



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een goed bewaarnemer

Boer, M.B. de

Citation

Boer, M. B. de. (2008). Een goed bewaarnemer. *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 243-264. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36776>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36776>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

14 | Een goed bewaarnemer

M.B. de Boer[■]

1 INLEIDING

Bewaarneming is geregeld in titel 9 Bewaarneming van Boek 7 BW (art. 600-609).¹ Bewaarneming is volgens art. 7:600 BW de overeenkomst waarbij de ene partij, de bewaarnemer, zich tegenover de andere partij, de bewaargever, verbindt, een zaak die de bewaargever hem toevertrouwt of zal toevertrouwen, te bewaren en terug te geven. Uit deze omschrijving blijkt dat op de bewaarnemer twee hoofdverplichtingen rusten: bewaren en teruggeven van de hem toevertrouwde zaak. Wat mag in dit kader van een goed bewaarnemer worden verwacht?

In verband met de afbakening van het onderwerp van deze bijdrage tot professionele bewaarneming zal eerst kort worden stilgestaan bij de overeenkomst van bewaarneming (par. 2). Daarna zal de aandacht worden verlegd naar de hoofdverplichtingen van de professionele bewaarnemer. De hoofdverplichting 'bewaren' is uitgewerkt in art. 7:602 en 603 BW en de hoofdverplichting 'teruggeven' in art. 7:604 en 605 BW. Art. 7:602 BW vereist dat bij de bewaring de zorg van een goed bewaarder in acht wordt genomen, hetgeen wordt besproken in par. 3. Art. 7:603 betreft het gebruik van de in bewaring gestelde zaak door de bewaarnemer (lid 1) enerzijds en de mogelijkheid van

-
- M.B. de Boer is universitair docent bij de afdeling burgerlijk procesrecht, Universiteit Leiden.
- 1 De parlementaire stukken inzake titel 7.9 BW zijn opgenomen in C.J. Van Zeben (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere Overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14*, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, Deventer: Kluwer 1991, p. 387-415 (hierna: *Parl. Gesch. Boek 7*). Zie voor literatuur inzake de overeenkomst van bewaarneming: B. Wessels, 'Bewaarneming in het Nieuw BW', *WPNR* 5982 (1990) (Themanummer Bijzondere Contracten), p. 748-756; A.L. Croes, N. Frenk, C.E. du Perron en A.F. Salomons, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht, 6. Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 290-307 (Du Perron); G.R. Rutgers, *Bewaarneming* (Monografieën Nieuw BW B73), Deventer: Kluwer 1998; A.C. van Schaick, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Bijzondere overeenkomsten IV. Verbruikleen, alijdurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, spel en weddenschap*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 119-177; B. Wessels en A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht 6), Deventer: Kluwer 2006, nr. 192-205 (Verheij); zie ook nog *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), titel 7.9 (M.B. de Boer), en J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar. De tekst van de Boeken 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 en 8 van het BW voorzien van commentaar*, Deventer: Kluwer 2007, titel 7.9, p. 3185-3196 (A.G. Castermans & H.B. Krans).

onderbewaarneming (lid 2) met daaraan gepaard het instaan van de bewaarnemer voor de onderbewaarnemer (lid 3) anderzijds; hieraan wordt aandacht geschonken in respectievelijk par. 4 en 5. De hoofdverplichting ‘teruggeven’ omvat niet alleen het teruggeven door de bewaarnemer van de in bewaring gestelde zaak in de staat waarin hij haar heeft ontvangen (art. 7:605 BW, te bespreken in par. 6) maar ook het afdragen van de vruchten (art. 7:604 BW, te bespreken in par. 7). Tenslotte zal nog worden nagegaan in hoeverre in algemene voorwaarden opgenomen exonerationclausules sporen met de eisen die aan een goed bewaarnemer kunnen worden gesteld (par. 8), waarna een woord tot slot volgt (par. 9).

2 DE OVEREENKOMST VAN BEWAARNEMING

Uit de begripsomschrijving van de overeenkomst van bewaarneming in art. 7:600 BW blijkt dat deze overeenkomst een consensuele is: de overeenkomst komt door wilsovereenstemming tussen partijen tot stand. Zo is het mogelijk – zoals in de praktijk ook gewenst – om af te spreken dat een zaak te zijner tijd in bewaring zal worden gegeven, zonder dat daartoe eerst een voorovereenkomst gesloten dient te worden.² De overeenkomst van bewaarneming heeft een professionele achtergrond gekregen en daarmee is deze overeenkomst in de vorm van een reëel contract – zoals onder het oude BW bij bewaargeving het geval was en waarbij de vriendendienst voorop stond – moeilijk verenigbaar.³

Vandaag de dag maakt professionele bewaring het leeuwendeel van de bewaarnemingsovereenkomsten uit. Men denke in dit verband aan de stalling van fietsen, auto's, caravans en boten, gardes-meubles, bagagedepots, betaalde garderobes en aan opslagruimtes die bedrijfsmatig ter beschikking worden gesteld. De wetgever heeft bij de maatschappelijke realiteit aansluiting gezocht door in art. 7:601 lid 1 BW te bepalen dat, indien de overeenkomst door de bewaarnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan, de bewaargever hem loon verschuldigd is. Aan de niet-professionele bewaarnemer is in beginsel geen loon verschuldigd, doch het staat partijen vrij anders overeen te komen.

Uit het woordgebruik ‘een zaak’ in art. 7:600 BW blijkt dat zowel een roerende als een onroerende zaak voorwerp van bewaarneming kunnen zijn. Bewaring van onlichamelijke goederen is echter niet wel denkbaar. Het toevertrouwen vindt plaats doordat de bewaargever de feitelijke macht (in de zin van houderschap; art. 3:108 BW) over een zaak verschaft, bij een roerende zaak veelal door afgifte en bij een onroerende zaak als bijvoorbeeld bewaarneming

2 Rutgers 1998, nr. 3.

3 Asser-Van Schaick IV, nr. 119.

van een huis door het afgeven van de sleutels.⁴ In art. 7:600 BW ligt ook besloten dat individueel dezelfde zaak als die welke in bewaring werd gegeven, moet worden teruggegeven. Art. 7:600 e.v. BW ziet dus niet op het zogenaamde depositum irregulare, in welk geval vervangbare zaken (bijvoorbeeld geld of effecten) in bewaring gegeven worden en de bewaarder kan volstaan met teruggave van eenzelfde hoeveelheid zaken van dezelfde soort.⁵

De focus van de wetgever is bij het opstellen van titel 7.9 BW gericht geweest op de professionele overeenkomst van bewaarneming. Dit neemt niet weg dat de overeenkomst die niet in een professioneel kader is aangegaan, eveneens wordt beheerst door de bepalingen van titel 7.9 BW. Van Schaick⁶ merkt op dat de wetgever beter de (professionele) bewaarneming tegen loon had kunnen scheiden van de (vriendendienst) bewaarneming om niet, gezien de contractuele gevolgen van bewaarneming. Immers – anders dan vroeger het geval was – is de overeenkomst niet langer reëel maar consensueel en wordt de aansprakelijkheid ook niet langer afgemeten aan de hand van het criterium *diligentia quam in rebus suis* maar aan de hand van het professionele criterium ‘zorg van een goed bewaarder.’ Schiet een vriendin toerekenbaar tekort, indien zij terugkomt op haar afspraak om in de vakantie voor de katten te zorgen, in welk geval nakoming zou kunnen worden gevorderd dan wel de kosten van het asiel op die vriendin zouden kunnen worden verhaald?⁷ Geldt bij verzorging van de orchideeën van de buurvrouw tijdens vakantie zonder dat daarvoor loon wordt ontvangen, dezelfde zorgplicht als bij een professionele bewaarder? Of mogen er in dit geval – zoals Van Schaick mijns inziens terecht bepleit – minder strenge eisen worden gesteld aan de zorgplicht van de bewaarnemer?⁸ Al met al reden om in het onderstaande bij de vraag wat van een goed bewaarnemer kan en mag worden verwacht, de beperking aan te brengen tot professionele bewaarneming.

Vaak worden overeenkomsten gesloten, waarbij het bewaren van zaken onderdeel is van een meer omvattende rechtsverhouding. Indien het bewaren een volstrekt ondergeschikt onderdeel van de overeenkomst is, kan niet van bewaarneming worden gesproken (bijvoorbeeld een reparatie-overeenkomst).

4 Zo G.B.A. Paquay, ‘De aansprakelijkheid van de bewaarnemer’, *RMThemis* 1994, p. 496. Asser-Van Schaick IV, nr. 123, wijst erop dat het verschaffen van macht over de zaak, wil men van bewaarneming kunnen spreken, ‘in beginsel uitsluitend’ in het teken van bewaring en verzorging van de zaak moet staan.

5 Zie daarvoor verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 9 bij art. 600 (De Boer).

6 Asser-Van Schaick IV, nr. 120.

7 Volgens S.C.J.J. Kortmann e.a., *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Bijzondere overeenkomsten III. Opdracht, arbeidsovereenkomst, aanneming van werk*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, nr. 54, valt zo een dienst buiten de rechtssfeer; dergelijke afspraken ‘roepen slechts sociale of morele verplichtingen in het leven.’

8 Asser-Van Schaick, nr. 129, die daarbij tevens de mogelijkheid van matiging van de door de bewaarnemer te betalen schadevergoeding (art. 6:109 BW) onder de aandacht brengt (aansprakelijkheidsleniging); zie tevens *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 in *fine* bij art. 602 (De Boer).

Het kan ook zijn dat er sprake is van een gemengde overeenkomst, waarvoor art. 6:215 BW bepaalt dat in beginsel de voor elk van beide overeenkomsten gegeven bepalingen naast elkaar van toepassing zijn (bijvoorbeeld een vervoers-overeenkomst). Aan de eventuele complicaties die hieruit voort kunnen vloeien, wordt in het navolgende geen aandacht besteed.⁹

3 ZORG VAN EEN GOED BEWAARDER

Naar art. 7:602 BW aangeeft dient de bewaarnemer bij de bewaring de zorg van een goed bewaarder in acht te nemen. Dit in aansluiting op de algemene zorgplichtregel die is opgenomen in art. 6:27 BW:

‘Hij die een individueel bepaalde zaak moet afleveren, is verplicht tot de aflevering voor deze zaak zorg te dragen op de wijze waarop een zorgvuldig schuldenaar dit in de gegeven omstandigheden zou doen.’

Er is geen reden een vrijbrief te geven aan een bewaarnemer, die slordig met zijn eigen zaken omspringt, om dit ook met andermans zaken te doen.¹⁰ De door de bewaarnemer te betrachten zorg dient naar een objectieve maatstaf te worden gemeten. De zorgplicht van de bewaarnemer dient aan professionele eisen te voldoen.¹¹ Paquay¹² distilleert uit art. 1744 BW (oud) de regel ‘dat de aangewende zorg optimaal *geschikt* moet zijn om bescherming te bieden, waarop in het concrete geval de bewaargever recht heeft’, terwijl Wessels¹³ – onder verwijzing naar de algemene kwaliteitsmaatstaf bij de aflevering van soortzaken in art. 6:28 BW – als criterium noemt ‘niet beneden goede gemiddelde kwaliteit’.

Door de wetgever is geen aandacht besteed aan de vraag wat onder de zorg van een goed bewaarder dient te worden verstaan en hoever in een concreet geval de zorg van een goed bewaarder dient te gaan.¹⁴ Dit hangt

9 Zie in dit verband verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 5 bij titel 7.9 Inleiding (De Boer).

10 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 396.

11 Zo Asser-Van Schaick, nr. 120; zie ook Rb. Rotterdam 28 mei 1998, *S&S* 1999, 88, en het hoger beroep in deze zaak: Hof 's-Gravenhage 18 december 2001, *S&S* 2002, 109.

12 Paquay 1994, p. 497.

13 Wessels 1990, p. 752; zie ook Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij), waar als criterium wordt genoemd wat een goed bewaarnemer zou hebben gedaan in soortgelijke omstandigheden.

14 Dit is niet in abstracto aan te geven; aldus Rutgers 1998, nr. 12. In *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 155, wordt met betrekking tot de algemene zorgplichtregel die is neergelegd in art. 6:27 BW, gewezen op de inhoud en de strekking van de verbintenis, de gewoonte, de aard van het door de debiteur uitgeoefende beroep of bedrijf en de middelen, waarover een debiteur in het kader van zo'n beroeps- of bedrijfsuitoefening gewoonlijk beschikt.

onder meer af van de inhoud van de overeenkomst en het gebruik alsmede de aard van de in bewaring gegeven zaak.¹⁵ Uitdrukkelijke of stilzwijgende overeenstemming kunnen tot een zorgplicht van een laag niveau leiden, net als de aard van de in bewaring gegeven zaak.¹⁶ Onder verwijzing naar het Haviltex-arrest (HR 12 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB) merkt Van Schaick¹⁷ op dat partijen overigens gebonden zijn:

aan hetgeen zij over en weer in redelijkheid uit elkanders verklaringen en gedragingen mochten afleiden, waarbij ook de hoedanigheid en persoon(lijkheid) van de bewaarnemer een rol kunnen spelen en de specifieke deskundigheid die de bewaargever bij zijn wederpartij aanwezig mag veronderstellen.

Voor wat betreft de aard van de in bewaring gegeven zaak kan worden opgemerkt dat bij de bewaring van een partij oud ijzer, een Cyperse kat, appels en peren of pootaardappelen niet telkens dezelfde zorg vereist is.¹⁸ In dit verband worden in de literatuur diverse voorbeelden genoemd, zoals:

- een dier moet worden verzorgd, dat wil zeggen het moet (op tijd) worden gevoederd en voldoende beweging krijgen;¹⁹
- een paard moet worden gevoederd en afgestapt, maar mag niet worden bereden, tenzij het een rijpaard betreft;²⁰
- een piano moet tegen vocht en uitdroging worden beschermd;²¹
- een partij ijzer moet tegen vocht worden beschermd;²²
- een loods waarin melkpoederspray is opgeslagen moet voldoende ventilatie hebben en droog genoeg zijn, terwijl de opgeslagen zaak regelmatig dient te worden gecontroleerd.²³

Daarnaast speelt de professionaliteit van de bewaarder een rol.²⁴ De zorgplicht van een professionele en gespecialiseerde bewaarnemer behelst dat hij zorg draagt voor goede outillage (behoorlijk functionerende koelruimtes), mede gelet op art. 6:77 BW, op grond waarvan de bewaarnemer aansprakelijk is voor

15 Wessels 1990, Pitlo 6, p. 295 (Du Perron); Asser-Van Schaick IV, nr. 127. Paquay 1994, p. 497 acht de uitleg van de overeenkomst bepalend.

16 Zo Paquay 1994, p. 505. Zie ook Ktr. Gouda 11 maart 2004, *Prg.* 2004, 6265.

17 Asser-van Schaick, nr. 127.

18 Zie ook Wessels 1990, p. 752.

19 Zie Pitlo 6, p. 295 (Du Perron); Asser-Van Schaick, nr. 127, die benadrukt dat het dier de zorg krijgt die het in redelijkheid nodig heeft en in dit verband ook nog wijst op Ktg. Zaandam 13 maart 1997, *Prg.* 1998, 4930; *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans).

20 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397; zie voor het gebruik van de in bewaring gestelde zaak hierna, par. 4.

21 *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans).

22 Pitlo 6, p. 295 (Du Perron).

23 Zo Asser-Van Schaick, nr. 127, onder verwijzing naar Hof 's-Gravenhage 19 september 1995, *S&S* 1996, 116.

24 Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij); *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans). Zie inzake hetgeen van een professioneel bewaarnemer mag worden

zaken die hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruikt. Door zo een bewaarnemer veroorzaakte schade kan niet worden afgewenteld op de installateur. Zie HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 168, *S&S* 1998, 34 (*Smits/Royal Nederland*),²⁵ waarin onder meer is overwogen dat:

‘het onderhavige geval daardoor gekenmerkt wordt dat het gaat om een professionele en gespecialiseerde bewaarnemer – te weten: een bedrijf dat zaken in opslag neemt in een koel- en vrieshuis – en om een gebrek van een koelinstallatie in het koel- en vrieshuis waarin de partij kaaspoeder was opgeslagen (...).’

Verheij²⁶ leidt uit dit arrest af dat onder andere omstandigheden (geen professionele en gespecialiseerde bewaarnemer) de bewaarnemer voor de door hem gebruikte hulpzaken mogelijk niet (volledig) aansprakelijk is, waarbij de rechter zich wel zal baseren op de in art. 6:77 BW vermelde uitzonderingen inzake aansprakelijkheid voor hulpzaken. Aannemelijk is dat dit ook kan gelden voor een professionele, niet gespecialiseerde bewaarnemer.

De professionele bewaarnemer is echter in beginsel niet aansprakelijk voor schade, indien de opslagplaats vóór de opslag is geïnspecteerd en goedgekeurd door de bewaargever.²⁷

De bewaarnemer is in beginsel niet alleen aansprakelijk voor door hem gebruikte hulpzaken, maar uiteraard ook voor personen van wier hulp hij bij de uitvoering van de verbintenis gebruikmaakt als bedoeld in art. 6:76 BW.²⁸

De omvang van de op de bewaarder rustende zorgplicht – die dus een open norm is – wordt door de rechtspraak nader ingevuld daar alle omstandigheden van het concrete geval dan in aanmerking kunnen worden genomen²⁹ en waarbij dus met name acht zal worden geslagen op de inhoud van de overeenkomst, de gewoonte, de aard van de zaak en de professionaliteit van de bewaarnemer.³⁰

Naar onder de aandacht is gebracht door Paquay³¹ staat de concrete inhoud van de op de bewaarder rustende verplichting om het in bewaring

verwacht HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45 (*Van der Hoff/Nouwens*); vgl. ook Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *NJF* 2005, 453 (zonder de in casu relevante overwegingen); *S&S* 2006, 93; Rb. Rotterdam 19 november 2003, *S&S* 2005, 12, en het hoger beroep in deze zaak: Hof 's-Gravenhage 27 maart 2007, *S&S* 2008, 66.

25 Vgl. Rutgers 1998, nr. 12; Asser-Van Schaick, nr. 127.

26 Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199.

27 Rb. Rotterdam 28 mei 1998, *S&S* 1999, 4.

28 Vgl. Asser-Van Schaick, nr. 127.

29 Zie B. Wessels, 'Overzicht der Nederlandse Rechtspraak. Bijzondere Overeenkomsten' (II), *WPNR* 6126 (1994), p. 162, die daar bij verwijst naar Rb. Dordrecht 14 oktober 1992, *NJ* 1993, 393, en Hof 's-Hertogenbosch 12 november 1990, *NJ* 1991, 537. Op het zeer feitelijk oordeel van de rechter wordt eveneens gewezen door Paquay 1994, p. 497.

30 Vgl. Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij). Zie ook Rb. Rotterdam 23 november 2005, *S&S* 2008, 67, waar als relevante omstandigheid ook nog de waarde van de in bewaring gegeven zaak wordt vermeld.

31 Paquay 1994, p. 497 e.v.

gestelde met zorg te bewaren zelden helemaal vast. Het vaststellen van de in concreto aan te wenden zorg is 'temeer complex' ingeval door de uitleg van partijbedoelingen 'het object van bewaarneming (kan) worden uitgebreid tot buiten de zaak en haar bestanddelen waarop de overeenkomst expliciet betrekking heeft', bijvoorbeeld het dekzeil van een boot en de vruchten van een zaak. Voor het vaststellen van de partijbedoelingen inzake de in concreto aan te wenden zorg zijn volgens Paquay de navolgende factoren van belang:

- standaardvoorwaarden, veelal door middel van borden bekend gemaakt (vgl. art. 3:37 BW); deze betreffen het concrete aanbod van de bewaarnemer inzake de verplichting om te bewaren en terug te geven (kernbedingen);
- standaardvoorzieningen bij professionele bewaarders, te weten 'de zichtbaarheid of bekendheid voor de bewaargever van materiële voorzieningen die de bewaarnemer ter beschikking kan stellen';
- de aard van het belang van de bewaargever, dat wil zeggen de bewaarnemer is eerst dan verplicht speciale maatregelen te nemen, indien hij bekend is met een uitzonderlijk belang van de bewaargever in de zaak;
- een uitdrukkelijke afspraak over speciale zorg, die in het ene geval wél en in het andere geval niet nodig is.

De bewaarnemer dient de staat van de in bewaring gegeven zaak te behouden en te beschermen; daarnaast dient hij het vergaan, verslechteren of diefstal van die zaak te voorkomen.³² Maar verslechtering of het verloren gaan (door brand of diefstal) van het in bewaring gestelde betekent niet zonder meer dat de zorg van een goed bewaarder niet in acht is genomen, daar op de bewaarnemer voor wat betreft het bewaren niet een resultaatsverbintenis rust.³³ Het betreft immers een inspanningsverbintenis.³⁴

De vraag of de bewaarnemer het in bewaring gestelde tegen diefstal of brand had moeten verzekeren komt aan de orde, indien in de concrete omstandigheden de diefstal of brand niet aan een toerekenbare tekortkoming van de bewaarnemer kan worden toegeschreven: omvat de zorgplicht met andere woorden (ook) het behouden van de waarde die het in bewaring gestelde vertegenwoordigt? Hierop wordt gewezen door Van Schaick,³⁵ die daarbij opmerkt dat aanknopingspunten in dit verband voor de Nederlandse rechter lijken te zijn:

32 Zo Asser-Van Schaick, nr. 127.

33 Asser-Van Schaick, nr. 128: 'De vraag of de bewaarnemer aansprakelijk is als de zaak onder hem wordt gestolen, is dan ook niet *a priori* in bevestigende of ontkennende zin te beantwoorden. Anders WESSELS, WPNR 1990, 5982, p. 752. De gerechtvaardigde belangen van de bewaarnemer of derden kunnen meebrengen dat geen verregaande voorzorgsmaatregelen tegen diefstal of brand worden getroffen.' In dit kader wordt door Van Schaick gewezen op Rb. Maastricht 26 november 1992, VR 1993, 160.

34 Zie ook Paquay 1994, p. 505; Rutgers 1998, nr. 9.

35 Asser-Van Schaick, nr. 128.

‘de (kenbare) ernst van het risico van schade als gevolg van diefstal of brand, de aard van de overeenkomst en de persoon van de bewaarnemer.’

Vandaag de dag is het afsluiten van een verzekering tegen brand en diefstal normaal. Daarom achten Wessels en Du Perron de bewaarnemer dan ook verplicht dergelijke verzekeringen af te sluiten;³⁶ volgens Van Schaick³⁷ mag van een professionele bewaarnemer van kostbare zaken worden verwacht dat hij het in bewaring gestelde verzekert tegen brand en diefstal. De verzekeringsplicht – welke plicht volgens Wessels al snel uit de zorgplicht voortvloeit³⁸ – is evenwel niet beperkt tot verzekeringen tegen brand en diefstal:³⁹ deze plicht geldt alle risico's waartegen de betrokken zaak gewoonlijk wordt verzekerd.⁴⁰ Naar mijn mening mag onder de huidige maatschappelijke omstandigheden in beginsel van de bewaarnemer worden verwacht dat hij in ieder geval een verzekering tegen brand en diefstal heeft afgesloten waar het gaat om de bewaring van kostbare zaken; dit geldt evenzeer voor gebruikelijke verzekeringen tegen andere (kenbare) risico's. Doch dit staat er naar mijn mening niet aan in de weg dat het een professionele bewaarnemer vrijstaat dergelijke risico's af te dekken met het eigen (bedrijfs)vermogen.⁴¹ Bij het een en ander is het uiteraard wel van belang of een vergoeding voor verzekering tegen brand, diefstal en andere risico's in het bewaarloon is begrepen⁴² dan wel is afgesproken dat de bewaarnemer het in bewaring gestelde verzekert.

Op de bewaarnemer rust dus in beginsel een verzekeringsplicht bij bewaring van kostbare zaken. Dit is echter geen absolute plicht, bijvoorbeeld wanneer er een vast gebruik bestaat dat de bewaargever zelf het in bewaring

36 Wessels 1990, p. 752; Pitlo 6, p. 295 (Du Perron).

37 Asser-Van Schaick, nr. 128, die daartoe verwijst naar Hof Leeuwarden 21 september 1994, *NJ* 1995, 360 (inzake gerechtelijke bewaring als bedoeld in art. 853 e.v. Rv, maar niet anders bij bewaarneming nu op de bewaarder in beide gevallen dezelfde zorgplicht rust); Rb. Dordrecht 19 april 1989, *NJ* 1990, 178 (de bewaargever zal dan 'in plaats van de verloren gegane goederen de uitgekeerde verzekeringspenningen (...) ontvangen'); Rb. Zutphen 9 juli 2003, *NJF* 2003, 9.

38 Wessels 1994, p. 162.

39 Wessels 1990, p. 752.

40 Pitlo 6, p. 295 (Du Perron).

41 Zie ook Paquay 1994, p. 504, volgens wie er voor bewaarnemers een verzekeringsplicht geldt voor zover zij zeer kostbare zaken plegen te bewaren, 'indien het niet economisch is reserveringen te doen uit de winsten.'

42 Zie voor verzekering tegen diefstal *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans), onder refereert aan Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 1995, *NJ* 1996, 191 (inzake gerechtelijke bewaring, doch qua zorgplicht niet anders dan bij bewaarneming; de bewaarder had in casu geen diefstalverzekering afgesloten, waartoe hij verplicht is 'indien het bewaarloon dat [hij] ontving zodanig hoog was dat geoordeeld moet worden dat daarin een vergoeding voor een diefstalverzekering begrepen is'); Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 176) wijst erop dat de bewaarnemer de onkosten die het afsluiten van verzekeringen meebrengen, vergoed kan krijgen op grond van art. 7:601 lid 3 BW. Dit uiteraard voor zover deze kosten niet in het bewaarloon zijn verdisconteerd.

gestelde verzekert⁴³ of wanneer ingevolge algemene voorwaarden de bewaargever zich afdoende dient te verzekeren tegen bepaalde, verzekerbare risico's.⁴⁴ Het kan dus op de weg van de bewaargever liggen het in bewaring gestelde te verzekeren. Zo is het ook eerder aan de bewaargever – nu deze de in bewaring gestelde goederen en de eigenschappen van die goederen het beste kent – dan aan de bewaarnemer het risico te verzekeren van opruimkosten van die goederen na brand.⁴⁵

De bewaarnemer zal de nodige maatregelen dienen te treffen om diefstal te voorkomen. Het gaat om maatregelen die redelijkerwijs van de bewaarnemer kunnen worden verlangd.⁴⁶ Heeft de bewaarnemer in het kader van diefstalpreventie alle maatregelen getroffen die redelijkerwijs konden worden verlangd, dan schiet de bewaarnemer niet tekort in zijn zorgplicht en is hij gevrijwaard van aansprakelijkheid voor diefstal.⁴⁷

Volgens Wessels⁴⁸ leidt de zorgplicht van de bewaarnemer in het kader van diefstalpreventie al snel tot het aannemen van een bewakingsplicht:

'Afhankelijk van de geschiktheid en de plaats van een locatie (in de binnenstad of in de polder, toegankelijkheid van bedrijfsterrein en opslagplaats e.d., bouwaard en beveiligingsniveau van het pakhuis) betekent zorg het (doen) houden van surveillance(s), ook in het weekend.'

Maar de bewaargever op wiens weg het had gelegen om zich te verzekeren en dit had nagelaten, en de bewaarnemer daarvan niet op de hoogte stelt, kan niet van de bewaarnemer verlangen dat door deze laatste eigener beweging meer of andere veiligheidsmaatregelen dan de normale worden genomen. Hij zal de bewaarnemer hiervan dienen te verwittigen, zodat deze extra maatregelen kan nemen.⁴⁹

43 Zie voor een bewijsopdracht inzake het vermeend bestaan van een vast gebruik dat boot-eigenaren hun boot zelf tegen schadeoorzaken tijdens stalling en reparatie verzekeren: Hof Amsterdam 11 maart 2004, *NJF* 2004, 341; *S&S* 2008, 39.

44 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *NJF* 2005, 453, *S&S* 2006, 93.

45 Zo Hof 's-Gravenhage 13 januari 1993, *S&S* 1993, 105; dit kan ook worden afgeleid uit Rb. Arnhem 18 januari 2001, *S&S* 2001, 106.

46 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 409 (implicite) en p. 412. Zie ook Hof Amsterdam 19 juli 2007, *NJF* 2007, 513.

47 Zo Asser-Van Schaick, nr. 128, die daartoe verwijst naar Hof 's-Hertogenbosch 12 juni 1995, *NJ* 1996, 191 (inzake gerechtelijke bewaring, waarbij op de bewaarder geen andere zorgplicht rust dan bij bewaarneming). Van Schaick wijst er hierbij op dat de bewaarnemer gezien de getroffen veiligheidsmaatregelen volgens het Hof niet verplicht was geweest een diefstal-verzekering af te sluiten.

48 *WPNR* 5982 (1990), p. 752, onder verwijzing naar Hof 's-Gravenhage 26 mei 1988, *S&S* 1989, 81; Hof 's-Gravenhage 10 januari 1989, *NJ* 1989, 868, *S&S* 1989, 82; Rb. Rotterdam 1 september 1989, *S&S* 1990, 51.

49 Zie Rechtbank Dordrecht 14 oktober 1992, *NJ* 1993, 393, waarover Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 199 (Verheij).

De zorgplicht behelst onder omstandigheden de verkoop van het in bewaring gestelde door de bewaarnemer. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het in bewaring gestelde ‘snel teniet- of achteruitgaat of onevenredig in waarde daalt’.⁵⁰ De netto-opbrengst treedt uiteraard in de plaats van het in bewaring gestelde en zal – onder het afleggen van rekening en verantwoording⁵¹ – door de bewaarnemer aan de bewaargever moeten worden afgestaan. De bewaarnemer zal op zodanige wijze dienen te verkopen dat aan de belangen van alle betrokkenen het beste recht wordt gedaan.⁵²

De zorg van een goed bewaarder brengt ook mee dat de bewaarnemer niet mag onderzoeken wat zich in een gesloten kist of in een verzegelde omslag bevindt.⁵³ De bewaarnemer die niet weet wat de gesloten kist of verzegelde omslag bevat, hoeft niet bedacht te zijn op bijzondere kwetsbaarheid of gevoeligheid van het aldus in bewaring gestelde; dit uiteraard behoudens nadere instructie van de bewaargever.⁵⁴ De bewaarnemer wordt overigens niet gevrijwaard tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid, indien hij reden heeft te vermoeden dat een in bewaring gegeven, afgesloten kist heroïne of iets gelijksoortigs bevat; dan is het de bewaarnemer evenmin geoorloofd de inhoud van de kist te controleren maar zal de politie door hem gewaarschuwd dienen te worden.⁵⁵

4 GEbruik VAN DE IN BEwARING GESTELDE ZAAK

Een bijkomende verplichting die samenhangt met de op de bewaarder rustende hoofdverplichting om de in bewaring gestelde zaak te bewaren, is dat die zaak in beginsel door de bewaarnemer niet mag worden gebruikt. Dit is anders wanneer de bewaargever daartoe toestemming heeft gegeven⁵⁶ of het gebruik

50 Zo Asser-Van Schaick, nr. 139; vgl. ook *T&C*, aant. 2 bij art. 7:602 (Castermans & Krans). Zie in dit verband HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 571 m.nt. HJS (*Verbeeck c.s./De Lindt*) en HR 11 april 1997, *NJ* 1998, 236 m.nt. HJS (*Verbeeck/ANB-AMRO Bank I*) (inzake gerechtelijke bewaring doch in geval van bewaarneming niet anders), alsmede Rb. Rotterdam 20 juli 2000, *S&S* 2001, 59.

51 Zie ook hierna, par. 6 *in fine*.

52 Asser-Van Schaick, nr. 139. Zie ook Ktg. 's-Gravenhage 13 juni 2001 en 17 oktober 2001, *Prg.* 2001, 5767 m.nt. AJJ.

53 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397; Wessels 1990, p. 753; Pitlo 6, p. 295 (Du Perron); Rutgers 1998, nr. 12; Asser-Van Schaick, nr. 138.

54 Asser-Van Schaick, nr. 138.

55 Zo Pitlo 6, p. 295 e.v. (Du Perron).

56 Toestemming tot gebruik botst min of meer met het karakter bewaarneming; er kan dan mogelijk sprake zijn van bruikleen, daar de grens tussen bewaarneming en bruikleen niet altijd scherp getrokken kan worden. Naar mijn mening is doorslaggevend dat het gebruik ondergeschikt blijft aan de bewaring, zoals ook voorgestaan wordt door Van Schaick (Asser-Van Schaick, nr. 132); zie verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 bij art. 603 (De Boer).

nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen (art. 7:603 lid 1 BW).

Toestemming tot gebruik kan door de bewaargever uitdrukkelijk of stilzwijgend (art. 3:37 lid 1 BW) aan de bewaarnemer worden gegeven.⁵⁷ Het niet naleven van het gebruiksverbod betekent dat de bewaarnemer waarschijnlijk niet de zorg van een goed bewaarnemer in acht neemt; hij schiet dan in ieder geval te kort in de nakoming van een nevenverbintenis om niet te doen.⁵⁸ De bewaargever heeft recht op schadevergoeding, indien door het gebruik van de zaak schade is opgetreden.⁵⁹

Het gebruik van de in bewaring gestelde zaak is daarnaast toegestaan, indien dit gebruik nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen. In dit geval is de bewaarnemer niet alleen volgens art. 7:603 lid 1 BW bevoegd maar ook volgens art. 7:602 (de zorg van een goed bewaarder) gehouden dit te doen.⁶⁰ Men denke bijvoorbeeld aan het afrijden van een rijpaard.⁶¹ Onder het oude recht werd daarenboven verlof tot gebruik verondersteld aanwezig te zijn, indien de aard van de in bewaring gegeven zaak dit meebracht. Boeken uit een in bewaring gegeven bibliotheek zouden bijvoorbeeld door de bewaarnemer gelezen mogen worden.⁶² Op de vraag of thans onder vigeur van art. 7:603 lid 1 BW – dat dezelfde strekking heeft als art. 1749 oud BW – de aard van de in bewaring gegeven zaak ook een zeker gebruik toelaat, wordt noch in de parlementaire geschiedenis noch in de literatuur ingegaan. Het komt mij voor dat hierin geen verandering is gekomen, en een dergelijk gebruik dus nog steeds mogelijk is.

5 ONDERBEWAARNEMING

Een andere bijkomende verplichting die samenhangt met de op de bewaarnemer rustende hoofdverplichting om de in bewaring gestelde zaak te bewaren is dat hij niet bevoegd is die zaak zonder toestemming van de bewaargever bij een derde in bewaring te geven, tenzij dit in het belang van de bewaargever noodzakelijk is (art. 7:603 lid 2 BW). Dat de bewaarnemer bevoegd is de in bewaring gestelde zaak aan een derde in bewaring te geven indien dit nood-

57 Asser-Van Schaick, nr. 133; Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 200 (Verheij), waar in nt. 200 erop wordt gewezen dat uitdrukkelijkheid wel vereist kan zijn, zoals bijvoorbeeld in art. 6:225 lid 3 BW (van de hand wijzen van toepasselijkheid van algemene voorwaarden van de aanbieder).

58 Zo Asser-Van Schaick, nr. 133.

59 Asser-Van Schaick, nr. 133, waarin daarnaast wordt opgemerkt dat voor het recht op gebruiksvergoeding een wettelijke basis ontbreekt.

60 Waarop gewezen wordt in Pitlo 6, p. 296 (Du Perron); evenzo Asser-Van Schaick, nr. 134.

61 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397.

62 Zie Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 5. Bijzondere overeenkomsten IV. Bewaargeving, bruikleen, verbruikleen etc.*, vierde/vijfde druk door W.M. Kleijn, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, nr. 11.

zakelijk is in het belang van de bewaargever, is – anders dan de bevoegdheid tot gebruik in art. 7:603 lid 1 BW – als een uitzondering op de hoofdregel geformuleerd.⁶³

Bij het aangaan van de overeenkomst kan door bewaargever aan de bewaarnemer de bevoegdheid worden verleend om het in bewaring gestelde bij een derde in bewaring te geven; dit kan uiteraard ook nog op een later tijdstip worden overeengekomen. Doch de teneur van art. 7:603 lid 2 lijkt te zijn dat de bewaarnemer hiertoe overigens niet bevoegd is,⁶⁴ althans wanneer hierover twijfel bestaat.⁶⁵ Van Schaick⁶⁶ wijst erop dat door het ‘principiële verbod’ van onderbewaarneming (waarmee de wetgever geen afstand genomen heeft van de bewaarneming als vriendendienst) de bewegingsvrijheid van de professionele bewaarder – in welk geval de bewaargever veelal ‘aan de persoon van de bewaarnemer geen doorslaggevende betekenis heeft gehecht’ – zinloos wordt beperkt; men kan hieraan alleen ontkomen ‘door uit de overeenkomst van bewaarneming een stilzwijgend verleende bevoegdheid te herleiden om een overeenkomst van onderbewaarneming aan te gaan of de uitzondering van art. 7:603 lid 2 BW ruim te interpreteren.’

De bewaarnemer die in strijd met de wet of de overeenkomst het in bewaring gestelde in onderbewaarneming geeft, neemt waarschijnlijk niet de zorg van een goed bewaarder in acht; in ieder geval schiet hij tekort in de nakoming van een nevenverbintenis om niet te doen.⁶⁷

Bij onderbewaarneming, noodzakelijk in het belang van de bewaargever, kan gedacht worden aan de situatie dat de bewaarnemer zelf niet meer in staat is op behoorlijke wijze zorg te dragen voor de bewaring van de in bewaring gegeven zaak. De noodzaak moet betrekking hebben op het belang van de bewaargever en daarom is het waarschijnlijk van belang dat de bewaargever zelf evenmin in staat is een voorziening te treffen.⁶⁸ In concreto zal volgens

63 Dit wordt onder de aandacht gebracht in Asser-Van Schaick, nr. 136, waar in dit verband wordt opgemerkt dat dit bewijsrechtelijke gevolgen lijkt te kunnen hebben.

64 *Bijzondere Contracten VIII* (losbl.), aant. 11 onder *d* bij de Inleiding op de titel Bewaargeving (De Boer/Wachter), waar is opgemerkt dat art. 7:603 lid 2 BW gedeeltelijk (te weten enkel voor wat betreft de regel dat de bewaarnemer zonder toestemming van de bewaargever niet gerechtigd is de zaak aan een derde in bewaring te geven) aansluit bij HR 16 maart 1951, NJ 1951, 676 m.nt. PhANH; AA 1951, p. 42 e.v. m.nt. JD; anders B. Wessels (*Overgangsrecht* (losbl.), I-6, titel 7-9, aant. 1) die van mening is dat de bewaarnemer bevoegd is tot onderbewaarneming, indien dit uitdrukkelijk is bedongen of voortvloeit uit de overeenkomst. Uit de parlementaire stukken (*Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397) blijkt dit niet met zoveel woorden; uit de toevoeging in art. 7:603 lid 2 BW van de woorden ‘tenzij dit in het belang van de bewaargever noodzakelijk is’ zou men kunnen afleiden dat dit artikellid strikt dient te worden geïnterpreteerd.

65 Deze nuancering wordt aangebracht in Asser-Van Schaick, nr. 137.

66 Asser-Van Schaick, nr. 135.

67 Zo Asser-Van Schaick, nr. 137; vgl. ook nr. 135.

68 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397, waar ook gewezen wordt op art. 3:64 sub *b*. BW (substitutie bij volmacht); Wessels 1990, p. 751, wijst daarnaast nog op art. 7:404 BW (opdracht verleend aan een bepaald persoon).

Van Schaick steeds moeten worden bepaald of het belang van de bewaargever noopt tot de onderbewaarneming, zoals bijvoorbeeld bij een verbouwing van de bewaarplaats.⁶⁹ Du Perron noemt als voorbeeld een manege die door brand is verwoest, in welk geval de manegehouder het bij hem in bewaring gegeven paard elders zal mogen en moeten onderbrengen.⁷⁰

De overeenkomst tussen de bewaarnemer en de derde aan wie het in bewaring gestelde in onderbewaarneming wordt gegeven, is een zelfstandige overeenkomst van bewaarneming. Tussen de oorspronkelijke bewaargever en de onderbewaarnemer komt dus geen overeenkomst tot stand; de oorspronkelijke bewaarnemer geldt als bewaargever ten opzichte van de onderbewaarnemer.⁷¹ De bewaarnemer is als regel niet verplicht de bewaargever in kennis te stellen van de onderbewaarneming.⁷²

Volgens art. 7:603 lid 3 BW is de bewaarnemer voor gedragingen van een onderbewaarnemer op gelijke wijze aansprakelijk als voor eigen gedragingen. Deze regel geldt ook indien de (oorspronkelijke) bewaarnemer geen verwijt valt te maken met betrekking tot de keuze van de onderbewaarnemer (vgl. art. 6:76 BW).⁷³ Het doet er hierbij niet toe of de bewaarnemer al dan niet bevoegd was tot het in bewaring geven van de zaak aan een derde.⁷⁴ Eventueel is, indien de onderbewaarnemer onrechtmatig handelde, aansprakelijkheidsstelling van de bewaarnemer mogelijk op basis van art. 6:171 BW.⁷⁵ De bewaargever heeft recht op schadevergoeding, indien door de onderbewaarneming schade is opgetreden; de bewaarnemer is, nu nakoming blijvend onmogelijk is, zonder ingebrekestelling in verzuim.⁷⁶

69 Asser-Van Schaick, nr. 136. Volgens Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 200) ligt het voor de hand dat aansluiting wordt gezocht bij de rechtspraak op art. 6:75 BW inzake de vraag voor wiens rekening bepaalde omstandigheden zijn.

70 Pitlo 6, p. 297.

71 Pitlo 6, p. 304 (Du Perron) (implicite); Asser-Van Schaick, nr. 135.

72 Zo Asser-Van Schaick, nr. 136, die dit – mijn inziens terecht – afleidt uit het schrappen van art. 7.9.1.4 lid 4 NBW; anders Du Perron (Pitlo 6, p. 297), volgens wie de bewaargever gehouden is om, zo mogelijk, te overleggen met de bewaargever inzake het in onderbewaarneming geven.

73 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 397. Uit het vervolg van art. 7:603 lid 3 BW blijkt dat deze aansprakelijkheidsregeling anders kan zijn bij niet-professionele bewaarneming.

74 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 398.

75 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 407. In dit verband tekent Van Schaick (Asser-van Schaick, nr. 135) aan dat een onderbewaarnemer gewoonlijk niet onrechtmatig zal handelen jegens de oorspronkelijke bewaargever, wanneer hij een overeenkomst van bewaarneming sluit met de oorspronkelijke bewaarnemer.

76 Zo Asser-Van Schaick, nr. 137, verwijzend naar HR 4 februari 2000, NJ 2000, 258 (*Kinheim/Pelders*).

6 TERUGGAVE VAN DE IN BEWARING GESTELDE ZAAK

De hoofdverplichting van de bewaarnemer tot teruggave van de in bewaring gestelde zaak is in art. 7:605 BW uitgewerkt. Door teruggave van het in bewaring gestelde wordt het einde van de overeenkomst gemarkeerd en daarmee het einde van de verplichting het in bewaring gestelde te bewaren.⁷⁷ Art. 7:605 BW kent de volgende bepalingen:⁷⁸

- de teruggave c.q. de terugnemering dient desgevorderd onverwijld plaats te vinden (art. 7:605 lid 1 BW), tenzij de kantonrechter wegens gewichtige redenen een ander tijdstip daarvoor bepaalt (art. 7:605 lid 2 BW);
- de teruggave moet in beginsel geschieden op de plaats waar de zaak volgens de overeenkomst moet worden bewaard (art. 7:605 lid 3 BW); en
- de zaak moet worden teruggegeven in de staat waarin de bewaarnemer haar had ontvangen (art. 7:605 lid 1 BW).

Een goed bewaarnemer zal dus onverwijld of op het (door de kantonrechter) vastgestelde tijdstip⁷⁹ het in bewaring gestelde dienen af te geven in de staat waarin hij het had ontvangen;⁸⁰ dit dient in beginsel gedaan te worden op de plaats waar de zaak volgens de overeenkomst moet worden bewaard. Deze aspecten van art. 7:605 BW zullen hierna worden uitgewerkt.

77 Vgl. Asser-Van Schaick, nr. 141. Zie ook Hof 's-Gravenhage 18 december 2001, *S&S* 2002, 109.

78 Volgens Wessels 1990, p. 751 zijn in art. 7:605 BW de bijkomende verplichtingen omschreven, die samenhangen met de hoofdverplichting van de bewaarnemer om de zaak terug te geven. Naar Rutgers 1998, nr. 17 onder de aandacht brengt spoort deze visie van Wessels voor wat betreft lid 1 van art. 7:605 BW niet met hetgeen is opgemerkt in *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 403: 'Het komt niet verhelderend voor om de regel van art. 7:9.6 [605] lid 1 als een uitvloeisel of onderdeel van de omschrijving van art. 7:9.1 [600] te zien. Het gaat hier om een afzonderlijke bepaling betreffende het tijdstip van nakoming (...)'.⁷⁹

79 Hoewel in art. 7:605 lid 1 BW – dat betreffende het tijdstip van nakoming in enige opzichten afwijkt van de algemene bepalingen als vervat in art. 6:38-40 BW – gesproken wordt van onverwijld teruggave c.q. terugnemering, kunnen partijen ook anders overeenkomen; daarnaast kan uit de gewoonte of de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeien (vgl. art. 6:248 BW); door de kantonrechter kan wegens gewichtige redenen (als voorbeeld worden zoal genoemd dat van de bewaarnemer in redelijkheid niet kan worden gevergd de zaak nog langer te bewaren of dat verdere bewaring voor de bewaarder zo niet onmogelijk dan toch zeer bezwaarlijk is) een van art. 7:605 lid 1 BW of van de overeenkomst afwijkend tijdstip voor teruggave of terugnemering worden bepaald. Zie hieromtrent verder *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 en 3 bij art. 7:605 (De Boer), met uitgebreide literatuurverwijzingen.

80 De bewaargever kan ook onverwijld teruggave vorderen van een gedeelte van het in bewaring gegevene (bijvoorbeeld één van de twee koffers) en omgekeerd kan de bewaarnemer terugname van een gedeelte van het in bewaring gestelde vorderen; zie omtrent het een en ander Wessels 1990, p. 752 en Pitlo 6, p. 298 (Du Perron), waar is opgemerkt dat partijen anders kunnen overeenkomen of dat uit gebruik of redelijkheid en billijkheid anders kan voortvloeien.

Wanneer de bewaargever teruggave van het in bewaring gestelde vordert, dient de bewaarnemer die maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om over te kunnen gaan tot uitlevering.⁸¹ Wanneer zich bij de bewaarnemer gewichtige redenen voordoen die eraan in de weg staan dat hij het in bewaring gestelde nog langer bewaart, is hij niet bevoegd die zaak eigenmachtig op straat te zetten.⁸² Het ligt dan op zijn weg om terugneming door de bewaargever te vorderen en zonodig de kantonrechter te adiëren.⁸³ Op de bewaargever rust de verplichting het in bewaring gestelde weer terug te nemen, zelfs indien het in bewaring gestelde een negatieve waarde heeft.⁸⁴

Het in bewaring gestelde dient te worden teruggegeven op de plaats waar de in bewaring gestelde zaak volgens de overeenkomst moet worden bewaard, tenzij bij de overeenkomst een andere plaats van teruggave is aangewezen. Deze regel is het meest conform de eisen van de praktijk.⁸⁵ Wat nu, indien geen plaats van bewaarneming is overeengekomen en ook niet een andere plaats van teruggave? Daarover verschillen de meningen: dan geldt de hoofdregel (art. 6:41 sub *a* BW) dat teruggegeven moet worden ter plaatse waar die zaak zich bij het ontstaan van de overeenkomst bevond⁸⁶ of ter plaatse waar de zaak in bewaring is gegeven.⁸⁷ Volgens Van Schaick⁸⁸ kan worden verdedigd dat de plaats van bewaring en teruggave als bedoeld in art. 7:605 lid 3 BW die plaats is die door de bewaarnemer moest of mocht worden gekozen voor de bewaring, een opvatting waarmee men alleen maar kan instemmen.

In beginsel zal het in bewaring gestelde dienen te worden afgegeven aan de bewaargever; uit de wet of de overeenkomst kan echter anders voortvloeien.⁸⁹ Vandaag de dag wordt veelal een reçu, een (garderobe)nummer of een

81 Zie Pres. Rb. Breda 25 november 1993, KG 1994, 25.

82 Zo Wessels 1990, p. 752, onder verwijzing naar de regeling van schuldeisersverzuim; evenzo Rutgers 1998, nr. 17. Zie ook Ktg. Zaandam 13 maart 1997, *Prg.* 1998, 4930.

83 Zie voor de eventuele complicaties in verband met de terugnameplicht c.q. teruggaveplicht Asser-Van Schaick, nr. 154, en voor de verplichting van de bewaargever tot terugneming *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 10 bij art. 605 (De Boer).

84 Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2001, *JOR* 2001/266.

85 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 400; evenzo: Rutgers 1998, nr. 18; Asser-van Schaick, nr. 146. Met art. 7:604 lid 3 BW is afgeweken van de hoofdregel als neergelegd in art. 6:41 onder *a* BW, waarop wordt gewezen door Wessels 1990, p. 752; Rutgers 1998, nr. 18; Asser-Van Schaick, nr. 146.

86 Aldus Wessels 1990, p. 752; Rutgers 1998, nr. 18, die daarbij opmerkt dat het zal kunnen voorkomen dat de in bewaring gestelde zaak door de bewaarnemer dient te worden teruggebracht naar de bewaargever.

87 Pitlo 6, p. 299 (Du Perron).

88 Asser-Van Schaick, nr. 149, die daarbij opmerkt: 'Bij die uitleg zwijgt art. 7:605 lid 3 BW nooit.'

89 Men denke aan een gemaakt derdenbeding, gerechtelijke bewaring (art. 853 e.v. Rv) of een ceel (art. 7:607 BW). Zie verder hierover *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 6 bij art. 605 (De Boer), met uitgebreide literatuurverwijzingen. Zie voor de vraag of de bewaarnemer bevrijdend kan afgeven aan een door de bewaargever aangewezen persoon, bijvoorbeeld omdat het in bewaring gestelde intussen aan die persoon is overgedragen, naast het in *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.) in aant. 6 bij art. 605 (De Boer) opgemerkte, Asser-Van

ander ontvangstbewijs, bijna altijd aan toonder, door de bewaarnemer afgegeven (bijvoorbeeld bij het stallen van een fiets). Een dergelijk papier geldt als legitimatiepapier maar niet tevens als waardepapier. Bij een ontvangstbewijs aan toonder wordt het recht op teruggave geldend gemaakt door het tonen van dat legitimatiepapier. Daarbij zijn art. 6:32 en 34 BW van toepassing.⁹⁰ De bewaarnemer is ingevolge art. 6:34 lid 1 BW voor wat betreft zijn verplichting tot teruggave jegens de bewaargever gekweten, indien hij op redelijke gronden heeft aangenomen dat degene die het ontvangstbewijs aanbood (vinder of dief) gerechtigd was tot afgifte van het in bewaring gestelde.⁹¹ Dit is anders indien de bewaarnemer 'beter kon weten, althans extra moest opletten', bijvoorbeeld het reçu is verloren en dit is behoorlijk aan de bewaarnemer meegedeeld⁹² of de bewaarnemer is verzocht goed te letten op een nieuwe fiets die bewaargever zelf zou komen ophalen.⁹³ Wanneer het ontvangstbewijs op naam is gesteld, mag de bewaarnemer het in bewaring gegevene enkel aan de bewaargever of diens rechtverkrijgende afgeven, voor zover althans niet anders is overeengekomen; afhankelijk van de inhoud van de overeenkomst wordt al dan niet tegen overlegging van het ontvangstbewijs afgegeven.⁹⁴

De bewaarnemer is gehouden de in bewaring gestelde zaak terug te geven in dezelfde staat waarin hij haar heeft ontvangen (een resultaatsverbintenis). Het in bewaring gestelde dient dus te worden teruggegeven in een staat die spoort met bewaring door een goed bewaarnemer.⁹⁵ De gewone regels van art. 6:74 e.v. BW zijn van toepassing in geval van beschadiging, waardevermindering, tenietgaan e.d. van het in bewaring gestelde.⁹⁶ De bewaarnemer die het in bewaring gestelde op het tijdstip waarop de bewaarnemingsovereenkomst een einde neemt, niet of niet in de juiste staat teruggeeft aan de bewaargever, verkeert van rechtswege in verzuim en is aansprakelijk voor de schade van de bewaargever, tenzij hij kan stellen en zo nodig bewijzen niet toereken-

Schaick, nr. 143; zie in dit verband ook Hof Arnhem 16 april 2002, *NJ* 2002, 344 inzake het ter beschikking stellen van door gedaagde bewaard sperma van de overleden man voor gebruik in het kader van een IVF-behandeling van eiseres.

90 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 388; zie ook Pitlo 6, p. 299 (Du Perron); Asser-van Schaick, nr. 170.

91 Asser-Van Schaick, nr. 170.

92 Aldus Asser-Kleijn IV, nr. 21, voor het oude recht maar vandaag de dag niet anders.

93 Rb. 's-Gravenhage 14 september 1948, *NJ* 1950, 162, welke uitspraak voor het huidige recht haar waarde niet heeft verloren.

94 Asser-Van Schaick, nr. 170. Zie in dit verband ook Rb. Haarlem 6 december 2006, *S&S* 2007, 134.

95 Asser-Van Schaick, nr. 144. Zie ook Ktr. Gouda 11 maart 2004, *Prg.* 2004, 6265.

96 In concreto betekent dit dat de bewaargever dient te stellen en zo nodig te bewijzen dat er een bewaarnemingsovereenkomst is en dat een zaak in een bepaalde toestand in bewaring is gegeven; de bewaarnemer dient conform art. 6:74 en 75 BW te stellen en zo nodig te bewijzen dat er sprake is van een verhindering om de in bewaring gestelde zaak terug te geven in de staat waarin hij haar had ontvangen en dat hij om een dergelijke verhindering te voorkomen alle zorg heeft betracht die de bewaargever mocht verwachten.

baar tekortgeschoten te zijn.⁹⁷ In de bewaarnemingstitel is geen voorschrift opgenomen dat rekening en verantwoording moet worden gedaan door de bewaarnemer. Alleen al in het kader van de zorgplicht kan dit besloten liggen. Daarnaast zal ook indien het gebruik van de in bewaring gegeven zaak noodzakelijk is, er onderbewaarneming in het belang van de bewaargever plaatsvindt, of kosten dienen te worden gemaakt (art. 7:601 lid 3 BW), de noodzaak hiertoe zich doen gevoelen. Dit geldt evenzeer indien de zorgplicht van de bewaarnemer verkoop van het in bewaring gestelde meebrengt⁹⁸ en het in bewaring gestelde vruchten oplevert. Net als bij een zaakwaarnemer (art. 6:199 lid 2 BW) en een opdrachtnemer (7:403 lid 2 BW) mag van een goed bewaarnemer worden verwacht dat hij aan deze verplichting voldoet.⁹⁹

7 AFDRAGEN VAN DE VRUCHTEN

De vruchten die de zaak in het tijdvak tussen de ontvangst en de teruggave oplevert, moeten door de bewaarnemer aan de bewaargever worden afgedragen, aldus art. 7:604 BW. Dit is een bijkomende verplichting die op de bewaarnemer rust.¹⁰⁰ Mijns inziens dient – gezien de bewoording van 7:604 BW, waarbij het accent ligt op het afdragen van de vruchten – deze verplichting te worden gezien als een verplichting die met de hoofdverplichting van de bewaarder om de zaak terug te geven samenhangt. Dit neemt niet weg dat de bewaarnemer implicite verplicht is tot het tijdstip van afdracht de zorg van een goed bewaarder over de vruchten in acht te nemen, welke verplichting weer een uitwerking van de hoofdverplichting van de bewaarder is om de zaak te bewaren.¹⁰¹ Welke zorg de bewaarnemer in concreto dient aan te wenden, wordt bepaald door de bedoelingen van partijen (art. 7:604 jo. 6:27

97 Zie ook Hof Arnhem 8 augustus 2006, *NJF* 2007, 3; Rb. Rotterdam 23 november 2005, *S&S* 2008, 67. Vgl. in dit verband *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 7 bij art. 605 (De Boer).

98 Zie Asser-Van Schaick, nr. 139: de bewaarnemer heeft een verantwoordingsplicht voor de wijze waarop de verkoopprijs tot stand is gekomen (Rb. Rotterdam 20 juli 2000, *S&S* 2001, 59; zie tevens Ktg. 's-Gravenhage 17 oktober 2001, *Prg.* 2001, 5767).

99 Zie in dit verband uitgebreid *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 9 bij art. 605 (De Boer).

100 Deze verplichting stemt overeen met de strekking van bewaarneming, nu deze niet tot voordeel van de bewaarnemer strekt; zo Pitlo 6, p. 297 (Du Perron).

101 Volgens sommige schrijvers zijn de in art. 7:600 BW neergelegde hoofdverplichtingen van de bewaarnemer om de zaak te bewaren en terug te geven onder meer uitgewerkt in art. 7:604 BW (zo P.C. Knol, 'Bewaarneming in het Nieuw BW', *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1984/4, p. 136; Rutgers 1998, nr. 9); Wessels 1990, p. 751 ziet het afdragen van de vruchten als een bijkomende verplichting, samenhangend met de hoofdverplichting van de bewaarder om de zaak te bewaren. Gegeven de wettekst van art. 7:604 BW opteer ik ervoor om deze verplichting te zien als een bijkomende verplichting die samenhangt met de hoofdverplichting van de bewaarnemer om de zaak terug te geven; kennelijk huldigt ook Van Schaick, getuige de behandeling in Asser-Van Schaick van art. 6:704 BW (nr. 148 e.v.) na de bespreking van art. 7:605 BW (nr. 141) in § 4. *De teruggaveplicht van de bewaarnemer*, dit standpunt; evenzo Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201).

BW).¹⁰² Eveneens geldt dat de bewaarnemer de vruchten in beginsel – behoudens toestemming of noodzaak – niet mag gebruiken of in onderbewaarneming geven.¹⁰³

De afdrachtverplichting betreft volgens sommigen zowel natuurlijke als burgerlijke vruchten, als bijvoorbeeld coupons of huur die volgens art. 3:9 BW een zelfstandige zaak worden door haar opeisbaar worden.¹⁰⁴ Van Schaick merkt in dit verband op dat ‘niet zonder meer duidelijk’ is wat begrepen dient te worden onder vruchten die de zaak oplevert in art. 7:604 BW en beperkt de vruchten in art. 7:604 BW – mijns inziens terecht – tot natuurlijke vruchten, nu door zaken geen burgerlijke vruchten worden voortgebracht.¹⁰⁵ Daarbij gaat het er dan alleen om of het in bewaring gestelde natuurlijke vruchten ‘afscheidt’ (art. 3:9 lid 4 BW) in de periode tussen de ontvangst en de teruggave en niet om het ‘opleveren’ van natuurlijke vruchten.¹⁰⁶

Of en in hoeverre op de bewaarnemer de verplichting rust de vruchten te winnen, is afhankelijk van de overeenkomst (art. 6:248 lid 1 BW) en overigens van de omstandigheden van het geval; doch als regel vloeit niet uit de zorg van een goed bewaarder voort dat de bewaarnemer zich actief moet inzetten voor het afscheiden van de vruchten van het in bewaring gestelde.¹⁰⁷

Partijen kunnen een regeling overeenkomen die afwijkt van art. 7:604 BW; een afwijking kan ook voortvloeien uit de gewoonte, de aard van de overeenkomst of de eisen van de redelijkheid.¹⁰⁸

De bewaarnemer is eveneens verplicht de vruchten af te dragen, indien hij toestemming tot een zeker gebruik van de zaak heeft, tenzij de aard van het gebruik inhoudt dat de bewaarnemer de vruchten mag behouden (bijvoor-

102 Zo Paquay 1994, p. 497; zie ook hiervoor, par. 3.

103 Waarop wordt gewezen in Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 (Verheij).

104 Pitlo 6, p. 297 (Du Perron); Rutgers 1998, nr. 16; Wessels 1990, p. 752.

105 Asser-Van Schaick, nr. 148, daarin gesteund door de wetsgeschiedenis inzake art. 3:9 BW (*Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, door C.J. van Zeben en J.W. du Pon m.m.v. M.M. Olthof, *Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 94, alsook *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht 3. Goederenrecht I. Algemeen goederenrecht*, veertiende druk door F.H.J. Mijnsen en P. de Haan, Deventer: Kluwer 2001, nr. 76); evenzo Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 en nt. 22 (Verheij); zie ook *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 2 bij art. 604 (De Boer).

106 Asser-Van Schaick, nr. 148, waartoe ook een beroep gedaan wordt op *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 399 en nt. (a), terwijl verwezen wordt naar art. 3:9 lid 1 BW (zaken die volgens verkeersopvatting als vruchten van andere zaken worden aangemerkt) en HR 24 maart 1995, *NJ* 1996, 158 m.nt. WMK (*Hollander's/Raiffeisenbank*); in het geval van waardeestijging van een zaak is er geen sprake van burgerlijke vruchten, zie HR 20 juni 2003, *JOL* 2003, 339.

107 Asser-Van Schaick, nr. 149. De kosten die door de bewaarnemer zijn gemaakt om de vruchten te innen, te verkrijgen etc. komen voor rekening van de bewaargever; vgl. art. 7:601 lid 3 BW; zie Wessels 1990, p. 752; Rutgers 1998, nr. 16; Asser-Van Schaick, nr. 149 (waar de kosten van winnen, verzamelen, bewaren en verzekeren in dit verband worden genoemd); Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 (Verheij).

108 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 399; Pitlo 6, p. 298 (Du Perron, die nog opmerkt dat de bewaarnemer bederfelijke vruchten niet hoeft te laten rotten); Rutgers 1998, nr. 16.

beeld melk van in bewaring gegeven melkvee mag door de bewaarnemer worden behouden en behoeft derhalve niet met het melkvee te worden afgedragen aan de bewaargever).¹⁰⁹ Maar art. 7:604 BW is weer niet van toepassing in geval 'de zaak (natuurlijke en/of burgerlijke) vruchten afwerpt als gevolg van het gebruik of de exploitatie van de zaak door de bewaarnemer, ook als de overeenkomst hem dat gebruik of die exploitatie niet toestaat.'¹¹⁰

Inzake het tijdstip van afdracht is niets in art. 7:604 BW bepaald. In beginsel zal dit wel samenvallen met het tijdstip van afdracht van het in bewaring gestelde.¹¹¹ Dit tenzij anders is overeengekomen, dan wel de aard van de afgescheiden vrucht en de overige omstandigheden van het geval tot een ander tijdstip van afgifte – dat eerder maar ook later dan het moment van afgifte van het in bewaring gestelde kan vallen – leiden.¹¹²

De bewaarnemer is eerst dan in verzuim met het afgeven van de vruchten, indien na ingebrekestelling nakoming binnen de gestelde termijn uitblijft.¹¹³

8 EXONERATIECLAUSULES

Daar titel 7.9 BW geheel en al regelend recht bevat, zijn exoneratieclausules in beginsel geldig. Professionele bewaarders hebben gewoonlijk in standaardvoorwaarden hun aansprakelijkheid geregeld. Het regelen bij algemene voorwaarden van aansprakelijkheid ingevolge art. 7:602 BW – veelal beperking of uitsluiting – is dus op zich niet verboden.

Het beding houdende uitsluiting van aansprakelijkheid door een bewaarnemer in algemene voorwaarden is in geval van een consumentenovereenkomst in beginsel onredelijk bezwarend en derhalve vernietigbaar ingevolge art. 6:237 onder f BW.¹¹⁴ Gaat het om een bewaargever-niet-consument, dan geldt art. 6:233 sub a BW. Daarnaast geldt dat een beroep dat door de bewaarnemer wordt gedaan op een beding in algemene voorwaarden houdende uitsluiting

109 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 399 en 403; Wessels 1990, p. 752; Pitlo 6, p. 297 e.v. (Du Perron), waar nog het gebruik van een moestuin als voorbeeld is gegeven, waarover Van Schaick echter – mijn inziens terecht – anders denkt (Asser-Van Schaick, nr. 149); Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201 (Verheij); afwijking van de hoofdregel in dit geval wordt door Castermans & Krans (*T&C*, aant. 1 bij art. 7:604) gegrond op de redelijkheid en billijkheid naar de aard van de overeenkomst.

110 Asser-Van Schaick, nr. 149.

111 Vgl. ook Pitlo 6, p. 298 (Du Perron).

112 Zie Asser-Van Schaick, nr. 149. Zo wijst Verheij (Wessels-Verheij, *Bijzondere overeenkomsten*, nr. 201) erop dat bederfelijke vruchten wel op een eerder tijdstip zullen worden afgedragen aan de bewaargever.

113 Zo Asser-Van Schaick, nr. 149, die refereert aan art. 6:82 lid 1 BW; anders Du Perron (Pitlo 6, p. 298): de bewaarnemer is, wanneer hij vruchten achterhoudt, vanaf het moment van teruggave van de in bewaring gestelde zaak in verzuim (art. 6:83, aanhef en sub a BW).

114 Asser-Van Schaick, nr. 131, onder verwijzing naar Ktg. Groningen 8 november 2000, *TvC* 2001, p. 44 e.v.

van zijn aansprakelijkheid, vaak ook naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn.¹¹⁵ Uit HR 30 september 1994, *NJ* 1995, 45 (*Van der Hoff/Nouwens*), kan worden afgeleid dat vrijtekening nimmer mogelijk is voor opzet, grove schuld ('een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld') of grove nalatigheid van de bewaarnemer zelf of van personen die tot de leiding van het bedrijf van de bewaarnemer moeten worden gerekend.¹¹⁶

Met betrekking tot bewaarneming wordt een beroep op exoneration ter zake van de primaire prestatieplicht of hoofdverbintenis (bewaren en teruggeven) aangemerkt als zijnde in strijd met de aard van de overeenkomst en hetgeen deze naar de eisen van de goede trouw en billijkheid voor partijen meebrengt.¹¹⁷ Exoneration bij bewaarneming is bedoeld voor het geval dat een kop koffie door de garderobist(e) wordt omgegooid over in bewaring gegeven kleding, waarbij het overeengekomene dus wordt nagekomen, maar er bij de uitvoering van de overeenkomst iets niet goed gaat.¹¹⁸ Volgens Paquay¹¹⁹ is een beroep op een exonerationclausule bij bewaarneming zelden toegelaten; het gaat immers om de aansprakelijkheid voor een hoofdverplichting die niet volledig mag worden ontweken. Du Perron¹²⁰ merkt op dat exoneration ter zake van de hoofdverplichtingen 'streng moet worden beoordeeld', doch voegt daaraan toe dat een dergelijke exoneration kan worden gerechtvaardigd door de omstandigheid dat aan de bewaring een bijzonder risico is verbonden. In

115 Asser-Van Schaick, nr. 131, verwijzend naar de redenering van Hof Arnhem 25 juli 2000, als kenbaar in HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (*Bramer/Hofman*), alsmede naar de arbitrale beslissing van 24 juni 2002, *S&S* 2003, 80.

116 Asser-Van Schaick, nr. 131 (het aldaar gebruikte woord 'bewaargever' is kennelijk een verschrijving); vgl. tevens A.F. Salomons, 'Overzicht van de rechtspraak van de Hoge Raad inzake bijzondere overeenkomsten, gewezen tussen 1 juli 1993 en 1 januari 1996' (III), *WPNR* 6249 (1996), p. 912. Zie ook Hof Amsterdam 8 mei 2003, *S&S* 2004, 67; Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *S&S* 2006, 93; Hof 's-Gravenhage 27 maart 2007, *S&S* 2008, 66 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 19 november 2003, *S&S* 2005, 12); Rb. Rotterdam 30 december 1999, *S&S* 2001, 18; Rb. Amsterdam 24 december 2003, *S&S* 2005, 70; Rb. Rotterdam 17 augustus 2005, *S&S* 2006, 2. Zie voor toetsing van een exonerationclausule aan art. 6:2 lid 2 BW in een geval, waarin art. 6:248 lid 2 BW toepassing miste ingevolge art. 6:247 lid 2 BW: Rb. Middelburg 17 september 1997, *S&S* 1998, 71.

117 Zie E.H. Hondius in zijn annotatie bij Ktg. 's-Gravenhage 15 mei 1974, bekrachtigd door Rb. 's-Gravenhage 28 april 1975, *Prg.* 1975, p. 396 e.v.; Van Schaick (Asser-Van Schaick, nr. 131) acht eveneens volledige uitsluiting van aansprakelijkheid ex art. 7:602 BW door de bewaarnemer onaanvaardbaar, en refereert daarbij aan Ktg. Rotterdam 4 april 1997, *Prg.* 1997, 4776. Zie verder in dit verband ook *Bijzondere Overeenkomsten* (losbl.), aant. 5 bij 602 (De Boer).

118 Zo G.J. Rijken, *Exonerationclausules*, diss. Utrecht 1983, p. 166.

119 Paquay 1994, p. 503 e.v., waar het voorbeeld wordt genoemd dat de bewaarnemer het rendabiliteitsargument kan aanvoeren, dat wil zeggen 'dat de transactieprijs niet de ruimte biedt om reserveringen te doen om volledige schadevergoeding te betalen, en dat er ook geen economisch verantwoorde verzekeringsmogelijkheid is'.

120 Pitlo 6, p. 296: bij voorbeeld indien een kwetsbare zaak moet worden bewaard, terwijl de bewaarnemer niet is gespecialiseerd in de bewaring van dergelijke zaken.

de visie van Van Schaick¹²¹ is aanvaardbaar een redelijke beperking van de door de bewaarnemer te betalen schadevergoeding, 'zoals een beperking tot de waarde van de zaak die hij in bewaring heeft genomen'; en ook aanvaardbaar is 'een redelijke beperking van de zorgplicht'.¹²² Kortom de concrete omstandigheden van het geval kunnen exoneratione billijken.¹²³

Had de bewaargever geen verzekering afgesloten, dan kan een exoneratione beding door de bewaarnemer die wél voor het betreffende risico verzekerd is of had kunnen zijn, in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.¹²⁴ Beperking van de aansprakelijkheid door de bewaarnemer ter zake van diefstal en beschadiging kan echter gerechtvaardigd zijn, indien het gebruikelijk is dat het in bewaring gestelde door de eigenaar is verzekerd; dan is het 'inefficiënt dat de bewaarnemer zich voor dezelfde schade nogmaals verzekert'.¹²⁵ Ook is geoorloofd dat in algemene voorwaarden een verzekeringsplicht is opgenomen voor de bewaargever gepaard aan een exoneratione beding ten behoeve van de bewaarder, tenzij het risico voor de bewaargever niet verzekeraar zou zijn.¹²⁶

9 TOT SLOT

Op de professionele bewaarnemer rusten twee hoofdverplichtingen (art. 7:600 BW): het bewaren van de in bewaring gestelde zaak, waarbij hij de zorg van

121 Asser-Van Schack, nr. 131.

122 Asser-Van Schaick, nr. 131, vermeldt in dit verband 'het beding dat de bewaarnemer niet aansprakelijk is voor schade aan of verlies van voorwerpen die zich bevinden in de auto die in bewaring wordt genomen.'

123 Zie voor een toegestane beperking van aansprakelijkheid conform de Fenex-condities VZR. Rb. Amsterdam 19 oktober 2006, *S&S* 2007, 79: 'Dit is temeer redelijk gelet op de onevenredigheid tussen de lage kosten voor de bewaarneming (...) en de (...) gestelde waarde van de telefoons (...) en het daarmee gepaard gaande grote risico. In die situatie ligt het op de weg van BPI [= bewaargever; MBdB] dat zij niet in de positie komt dat zij MW [= bewaarnemer; MBdB] moet aanspreken voor een schade van deze omvang; zo had zij de goederen kunnen verzekeren. Een onbeperkte aansprakelijkheid leidt tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen voor bewaarnemer MW, die voor een betrekkelijk gering bedrag een dienst verleent. Een dergelijke bewaarnemer pleegt immers in de handelspraktijk zijn aansprakelijkheid om goede reden te beperken.'

124 Dit lijkt te kunnen worden afgeleid uit HR 9 januari 2004, *NJ* 2004, 585, *AA* 2004, p. 874 e.v. m.nt. J.J. van Dunné (*Kuunders/Swinckels*). Volgens Paquay 1994, p. 504 is exoneratione voor wat betreft de verzekeringsplicht voor bewaarnemers die zeer kostbare zaken plegen te bewaren – hoewel verzekeren 'buiten andersluidende afspraak uiteraard geen prestatieverplichting van de bewaarnemer is' – ontoelaatbaar, ongeacht de hoogte van de verzekeringspenningen; daarbij merkt Paquay op dat Wessels (*WPNR* 5982 (1990)), p. 752 en *WPNR* 6126 (1994), p. 162 – naar hij begrijpt – een andere mening voorstaat.

125 Zo R. Zwitter, 'Bescherming van de stuwadoors door Himalaya-clausules', *NTBR* 1998, p. 54 e.v. Zie ook Hof Arnhem 14 maart 2000, *S&S* 2001, 107 en Hof Amsterdam 11 maart 2004, *NJF* 2004, 341; *S&S* 2008, 39.

126 Hof 's-Hertogenbosch 14 juni 2005, *NJF* 2005, 453; *S&S* 2006, 93.

een goed bewaarder heeft te betrachten (art. 7:602 BW) en het teruggeven van die zaak, en wel in de staat waarin hij die zaak had ontvangen (art. 7:605 BW). Maatgevend bij de bewaring zijn de inhoud van de overeenkomst, het gebruik, de aard van de in bewaring gestelde zaak en de professionaliteit van de bewaarder. Daarnaast zal de bewaarnemer in beginsel dienen te zorgen voor het behoud van de waarde van de in bewaring gestelde zaak: er rust op hem een plicht tot verzekeren tegen de gebruikelijke risico's, in het bijzonder bij bewaarneming van kostbare zaken. Ook zal de bewaarnemer maatregelen dienen te treffen om diefstal te voorkomen. In beginsel is de bewaarnemer bij de bewaring aansprakelijk voor gebruikte hulpzaken en voor personen van wier hulp hij bij de uitvoering van zijn taak gebruik maakt. Uitsluiting van aansprakelijkheid voor wat betreft de hoofdverplichtingen mag in beginsel niet worden ontweken. In geval van opzet, grove schuld of grove nalatigheid is exoneration nimmer mogelijk; overigens is het afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval of de redelijkheid en billijkheid c.q. het gebruik exoneration rechtvaardigen.

Op de bewaarnemer rusten tevens bijkomende verplichtingen: hij mag de in bewaring gegeven zaak alleen gebruiken voor zover de bewaargever daartoe toestemming heeft gegeven of gebruik nodig is om de zaak in goede staat te houden of te brengen (art. 7:603 lid 1 BW), en hij mag de in bewaring gegeven zaak niet zonder toestemming in onderbewaarneming geven, tenzij dit in het belang van de bewaarnemer noodzakelijk is (art. 7:603 lid 2 BW). Een derde bijkomende verplichting die samenhangt met de verplichting om de in bewaring gestelde zaak terug te geven, is het afdragen van de vruchten die de in bewaring gestelde zaak tussen de ontvangst en de teruggave oplevert (art. 7:604 BW), terwijl de zorg van een goed bewaarnemer gedurende de bewaring in beginsel ook de vruchten betreft.

Overziet men het voorgaande dan blijkt dat de bewaarnemer dient te handelen zoals in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende (professionele) bewaarnemer die zijn taak met nauwgezetheid verricht,¹²⁷ waarbij in aanmerking genomen dienen te worden de inhoud van de overeenkomst, het gebruik en de aard van de in bewaring gegeven zaak. Kortom van 'de maatman' kan bij bewaarneming niet worden gesproken, nu niet in abstracto valt aan te geven of (en wanneer) een bewaarnemer een goed bewaarder is (geweest): hij levert telkens in concreto zorg op maat, waarbij alle (feitelijke) omstandigheden van het geval maatgevend zijn.

127 Naar analogie van de voor faillissementscuratoren ontwikkelde norm in HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*).