

VOORWOORD BIJ EERDERE DRUKKEN

Bij de zesde druk

De vorige druk van dit boek dateert uit 1988. Wie die druk vergelijkt met de onderhavige bewerking, zal weinig gelijkenis zien. In de afgelopen zestien jaar is er zoveel gebeurd, dat ik kon noch wilde volstaan met een aanvulling van de bestaande tekst met nieuwere literatuur en rechtspraak. Ik heb het boek grotendeels herschreven. Daarbij heb ik mij, meer dan in de vorige drukken gebeurde, geconcentreerd op het nieuwe BW en op buitenlandse literatuur en rechtspraak. Verwijzingen naar literatuur en rechtspraak die in 2003/2004 als 'ouder' gekwalificeerd kunnen worden, heb ik alleen gehandhaafd waar mij dat noodzakelijk leek; verder heb ik ze tamelijk rigoureuus geschrapt. En ik heb de verschillende overeenkomsten die in dit deel aan de orde komen, opnieuw gerangschikt. Waren ze in de vorige druk nog gerangschikt volgens het oude BW, dit boek is ingedeeld met inachtneming van de opzet van het nieuwe BW, ook voor zover dat niet is ingevoerd. De overeenkomst van altijdddurende rente keert in het nieuwe BW zeker niet terug. Overeenkomstig de opzet van het huidige BW volgt haar bespreking in dit boek op de overeenkomst van verbruikleen. In de vorige druk werden ook de overeenkomst van schenking en de overeenkomst van lijfrente behandeld. In deze druk treft de lezer deze overeenkomsten niet meer aan. De overeenkomst van schenking wordt voortaan besproken in Asserdeel 6A (*Erfrecht en schenking*). Lijfrente als zodanig wordt niet meer in de Asser-serie behandeld, omdat het recht, althans onder vigeur van Titel 7.18 NBW, niet per definitie uit een overeenkomst ontspruit; de overeenkomst van lijfrente is naar nieuw BW geen benoemde overeenkomst meer.

Het voorgaande neemt niet weg dat ik tijdens mijn werk aan dit boek heb geprofiteerd van het werk van de vorige bewerkers: natuurlijk waren de meeste denkbare problemen, en rechtspraak en opvattingen daarover, al geïnventariseerd en besproken. Als mij dat mogelijk leek, heb ik de (strekking van de) tekst van mijn voorgangers gehandhaafd. In december 2003 heb ik het concept van dit Asser-deel voorgelegd aan prof. mr. W.M. Kleijn, de vorige bewerker. In zijn reactie feliciteerde hij mij tot mijn groot genoegen met de 'fraaie bewerking'.

Tijdens mijn werk aan dit boek nam ik kennis van het regeringsvoornemen om Titel 7.2 NBW (verbruikleen), Titel 7.6 NBW (bruikleen) en Titel 7.16 NBW (spel en weddenschap) niet of niet volledig in te voeren én te zijner tijd de huidige wettelijke regeling van de overeenkomsten van verbruikleen, bruikleen en spel en weddenschap te schrappen. Zie Van der Horst, 'Stand van zaken Boek 7', *Nieuwsbrief BW 2003*, p. 108 e.v. Het voornemen berust formeel op de opvatting dat de praktijk geen behoefte (meer) heeft aan een wettelijke regeling van deze over-

eenkomsten, maar houdt kennelijk mede verband met politiek onvermogen om het ontwerp-BW tot een goed einde te brengen. Het regeringsvoornemen verdient naar mijn stellige overtuiging krachtige bestrijding. Uitvoering ervan zou tot gevolg hebben dat wettelijke bepalingen worden geschrapt die in de praktijk hun nut hebben bewezen en nog altijd bewijzen respectievelijk dat wettelijke bepalingen niet worden ingevoerd die juist een – eerder ook door de regering – gewenste status quo of verandering zouden bewerkstelligen. De ontstentenis van een wettelijke regeling van de overeenkomsten van verbruikleen, bruikleen en spel en weddenschap zou van het – alsdan incomplete – Nederlandse BW een vreemde eend in de Europese bijt maken. Daarentegen zou Nederland juist belangrijke invloed kunnen uitoefenen op een Europees Burgerlijk Wetboek als het werk aan het nieuwe BW zou worden voortgezet. De niet-gemotiveerde opvatting dat de praktijk geen behoefte heeft aan een wettelijke regeling van de overeenkomsten van verbruikleen, bruikleen en spel en weddenschap, getuigt ook van een zekere minachting voor de particuliere rechtssfeer. Juist daar worden deze overeenkomsten dagelijks in groten getale gesloten. Kennelijk wordt een praktijkbehoefte alleen als zodanig gekwalificeerd als er veel geld in omgaat. Mij dunkt dat de rechtswetenschap zich tegen die houding moet verzetten.

Ook in dít voorwoord past een woord van dank aan mijn leermeester, professor mr. H.C.F. Schoordijk. Tijdens mijn werk aan dit Asser-deel is hij weer regelmatig mijn – zoals hij dat zelf noemt – ‘sparringpartner’ geweest. Met inachtneming van zijn motto ‘laten we het niet onnodig met elkaar eens zijn’, hebben we elkaar veelvuldig tegengesproken. Hij heeft ook het concept van dit boek bestudeerd en voorzien van commentaar. Zijn opmerkingen hebben steeds tot heroverweging en vaak tot herschrijving geleid.

Volgens Jean Carbonnier is de jurist die schrijft over ‘petits contrats’ als bruikleen en verbruikleen, bewaarneming, spel en weddenschap, borgtocht en vaststelling, te vergelijken met degene die triangel speelt in een groot orkest (*Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, (10e éd.), Paris: 2001, p. 339). De vergelijking is minder denigrerend bedoeld dan men op het eerste gezicht zou denken: “Il lui faut guetter son moment, mais alors avec quelle passion impatiente il s’élancera!”. Ik hoop dat de lezer iets van deze passie in dit boek terugvindt. Ik sta open voor – positieve én negatieve – kritiek op deze bewerking.

Ik heb het manuscript op 1 mei 2004 afgesloten. Literatuur en rechtspraak die daarna zijn verschenen, zijn op een enkele uitzondering na niet meer verwerkt.

Tilburg, 21 juni 2004

A.C. van Schaick

Bij de zevende druk

Acht jaar geleden verscheen de zesde druk van dit boek. Het is dus hoog tijd voor een nieuwe druk. In deze zevende druk heb ik natuurlijk Nederlandse en buitenlandse rechtspraak en literatuur verwerkt die sinds 2004 zijn verschenen over de bijzondere overeenkomsten die in dit boek worden besproken. Vooral de hoofdstukken over de overeenkomst van borgtocht en de vaststellingsovereenkomst zijn grondig herzien.

Verder heb ik, na rijp beraad, besloten om in deze druk de verschillende hoofdstukken opnieuw anders te rangschikken. De indeling van dit boek sluit nu aan bij de – naar zich laat aanzien: voorlopig vaste – rangschikking van de bijzondere overeenkomsten in het BW, waarin de overeenkomsten van bruikleen, verbruikleen, eeuwigdurende rente en spel en weddenschap deel uitmaken van boek 7A. Ik hoop dat de nieuwe rangschikking het boek voor de lezer toegankelijker en herkenbaarder maakt.

Ik haalde in het voorwoord bij de zesde druk met instemming het motto aan van mijn leermeester Schoordijk: “Laten we het niet onnodig met elkaar eens zijn.” Zonder een kritische bejegening van rechtsgeleerde opvattingen of rechterlijke uitspraken komt de wetenschap niet verder. Regelmatig ben ik daarom in dit boek kritisch of neem ik een positie in die tegenspraak of kritiek kan uitlokken. Ik ben mij intussen bewust van de onvolmaaktheid van mijn eigen werk en daarom onverminderd dankbaar voor opmerkingen en discussie over dit boek. Ik hoop opnieuw dat degene die bij lezing van dit boek behoefte voelt om commentaar te geven, zich daadwerkelijk uitspreekt. Zij/hij kan altijd een e-mail sturen naar a.c.vanschaick@uvt.nl of b.vanschaick@linssen-advocaten.nl.

Tilburg, 12 maart 2012

A.C. van Schaick

VOORWOORD BIJ DE ACHTSTE DRUK

De achtste druk van dit boek is mijn derde bewerking, waaraan ik (opnieuw) met groot plezier heb gewerkt. Hoewel de overeenkomsten die in dit boek worden behandeld, niet in het middelpunt van de rechtswetenschappelijke belangstelling staan, is er in de Nederlandse en buitenlandse rechtspraak en literatuur genoeg gebeurd om deze nieuwe druk te rechtvaardigen. Ik noem in het bijzonder de verschijning, in 2017, van een Frans voorontwerp van de Association Henri Capitant voor een nieuwe regeling van de bijzondere overeenkomsten in de *Code civil*, waaraan in dit boek uiteraard de nodige aandacht is besteed. Verder heb ik alle tekst van de vorige druk heroverwogen, en aangepast of herschreven waar me dat nodig leek.

Ik heb minder vrolijkheid ontleend aan de schrapping per 1 januari 2017 van de wettelijke regeling van de overeenkomst van verbruikleen (art. 7A:1791-7A:1806 BW), waarmee Nederland zich in Europa bepaald heeft geïsoleerd. Sinds 1 januari 2017 wordt de overeenkomst van verbruikleen beheerst door het algemene contractenrecht. Dat impliceert dat zij voortaan een consensuele overeenkomst is, waarop reeds vanaf haar aangaan ook art. 6:74 e.v. BW van toepassing zijn. Naar mijn mening doet dit geen recht aan de aard van de overeenkomst voor zover die een niet-commerciële achtergrond heeft (zie de vorige druk van dit boek, ASSER/VAN SCHAICK 7-VIII* 2012/216 e.v.). Het spijt mij dat de wetgever mijn kritiek in het voorwoord bij de zesde druk van dit boek niet ter harte heeft genomen. De overeenkomst van geldlening, die een species van de overeenkomst van verbruikleen was, heeft – als een soms quasi-reële overeenkomst – een nieuwe regeling gekregen in art. 7:129-7:129f BW. Daar is zij onderdeel van de regeling van de kredietovereenkomsten (titel 7.2A-2D BW). Deze regeling wordt besproken in een nieuw deel in de Asser-serie; zij wordt daarom in dit deel niet meer behandeld. De lezer wordt vooralsnog verwezen naar de vorige druk van dit boek.

Wat onveranderd blijft, is de uitnodiging aan de lezer om haar/zijn kritiek op de inhoud van dit boek (of onderdelen ervan) aan mij kenbaar te maken. Dat kan bijvoorbeeld door een bericht te sturen naar a.c.vanschaick@uvt.nl of b.vanschaick@linssen-advocaten.nl.

In deze achtste druk beoog ik de stand van zaken te beschrijven per 1 januari 2018.

Tilburg, januari 2018

Bert van Schaick

INHOUDSOPGAVE

<i>Voorwoord bij eerdere drukken</i>	IX
<i>Voorwoord bij de achtste druk</i>	XIII
<i>Uitgebreide inhoudsopgave</i>	XVII
<i>Enige afkortingen</i>	XXV
<i>Lijst van verkort aangehaalde werken</i>	XXIX
Hoofdstuk 1 - De overeenkomst van bewaarneming	1
1.1 Begrip van de overeenkomst van bewaarneming	1
1.2 Aard van de overeenkomst van bewaarneming; de rol van het bewaarloon	12
1.3 Zorgplicht van de bewaarnemer	13
1.4 De teruggaveplicht van de bewaarnemer	26
1.5 Verplichtingen van de bewaargever	35
1.6 De werking van de overeenkomst van bewaarneming ten opzichte van derden	41
1.7 Medebewaargeving en medebewaarneming	49
1.8 Bewaarneming tegen afgifte van een waarde- of legitimatiepapier	52
1.9 Rechtsverhoudingen die met bewaarneming ex art. 7:600 BW vergelijkbaar zijn	55
Hoofdstuk 2 - De overeenkomst van borgtocht	65
2.1 Begrip en algemene bepalingen	65
2.2 Enkele algemene karaktertrekken van de overeenkomst van borgtocht	76
2.3 Het subsidiaire karakter van het recht tegen de borg	82
2.4 Het afhankelijke karakter van het recht tegen de borg	95
2.5 Het recht uit de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht is een nevenrecht	111
2.6 De overeenkomst van borgtocht waarbij de borg optreedt in particuliere hoedanigheid	112
2.7 De rechtsverhouding tussen de hoofdschuldenaar en de borg	125
2.8 De rechtsverhouding tussen medeborgen	137
2.9 Het einde van de overeenkomst van borgtocht	140
Hoofdstuk 3 - De vaststellingsovereenkomst	147
3.1 Begrip van de vaststellingsovereenkomst	147
3.2 De beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	162
3.3 Uitleg	172

3.4	Rechtsgevolgen van de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	174
3.5	Remedies tegen de vaststellingsovereenkomst en de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	181
3.6	Het bindend advies	192
	Hoofdstuk 4 - De overeenkomst van bruikleen	199
4.1	Begrip van de overeenkomst van bruikleen	199
4.2	Aard van de overeenkomst van bruikleen	208
4.3	Het gebruik van het geleende	214
4.4	Verplichtingen van de uitlener	219
4.5	De zorgplicht van de bruiklener	224
4.6	De teruggaveplicht van de bruiklener	231
4.7	Bijzondere risicobepalingen ten laste van de bruiklener	241
4.8	Medebruikleen	243
	Hoofdstuk 5 - De overeenkomst van altijddurende rente	247
5.1	Begrip van de overeenkomst van altijddurende rente	247
5.2	Aard van de overeenkomst van altijddurende rente	250
5.3	Verplichtingen van partijen	253
	Hoofdstuk 6 - Spel en weddenschap	257
6.1	De kansovereenkomst in het algemeen	257
6.2	De bijzondere kansovereenkomst 'spel en weddenschap'	263
6.3	Aard van de overeenkomst van spel en weddenschap	269
	<i>Zakenregister</i>	283
	<i>Wetsartikelenregister</i>	289
	<i>Jurisprudentieregister</i>	299

UITGEBREIDE INHOUDSOPGAVE

1	De overeenkomst van bewaarneming	1
1.1	Begrip van de overeenkomst van bewaarneming	1
1	Definitie van de overeenkomst van bewaarneming	
2	De overeenkomst van bewaarneming is naar huidig recht een consensuele overeenkomst	
3	Het voorwerp van de overeenkomst	
4	De bewaarnemer verplicht zich onder opschortende voorwaarde	
5	De verplichting tot bewaring	
6	Bewaring als ondergeschikt element van andere overeenkomsten	
7	Bewaarneming als vriendendienst	
1.2	Aard van de overeenkomst van bewaarneming; de rol van het bewaarloon	12
8	De verplichting tot betaling van bewaarloon leidt tot een wederkerige overeenkomst	
1.3	Zorgplicht van de bewaarnemer	13
9	Bewaring impliceert zorg	
10	De verbintenis tot bewaring is geen resultaatsverbintenis	
11	De zorgplicht van de particuliere bewaarnemer	
12	De verbintenis tot bewaring is een zelfstandige verbintenis	
13	Exoneratie door de bewaarnemer	
14	Gebruik door de bewaarnemer	
15	Overtreding van het gebruiksverbod	
16	Onderbewaarneming	
17	Onderbewaarneming en het belang van de bewaargever	
18	Aansprakelijkheid voor gedragingen van de onderbewaarnemer	
19	Discretieplicht	
20	Verkoop en zaaksvervanging	
21	Voordeelsafgifte	
1.4	De teruggaveplicht van de bewaarnemer	26
22	De verbintenis tot teruggave	
23	Het tijdstip van teruggave van de zaak	
24	Afgifte aan de bewaargever of een derde	
25	De bewaarnemer geeft de zaak niet in contractconforme staat terug	
26	Schadeplichtigheid van de bewaarnemer	
27	Plaats van teruggave	
28	Kosten van teruggave	
29	Afgescheiden vruchten	
30	Vruchten als gevolg van de inspanningen van de bewaarnemer	
1.5	Verplichtingen van de bewaargever	35
31	Betaling van loon	
32	Vergoeding van onkosten	
33	Loon en onkosten	
34	Schadevergoeding	
35	Terugnameplicht	
36	Opschortingsrecht van de bewaarnemer	

1.6	De werking van de overeenkomst van bewaarneming ten opzichte van derden	41
37	Verweermiddelen van de onderbewaarnemer	
38	Verweermiddelen ontleend aan de overeenkomst van onderbewaarneming	
39	Verweermiddelen tegen derden	
40	Uitwerking	
41	Schadeverhaal jegens de onderbewaarnemer	
42	De positie van de bewaarnemer als de bewaargever onbevoegd was	
43	Onrechtmatige daad van de (onder)bewaarnemer	
1.7	Medebewaargeving en medebewaarneming	49
44	Medebewaargevers	
45	Uit de overeenkomst kan anders voortvloeien	
46	Medebewaarnemers	
47	De implicaties van art. 7:606 BW	
1.8	Bewaarneming tegen afgifte van een waarde- of legitimatiepapier	52
48	Bewaarneming en zakenrechtelijke waardepapieren	
49	Rechtsgevolgen van overdracht van de zaak	
50	Bewaarneming en ontvangstbewijs	
1.9	Rechtsverhoudingen die met bewaarneming ex art. 7:600 BW vergelijkbaar zijn	55
51	Aansprakelijkheid van de hotelhouder	
52	Reikwijdte van de aansprakelijkheid	
53	Exoneraties van de hotelhouder	
54	Oneigenlijke bewaarneming	
55	Effectenbewaring	
56	Gerechtelijke bewaring	
57	Schuldeisersverzuim en inbewaringstelling	
2	De overeenkomst van borgtocht	65
2.1	Begrip en algemene bepalingen	65
58	Strekking van de overeenkomst van borgtocht	
59	Definitie van de overeenkomst van borgtocht	
60	De prestaties van de hoofdschuldenaar en de borg	
61	De wettelijke regeling	
62	Hoofdelijke verbintenissen	
63	Complexe rechtsverhoudingen	
64	Aanleiding voor de overeenkomst van borgtocht	
65	Tweepartijenovereenkomst	
66	Afbakening van andere garantieovereenkomsten	
67	Achterborgtocht	
68	De 'zakelijke borgtocht'	
2.2	Enkele algemene karaktertrekken van de overeenkomst van borgtocht	76
69	Obligatoire overeenkomst	
70	Borgtocht en kansovereenkomst	
71	Geen vormvoorschriften	
72	Nakoming van een verbintenis	
73	Nakoming van een natuurlijke verbintenis	
74	Toekomstige verbintenis	
75	Uitleg van de overeenkomst van borgtocht	
2.3	Het subsidiaire karakter van het recht tegen de borg	82
76	Het subsidiaire karakter van het recht tegen de borg	
77	Geen voorwaardelijke verbintenis	
78	De mededelingsplicht van de schuldeiser	
79	Geen mededelingsplicht indien geen ingebrekestelling is vereist	

80	Vertragingsschade van de schuldeiser	
81	Hoe voorkomt de schuldeiser dat hij niet-verhaalbare vertragingsschade lijdt?	
82	Het verzuim van de borg	
83	Bijkomende schade van de schuldeiser	
84	Inspanningsverbintenis ten laste van de schuldeiser	
85	Remedies tegen de schending van de zorgplicht	
2.4	Het afhankelijke karakter van het recht tegen de borg	95
86	Een afhankelijk recht	
87	Rechtsgevolgen van de afhankelijkheid	
88	De dwingendrechtelijke aard van de afhankelijkheid	
89	Afhankelijkheid en internationaal privaatrecht	
90	De inhoud van de afhankelijke verbintenis	
91	Verweermiddelen van de borg	
92	Verweermiddelen die de borg ten dienste staan	
93	Insolventie van de hoofdschuldenaar	
94	Wilsrechten	
95	Verrekening en opschorting door de hoofdschuldenaar	
96	Vernietigings- of verrekeningsbevoegdheid van de hoofdschuldenaar	
97	De klachtplicht	
98	Het effect van een rechterlijke uitspraak	
99	Verjaring	
2.5	Het recht uit de principale verbintenis uit de overeenkomst van borgtocht is een nevenrecht	111
100	Een nevenrecht	
2.6	De overeenkomst van borgtocht waarbij de borg optreedt in particuliere hoedanigheid	112
101	Afdeling 7.14.2 BW	
102	De natuurlijke persoon als borg	
103	De natuurlijke persoon en andere garantieovereenkomsten	
104	Overeenkomstige toepassing op de opdracht tot borgstelling	
105	Opdracht tot borgstelling aan een professionele kredietverstrekker	
106	Wettelijke beperkingen	
107	Particuliere borgtocht en toekomstige verbintenissen	
108	Particuliere borgtocht en bewijs	
109	Toestemming van de echtgenoot	
110	Dwaling	
111	De bescherming van de particuliere borg naar buitenlands recht	
2.7	De rechtsverhouding tussen de hoofdschuldenaar en de borg	125
112	Redelijkheid en billijkheid	
113	Het regresrecht van de borg	
114	Toekomstige of voorwaardelijke verbintenis?	
115	Inhoud en omvang van de regresvordering	
115a	Verjaring van de regresvordering	
116	Afstand van de regresvordering	
117	Verweermiddelen	
118	Subrogatie	
119	Inhoud en omvang van de vordering wegens subrogatie	
120	Mededeling van nakoming op straffe van verlies van het regresrecht	
121	Art. 7:867 BW is niet van toepassing in geval van subrogatie	
122	Twee of meer hoofdschuldenaren	
2.8	De rechtsverhouding tussen medeborgen	137
123	Redelijkheid en billijkheid	
124	Omslag	
125	De rechtspositie van de borg die zijn niet-verhaalbare vordering omslaat	

2.9	Het einde van de overeenkomst van borgtocht	140
	126 Het einde van de overeenkomst van borgtocht	
	127 Schuldoverneming	
	128 Zelfstandig einde van de overeenkomst van borgtocht	
	129 Overlijden van borg, schuldeiser of hoofdschuldenaar	
	130 Het overlijden van de hoofdschuldenaar	
	131 Opvolging onder algemene titel	
	132 Beëindiging ex nunc en bestaande rechten en plichten	
3	De vaststellingsovereenkomst	147
3.1	Begrip van de vaststellingsovereenkomst	147
	133 Definitie van de vaststellingsovereenkomst	
	134 Wat rechtens tussen partijen geldt	
	135 De wettelijke regeling	
	136 Onverplichte rechtshandeling	
	137 De Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM)	
	138 De vaststellingsovereenkomst is vormvrij	
	139 De vaststellingsovereenkomst is een hulpovereenkomst	
	140 De zelfstandige en de onzelfstandige vaststellingsovereenkomst (vaststellingsbeding)	
	141 De vaststellingsovereenkomst is een verbintenisscheppende overeenkomst	
	142 De vaststellingsovereenkomst wordt gesloten ter voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil	
	143 De overeenkomst die geen einde maakt aan de onzekerheid of het geschil is geen vaststellingsovereenkomst	
	144 Toekomstige onzekerheid of geschil	
	145 De vaststellingsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst	
	146 Begrenzing van de vaststellingsovereenkomst	
3.2	De beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	162
	147 De relatie tussen de beslissing en de vaststellingsovereenkomst	
	148 De bindende beslissing van een partij en/of een of meer derden	
	149 De bindende partijbeslissing	
	150 De beslissing moet de onzekerheid of het geschil betreffen	
	151 Geen vaststellingsovereenkomst als de beslissing niet strekt tot voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil	
	152 Andere bronnen van een bindende beslissing over onzekerheid of geschil	
	153 De beslissing in strijd met dwingend recht	
	154 Art. 7:902 BW in de praktijk	
	155 Art. 7:902 BW is verkeerd geformuleerd	
	156 De beslissing die in strijd is met dwingend recht, is alleen geldig als zij strekt tot beëindiging van onzekerheid of geschil	
	156a Buitenwerkingstelling art. 7:902 BW	
3.3	Uitleg	172
	157 Uitleg van de vaststellingsovereenkomst respectievelijk de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	
3.4	Rechtsgevolgen van de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	174
	158 Dispositieve werking van de vaststellingsovereenkomst	
	159 De vaststellingsovereenkomst en derden	
3.5	Remedies tegen de vaststellingsovereenkomst en de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst	181
	160 Vernietigbaarheid van de vaststellingsovereenkomst	
	161 Dwaling die geen betrekking heeft op de onzekerheid	

	162	Dwaling onder het oude BW en in het buitenland	
163		Vernietigbaarheid van de beslissing	
	164	Samenloop van art. 7:904 lid 1 BW en art. 6:248 lid 2 BW	
	165	Vernietigbaarheid van de bindende partijbeslissing	
	166	Analogische toepassing	
	167	De beslissing is een rechtshandeling	
168		Ontbinding wegens een tekortkoming	
	169	Ontbinding en de onzelfstandige vaststellingsovereenkomst	
3.6		Het bindend advies	192
	170	Karakterisering van het bindend advies	
	171	Zuiver en onzuiver bindend advies	
	172	Rechtsgevolgen van de overeenkomst tot bindend advies	
	173	Rechtsgevolgen van het bindend advies	
4		De overeenkomst van bruikleen	199
4.1		Begrip van de overeenkomst van bruikleen	199
	174	Definitie van de overeenkomst van bruikleen	
	175	Begrenzing	
	176	Bruikleenovereenkomst buiten de rechtssfeer?	
	177	De wettelijke regeling	
	178	Het voorwerp van de overeenkomst	
4.2		Aard van de overeenkomst van bruikleen	208
	179	Enkele kenmerken van de overeenkomst van bruikleen	
	180	De bruikleenovereenkomst tegen een commerciële achtergrond	
	181	De goederenrechtelijke positie van de bruiklener	
	182	De vruchten van het geleende	
	183	Overlijden van bruiklener of uitlener	
	184	Opvolging van bruiklener of uitlener onder bijzondere titel	
4.3		Het gebruik van het geleende	214
	185	Gebruik als essentiale van de overeenkomst van bruikleen	
	186	De verschaffing van de macht over het geleende	
	187	Gebruiks- en onderhoudskosten	
	188	Bijzondere kosten	
	189	Retentie- en wegbreekrecht	
4.4		Verplichtingen van de uitlener	219
	190	Nevenverplichtingen van de uitlener	
	191	Tekortkoming en aansprakelijkheid bij commerciële bruikleen	
	192	Aansprakelijkheid als bruikleen een vriendendienst is	
	193	Alternatieve grondslag voor aansprakelijkheid	
	194	Terugnameplicht van de uitlener	
4.5		De zorgplicht van de bruiklener	224
	195	De zorg van een goede bruiklener	
	196	Concretisering van de zorg van een goed bruiklener	
	197	Een zelfstandige nevenverbintenis	
	198	Ingebruikgeving van het geleende	
	199	Ingebruikgeving bij wijze van uitgangspunt verboden?	
	200	Schade als gevolg van gebruik door een derde	
	201	Een action directe van de uitlener?	
4.6		De teruggaveplicht van de bruiklener	231
	202	De teruggaveplicht als essentiale	
	203	Bewijslastverdeling	
	204	Tijdstip van teruggave	

	205	Bruikleen voor een bepaald gebruik	
	206	Opzegging van de overeenkomst	
	207	Onvoorziene omstandigheden	
	208	Plaats en kosten van teruggave	
	209	Aansprakelijkheid voor schade aan het geleende	
	210	Zaaksvervangng	
	211	Verzuim	
4.7		Bijzondere risicobepalingen ten laste van de bruiklener	241
	212	Het risico van schade aan het geleende	
4.8		Medebruikleen	243
	213	Meer dan één bruiklener	
	214	Meer dan één uitlener	
5		De overeenkomst van altijddurende rente	247
	215-261	<i>Vervallen</i>	
5.1		Begrip van de overeenkomst van altijddurende rente	247
	262	Definitie van de overeenkomst van altijddurende rente	
	263	De bron van het recht op altijddurende rente	
	264	Verwantschap met geldlening en lijfrente	
	265	De overeenkomst van lijfrente	
5.2		Aard van de overeenkomst van altijddurende rente	250
	266	Eenzijdige, reële overeenkomst	
	267	Aflosbaarheid	
	268	Overgang onder algemene titel	
5.3		Verplichtingen van partijen	253
	269	Verplichtingen van de renteplichtige	
	270	Aflossingsplicht bij wanbetaling	
	271	Aflossingsplicht als geen zekerheid wordt gesteld	
	272	Terme de grâce	
	273	Faillissement van de renteplichtige	
6		Spel en weddenschap	257
6.1		De kansovereenkomst in het algemeen	257
	274	Definitie van de kansovereenkomst	
	275	Kansovereenkomsten in juridische zin en in economische zin	
	276	De kansovereenkomst is een wederkerige overeenkomst	
	277	Kansovereenkomst en voorwaardelijke overeenkomst	
	278	Kansovereenkomst en schenking	
	279	De wettelijke regeling van de kansovereenkomst	
6.2		De bijzondere kansovereenkomst 'spel en weddenschap'	263
	280	Definitie van de overeenkomst van spel en weddenschap	
	281	Loterijen en piramidespelen	
	282	Piramidespelen	
	283	De wederkerige overeenkomst met een speculatief karakter	
	284	Premieovereenkomsten	
6.3		Aard van de overeenkomst van spel en weddenschap	269
	285	Overeenkomsten van spel en weddenschap waarop de WoK van toepassing is	
	286	Grensoverschrijdende kansspelen	
	287	Overeenkomsten van spel en weddenschap waarop de WoK niet van toepassing is	
	288	Geen rechtsoverdrachten	
	289	Natuurlijke verbintenissen	

290	Geen omzetting in een afdwingbare verbintenis
291	Terugvordering van de inzet
292	Samenhangende overeenkomsten
293	Spelen die geen kansspel zijn
294	Overeenkomsten waarop art. 7A:1826 BW niet van toepassing is

HOOFDSTUK 1

De overeenkomst van bewaarneming

1.1 Begrip van de overeenkomst van bewaarneming

- [1] *Definitie van de overeenkomst van bewaarneming.* 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 wetgever gaat ervan uit dat de overeenkomst van bewaarneming een professionele achtergrond heeft. Daarom is zij – onder andere – niet meer de reële overeenkomst die zij was onder het oude BW en die zij in het buitenlandse recht nog vaak is. Naar huidig recht is de overeenkomst van bewaarneming een consensuele overeenkomst.

Art. 1731 BW (oud) sprak, zoals art. 1915 Belg. BW, van *bewaargeving*. Art. 7:600 BW spreekt van *bewaarneming*, vooral omdat de bewaarnemer de voor de overeenkomst karakteristieke prestatie verricht. Vgl. TM Titel 7.9, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 387) en Rb. Rotterdam 22 februari 2006, *S&S* 2009/106. Zie voor kritiek op de naamswisseling WESSELS, *WPNR* 1990/5982, p. 749 en RUTGERS, *Bewaarneming* (Mon. Nieuw BW nr. B73) 1998/2. Titel 7.9 BW bevat naar de bedoeling van de wetgever bepalingen die van regeland recht zijn. Als een enkele bepaling aangeeft dat partijen bij de overeenkomst een afwijkende regeling kunnen treffen, beoogt zij slechts misverstand over het karakter van de bepaling te voorkomen. Daar mag niet *a contrario* uit worden afgeleid dat bepalingen waarin een vergelijkbare toevoeging ontbreekt, van dwingend recht zouden zijn. Vgl. MvA art. 7.9.6 (7:606), *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 403. De wetgever heeft waarschijnlijk verzuimd te bepalen dat art. 7:608 BW van dwingend recht is. En uiteraard kunnen partijen niet derogeren aan art. 7:600 BW, dat bepaalt wanneer een overeenkomst als overeenkomst van bewaarneming moet worden gekwalificeerd. Zie ook HR 17 mei 2013, *RvdW* 2013/695 (X/Noord-Invest) met betrekking tot een huurovereenkomst die door partijen zelf als een ‘bewaringsovereenkomst’ was gekwalificeerd.

Zoals alle Napoleontische codificaties en het Oostenrijkse ABGB kwalificeerde het oude BW de overeenkomst van bewaargeving als een *reële overeenkomst*. Naar oud recht was de overeenkomst van bewaarneming pas volmaakt wanneer de zaak

in de macht van de bewaarnemer werd gebracht. Zie in het bijzonder art. 1731 BW (oud) en art. 1734 BW (oud), die bepaalden dat de afspraak om de zaak in bewaring te geven of te nemen, geen juridische betekenis had zolang de bewaarnemer de macht over de zaak niet had verkregen. De weigering om de afspraak tot bewaring na te komen, kon dus ook niet tot een actie uit wanprestatie aanleiding geven. Dit reële karakter van de overeenkomst van bewaarneming gaat terug tot het Romeinse recht. Zie daarover WEGMANN STOCKEBRAND, *Obligatio re contracta* 2017. Oorspronkelijk werden zaken bij wijze van vriendendienst bewaard en verrichtte de bewaarnemer zijn prestatie om niet (vgl. art. 1733 BW (oud)). Bij gebreke van een tegenprestatie van de bewaargever (*do ut des*) is de overeenkomst van bewaarneming lang beschouwd als een oorzaakloze, dus abstracte overeenkomst. Een rechtens relevante overeenkomst tot bewaring en teruggave van de zaak ontstond doordat de zaak aan de bewaarnemer werd overhandigd. Voor bruikleen en verbruikleen gold hetzelfde. Toen eenmaal werd aangenomen dat alle overeenkomsten een oorzaak moesten hebben, leverde dat dan ook niet alleen voor de schenking maar ook voor de reële overeenkomsten bijzondere problemen op. Zie bijvoorbeeld SCHOLTEN, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst* 1934, p. 106 e.v.

[2] *De overeenkomst van bewaarneming is naar huidige recht een consensuele overeenkomst.* De professionalisering van de overeenkomst van bewaarneming is van tamelijk recente datum. Industrialisering en massaproductie hebben onder meer geleid tot de bedrijfsmatige behoefte aan opslagruimte, die dan ook bedrijfsmatig ter beschikking wordt gesteld. Verder denke men aan fietsenstallingen, autogarages, gardes-meubels, bagagedepots en betaalde garderobes in uitgaansgelegenheden. De bewaarnemer die beroeps- of bedrijfsmatig handelt, pleegt een tegenprestatie te verlangen; in dat geval is de overeenkomst van bewaarneming een volmaakt wederkerige overeenkomst. Zie hierover vooral AVANZINI, *Les obligations du dépositaire* 2007, nr. 159 e.v. Zie ook VON BAR & CLIVE, *DCFR, Full Edition* 2009, Vol. 2, Art. IV.C-5:101, Comments B-C, p. 1790 e.v. Met de professionele praktijk is het reële karakter van de overeenkomst van bewaarneming moeilijk te verenigen. Het maatschappelijke verkeer eist dat partijen ook vóór de overgave van de zaak rechtens aan hun afspraak gebonden zijn. Vóór de invoering van het huidige BW werd daarom de toevlucht gezocht tot de voorovereenkomst. Zie ASSER/KLEIJN 5-IV 1988/2, en 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. 390. Niettegenstaande de duidelijke tekst van art. 1919 Ccfr wordt in Frankrijk met name ten aanzien van de professionele overeenkomst van bewaarneming het reële karakter van de overeenkomst ter discussie gesteld (wat er overigens niet aan af heeft gedaan dat in art. 128 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux het reële karakter van de overeenkomst uitdrukkelijk, maar zonder toelichting wordt gehandhaafd). Zie HUET, DECOCQ, GRIMALDI & LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux* 2012, nr. 33129; MALAURIE, AYNES & GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux* 2017, nr. 848. Voor België schrijft TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 25, dat het zinloos lijkt om de

overeenkomst van bewaarneming op een artificiële wijze op te splitsen in een voorovereenkomst en een hoofdovereenkomst die eigenlijk één geheel uitmaken. Zie ook SAGAERT, TILLEMANS & VERBEKE, *Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht* 2007, nr. 1171 en CENDON/MEMMO 2009, p. 9. Art. 7:600 BW neemt de professionele overeenkomst van bewaarneming tot uitgangspunt. Zij heeft een consensueel karakter, hetgeen meebrengt dat ook de afspraak waarbij iemand zich jegens een ander verbindt om op een toekomstig tijdstip een zaak voor die ander in bewaring te nemen, een (rechtsgeldige en afdwingbare) overeenkomst van bewaarneming is. De bewaargever is bij wijze van uitgangspunt bewaarloon verschuldigd en de zorgplicht van de bewaarnemer moet aan professionele maatstaven voldoen.

Ik meen echter dat de wetgever er verstandig aan had 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. Zie ook DE BOER, *BWKJ* nr. 24 2008, p. 245. Dat zou ook in rechtsvergelijkend perspectief niet hebben misstaan. Zie bijvoorbeeld art. 1928 Ccfr, § 690 BGB en art. 1768 Ccit. Door het consensuele karakter van de overeenkomst is de afspraak dat ik volgende maand om niet de zorg voor de hond van mijn buurman op mij zal nemen, rechtens bindend. Ik schiet toerekenbaar tekort als ik 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, op mij kunnen verhalen. Om deze consequentie te ontgaan, wordt wel geleerd dat een vriendendienst als deze zich buiten de rechtssfeer afspeelt. Maar zolang het voorwerp van de overeenkomst economisch waardeerbaar is, geloof ik niet dat deze benadering navolging verdient. Zie mijn artikelen in *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel) 1991, p. 223 e.v. en *NTBR* 1997, p. 313 e.v.

In Frankrijk en België wordt onderscheid gemaakt tussen de vrijwillige bewaargeving en de bewaargeving uit noodzaak – voor de laatste vorm geldt een lichter bewijsregime (art. 1920 Ccfr/Belg. BW jo. art. 1949-1951 Ccfr/Belg. BW; het onderscheid komt in het Franse Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux te vervallen). De bewaargeving uit noodzaak veronderstelt volgens het Belgische Hof van cassatie 20 maart 2003, N-20030320-7, *Arr. Cass.* 2003, 674, dat de bewaargever de vrijheid is ontnomen om geen overeenkomst van bewaarneming aan te gaan en om een andere bewaarnemer te kiezen. Zie voor toepassingen Rb. Kortrijk 15 oktober 2009, *RW* 2009-2010, p. 1738 en Rb. Antwerpen 13 november 2014, *RW* 2016-2017, p. 434. In beide gevallen had een takelbedrijf op verzoek van de politie een auto weggesleept en gestald. De eigenaars werden, als bewaargever uit noodzaak, veroordeeld tot vergoeding van de stallingskosten. In Nederland zou de politie als de contractspartij van het takelbedrijf zijn beschouwd, maar zij zou de door haar betaalde stallingskosten uit hoofde van zaakwaarneming op de eigenaar kunnen verhalen. Vgl. HR 11 oktober 1996, *NJ* 1998/239 (Wernsen/Gem. Amsterdam) en Hof 's-Hertogenbosch 1 maart 2016, *ECLI:NL:GHSHE:2016:744*. De Frans-Belgische constructie is wel voorzien in art. 6:66-6:70 BW (schuldeisersverzuim). Zie ook hierna, nr. 57.

- [3] *Het voorwerp van de overeenkomst.* De overeenkomst van bewaarneming kan betrekking hebben op roerende en onroerende zaken, mits deze zaken individueel zijn bepaald. De overeenkomst kan ook betrekking hebben op een deel van een zaak. Maar Titel 7.9 BW is niet van toepassing op de bewaring van vermogensrechten of natuurlijke personen.

Art. 1733 lid 2 BW (oud) bepaalde dat de overeenkomst van bewaarneming “slechts roerende goederen tot onderwerp (kan) hebben”. Deze beperking gaat terug tot POTHIER. Hoewel de beperking in de meeste wetboeken terugkeert, is het standpunt van POTHIER altijd omstreden geweest. Zie HUET, DECOCQ, GRIMALDI & LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux* 2012, nr. 33126; AVANZINI, *Les obligations du dépositaire* 2007, nr. 322 e.v. TILLEMANN, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 230. Onder het oude recht werd al aangenomen dat art. 1731 e.v. BW (oud) op de overeenkomst tot bewaring van een onroerende zaak, analogisch van toepassing waren. Zie ASSER/KLEIJN 5-IV 1988/4. In art. 7:600 BW is de beperking tot roerende zaken verdwenen. 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. Zo ook § 960 ABGB en art. 1185 Ccport en art. 126 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. Ook een woning of een stuk grond kan dus het voorwerp van een overeenkomst van bewaarneming zijn. Art. IV.C-5:101 lid 2 sub a DCFR sluit dat juist uitdrukkelijk uit, vooral omdat de bewaring van onroerende zaken een ander karakter heeft waarop de bepalingen van hoofdstuk IV.C-5 DCFR niet zijn afgestemd: roerende zaken worden bij de bewaarnemer ondergebracht, onroerende zaken blijven op hun plaats. Zie VON BAR & CLIVE, *DCFR, Full Edition* 2009, Vol. 2, Art. IV.C-5:101, Comment C, p. 1792.

De overeenkomst van bewaarneming ziet op *feitelijke* handelingen met betrekking tot *stoffelijke* objecten. Anders dan de overeenkomst van bruikleen heeft de overeenkomst van bewaarneming naar haar aard een fysiek karakter. Wie het recht van vruchtgebruik op een auto heeft, geeft niet zijn recht op vruchtgebruik maar de auto zelf in bewaring. Het is echter denkbaar dat *bestanddelen* van zaken in bewaring worden gegeven, zoals wanneer iemand zijn appartement in bewaring geeft. De bewaring van *andere goederen dan zaken of hun bestanddelen* is geen vorm van bewaring in de zin van art. 7:600 BW. De bewaring (het beheer) van vorderingen en waardepapieren wordt door andere overeenkomsten geregeld. Uiteraard kan wel het papier waarin een vermogensrecht besloten ligt – immers als zodanig een roerende zaak – in bewaring worden gegeven. In art. 126 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux wordt evenwel de bewaring van immateriële waarden wel binnen het bereik van de overeenkomst van bewaarneming gebracht.

Ook op de bewaring van *data* – die de laatste jaren een hoge vlucht heeft genomen in de vorm van het zogenaamde ‘cloud computing’ – zijn art. 7:600 e.v. BW niet rechtstreeks van toepassing. Cloud computing is een onbenoemde overeenkomst, maar daarop kunnen – voor zover de overeenkomst strekt tot

bewaring van gegevens – art. 7:600 e.v. BW mijns inziens zonder bezwaar overeenkomstig worden toegepast, waarbij aantekening verdient dat art. IV.C-5:101 DCFR, juist met het oog op de bewaring van data, ook van toepassing is op de bewaring van onlichamelijke zaken. Vgl. VON BAR & CLIVE, *DCFR, Full Edition 2009*, Vol. 2, Art. IV.C-5:101, Comment A, p. 1790. Naar Duits recht is cloud computing een huur- of bruikleenovereenkomst, in andere landen wordt zij meestal als een overeenkomst van opdracht gekwalificeerd. Zie BLAHA, MARKO, ZELHOFER & LIEBEL, *Rechtsfragen des Cloud Computing 2011*, p. 25 e.v.; BRUNAUX, 'Cloud computing, protection des données: et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux?', *Rec. Dall.* 2013, p. 1158 e.v.; BOEHM, 'Cloud Computing-Verträge', *ZEuP* 2016/2, p. 358 e.v.

Art. 7:600 e.v. BW zijn evenmin van toepassing op de overeenkomst tot bewaring van *natuurlijke personen* (kinderdagverblijven, verpleeghuizen, psychiatrische inrichtingen, gevangenissen). Vgl. AVANZINI, *Les obligations du dépositaire 2007*, nr. 350 e.v. Ook een overeenkomst met een mortuarium ter zake van het stoffelijke overschot van een overleden persoon kan niet als een overeenkomst van bewaarneming worden aangemerkt, waaraan niet afdoet dat het stoffelijke overschot naar Nederlands recht inmiddels als zaak in de zin van art. 3:2 BW kan gelden (ASSER/BARTELS & VAN MIERLO 3-IV 2013/63). De overeenkomst met het mortuarium wordt namelijk beheerst door de Wet op de lijkbezorging. Anders het Belgische en Franse recht. Zie TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten 2000*, nr. 229; AVANZINI, *Les obligations du dépositaire 2007*, nr. 362 e.v. Zie ook Cour de cassation (2me civ.) 17 juli 1991, *Bull. civ. II*, nr. 233, met betrekking tot de aansprakelijkheid van een ziekenhuis voor de voortijdige ontbinding van het lichaam van een overledene. Art. 7:600 e.v. BW kan wel van toepassing zijn op de tijdelijke opslag van producten of onderdelen van de mens respectievelijk het menselijke lichaam, zoals bloed, urine, moedermelk, sperma, eicellen en organen. Uitgangspunt is dan dat de overeenkomst als zodanig niet in strijd mag zijn met de goede zeden; dat betekent gewoonlijk dat zij niet mag zijn aangegaan met het oog op de winstgevende verhandeling van het desbetreffende product. Bovendien zal de overeenkomst veelal pas rechtskracht hebben als de desbetreffende roerende zaak in de macht van de bewaarnemer is gebracht.

Art. 7:600 BW brengt ook tot uitdrukking dat de overeenkomst van bewaarneming betrekking moet hebben op een *individueel bepaalde* zaak. Dat betekent niet dat zaken die normaal gesproken soortzaken zijn, zoals agrarische producten (aardappelen, wortelen, graan), niet in bewaring gegeven zouden kunnen worden. De bewaarnemer moet echter wel precies dezelfde zaken teruggeven; het zijn dan dus naar de bedoeling van partijen *specieszaken*. 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. Om oneigenlijke vermenging te voorkomen, verplicht art. 129 lid 1 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de bewaarnemer dan ook om de soortzaken die hij in bewaring neemt, gescheiden te houden van zijn eigen zaken. Art. 129 lid 2 van het Franse Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux bepaalt vervolgens dat partijen anders kunnen overeenkomen.

- [4] *De bewaarnemer verplicht zich onder opschortende voorwaarde.* Art. 7:600 BW eist niet dat een partij zich verplicht om een zaak aan een ander toe te vertrouwen. Wel moet de overeenkomst een partij, de bewaargever, ten minste de bevoegdheid verschaffen om een zaak aan een ander toe te vertrouwen. Als de bewaargever deze bevoegdheid uitoefent, moet de bewaarnemer de zaak in bewaring nemen en uiteindelijk teruggeven. Op de bewaarnemer rust in zoverre een verbintenis onder opschortende voorwaarde.

Omdat de overeenkomst van bewaarneming een consensuele overeenkomst is, kan het tijdstip waarop de overeengekomen feitelijke bewaring van de zaak een aanvang neemt, in de toekomst liggen. Art. 7:600 BW eist niet dat de bewaargever zich *verplicht* om de zaak aan de bewaarnemer toe te vertrouwen. Van een overeenkomst van bewaarneming is reeds sprake als iemand krachtens overeenkomst de *bevoegdheid* heeft om een zaak in de macht van een ander te brengen en haar door deze ander te laten bewaren, dus als een partij de vrijheid houdt om van de diensten van de ander geen gebruik te maken. Het is niet uitgesloten dat uit de overeenkomst van bewaarneming een verbintenis ten laste van de bewaargever ontspruit die hem verplicht om de zaak daadwerkelijk in bewaring te geven. Zo'n verbintenis mag echter niet worden verondersteld omdat zij voor de overeenkomst van bewaarneming niet essentieel is (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 e.v.). Uit art. 7:600 BW volgt dat de verbintenis ten laste van de bewaarnemer om de zaak te bewaren en terug te geven, een verbintenis is onder de opschortende voorwaarde dat de bewaargever zijn bevoegdheid uitoefent. De bewaarnemer zal moeten zorgen dat hij in staat is om deze verbintenis na te komen, bijvoorbeeld door opslagruimte te reserveren en voor de overeengekomen duur van de bewaring vrij te houden. De bewaargever die besluit om van zijn bevoegdheid geen gebruik te maken, schiet niet tekort in de nakoming van enige verbintenis. Anders dan de wetgever beweert, komt de bewaargever in dat geval ook niet in schuldeisersverzuim te verkeren. Omdat de opschortende voorwaarde dat de bewaargever zijn bevoegdheid uitoefent, niet in vervulling is gegaan, is niet voldaan aan de eis van art. 6:58 BW dat de bewaargever de 'noodzakelijke medewerking' voor de nakoming van de verbintenis van de bewaarnemer verhindert. 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. De bewaarnemer zal in dat geval niet kunnen verlangen dat de rechter hem op de voet van art. 6:60 BW voortijdig uit zijn verplichtingen ontslaat. Uiteraard doet dat aan het recht van de bewaarnemer op het bedongen loon niets af. Zie in vergelijkbare zin PITLO/CROES e.a., *Bijzondere overeenkomsten* 1995, p. 291.

Als uit de overeenkomst van bewaarneming een verbintenis voortvloeit die de bewaargever *verplicht* om de zaak aan de bewaarnemer toe te vertrouwen en de bewaargever die verbintenis niet nakomt, verkeert hij evenmin in schuldeisersverzuim. De bewaargever schiet dan toerekenbaar tekort (art. 6:74 BW).

- [5] *De verplichting tot bewaring.* Als de strekking van een overeenkomst is dat iemand aan een ander een zaak toevertrouwt of zal toevertrouwen, is zij een overeenkomst van bewaarneming. De hoofdverplichting van de bewaarnemer om de zaak te bewaren, verschaft de overeenkomst van bewaarneming haar eigen karakter en onderscheidt haar van andere overeenkomsten. Als de overeenkomst verschillende hoofdverplichtingen creëert waarvan er één het bewaren van een zaak is, is de overeenkomst een gemengde overeenkomst waarop in beginsel ook de bepalingen van Titel 7.9 BW van toepassing zijn (art. 6:215 BW). Maar de verplichting om een zaak te bewaren, wordt niet altijd beheerst door art. 7:600 e.v. BW.

Met 'toevertrouwen' doelt art. 7:600 BW op de fysieke handeling die de zaak onder de hoede van de bewaarnemer brengt: de bewaarnemer kan aan zijn verplichting slechts invulling geven als hij feitelijke macht over de zaak kan (doen) uitoefenen. Net als bruikleen is bewaarneming geen titel van eigendomsoverdracht. De overeenkomst van bewaarneming heeft tot gevolg dat de bewaarnemer ten opzichte van de zaak die hij in bewaring neemt, de goederenrechtelijke positie inneemt van houder ten behoeve van de bewaargever, die middellijk bezitter of houder wordt. Zie art. 3:108 BW en Hof Amsterdam 23 december 2014, *S&S* 2015/116. Als de overeenkomst niet tot houderschap leidt, is zij geen overeenkomst van bewaarneming. Zie Hof van beroep Brussel 5 november 2008, *TBBR* 2010, p. 406, met betrekking tot de handbagage van een hotelgast, die werd gestolen nadat de gast zich bij de receptie had gemeld en toen hij nog doende was de nodige formulieren in te vullen. Zie ook Rb. Groningen 14 maart 2007, *S&S* 2009/67 met betrekking tot de stalling van jachten. De rechtbank besliste dat van bewaarneming geen sprake was, op de – mijns inziens twijfelachtige – grond dat de eigenaars van de jachten toegang hielden tot hun jacht en de exploitant van de loods de jachten niet mocht betreden noch over een sleutel van de jachten beschikte. In vergelijkbare zin evenwel Rb. Amsterdam 15 maart 2006, *S&S* 2008/16, met betrekking tot een terrein dat 24 uur per dag vrij toegankelijk was voor eigenaars en derden.

De enkele machtsverschaffing is niet voldoende om van bewaarneming te spreken. Voor bewaarneming is essentieel dat de overeenkomst ertoe strekt dat de macht die de bewaarnemer over de zaak heeft – in beginsel uitsluitend – staat in het teken van bewaring en verzorging van de zaak. Dat verschaft de overeenkomst het karakteristieke verschil met overeenkomsten en feitelijke situaties die overigens trekken van bewaarneming hebben.

Uit deze omschrijving volgt dat de overeenkomst waarbij iemand zich verplicht om opslagruimte ter beschikking te stellen maar niet ook om de zorg op zich te nemen voor de zaken die in die ruimte worden opgeslagen, geen overeenkomst van bewaarneming is. Het is een overeenkomst van huur als de eigenaar van de zaken voor het gebruik van de ruimte moet betalen en een overeenkomst van bruikleen als de eigenaar van de zaak de opslagruimte om niet kan gebruiken. Zie over het

verschil tussen bewaarneming en bruikleen verder hierna, nr. 174. Het is soms moeilijk vast te stellen of degene die ruimte voor opslag ter beschikking heeft gesteld, zich ook heeft verplicht om voor de opgeslagen zaak te zorgen en dus aansprakelijk is als de zaak tijdens de opslag beschadigd raakt. Uiteindelijk is het natuurlijk een kwestie van uitleg van de overeenkomst, aan de hand van de haviltex-maatstaf. Vgl. Rb. Rotterdam 6 april 2000, *S&S* 2001/58 met betrekking tot de opslag van fruit in een koelruimte. De overeenkomst die de eigenaar van een auto het recht geeft om deze in een parkeergarage te plaatsen, de eigenaar van een boot het recht geeft om deze in een haven aan te meren, of de eigenaar van een fiets het recht geeft om deze in een box te stallen, is alleen een overeenkomst van bewaargeving als de exploitant van de parkeergarage respectievelijk haven respectievelijk box gedurende de stalling de zaak ook onder zijn hoede neemt, dus zich verplicht ervoor te zorgen. Zie Hof Amsterdam 22 juli 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3000 en Hof Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2312; Rb. Rotterdam 16 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8745, voorts het zojuist genoemde vonnis van Rb. Groningen 14 maart 2007, *S&S* 2009/67 en TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 140 e.v., nr. 153 e.v.

Omstreden is of de zogenoemde *bankkluisovereenkomst* ook als een overeenkomst van bewaarneming kan worden gekwalificeerd (zo TM art. 7.91.4 (7:603) i.f., *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14* 1991, p. 397). Hoewel deze overeenkomst vaak als een huurovereenkomst wordt gekwalificeerd (vgl. HR 20 april 2001, *JOL* 2001/272; PITLO/CROES e.a., *Bijzondere overeenkomsten* 1995, p. 292; CANES, *De loketovereenkomst* 1909) onderscheidt zij zich van de huurovereenkomst enerzijds door de garantieverplichting die de bank op zich neemt ter zake van de (haar onbekende) inhoud van de kluis en anderzijds door de verregaande zeggenschap die de bank heeft over de kluis en de ruimte waarin deze zich bevindt (zie ook Cour de cassation (com.) 9 februari 2016, nr. 14-23006, ECLI:FR:CCASS:2016:CO00144). Om die reden verdedigen HUET, DECOCQ, GRIMALDI & LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux* 2012, nr. 33116, mijns inziens terecht dat de bankkluisovereenkomst een overeenkomst van bewaarneming is. Zo ook Lasserre Capdeville e.a. (red.), *Droit bancaire* 2017, nr. 2206; VON BAR & CLIVE, *DCFR, Full Edition* 2009, Vol. 2, Art. IV.C-5:101, Comment C, p. 1793. Daartegen MALAURIE, AYNES & GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux* 2017, nr. 868 en COLLART DUTILLEUL & DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux* 2015, nr. 814, maar hun tegenwerping dat aan de kwalificatie in de weg staat dat de bank de inhoud van de kluis niet kent, gaat niet op. De bewaargever kan immers ook een gesloten kist of een verzegelde omslag in bewaring geven; het feit dat de bewaarnemer de inhoud van die kist of omslag niet kent noch daarnaar een onderzoek mag instellen (art. 1931 Ccfr; vgl. art. 1750 BW (oud)), doet er niet aan af dat tussen partijen een overeenkomst van bewaarneming tot stand komt. Ook TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 94 e.v., meent dat de bankkluisovereenkomst geen overeenkomst van bewaarneming is, maar zijn tegenwerping dat de bewaarnemer steeds weet dat er een bewaarnemingsovereenkomst tot stand komt terwijl de cliënt van een bank zijn kluis leeg kan laten, lijkt me evenmin overtuigend. Ook de

bewaargever van een gesloten kist of verzegelde omslag kan de kist of het omslag leeg laten. Dat ontnemt aan de overeenkomst niet het karakter van bewaring. Volgens WELSER & ZÖCHLING-JUD, *Bürgerliches Recht* 2015, rdnr. 878, is de bankkluisovereenkomst een gemengde overeenkomst waarin de elementen van de huurovereenkomst overheersen.

Omdat de macht die de bewaarnemer over de zaak heeft in het teken van bewaring en verzorging van de zaak moet staan, is iemand die slechts gedooft dat een zaak ergens wordt neergezet of opgeborgen, zoals wanneer een gast zijn jas aan een kapstok in een restaurant ophangt of wanneer een werkmans gereedschappen bij zijn baas achterlaat, geen bewaarnemer. Ook hier is het onderscheid in de praktijk niet altijd gemakkelijk te maken. Zie ook TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 5 e.v. Indien echter uit de omstandigheden blijkt dat een partij wel degelijk ook de zorg voor de zaak op zich heeft genomen, zal men het ontstaan van een overeenkomst van bewaargeving moeten aannemen, ook indien dit bewaren gratis geschiedt. Zo het aannemen van een jas door de bediende van een restaurant: Rb. 's-Gravenhage 7 februari 1966, *NJ* 1967/67 en Ktr. Amsterdam 4 september 2003, *Prg.* 2004/6147. Irrelevant is dan of de bewaarnemer wel of niet de intentie heeft gehad om zich rechtens te binden. Zie mijn artikel in *NTBR* 1997, p. 313 e.v. (met verwijzingen) en Rb. Oudenaarde 7 februari 2001, *RW* 2001-2002, p. 388. Anders TILLEMANS, *Bijzondere overeenkomsten* 2000, nr. 5; HUET, DECOCQ, GRIMALDI & LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux* 2012, nr. 33102. Deze schrijvers lijken echter te vergeten dat de bewaarneming haar oorsprong vindt in een – rechtens relevante – dienst die uit welwillendheid wordt verricht.

[6] *Bewaring als ondergeschikt element van andere overeenkomsten.* Niet alleen de overeenkomst van bewaarneming impliceert dat een partij tijdelijk de macht over een zaak verschaft aan haar wederpartij. Het enkele feit dat iemand tijdelijk een goed van een ander onder zich krijgt en uit dien hoofde de plicht heeft om als een zorgvuldige schuldenaar voor het goed te zorgen, duidt niet *eo ipso* op een overeenkomst van bewaarneming. Als iemand een zaak aan een ander toevertrouwt ten behoeve van het vervoer van de zaak, bijvoorbeeld in geval van verhuizing van inboedel of het vervoer van een auto met boot of trein naar een vakantiebestemming, is er een vervoersovereenkomst. Wie een zaak onder zich krijgt om haar te bewerken, sluit een overeenkomst van aanneming van werk. De exploitant van een hondenuitlaatservice sluit overeenkomsten van opdracht. Wie een roerende zaak aan een ander toevertrouwt met het doel om zekerheid te verschaffen dat hij een schuld aan deze ander zal inlossen, vestigt een vuistpandrecht. Er kan pas bewaarneming zijn als het bewaren hoofdzaak is.

Veel rechtsverhoudingen creëren, naast verplichtingen waarvan buiten discussie is dat het primaire contractsverplichtingen zijn, een verplichting tot bewaring van een zaak. Dan is het de vraag of partijen verschillende overeenkomsten hebben gesloten waarvan er één een overeenkomst van bewaarneming is, dan wel of zij één overeenkomst hebben gesloten waaruit ook de verplichting tot bewaring ontspruit. Als partijen één overeenkomst hebben gesloten, rijst weer de vraag of de

bewaring van de zaak in de omstandigheden die de overeenkomst regelt hetzij een ondergeschikte rol speelt en de inhoud is van een *nevenverbintenis* hetzij de inhoud is van één van verschillende *hoofdverbintenissen* uit de overeenkomst. In het laatste geval is de overeenkomst een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW. Dan zijn ook de bepalingen van Titel 7.9 BW op de overeenkomst van toepassing, tenzij de bepalingen voor elk van de soorten van toepasselijke overeenkomsten niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. Zo kan naar mijn mening het houden van een zaak niet tegelijkertijd op bewaarneming en bruikleen berusten. Anders PITLO/CROES e.a., *Bijzondere overeenkomsten* 1995, p. 292; WESSELS, *WPNR* 1990/5982, p. 751. Zie ook HR 5 februari 1971, *NJ* 1971/188 (Heijn/Westerhof). Zie over bewaarneming in het kader van een gemengde overeenkomst HR 22 januari 1993, *NJ* 1993/456 (Van Loo/Wouters) en de conclusie (sub 9) van A-G HARTKAMP voor het arrest, Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6869; Rb. Rotterdam 22 februari 2006, *S&S* 2009/106; Rb. Rotterdam 3 mei 2006, *S&S* 2007/114 en voorts PALANDT/SPRAU 2018, § 688 BGB, rdnr. 6 en MÜNCHKOMM/HENSSLER 2012, § 688 BGB, rdnr. 45. Meestal komt het aan op uitleg van de rechtsverhouding aan de hand van de haviltex-maatstaf. De cliënt die zijn advocaat om bijstand vraagt en hem in dat verband stukken overhandigt, gaat gewoonlijk (slechts) een overeenkomst aan die wordt beheerst door art. 7:400 e.v. BW (opdracht). Met betrekking tot de garage die een auto in reparatie neemt, besliste Hof 's-Hertogenbosch 30 december 1969, *NJ* 1970/208 dat in de perioden waarin niet aan de auto wordt gewerkt, niet de regelen van de overeenkomst van bewaargeving gelden. Vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 8 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:5129, en zie voorts DE BOER, *BWKJ* nr. 24 2008, p. 245. Maar Rb. 's-Hertogenbosch 21 december 1990, *VR* 1993/15; Rb. 's-Hertogenbosch 27 oktober 2010, *NJF* 2011/60 en Rb. Rotterdam 16 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY8745 beslisten anders. Zo ook Cour de cassation (1re civ.) 8 oktober 2009, *Bull. civ. I*, nr. 204. Over deze overeenkomsten oordeelt ook de Belgische rechter in wisselende zin. Zie HERBOTS e.a., 'Bijzondere overeenkomsten 1995-1998', *TvP* 2002, p. 57 e.v., nr. 835; Hof van beroep Gent 16 oktober 2007, *TBBR* 2009, p. 428 en Rb. Hasselt 26 maart 2002, *RW* 2003-2004, p. 1153.

Ook het 'depot-vente' verdient hier vermelding. Daarbij brengt een producent zaken in de macht van een tussenhandelaar, die niet de eigendom van de zaken verwerft maar wel, krachtens een overeenkomst van lastgeving, beoogt om ze in eigen naam en tegen provisie aan derden te verkopen. In Frankrijk en Duitsland wordt deze lasthebber tegelijkertijd aangemerkt als bewaarnemer voor de producent. Zie HUET, DECOCQ, GRIMALDI & LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux* 2012, nr. 33114; COLLART DUTILLEUL & DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux* 2015, nr. 810; SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht* 2003, nr. 559. Als de bewaarplicht niet uit een gemengde overeenkomst voortvloeit maar uit een *nevenverbintenis*, als de bewaring ten dienste staat aan de aflevering van de zaak in plaats van omgekeerd, is op de bewaring art. 6:27 BW van toepassing, bepalend dat degene die een individueel bepaalde zaak moet afleveren, verplicht is om tot de aflevering voor deze zaak zorg te dragen op de wijze waarop een zorgvuldige schuldenaar dit in de gegeven