Van een pseudo-onbenoemde overeenkomst is sprake als de overeenkomst in kwestie 'bij nader inzien' blijkt te vallen onder de begripsomschrijving van een benoemde overeenkomst en van een onzuiver onbenoemde overeenkomst is sprake als de onbenoemde overeenkomst lijkt op een benoemde overeenkomst. De oneigenlijke bewaarneming is nauw verwant aan de overeenkomst van verbruikleen en daarmee is de overeenkomst dus onzuiver onbenoemd van aard. Dat betekent volgens Houben dat 'in sommige gevallen de wettelijke regeling van de benoemde overeenkomst naar analogie [zal] kunnen worden toegepast'. Het lastige bij de oneigenlijke bewaarneming is dat de overeenkomst niet alleen nauw verwant is aan verbruikleen, maar ook aan bewaarneming. Daardoor is bij oneigenlijke bewaarneming onzeker welke regels voor de benoemde overeenkomst(en) analoog van toepassing zijn. Uit oogpunt van rechtszekerheid valt er dus wel wat te zeggen voor de aanpak van de Duitse wetgever. Tegelijkertijd wordt daarmee weinig recht gedaan aan de door Van Schaick beschreven 'eigen economische functie van de overeenkomst van oneigenlijke bewaarneming' (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/54). Kleijn suggereerde dat gekeken moet worden naar het belang dat de overeenkomst in hoofdzaak dient. Onder verwijzing naar een dissertatie van Van Sonsbeeck over het depositum irregulare uit 1885 stelt Kleijn dat bruikleen en verbruikleen in eerste instantie ten behoeve van de lener strekken, terwijl bewaarneming eerder ten bate van de bewaargever dient (Asser/Kleijn 5-IV 1998/14). Tilleman noemt het belang dat de overeenkomst dient als een van de 'onderscheidscriteria', maar wijst ook op het bestaan van verschillende 'onderscheidingscriteria' en op de 'chronische onduidelijkheid rond haar statuut' (Tilleman, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 168 en 185). Tilleman stelt dan ook de opportuniteit van de rechtsfiguur ter discussie. De wet heeft voor de oneigenlijke bewaarneming zeer weinig inhoud, aldus Tilleman.

De opportuniteit van de rechtsfiguur kan ook om een andere reden ter discussie worden gesteld. In 1977 is de Wet giraal effectenverkeer (Wge) ingevoerd. Sindsdien wordt effectenbewaarneming overwegend geregeld door de Wge, terwijl dat een van de meest voorkomende vormen van oneigenlijke bewaarneming was (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/55). Aanleiding voor de invoering van de Wge vormde het *Teixeira de Mattos*-arrest (HR 12 januari 1968, NJ 1968/274, m.nt. H. Drion). De vraag in de zaak die tot dat arrest leidde was of eisers (gezamenlijk) eigenaar waren van een viertal certificaten Nillmij, die zij in open bewaarneming hadden gegeven en waaromtrent Teixeira zich had verplicht ervoor te zorgen dat te allen tijde de nummers van de effecten voor iedere cliënt afzonderlijk zouden vaststaan. Deze verplichting was Teixeira niet nagekomen, maar ten tijde van de verlening van de voorlopige surseance van betaling bleek Teixeira exact vier certificaten Nillmij onder haar berusting te hebben. Desondanks werden de bewuste certificaten aangemerkt als eigendom van Teixeira,

aangezien deze zonder nummernotering in de algemene effectenvoorraad van Teixeira waren opgenomen; niet kon worden vastgesteld dat deze certificaten dezelfde waren als de door eisers in open bewaring gegeven stukken. Eisers konden derhalve de certificaten niet als (gezamenlijk) eigenaar revindiceren. Zij konden slechts een (concurrente) persoonlijke vordering jegens Teixeira laten gelden. Aan die situatie is met de invoering van de Wge een einde gekomen. Effecten als bedoeld in art. 1 Wge behoren niet toe aan beleggers, maar aan een gemeenschap. De beleggers worden deelgenoot in deze gemeenschap (art. 12 en 38 Wge). Zie Asser/De Serière 2-IV 2017/605. Van eigenlijke of oneigenlijke bewaarneming is geen sprake. Zie Asser/De Serière 2-IV 2017/605 over het onzuivere gebruik van de begrippen 'bewaarder' en 'bewaring' in onder andere de Wge.

7 Bevoegdheid om de zaak aan de ander toe te vertrouwen

Voor toepasselijkheid van art. 7:600 BW is niet vereist dat de bewaargever zich *verplicht* om de zaak aan de bewaarnemer toe te vertrouwen. Voor bewaarneming volstaat dat de bewaargever de *bevoegdheid* heeft om de zaak aan de bewaarnemer toe te vertrouwen (TM art. 7.9.1.1 (7:600), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 392). In de woorden 'of zal toevertrouwen' van art. 7:600 BW komt het consensuele karakter van de overeenkomst tot uitdrukking (zie hiervoor, nr. [4]).

De bewaarnemer hoeft zich niet te verplichten om de zaak aan de bewaarnemer toe te vertrouwen, terwijl de uitlener wel een verplichting tot uitlening heeft (art. 7A:1791 e.v. BW). Volgens de wetgever ligt het accent bij verbruikleen op het belang van de lener, terwijl het accent bij bewaarneming volgens de wetgever ligt bij het belang van de bewaargever (TM art. 7.9.1.1 (7:600), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 392). Vandaar dat bij bewaarneming sprake is van een bevoegdheid en bij verbruikleen van een verplichting. Dat het accent op het belang van de bewaargever ligt, betekent overigens niet dat partijen met het bewaren van de zaak uitsluitend of primair de belangen van de bewaargever voor ogen moeten hebben. Zie A-G Van Peursem in zijn conclusie voor HR 10 juli 2015, NJ 2015/321 (*Searocco Yachts/Altena Yachting*).

Het hebben van een bevoegdheid impliceert de keuze om de zaak niet aan de bewaarnemer toe te vertrouwen. De wetgever merkt ten onrechte op dat de bewaargever in schuldeisersverzuim verkeert zolang hij de zaak niet aan de bewaarnemer toevertrouwt (TM art. 7.9.1.1 (7:600), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 393). Op de bewaarnemer rust een verbintenis om de zaak te bewaren en terug te geven onder de opschortende voorwaarde dat de bewaargever de zaak aan de bewaarnemer toevertrouwt. Zie ook Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/4 en Verheij, in: *Bijzondere overeenkomsten* 2019, nr. 363. De bewaargever zal kunnen verlangen dat de bewaarnemer zichzelf voor de overeengekomen duur van de bewaring in staat stelt en houdt om zijn verbintenis uit te voeren, aldus Van Schaick. De bewaargever die van zijn bevoegdheid om de zaak niet toe te vertrouwen gebruikmaakt, is uiteraard wel gehouden om loon te betalen aan de bewaarnemer, tenzij partijen daarover andere afspraken hebben gemaakt.

8 Toevertrouwen

De vraag of op een overeenkomst titel 7.9 van toepassing is, wordt beantwoord door de strekking van de overeenkomst. Kenmerkend voor de overeenkomst van bewaarneming is dat de bewaargever de zaak aan de bewaarnemer toevertrouwt of zal toevertrouwen. Het begrip toevertrouwen veronderstelt *machtsverschaffing* door de bewaargever aan de bewaarnemer (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/5). De bewaarnemer dient goederenrechtelijk in de positie van houder te worden gebracht (art. 3:108 BW). Zie HR 6 maart 1964, NJ 1964/215 (*Dorvo/Herngreen*) en Paquay, *RM Themis* 1994, p. 496. Vgl. Hof Amsterdam

26 juni 2012, S&S 2013/69; Rechtbank Groningen 14 maart 2007, S&S 2009/67; Rechtbank Amsterdam 15 maart 2006, S&S 2008/16.

Toevertrouwen bestaat uit twee elementen: machtsverschaffing én – het voor bewaarneming kenmerkende element – *bewaring* van de zaak. Vgl. MünchKomm/Henssler 2017, § 688 BGB, rdnr. 7. Het antwoord op de vraag of een overeenkomst in een concreet geval kan worden aangemerkt als een overeenkomst van bewaarneming, is afhankelijk van uitleg van de rechtshandeling in het licht van alle omstandigheden van het geval aan de hand van de haviltex-maatsaf. Zie HR 10 juli 2015, NJ 2015/321 (*Searocco Yachts/Altena Yachting*). In de zaak die tot dat arrest leidde, was een van de klachten in cassatie dat het Hof had miskend dat voor bewaarneming is vereist dat de bewaargever de zaak aan de bewaarnemer ‘toevertrouwt’, wat inhoudt dat de bewaarnemer zich over de hem toevertrouwde zaak ontfermt *in het belang van de bewaargever*. De Hoge Raad verwierp de klacht met de motivering dat het onderdeel weliswaar terecht tot uitgangspunt neemt dat kenmerk van de overeenkomst van bewaarneming is dat de bewaarneming geschiedt in het belang van de bewaargever, maar dat de enkele omstandigheid dat de zaak tevens in het belang van de bewaarnemer mag worden gebruikt, niet uitsluit dat van bewaarneming sprake is. Dat volgt mede uit art. 7:603 lid 1 BW. Zie over art. 7:603 BW hierna, nr. [18].

Het is niet altijd duidelijk of partijen zijn overeengekomen dat een zaak in bewaring wordt gegeven. Daardoor kunnen kwalificatiediscussies ontstaan. Tilleman geeft een overzicht van de verschillen tussen bewaarneming en de ‘verwante rechtsvormen’ lastgeving, huur, bruikleen, verbruikleen, transport, pand en koop (Tilleman, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 69 e.v.). Het onderscheid tussen bewaarneming en huur (of pacht) zorgt in de praktijk voor de meeste problemen volgens Henssler (MünchKomm/Henssler 2017, § 688 BGB, rdnr. 39). De BGH laat daarom kwalificatie achterwege als het voor de uitkomst van de zaak niet uitmaakt, aldus Henssler onder verwijzing naar onder andere BGH 22 mei 1968, NJW 1968/150:

“Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Vertrag über die Abstellung eines Kraftwagens auf einem bewachten Parkplatz (...) seinem rechtlichen Inhalt nach Verwahrung, wie die herrschende Meinung annimmt, ist (...) oder ob es sich um einen gemischten Vertrag aus Dienst- und Mietvertragsselementen (...) handelt.”

De rechtsverhouding tussen partijen werd grotendeels door de toepasselijke algemene voorwaarden beheerst. Van Schaick merkt op dat de kwalificatie van de overeenkomst uiteindelijk een kwestie van uitleg van de overeenkomst is, aan de hand van de haviltex-maatstaf en hij verwijst naar Rechtbank Rotterdam 6 april 2000, S&S 2001/58 waarin het ging om de vraag of sprake was van bewaarneming of huur (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/5). In de zaak die tot die uitspraak leidde, ging het om een overeenkomst tussen Marconistraat en Citronas met betrekking tot opslag van fruit in een koelruimte. Relevante omstandigheden die wijzen op bewaarneming in plaats van huur, vond de rechtbank onder andere dat Marconistraat voor koeling van het fruit zorgdraagt en dat Citronas een specifieke bewaarinstructie heeft gegeven aan Marconistraat. Tilleman bespreekt de overeenkomsten en verschillen tussen beide type overeenkomsten. Zie Tilleman, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 83:

“Zowel bij een huurcontract als bij een bewaargevingsovereenkomst wordt het materiële bezit van een goed overgedragen. Bij een huurcontract wordt dit bezit (in hoofdzaak) verleend teneinde aan de huurder het genot en gebruik van dit goed te verschaffen. Krachtens artikel 1725 B.W. is de verhuurder in beginsel niet verplicht de huurder te vrijwaren tegen feitelijke stoornissen van derden. In principe houdt de huurovereenkomst dan ook geen verplichting in om de goederen van de huurder te bewaken.”

Het onderscheid tussen deze twee types overeenkomsten wordt doorgaans relevant zodra de zaak is beschadigd of verloren is geraakt, aldus Tilleman. Henssler wijst erop dat het bij de discussie over de kwalificatie van de overeenkomst als bewaarneming of een verwante rechtsvorm in essentie slechts gaat om de vraag of partijen een verbintenis tot *bewaring* zijn overeengekomen (MünchKomm/Henssler 2017, § 688, rdnr. 48). Voor gevallen waarin het gaat om stalling van een auto of een fiets zal vooral van belang zijn in hoeverre de stalling bewaakt dan wel onbewaakt is en in hoeverre de verhuurder dan wel de bewaarnemer de macht over de auto of de fiets beschikt. Vgl. HR 8 maart 1964, NJ 1964/215 (*Dorvo/Herngreen*) waarin de Hoge Raad besliste dat het Hof terecht had aangenomen dat sprake was van een huurovereenkomst op de gronden dat tussen partijen vaststond dat Herngreen gedurende een bepaalde tijd tegen een bepaalde prijs de beschikking kreeg over een autobox, die zich bevond in een rij van gelijke, op een niet overdekt terrein van Dorvo naast elkaar staande boxen; dat deze box is afgesloten met een jaloeziedeur, waarvan de sleutel aan Herngreen is verstrekt en dat de box alleen is bestemd en wordt gebruikt voor het opbergen van de auto van Herngreen. Zie ook Hof Amsterdam 26 juni 2012, S&S 2013/69 over de stalling van een bestelbus van El Otmani door ABC Stalling in een kas tegen betaling van € 200,- per jaar, waarin werd aangenomen dat sprake was van een bewaarnemingsovereenkomst. Doorslaggevend was voor het Hof dat de sleutels moesten worden afgegeven. Zie verder Ktr. Tilburg 21 februari 2002, Prg. 2002/5860.

Voor toevertrouwen in de zin van art. 7:600 BW is onvoldoende dat *gedoogd* wordt dat een zaak ergens wordt achtergelaten, zoals in de garderobe van een restaurant of een dokterspraktijk. Degene die gedooft, verbindt er zich alleen toe – gedurende een al dan niet bepaalde termijn – de achtergelaten zaak te tolereren: hij neemt alleen de verbintenis op zich om iets na te laten, aldus Tilleman, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 5. Als uit de omstandigheden blijkt dat een partij wél de zorg voor de zaak op zich heeft genomen, is sprake van bewaarneming, ook als het bewaren gratis gebeurt (Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/5). Zie Rechtbank 's-Gravenhage 7 februari 1966, Ktr. Amsterdam 4 september 2003, Prg. 2004/6147, m.nt. A.J.J. van der Heijden, Ktr. Amsterdam 3 november 1999, Prg. 2000/5412, m.nt. P. Abas. Zie over bewaarneming in geval van vestiaires in congresscentra, bioscoop, restaurant of sportveld Wessels, in *Compendium bijzondere overeenkomsten* 1998, p. 437.

9 Bewaren moet een hoofdzaak zijn

Bewaren moet een hoofdzaak zijn om van bewaarneming te kunnen spreken: het zwaartepunt van de overeenkomst moet liggen op de bewaring van de zaak. Bewaring als nevenverbintenis is voor de kwalificatie als bewaarnemingsovereenkomst onvoldoende. In dat geval zijn de bepalingen van titel 7.9 niet op de overeenkomst van toepassing (HR 28 november 1997, NJ 1998/706 (*General Vargas*)). Als een verhuisbedrijf de inboedel van A naar B transporteert, is bewaring van de spullen geen hoofdzaak: het gaat om het transport van de spullen en de bewaring is een nevenverbintenis. Zie voor meer voorbeelden van overeenkomsten met bewaring als ondergeschikt element Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/6. Of bewaarneming een hoofd- dan wel nevenverbintenis is, is een kwestie van uitleg, aan de hand van de haviltex-maatstaf (HR 10 juli 2015, NJ 2015/321 (*Searocco Yachts/Altena Yachting*)).

Soms is het moeilijk te zeggen of het zwaartepunt van de overeenkomst ligt bij bewaring of bij een andere verbintenis. Dat is bijvoorbeeld het geval bij stalling van dieren. Stallingsovereenkomsten komen in verschillende vormen voor. Häublein beschrijft die verschillende vormen van de *Pferdeinstallvertrag*. Zie Häublein, NJW 2009, p. 2982-2987. Als de eigenaar van de paardenbox alleen de ruimte aan de eigenaar van het paard ter beschikking stelt en niet de verzorging van het paard op zich neemt, is sprake van een huurovereenkomst in de zin van art. 7:201 BW. Maar in de praktijk komt veel vaker voor dat de 'verhuurder' van de paardenbox nog andere prestaties 'rondom het paard' verricht, aldus Häublein. Zodra partijen afspreken

dat diezelfde ‘verhuurder’ het paard ook verzorgt (waarbij verzorging ook weer verschillende gradaties kent: van voeren en toileteren tot poetsen, hoefverzorging en vaccinaties), wordt de stallingsovereenkomst doorgaans als een bewaarnemingsovereenkomst aangemerkt (zie bijvoorbeeld ook rechtbank Haarlem 15 november 2012, Prg. 2013/53; MünchKomm/Henssler 2017, § 688, rdnr. 57 onder verwijzing naar onder andere OLG Brandenburg 28 juni 2006, NJW-RR 2006, 1588: “Das Füttern und die Pflege eines überlassenen Tieres sind als Maßnahmen zur Erhaltung Teil der Pflichten eines solchen Verwahrungsvertrags”; Jauernig/Mansel 2018, § 688, rdnr. 9 onder verwijzing naar LG Ulm 19 april 2004, NJW-RR 2004, 854). Volgens Häublein is bij een dergelijke stallingsovereenkomst sprake van twee hoofdverbintenissen (bewaring en huur) en dus van een gemengde overeenkomst (art. 6:215 lid 1 BW). Zie ook HR 22 januari 1993, NJ 1993/456 (*Van Loo/Wouters*). Zie voor een geval waarin de verbintenis tot bewaring bij stalling van een paard als een *nevenverbintenis* werd aangemerkt, Rechtbank Arnhem 15 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK8812. Omdat eiseres tijdelijk niet voor haar twee paarden kon zorgen, heeft zij die paarden bij gedaagde (een manege) gestald. Gedaagde verzorgde de paarden en gebruikte ze voor lessen. Gedaagde vroeg geen vergoeding voor stallingskosten. Een van de paarden werd vervolgens kreupel waarna gedaagde het kreupele paard teruggaf aan eiseres. De rechtbank overwoog:

“[g]esteld noch gebleken is dat gedaagde in dit kader [A] te koop heeft aangeboden, dan wel dat hij een bedrag aan stallingkosten heeft gevraagd, hetgeen voor de hand zou hebben gelegen, indien [A] aan hem was geschonken dan wel aan hem in bewaarneming was gegeven, zoals [gedaagde] stelt. In dit kort geding moet het er dan ook voor worden gehouden dat [A] door [eiseres] slechts in bruikleen aan [gedaagde] is afgegeven”.

Door aan het feit dat geen stallingskosten in rekening zijn gebracht te ontlenen dat sprake is van bruikleen en niet van bewaarneming, is de voorzieningenrechter mijns inziens te gemakkelijk voorbijgegaan aan de mogelijkheid dat een bewaarnemingsovereenkomst ook bij wijze van vriendendienst wordt gesloten. Onder het oude BW was dat laatste zelfs het uitgangspunt. Zie over bewaarneming als vriendendienst Asser/*Van Schaick 7-VIII* 2018/6 en Rutgers, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW nr. B73) 1998/10.

Als partijen afspreken dat het paard ook moet worden bereden, dan moet die laatste verplichting volgens Sprau worden gezien als een *nevenverbintenis* en blijft bewaring hoofdzaak (Pallandt/Sprau 2018, § 688, rdnr. 2). Volgens Wessels vloeit de *verplichting* om een paard te berijden reeds voort uit de zorgplicht van de bewaarnemer (art. 7:602 BW). Zie Wessels, in *Compendium bijzondere overeenkomsten* 1998, p. 437. Mijns inziens is Wessels op dat punt te ongenueanceerd. Het zal immers van de omstandigheden van het geval afhangen (onder andere de duur van de bewaarneming en de conditie van het paard) of het berijden van het paard nodig is om het paard te kunnen teruggeven in dezelfde staat als waarin de bewaarnemer het paard heeft ontvangen.