

ZAAKSVORMING

Enige opmerkingen over de grondslag en toepassing van de zaaksvormingsregeling in historisch en rechtsvergelijkend perspectief^{A 2}

1 Inleiding

Het probleem van de zaaksvorming, ook wel specificatie, is oud en behoort tot de traditionele strijdvrage in de rechtswetenschap. De toenemende complexiteit van productieprocessen, de vergaande arbeidsdeling alsmede (bio)technologische ontwikkelingen dragen thans nieuwe vragen aan op het terrein van de zaaksvorming. Het antwoord op de vraag wie het eigendomsrecht op de vervaardigde zaak verkrijgt heeft bovendien een nieuwe betekenis gekregen in de praktijk van de kredietverschaffing. Het Burgerlijk Wetboek geeft in art. 16 van Boek 5 een, van het oude recht enigszins afwijkende, regeling voor de oplossing van het probleem wie eigenaar wordt van een nieuwe, voorheen niet bestaande, zaak die door menselijke arbeid is gevormd uit één of meer roerende zaken. In deze bijdrage wordt de huidige wettelijke regeling vergeleken met enkele oplossingen die in het verleden voor het zaaksvormingsprobleem zijn geformuleerd. De grondslag van de zaaksvormingsregeling is in de loop der tijd veranderd. Tegen deze achtergrond wordt de betekenis van art. 5:16 BW, een bepaling die overigens 'niet tot onze leesvreugde bijdraagt'³, voor een (verlengd) eigendomsvoorbehoud dat door de leverancier ten aanzien van de door hem afgegeven zaken is bedongen, nader onderzocht. Tevens wordt een vergelijking gemaakt met het Duitse recht waar de rechtspraak een verlenging van het eigendomsvoorbehoud over de nieuw gevormde zaken erkent.

-
1. Met dank aan prof. mr C.J.H. Brunner voor zijn commentaar op een eerdere versie van het artikel.
 2. Dit artikel maakt deel uit van een onderzoek dat wordt gesteund door de Stichting voor Recht en Openbaar Bestuur (Reob), onderdeel van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).
 3. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen; naar Boek 3 van het nieuwe BW*, Deventer 1986, p. 12.

2 *Het eigendomsrecht op de nieuwe zaak: de grondslag voor de eigendoms-toewijzing*

Wanneer iemand uit een zaak van een ander een nieuwe zaak vervaardigt, doet zich de vraag voor aan wie deze nieuwe zaak toebehoort. In het verleden zijn op deze vraag verschillende antwoorden geformuleerd. De grondslag voor de eigendomstoewijzing varieerde. De Romeinse rechtsgeleerden ontwikkelden voor het zaaksvormingsprobleem drie oplossingen. De Sabinianen kenden het eigendomsrecht op de nieuw gevormde zaak toe aan de eigenaar van de oorspronkelijke zaken, de Proculianen aan de zaaksvormer.

Ook in andere gevallen wordt een beroep gedaan op de natuurlijke rede. In dat verband rijst de vraag: als u van mijn druiven, olijven of korenaren wijn, olie of meel hebt gemaakt, behoort dan die wijn, die olie of dat meel aan mij toe of aan u? Als u van mijn goud of zilver een bokaal hebt gemaakt, als u van mijn planken een schip, kast of zitbank hebt vervaardigd, van mijn wol een kledingsstuk, van mijn wijn en honing mede, van mijn geneeskrachtige stoffen een wondsmeersel of oogzalf, rijst eveneens de vraag of hetgeen u van het mijne hebt gemaakt, aan u toebehoort of aan mij. Volgens sommige juristen moet daarbij gelet worden op het materiaal, de grondstof: van wie het materiaal is, is volgens die opvatting ook de zaak die daaruit gemaakt is. Dit is vooral de mening van Sabinus en Cassius geweest. Anderen daarentegen menen dat de zaak van degene is die daarvan de maker is; en dit is vooral de visie van de auteurs van de andere school.[...] ⁴

Voor de vertegenwoordigers van de *media sententia* was voor het resultaat van belang of de nieuwe zaak in haar oude gedaante kon worden teruggebracht. In dit door Justinianus aanvaarde compromis tussen de Sabiniaanse en Proculiaanse benadering werd het eigendomsrecht op de nieuwe zaak aan de eigenaar van het oorspronkelijke materiaal toegekend indien de vervaardigde zaak terug was te brengen in haar oorspronkelijke staat. Was herstel in oude toestand niet mogelijk dan werd de zaaksvormer eigenaar van de vervaardigde zaak.

[...] En na vele meningsverschillen van de Sabinianen en de Proculianen is gekozen voor een tussenoplossing van hen die menen dat de eigenaar van het materiaal geacht wordt eigenaar te

4. Gaius, II, 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis aut oliuis aut spicis meis uinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur utrum meum sit id uinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut argento meo uas aliquod feceris, uel ex tabulis meis nauem aut armarium aut subsellium fabricaueris; item si ex lana mea uestimentum feceris, uel si ex uino et melle meo mulsum feceris, siue ex medicamentis meis emplastrum uel collyrium feceris, quaeritur utrum tuum sit id quod ex meo effeceris, an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit uideatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii uero eius rem esse putant qui fecerit, idque maxime diuersae scholae auctoribus uisum est; [...] Vertaling: Spruit/Bongenaar, *De Instituten van Gaius*, Zutphen 1994, p. 54.

zijn als het voorwerp teruggebracht kan worden tot het materiaal, zoniet, dan de bewerker: zo kan bijvoorbeeld de gegoten vaas teruggebracht worden tot de ruwe klomp brons, zilver of goud, maar de wijn, olie of graan kan niet terug worden omgezet in druiven, olijven of aren en zelfs mede kan niet terug worden opgelost in wijn en honing.[...] ⁵

Veelal wordt de Griekse natuurfilosofie voor de controverse tussen de Sabinianen en Proculianen verantwoordelijk gehouden. Een hardnekkig misverstand, dat steeds opnieuw in de literatuur opduikt, is dat de Sabinianen in navolging van de Stoa de materie, de Proculianen in navolging van Aristoteles de vorm zouden zien als de eigenschap die de identiteit van een zaak bepaalt. ⁶ De reductie van de controverse tussen de Romeinse rechtsgeleerden tot een tegenstelling tussen materie en vorm werd recentelijk overtuigend door Schermaier bestreden. ⁷ Ook in het Romeinse recht ging de vraag naar de identiteit van de zaak vooraf aan die naar het eigendomsrecht op de nieuwe zaak. Met name bij de interpretatie van de oplossing van de Sabinianen wordt de vraag naar de identiteit van de zaak echter dikwijls, onjuist, vereenzelvigd met de vraag naar het eigendomsrecht op de zaak. Zo wordt aangenomen dat de Sabinianen de materie als blijvend beschouwden zodat met haar de op haar rustende rechten bleven voortbestaan, ongeacht de vorm waarin de materie verscheen. ⁸ Schermaier relateert deze gedachte. Ook de Sabinianen kwamen pas toe aan de vraag naar het eigendomsrecht op de vervaardigde zaak op het moment dat identiteit met het oorspronkelijke object ontbrak. Niet enkel de Proculianen zagen in het produkt van de zaaksvorming een 'nieuwe' zaak. Een directe invloed van de Stoa op de Sabiniaanse oplossing kan niet worden aangenomen. In de Stoicijnse leer was van een ontologisch verschil tussen vorm en stof geen sprake. Grondslag voor de oplossing van de Sabinianen was de gedachte dat zonder materiaal, van een zaak in het geheel

5. I. 2, 1, 25: [...] et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intellegi dominum qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem aut oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. [...] Vertaling: Lokin, *Prota*, Groningen 1989, p. 139.

6. Zie bijvoorbeeld: Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht I*, Halle 1902, p. 92-94; Kaser vermoedt een dergelijke invloed: Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München 1955, § 102, III.3, p. 362; Henri Hijmans, *Romeinsch Zakenrecht*, tweede druk, Zwolle 1926, p. 144.

7. Schermaier, *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wenen 1992, p. 191 e.v. Vgl. naar aanleiding van dit boek recentelijk O. Behrends, "Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz", in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (RA)* 112 (1995), p. 195 e.v.

8. In deze zin: Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht I*, p. 94; Kaser, *Das Römische Privatrecht*, § 102, III.3, p. 362; Henri Hijmans, *Romeinsch Zakenrecht*, tweede druk, p. 144.

geen sprake kan zijn. Schermaier concludeert: 'Die Begründung gibt also eine populärphilosophische Vorstellung wieder und nicht die Lehre einer bestimmten philosophischen Schule.'⁹ Ook aan de beslissing van de Proculianen lagen meer *vulgarphilosophischen Vorstellungen* ten grondslag. De gedachte dat Aristoteles de idee ontwikkelde dat de vorm het wezen der dingen uitmaakt is, aldus Schermaier, bovendien te eenzijdig. De Proculianen achtten de vorming, de vervaardiging zelf doorslaggevend en kenden het eigendomsrecht toe aan de zaaksvormer. Niet vanwege een bijzondere waarde van de vervaardiging maar omdat de vervaardiging plaatsvond.¹⁰ Ook in de *media sententia* waar de eigendomstoewijzing in feite afhankelijk werd gemaakt van de mogelijkheid de oorspronkelijke zaak nog opnieuw te verwerken, zijn naast praktische overwegingen, sporen van natuurfilosofische gedachten aanwezig.¹¹

De oplossing van Justinianus heeft het oud vaderlands recht sterk beïnvloed. Hugo de Groot, die zaaksvorming als *gedaent-geving* aanduidt, geeft als hoofdregel: 'Door bekomers daed werd den eigendom verworven, zoo wanneer iemand ter goede trouw handelende aen eens anders stoffe een nieuwe ghedaente gheeft.' De grondslag voor deze beslissing is: 't welck daer uit komt om dat de ghedaente meer doet tot het wezen van een zaeck als de stoffe.'¹² De motivering die Hugo de Groot voor de hoofdregel geeft, verwijst naar gedachten over het wezen van de zaak. Daarnaast wordt zijn oplossing waarschijnlijk ook door meer praktische overwegingen ingegeven. Op de hoofdregel formuleert hij een

9. Schermaier, *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, p. 233.

10. Schermaier, *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, p. 233-235. Een eigendomstoewijzing aan de zaaksvormer als beloning voor zijn arbeid neemt Beekhuis bijvoorbeeld aan. Asser-Beekhuis, *Zakenrecht, Bijzonder Deel I*, negende druk, Zwolle 1963, p. 158. In de twintigste eeuw is overigens onder invloed van nieuwe economische theorieën het conflict tussen de Sabinianen en Proculianen wel ingezet in de discussie omtrent de verhouding tussen arbeid en kapitaal. Vgl. Henri Hijmans, *Romeinsch Zakenrecht*, tweede druk, p. 144. Over deze discussie: Müller, "Wie verhält sich der § 950 BGB zu dem Satz, daß jeder Arbeiter Eigentümer des Arbeitsproduktes werden soll?", *Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena*, 1930, p. 101; Schermaier, *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, p. 226.

11. Schermaier, *Materia, Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, p. 206-211, p. 229 en p. 274. Het eigendomsrecht op de nieuwe zaak is, ook indien de zaak in haar oude staat is te herstellen, een nieuw recht. Zie: Sasse van Ysselt, *Zaaksvorming*, 's-Hertogenbosch 1885, p. 22-26; Fitting, "Die Specification", in: *Archiv für die civilistische Praxis* 1865, p. 328; Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, eerste band, achtste druk, Frankfurt 1900, § 187, noot 2. De vraag of het eigendomsrecht op de nieuwe zaak een voortzetting van het oude eigendomsrecht is dan wel een nieuw eigendomsrecht, zal ik te zijner tijd elders uitwerken.

12. Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, II. 8, 2.

uitzondering indien de zaak 'lichtelick konden gebracht werden tot hare vorige ghestaltenis'. In dat geval 'verwandelt' de eigendom niet.¹³

Het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland dat van 1809 tot 1811 in ons land van kracht is vertoont met betrekking tot de zaaksvormingsregeling grote gelijkenis met het Ontwerp Joannes van der Linden uit 1808. Weliswaar zijn zekere parallellen met de regeling uit de Code Civil te trekken, maar het uitgangspunt van de zaaksvormingsregeling is een andere. De positie van de eigenaar van de oorspronkelijke zaken staat in de verschillende bepalingen centraal. De 'waarde van de arbeid' als zelfstandige grond voor de eigendomsverkrijging, die voor het eerst in de Code Civil van 1804 is opgenomen, wordt weliswaar erkend maar speelt in het Ontwerp-Van der Linden en het Wetboek Napoleon een ondergeschikte rol. De natuurfilosofische elementen die in het Romeinse en oud vaderlands recht (mede) ten grondslag lagen aan de eigendoms-toewijzing in het geval van zaaksvorming zijn verdwenen. Indien uit andermans zaken 'eene nieuwe soort van zaak' wordt gevormd, wordt aan de eigenaar van het gebruikte materiaal de keus gelaten om 'die nieuwe soort te reclameren, mits de kosten der bearbeiding vergoedende, of wel die nieuwe soort aan den maker over te laten, en van hem vergoeding der gebruikte stoffe te eischen.'¹⁴ Behoorde de gebruikte zaken gedeeltelijk aan de zaaksvormer, gedeeltelijk aan een ander toe en zijn zij niet meer van elkaar te scheiden dan ontstaat mede-eigendom naar evenredigheid van ieders aandeel. De kosten 'van bearbeiding, aan de zijde van den maker' worden voor de berekening van het mede-eigendomsaandeel meegewogen.¹⁵ Alleen in dit geval vormt de 'arbeid' zelf een grond voor de verkrijging van een eigendomsrecht op de nieuwe zaak. De arbeid dient samen te gaan met het eigendomsrecht op één der oorspronkelijke zaken en leidt uiteindelijk tot mede-eigendom.

13. Voor de eigendomsverkrijging door de zaaksvormer is in het oud vaderlands recht goede trouw vereist. Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, II. 8; Simon van Leeuwen, *Het Roomsche Hollands-regt*, II. Boek Het V deel, p. 120. Over de vraag of in het Romeinse recht goede trouw was vereist bestaan verschillende inzichten. Hier zij in het kort verwezen naar: Windscheid-Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, eerste band, achtste druk, § 187, noot 3. Puchta, *Pandekten*, Leipzig 1848, p. 218 neemt aan dat goede trouw voor zaaksvorming niet van belang is. Ontkenkend ook, met een andere interpretatie Sasse van Ysselt, *Zaaksvorming*, p. 32.

14. Art. 16 Ontwerp-Van der Linden; Art. 453 Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland.

15. Art. 17 Ontwerp-Van der Linden; Art. 454 Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland.

In de Code Civil van 1804 treffen we, zoals gezegd, voor het eerst expliciet de arbeidsprestatie aan als zelfstandige waarde, die een eigendomsrecht op een nieuwe zaak *kan* rechtvaardigen. De Code Civil die van 1811 tot 1838 in ons land van kracht is regelt in de artikelen 570-572 de zaaksvorming (*spécification*) als onderdeel van de natrekking (*accession*). Bij zaaksvorming staat de gedachte nog voorop dat ongeacht het feit of de zaak kan worden teruggebracht in haar oorspronkelijke staat, de eigenaar van de oorspronkelijke zaak of zaken gerechtigd is tot de nieuwe zaak, art. 570 Cc. Een uitzondering op deze regel wordt echter gegeven in art 571 Cc. Indien de waarde van de arbeid die van de gebruikte zaken ver overtreft, mag de vervaardiger de zaak voor zichzelf behouden. In dat geval geldt het aandeel van de arbeid in de nieuwe zaak als 'hoofd'-zaak: 'l'industrie serait alors réputée la partie principale.' Art. 572 Cc doet onder omstandigheden mede-eigendom ontstaan. In de berekening van het mede-eigendomsaandeel wordt naast de waarde van de oorspronkelijke zaken ook de waarde van de arbeid betrokken.

In het Ontwerp-Kemper uit 1820 wordt nadrukkelijk erkend dat niet enkel de feitelijke vervaardiger maar ook hij die voor zich laat vervaardigen eigenaar kan worden van de nieuwe zaak *op grond van* zaaksvorming. Het eigendomsrecht op de nieuwe zaak wordt in art. 1075 van het ontwerp toegekend aan hem die uit andermans zaken 'eene nieuwe soort van zaak gemaakt heeft, *of door anderen voor zich laat maken* [...] zonder onderscheid, of de stoffe al of niet geschikt is, om hare oude gedaante weder te kunnen aannemen.' De mogelijkheid de zaak in haar oorspronkelijke staat te herstellen is als criterium voor de eigendomstoewijzing definitief verdwenen. In het ontwerp wordt in art. 1076 expliciet ingegaan op het teniet gaan van de oude zaak en het ontstaan van een nieuwe. 'Om echter deze zaaksvorming, gedaante vorming of specificatie kracht van eigendoms overgang te doen hebben, moet dezelve zoodanig zijn, dat daardoor [...] de oude zaak te niet gaat, en eene andere ontstaat welke haar bestaan, naam en bestemming van den nieuwen vorm ontleent.'

In het BW van 1838 wordt het eigendomsrecht op de nieuwe zaak toegekend aan hem die uit andermans zaken een 'voorwerp van eene nieuwe soort' maakt. Art. 661 oud BW luidt:

Hij, die van eene niet aan hem toebehoorende stof een voorwerp van eene nieuwe soort maakt, wordt eigenaar van dat voorwerp, mits hij den prijs der stof betale, en, zoo daartoe gronden zijn, de kosten, schaden en interessen vergoede.

Voor een eigendomsverkrijging op grond van zaaksvorming dient men de nieuwe zaak 'voor zichzelf' te maken. Zo merkt Asser in 1896 op: 'Dat het wetsvoorschift alleen slaat op zaken die men voor zich vervaardigt, niet op voorwerpen, die men voor een ander bewerkt, behoeft nauwelijks vermeld te worden.'¹⁶ Hij die de zaak voor een ander vervaardigt kan niet op grond van de zaaksvormingsregeling eigendom op de nieuwe zaak verkrijgen. De regeling in het oud BW is nagenoeg identiek aan die in het 'Wetboek Nicolai' uit 1830 en treedt niet in de bijzonderheden van de Code Civil, al naar gelang de waarde van de arbeid. Wel wordt de arbeid, de voortbrengende arbeid, dikwijls gezien als grond voor de eigendomsverkrijging door de vervaardiger. Zo merkt Diephuis op: 'Niet de betaling zal den man tot eigenaar maken, maar zijn arbeid [...] die arbeid op zich zelf.'¹⁷ Voorwaarde voor de eigendomsverkrijging door 'den man' is wel dat de arbeid leidt tot een 'nieuw' voorwerp. Of zoals Opzoomer de eigendomstoewijzing motiveert: 'Het is [...] de voortbrenging waarop het aankomt. De voortbrenging, zeg ik, niet de verwerking. Het is niet de arbeid alleen maar de voortbrengende arbeid. Het geldt een zaak, die er vroeger niet was [...].'¹⁸ De voortbrengende arbeid rechtvaardigt het eigendomsrecht op de nieuwe zaak. 'Wo meine Kraft, wo mein Wesen, da mein Recht.'¹⁹

3 *De wettelijke zaaksvormingsregeling van art. 661 oud BW en de rol van het contract*

Hij die uit of mede uit andermans zaken een 'voorwerp van eene nieuwe soort' maakt, verkrijgt op grond van art. 661 oud BW het eigendomsrecht op de nieuwe zaak. In de rechtspraak en literatuur wordt de regeling in eerste instantie op een zeer beperkt terrein toegepast. Scholten concludeert in 1905: '*De praktische betekenis van deze wijze van eigendomsverkrijging is uiterst gering*, [...] hier (zal) meest de tusschen partijen bestaande contractuele verhouding (arbeidsovereen-

16. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, tweede deel, derde druk, Zwolle 1896, p. 79. In deze zin ook: Sasse van Ysselt, *Zaaksvorming*, p. 60.

17. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, zesde deel, Groningen 1880, p. 87.

18. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek*, derde druk, derde deel, 's-Gravenhage 1911, p. 438, noot 2; Sasse van Ysselt, *Zaaksvorming*, p. 18 en p. 56.

19. Kohler, aangehaald door Müller in vergelijkbare zin voor § 950 BGB, "*Wie verhält sich der § 950 BGB zu dem Satz, daß jeder Arbeiter Eigentümer des Arbeitsproduktes werden soll?*", *Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena*, 1930, p. 99.

komst, aanneming van werk) over de verkrijging van den eigendom beslissen.²⁰ Art. 661 oud BW heeft met andere woorden een dispositief karakter. De wil van partijen gaat voor de wettelijke zaaksvormingsregeling 'omdat die wil altijd als hoogste wet tusschen partijen moet gelden.'²¹

De opvatting dat de wettelijke zaaksvormingsregeling in art. 661 oud BW contractueel geheel ter zijde kan worden geschoven, wordt tot ver in de tweede helft van deze eeuw aangehangen. Zo merkt Pitlo in 1972 nog op: 'Vaak doet deze wijze van eigendomsverkrijging zich niet voor [...] veelal (zal) het werk worden gemaakt in opdracht; dan heerst de overeenkomst, die partijen dienaangaande hebben gesloten: arbeidsovereenkomst, verrichten van diensten, aanneming van werk.'²² Een nadere motivering wordt niet gegeven. Het lijkt erop dat art. 661 oud BW werd gezien als een regeling die enkel betrekking heeft op de vervaardiging van een nieuwe zaak voor zichzelf door de feitelijke vervaardiger. Grondslag voor de eigendomsverkrijging is diens 'voortbrengende' arbeid. Zodra echter in opdracht wordt vervaardigd is de overeenkomst bepalend voor het antwoord op de vraag wie eigenaar wordt van de nieuwe zaak.²³

Alhoewel de rechtspraak schaars is en geen eenduidige lijn vertoont, treedt in de tweede helft van onze eeuw evenwel een verschuiving in perspectief op. Beekhuis schrijft in 1963: 'Verder valt aan te nemen dat *art. 661 eveneens van toepassing is*, wanneer men het nieuwe voorwerp niet zelf maakt, maar het voor zichzelf door een ander doet maken. [...] Men denke b.v. aan de vervaardiging van

20. Asser-Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*, tweede deel, vierde druk, Zwolle 1905, p. 95. Ook in zijn laatste bewerking uit 1945 huldigt hij dit standpunt. Asser-Scholten, *Zakenrecht*, achtste druk, Zwolle 1945, p. 161. Cursivering, JW.

21. Feith, "De leer der eigendomsverkrijging door verbinding", in: *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, tiende deel, 1860, p. 521 noot 1. Vgl. op dit punt het Franse recht. De artikelen in de Code Civil zijn alleen van belang wanneer sprake is van zaaksvorming met zaken van een ander, 'par accident ou par erreur' dan wel in gevallen van diefstal. Kortom bij onstentenis van een overeenkomst. Bovendien maakt art. 2279 Cc, 'en fait de meubles, la possession fait titre', toepassing van de zaaksvormingsregeling dikwijls overbodig. *Encyclopédie Dalloz*, Accession, no. 205-208.

22. Pitlo, *Zakenrecht*, zesde druk, Arnhem 1972, p. 190.

23. Zo schrijft Hofmann dat op grond van een arbeidsovereenkomst de eigendom op de nieuwe zaak dikwijls niet toekomt aan de zaaksvormer, maar aan de eigenaar van de stof. De werkgever die weliswaar uit eigen materiaal een nieuwe zaak laat vervaardigen, art. 661 oud BW vooronderstelt het gebruik van andermans materiaal, wordt hier niet als zaaksvormer of vervaardiger gezien. Hofmann, *Het Nederlandsch Zakenrecht*, derde druk, Groningen 1944, p. 188. Zie tevens: Völlmar, *Nederlands Burgerlijk recht*, tweede deel, *Zaken- en Erfrecht*, tweede druk, Zwolle 1951, no. 391;

voorwerpen in een fabriek.²⁴ Het handelen van een werknemer en feitelijke vervaardiger wordt thans binnen de zaaksvormingsregeling expliciet toegerekend aan de fabrikant, doorgaans de werkgever. We zijn terug bij het Ontwerp-Kemper. Ook het *voor zich laten vervaardigen* kan onder de zaaksvormingsregeling vallen. Voor andersoortige opdrachtsituaties blijft evenwel nog onzekerheid bestaan. Beekhuis vervolgt namelijk: 'Intussen is in het geval, dat de vervaardiger van de zaak in opdracht van een ander heeft gehandeld, de contractuele verhouding beslissend voor de vraag, wie eigenaar wordt.'²⁵ Onduidelijk is of in dergelijke gevallen toepassing van art. 661 oud BW wordt uitgesloten, dan wel dat op grond van de contractuele verhouding vast wordt gesteld wie zaaksvormer in de zin van de wet is. De rechtspraak formuleert ook hier geen ondubbelzinnige antwoorden.²⁶ Beekhuis brengt in 1977 een nuancering aan op het eerder door hem gestelde.²⁷ Uitgangspunt is opnieuw dat art. 661 oud BW eveneens van toepassing is wanneer men het nieuwe voorwerp niet zelf maakt maar het 'voor zichzelf' door een ander doet maken. Een overeenkomst waar enkel wordt afgesproken dat één der partijen de nieuwe zaak voor zichzelf doet vervaardigen is evenwel niet voldoende.²⁸ Om te beoordelen of men voor zichzelf maakt dan wel voor een ander doet maken moet, aldus Beekhuis, grote betekenis worden gehecht aan de vraag voor wiens risico het nieuwe voorwerp wordt vervaardigd. In deze opvatting kunnen ook bepaalde vormen van loonfabricage krachtens art. 661 oud BW een eigendomsverkrijging op grond van zaaksvorming voor de opdrachtgever met zich meebrengen. Volgens Beekhuis wordt evenwel niet vervaardigd voor risico van de leverancier van materialen die bij de aflevering een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt. De toerekening van het zaaksvormend handelen aan een ander dan de feitelijke vervaardiger kent hier zijn grenzen.

Wijzigden zich weliswaar de opvattingen omtrent een eventuele toerekening van de zaaksvorming aan een ander dan de feitelijke vervaardiger binnen de wettelij-

24. Beekhuis in zijn eerste bewerking van de Asser-serie: Asser-Beekhuis, *Zakenrecht, Bijzonder Deel I*, negende druk, p. 158. Cursivering, JW. Hij verwijst hier naar p. 108 van het 'Algemeen Deel' van Asser-Zakenrecht uit 1957 waar 'bezitsverkrijging door een vertegenwoordiger' wordt behandeld.

25. Asser-Beekhuis, *Zakenrecht, Bijzonder Deel I*, negende druk, p. 158.

26. Vgl. Brahn, "Objectverandering, zaaksvorming en partijafsprake", in: *'t Exempel dwinght*, Kisch-bundel, Zwolle 1975, p. 39 ev. naar aanleiding van Hof Amsterdam 1 mei 1968 NJ 1971, 411 (Wirz/Cementbouw).

27. Asser-Beekhuis, *Zakenrecht, Bijzonder Deel I*, tiende druk, Zwolle 1977, p. 104. Onder verwijzing naar Hof Amsterdam 1 mei 1968, NJ 1971, 411 (Wirz/Cementbouw).

28. Vgl. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, Deventer 1992, p. 248.

ke regeling, niettemin bleef de gedachte dat art. 661 oud BW van regelend recht was, sterk verankerd in ons recht. Zo bleef onduidelijk of door een eventuele afspraak de leverancier die zaken onder eigendomsvoorbehoud afgeeft zou kunnen voorkomen dat de wettelijke zaaksvormingsregeling wordt toegepast. Brahn stelt in 1984 deze vraag uitgebreid aan de orde in de rede bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit van Groningen. De regeling van art. 16 in Boek 5 van het huidige Burgerlijke Wetboek maakt definitief een einde aan de onzekerheid omtrent een eventueel dispositief karakter van de zaaksvormingsregeling. In de rechtspraak onder het oud BW wordt reeds op de wettelijke regeling van het dan nog nieuwe BW geanticipeerd.²⁹ De leverancier die onder eigendomsvoorbehoud grondstoffen of halffabrikaten aan zijn afnemer ter beschikking stelt, zal ten gevolge van de verwerking van deze zaken tot een nieuwe, zijn eigendom en daarmee zijn zekerheid in principe verliezen. In de literatuur wordt echter zo nu en dan de wens geuit, om in het geval van zaaksvorming, de leverancier beter te beschermen. Veelal wordt daarbij een beroep gedaan op het Duitse recht waar een *Verarbeitungs-* of *Herstellerklausel* bewerkstelligt dat de leverancier zijn zekerheid ook over de nieuw gevormde zaken kan uitstrekken.³⁰ Bekijken we deze mogelijkheid in het Duitse recht met het oog op de wettelijke zaaksvormingsregeling in het BGB nader. Is een vergelijkbare honorering van een *verlengd* eigendomsvoorbehoud ook mogelijk onder art. 5:16 BW?

4. *De Duitse discussie*

4.1 *De betekenis van § 950 BGB*

De zaaksvorming vindt in het Duitse recht zijn wettelijke regeling in § 950 van het BGB. De eerste zin van deze bepaling luidt:

Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrere Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.

Direct na de vaststelling van het BGB in 1896 krijgt de discussie rond § 950

29. HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 (Gescheurde orchideeën); HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 (Breda/Antonius).

30. Zie Spier, [Bespr. van:] "Brahn, Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage", in: *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986/1, p. 12; Fikkers, "Gescheurde orchideeën en zaaksvorming", in: *WPNR* 5844, 1987, p. 531-536; Van de Ven, "Bank heeft te veel privileges bij faillissement", in: *Volkskrant* 11 februari 1994.

BGB een opvallende dimensie door een debat omtrent het vermeende sociaal-politieke aspect van de zaaksvormingsregeling. De regeling van § 950 BGB werd door enkele auteurs geïnterpreteerd als een stellingname in de geproblematiseerde discussie tussen 'arbeid' en 'kapitaal', die door de wetgever in het voordeel van de eerste zou zijn beslecht. De Duitse wetgever werd zelfs een 'fast marxistische Vorliebe für die Arbeit als Produktionsfaktor' toegedicht.³¹ Müller oppert in 1930 in deze zin dat § 950 BGB wellicht tot collectieve eigendom van de produkten leidt. Hij merkt ongerust op:

'§ 950 BGB, den wir seinem Wortlaut nach für identisch erklären mit dem Satz, daß jeder Arbeiter Eigentümer des Arbeitsprodukts werden soll, führt letzten Endes zu einer Rechtslage, die der Rechtsordnung nicht mehr entspricht, von der er ein Teil ist. Ein Satz des Individualrechts, geprägt in der Blütezeit des Individualismus, führt zu Kollektiverscheinungen. Ein Satz, der Eigentum verspricht, bringt - vom Standpunkt seiner Rechtsordnung aus gesehen - Enteignung. Bürgerlich-wirtschaftlicher Liberalismus, der den Eigenwert der Arbeit anerkennen und produktive Arbeit belohnen will, erfüllt die sehnlichsten Wünsche kommunistischer Ideologen.'³²

Deze discussie, die aan Nederland voorbij ging, speelde in Duitsland tot aan het midden van de dertiger jaren. De idee dat de wetgever in § 950 BGB een politieke beslissing heeft genomen ten gunste van de arbeidersklasse vond evenwel geen genade.

Algemeen wordt in Duitsland aangenomen dat niet alleen de feitelijke vervaardiger maar ook een ander als *Hersteller* in de zin van § 950 BGB kan worden gekwalificeerd. De mogelijkheid van deze zogenaamde *fremdwirkende Verarbeitung* werd ook reeds bij de totstandkoming van § 950 BGB voorondersteld. Toen werd overwogen om het woord 'herstellt' uit § 950 BGB aan te vullen met 'oder herstellen läßt'. De woorden werden echter als overbodig uit het ontwerp geschrapt. Gelukkig, aldus Brodmann, 'denn er sei nichts weniger als selbstverständlich und hätte in seiner nichtssagenden Allgemeinheit verheerend gewirkt.'³³ Een beperkte uitleg van het begrip 'herstellen' ligt op grond van deze overwegingen niet voor de hand. Aan de ondernemer kunnen de zaaksvor-

31. Schulz, "System der Rechte auf den Eingriffserwerb", in: *Archiv für die civilistische Praxis* 105 (1909), p. 373.

32. Müller, "Wie verhält sich der § 950 BGB zu dem Satz, daß jeder Arbeiter Eigentümer des Arbeitsproduktes werden soll?", *Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena*, 1930, p. 7.

33. Zie Wadle, "Das Problem der fremdwirkenden Verarbeitung", in: *Juristische Schulung* 1982, p. 480.

mingshandelingen van de werknemers zonder meer worden toegerekend. De overweging is echter geïnterpreteerd als een aanwijzing voor een dispositief karakter van § 950 BGB.

De praktische waarde van de in de literatuur gevoerde discussie omtrent zaaksvorming binnen arbeidsverhoudingen is minder groot. In de rechtspraak komen vooral vragen rond zgn. *Werk-* of *Werklieferungsverträge* aan de orde. Bij een *Werklieferungsvertrag* wordt de aannemer geacht zelf materiaal ter beschikking te stellen voor de uitvoering van de opdracht. De wet verplicht hem in § 651 BGB de vervaardigde zaak aan de opdrachtgever in eigendom over te dragen. In het geval van een *Werkvertrag* waar de opdrachtgever het te gebruiken materiaal levert, kent de wet een dergelijke verplichting niet. In dat geval kent § 647 BGB aan de aannemer een wettelijk pandrecht toe op de door hem 'hergestelden oder ausgebesserten Sache des Bestellers'. Ook deze wettelijke regelingen worden wel gebruikt tot adstructie van de bewering dat het overeengekomen contractstype belangrijker is dan het voorschrift betreffende de eigendomsverkrijging op grond van zaaksvorming.³⁴

De discussie in rechtspraak en literatuur omtrent een eventueel dispositief karakter van § 950 BGB heeft zich na de Tweede Wereldoorlog verplaatst naar de werking van zogenaamde *Verarbeitungs-* of *Herstellerklauseln*. Een politiek-economische dimensie van § 950 BGB treedt daarmee op de voorgrond en maakt dat in de literatuur de zaaksvormingsregeling aan de hand van geheel nieuwe aspecten wordt beoordeeld. Over de werking van de clausules, en daarmee over het antwoord op de vraag of § 950 BGB al dan niet, of ten dele van regelend recht is, zijn de meningen verdeeld.

De grondslag voor § 950 BGB wordt wel gezien in de bescherming van de 'hoogwaardige arbeid'.³⁵ Voorzover in § 950 BGB de factor "arbeid" wordt beschermd is dit evenwel dikwijls geen 'arbeid' van hem die de zaak feitelijk vervaardigt, maar de prestatie van de 'ondernemer'. Deze prestatie bestaat niet enkel uit het organiseren van handmatige en geestelijke arbeid maar vooral ook

34. Flume, "Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1950, p. 843 en Bauer/Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, München 1992, § 53b I 3.

35. Vgl. Emge, "Das Moment der Neuheit in § 950 BGB", in: *Archiv für die civilistische Praxis* 114 (1916), p. 59; Hofmann, "Zum Begriff der Neuheit in § 950 BGB", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1961, p. 1247.

uit de inzet van kapitaal. Tegenwoordig wordt § 950 BGB meer in verband gebracht met het streven naar een eenduidige toewijzing van zakelijke rechten en bescherming van het rechtsverkeer.³⁶ Een ontwikkeling die samenhangt met de ontwikkeling van de gedachte dat § 950 BGB van dwingend recht is.

4.2 *Verarbeitungs- oder Herstellerklauseln*

Door middel van een zogenaamde Verarbeitungs- oder Herstellerklausel probeert de verkoper, al naar gelang de constructie die wordt gehanteerd, de eigendom van de oude zaak te behouden dan wel nieuwe te verwerven. In een dergelijke clause wordt daartoe wel bepaald dat een eigendomsverkrijging op grond van § 950 BGB is uitgesloten dan wel dat de verkoper de nieuwe zaken door de koper 'herstellen läßt'.

De idee dat door overeenkomst de regeling van § 950 BGB ter zijde kan worden geschoven, is vooral terug te vinden in de oudere rechtspraak. Tegenwoordig wordt deze opvatting nog door enkelen verdedigd.³⁷ Als nadere onderbouwing voor het dispositieve karakter van § 950 BGB stelt Flume, dat de wetgever in deze bepaling een juridische oplossing geeft voor het belangenconflict tussen de zaaksvormer en de eigenaar van de oorspronkelijke zaken. Indien echter de betrokkenen zelf een overeenkomst over de eigendomstoeiwijzing hebben gesloten, doet zich een dergelijk conflict niet voor en kan § 950 BGB buiten beschouwing blijven.³⁸ De nieuwe zaak treedt in de plaats van de oude zaak of zaken binnen de rechtsverhouding waar het eigendomsvoorbehoud deel van uitmaakt. Het eigendomsrecht van de leverancier op de oude zaken wordt voortgezet als een mede-eigendomsaandeel in de nieuwe zaak naar de waarde van de door hem onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken. De producent verkrijgt een mede-eigendomsaandeel naar de waarde van de zaken die hij inbrengt alsmede naar de waarde van zijn arbeid. Zijn meer verlengingen bedongen door verschillende leveranciers dan worden zij door overeenkomstige toepassing van § 947 BGB (de regeling betreffende verbinding) in principe mede-eigenaar van de nieuwe zaak

36. Staudinger-Wiegand, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 950 regel 6; Quack in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4 (Sachenrecht), § 950 regel 2 en 4.

37. Flume, "Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1950, p. 843 ev.; Bauer/Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 53b I 3 en III 3.

38. Flume, "Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1950, p. 844.

naar rato van hun inbreng. Op welke wijze het eigendomsrecht van de leverancier moet worden gekwalificeerd, is echter niet duidelijk. Flume spreekt van *Vorbehaltseigentum*. Over het argument dat op de nieuw ontstane zaak nog geen eigendomsrecht heeft kunnen rusten en van een *voorbehouden* eigendom derhalve geen sprake kan zijn, is hij kort: 'Der Doktrinarismus der Argumentation ist offensichtlich, er ist aber ungefährlich.'³⁹ Baur daarentegen stelt het zekerheidskarakter van het verlengde eigendomsvoorbehoud op de voorgrond. Dit leidt echter tot een zeer ongelukkige formulering, waarin hij zowel van voorbehouden als ook van zekerheidseigendom spreekt: 'Der Eigentumsvorbehalt erlischt durch Verarbeitung [...] kann sich aber -beim verlängerten Eigentumsvorbehalt- an der neu hergestellten Sache fortsetzen mit der Konsequenz des Sicherungseigentums an der neu hergestellten Sache.'⁴⁰ Onduidelijk is hoe voorbehouden eigendom teniet kan gaan, zich vervolgens toch voortzet en dan tegelijkertijd voorbehouden en zekerheidseigendom is. Deze zogenaamde *Abdingungslehre* wordt thans voor het geldende Duitse recht vrij algemeen afgewezen.

Hofmann verdedigt de opvatting dat § 950 BGB weliswaar een dwingend karakter heeft, maar dat het antwoord op de vraag wie Hersteller in de zin van § 950 BGB is, contractueel kan worden bepaald.⁴¹ De leverancier wordt op grond van een Verarbeitungs-klausel contractueel Hersteller in de zin van § 950 BGB en verwerft aldus rechtstreeks het eigendomsrecht op de nieuwe zaak. Hofmann baseert deze mogelijkheid op de *Privatautonomie* van de betrokkenen zonder overigens de door de leverancier verkregen eigendom te kwalificeren als zekerheids- of voorbehouden eigendom. Hofmann stelt weliswaar dat 'der Begriff des Herstellers nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist' en dat 'nur objektive Merkmale der Herstellung entscheidend sind', maar dicht aan het contract deze werking rechtstreeks toe.

De heersende leer is dat § 950 BGB van dwingend recht is en dat het begrip

39. Flume, "Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1950, p. 844.

40. Bauer-Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 59 II 2c. Zie ook § 59 IV 1a cc. Vgl. Brahn, *Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage*, p. 21.

41. Hofmann, "Verarbeitungs-klausel und § 950 BGB", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1962, p. 1798-1803.

Hersteller op grond van de verkeersopvatting dient te worden vastgesteld.⁴² Het Bundesgerichtshof neemt hiervoor als uitgangspunt het oordeel 'eines objektiven, mit den Verhältnissen vertrauten Beurteilers'. Door het Bundesgerichtshof wordt vervolgens echter aangenomen dat de leverancier die onder eigendomsvoorbehoud grondstoffen levert met het beding dat 'die Verarbeitung für die Lieferfirma zu erfolgen hat', als Hersteller in de zin van § 950 BGB heeft te gelden.⁴³ Deze oplossing benadert in feite zeer dicht die van Hofmann. De verkeersopvatting wordt weliswaar als uitgangspunt genomen voor beantwoording van de vraag wie Hersteller in de zin van de wet is, maar deze knoopt rechtstreeks en uitsluitend aan bij een interne afspraak tussen de leverancier en diens afnemer, tevens producent van de nieuwe zaak. Uiteindelijk bepaalt dus een afspraak tussen de leverancier en de afnemer wie als Hersteller in de zin van § 950 BGB moet worden gekwalificeerd. Een van de overeenkomst afwijkende niet uitdrukkelijk naar buiten toe blijkende wil van de fabricerende partij is zonder betekenis. Indien meerdere leveranciers een verlengd eigendomsvoorbehoud hebben bedongen, worden zij elk in principe mede-eigenaar van de nieuwe zaak in verhouding tot de waarde van hun inbreng. Dit door overeenkomstige toepassing van § 947 en § 948 BGB. Aangenomen wordt dat de leverancier met zijn verlengd eigendomsvoorbehoud in principe stilzwijgend heeft ingestemd met de toepassing van deze regelingen in het geval meer leveranciers een verlengd eigendomsvoorbehoud hebben bedongen.⁴⁴ In de rechtspraak is erkend dat kan worden overeengekomen dat de leverancier tezamen met de producent mede-eigenaar van de nieuwe zaak wordt. Toelaatbaar is ook de overeenkomst waarin wordt bepaald dat één leverancier een mede-eigendomsaandeel verwerft op grond van de som van de waarde van de oorspronkelijk aan hem toebehorende zaken en de waarde van de vorming. Loon- en bedrijfskosten van de producent kunnen daarentegen niet in een Verarbeitungs-klausel worden gebruikt voor de berekening van het mede-eigendomsaandeel van de leverancier. Het Bundesgerichtshof heeft

42. BGHZ 14, 115, 117; Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 1995, § 950 BGB regel 2 en 9; Müller, *Sachenrecht*, Keulen 1993, p. 872 regel 2595; Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe 1966, § 53 III, p. 261; Staudinger-Wiegand, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 950 regel 27 ev.; Quack in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4 (Sachenrecht), § 950 regel 35; Wadle, "Das Problem der fremdwirkende Verarbeitung", in: *Juristische Schulung* 1982, p. 481 ev. Eerder Wolff, Enneccerus, Kipp, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* (Das Sachenrecht), zesde tot achtste druk, Marburg 1913, p. 217.

43. BGHZ 20, 162; BGHZ 46, 117; BGHZ 79, 16.

44. Möhring, "Konkurrenz von Verarbeitungs-klauseln", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1960, p. 701.

bedenkingen tegen de moeilijke bepaalbaarheid van deze kosten.⁴⁵

De honorering van dergelijke interne afspraken omtrent het eigendomsrecht op de nieuwe zaak, staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat naar verkeersopvatting en objectieve maatstaven dient te worden bepaald wie Hersteller is. Serick acht voor een objectieve 'mit den Verhältnissen vertrauten Beurteilern' evenwel voldoende aanwijzingen aanwezig om de leverancier die een Verarbeitungs- of Herstellerklausel heeft bedongen als Hersteller te kwalificeren. Deze leverancier 'hat durch seinen Warenkredit den Produktionsvorgang mit- und die neu hergestellte Sache vorfinanziert. Er ist als Eigentümer der Vorbehaltsware und als Gläubiger einer offenen Forderung, die mangels einer Vereinbarung durch den Verarbeitungsprozeß ungesichert werden würde, sehr wohl daran interessiert, daß die Produktion nicht fehlschlägt und die Ware abgesetzt werden kann.'⁴⁶ Merkwaardig is evenwel dat de leverancier die onder eigendomsvoorbehoud zaken afgeeft maar geen Verarbeitungs- of Herstellerklausel heeft bedongen naar objectieve maatstaven niet als Hersteller wordt beschouwd. En dat terwijl ook voor hem, de door Serick genoemde, belangen op het spel staan. De redenering gaat bovendien voorbij aan de financiering van het productieproces door andere kredietverstrekkers. De conclusie kan dan ook enkel zijn dat in werkelijkheid de producent en niet de kredietverlener de nieuwe zaken 'herstelt' of door zijn werknemers 'herstellen läßt'.

In de literatuur is een duidelijke tendens waar te nemen de door het Bundesgerichtshof gegeven ruime uitleg van het begrip Hersteller als onjuist en voor niet verdedigbaar te beschouwen. Kern van de bezwaren is dat door aan een Verarbeitungs-klausel de werking toe te kennen dat de leverancier naar objectieve maatstaven heeft te gelden als Hersteller, op 'einem methodisch und dogmatisch fragwürdigen Weg im Ergebnis dennoch dem Gestaltungswillen der Parteien der Vorrang vor der autonomen sachenrechtlichen Regelung eingeräumt (wird)'.⁴⁷ De commentaren op het BGB nemen dan ook doorgaans aan dat de producent op grond van de verkeersopvatting als Hersteller dient te worden gekwalificeerd. Hij wordt eigenaar van de nieuwe zaak die hij vervolgens op grond van een Verar-

45. BGHZ 46, 117.

46. Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band IV, Heidelberg 1976, § 44 III, 6b, p. 156-157.

47. Wiegand, "Die Entwicklung des Sachenrechts", in: *Archiv für die civilistische Praxis*, 19 190 (1990), p. 129.

beitungs- of Herstellerklauser onmiddellijk fiduciair in eigendom aan de leverancier(s) overdraagt.⁴⁸ De fabrikant wordt op deze wijze een 'logische seconde' eigenaar van de nieuwe zaak. Het risico dat gedurende deze *Durchgangserwerb* rechten van derden op de zaak ontstaan die haar economisch in waarde doen dalen, wordt daarmee aanvaard.

5. *De wettelijke zaaksvormingsregeling van art. 5:16 BW*

5.1 *De eigendomstoewijzing*

Het eerste lid van art. 5:16 BW wijst het eigendomsrecht op een, uit één of meer roerende zaken gevormde, nieuwe zaak toe aan de eigenaar van de oorspronkelijke zaken. Behoorden deze toe aan verschillende eigenaars, dan zijn de artt. 5:14 BW en 5:15 BW betreffende natrekking en vermenging van overeenkomstige toepassing. Het tweede lid vormt op deze regel een uitzondering indien iemand voor zichzelf een nieuwe zaak vormt of doet vormen uit of mede uit één of meer hem niet toebehorende roerende zaken. In dat geval wordt degene die 'voor zichzelf' optreedt eigenaar van de nieuwe zaak, tenzij de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen. Art. 5:16 BW vereist voor toepassing de vorming van een nieuwe zaak uit één of meer roerende zaken. Een zaak is 'nieuw', indien zij naar verkeersopvattingen een eigen, van de oorspronkelijke zaak of zaken te onderscheiden, identiteit heeft.⁴⁹ De gebruikte zaak of zaken gaan op in de nieuwe zaak en gaan daarmee juridisch als 'zaak' teniet. Met het juridisch tenietgaan van de oorspronkelijke zaak gaan ook het daarop rustende eigendomsrecht en de daaruit afgeleide beperkte rechten teniet. De vraag naar de identiteit van de zaak gaat vooraf aan die naar de continuïteit van de rechtsbetrekking. Het eigendomsrecht op de nieuwe zaak, dat wordt toegewezen volgens het eerste dan wel het tweede lid van art. 5:16 BW, is nieuw en onbelast.⁵⁰ Goede trouw ten aanzien van de herkomst van de gebruikte zaak of zaken waaruit een nieuwe zaak wordt gevormd is geen voorwaarde voor het doen

48. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 1995, § 950 BGB regel 11-13; Westermann, *Sachenrecht*, § 53 III-e, p. 261; Staudinger-Wiegand, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 950 regel 30-35; Quack in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4 (Sachenrecht), § 950 regel 31 en regel 37-38.

49. HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 (Gescheurde orchideeën); HR 14 februari 1992, *NJ* 1993, 623 (Love/Love); HR 24 maart 1995, *RvdW* 1995, 81 (Kuikenarrest).

50. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, Arnhem 1994, no. 94, no. 517 en no. 526; Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer 1994, no. 244 en no. 291.

intreden van de goederenrechtelijke gevolgen.⁵¹ De wetgever van het BW heeft aan de praktische behoefte van het rechtsverkeer, aan een eenduidige eigendoms-toewijzing in het geval van zaaksvorming voorrang gegeven boven een in alle gevallen steeds rechtvaardige goederenrechtelijke uitkomst.

Nadrukkelijk is, in tegenstelling tot § 950 BGB, niet alleen het 'vormen', maar ook het 'doen vormen' in de wettekst opgenomen. Sociaal-politieke aspecten zijn bij de totstandkoming van de zaaksvormingsregeling niet aan de orde geweest. Ideologische discussies rond het eigendomsrecht heeft de wetgever van het BW ook niet gewild.⁵² In het Nederlandse recht was het, zoals we eerder zagen, lange tijd onduidelijk of een ander dan de feitelijke vervaardiger *op grond van* de wettelijke zaaksvormingsregeling eigendom kon verkrijgen. Over de verhouding tussen 'vormen' en 'doen vormen' merkt Meijers in zijn toelichting op: 'Geschiedt de vormgeving in opdracht [...] dan wordt de opdrachtgever eigenaar van de gevormde zaak [...] onverschillig of degene die de arbeid verricht al dan niet ondergeschikte van de opdrachtgever is; men zie de woorden 'doet vormen' in het artikel.'⁵³ Daar de tegenstelling 'vormen' of 'doet vormen' voor de aanwijzing van de eigenaar van het gevormde niet volledig disjunctief is, worden in het Regeringsontwerp de woorden 'voor zichzelf' toegevoegd. Zonder problemen is het onderscheid tussen het voor zichzelf *vormen* dan wel *doen vormen* evenwel niet. Omtrent het antwoord op de vraag wanneer iemand 'voor zichzelf' een nieuwe zaak vormt of doet vormen en wat in dit verband precies onder 'opdracht' en 'opdrachtgever' moet worden verstaan, begrippen die hier een andere betekenis hebben dan in art. 7:400 BW en verder, geeft de wetgever slechts enkele aanwijzingen. Wij beperken ons tot de vraag naar de positie van de leverancier na de vorming van een nieuwe zaak, die onder (verlengd) eigendoms-voorbehoud grondstoffen of halffabrikaten heeft afgegeven. Nadere vragen omtrent opdrachtverhoudingen laten we hier buiten beschouwing.

51. Vgl. Toelichting Meijers bij art. 5.2.14, Parl. Gesch. Boek 5, p. 112. Te onderscheiden van de toewijzing van het eigendomsrecht op de nieuwe zaak is de vraag naar de compensatie. Deze is slechts mogelijk in een concrete rechtsverhouding. Zij is een vraag van verbintenissenrecht en niet van goederenrecht.

52. Zo heeft de wetgever geen definitie 'in de gewone zins des woords' van eigendom gegeven omdat het opnemen daarvan 'licht aanleiding (zou) kunnen geven tot debatten van ideologische aard.' Rapport aan de Koningin, Parl. Gesch. Boek 5, p. 21-22.

53. T.M. Parl. Gesch. Boek 5, p. 109.

5.2 Grondslag voor de eigendomstoewijzing

Meijers formuleert als hoofdregel in zijn ontwerp dat hij die uit zaken die hem niet toebehoren, een nieuwe zaak vormt of doet vormen, eigenaar wordt van deze nieuwe zaak. Grondslag voor de eigendomstoewijzing volgens deze hoofdregel is, zo valt uit de toelichting van Meijers op te maken, 'een vormgeving [...] en wel een vormgeving die zo belangrijk is, dat de nieuwe zaak voor een aanzienlijk deel zijn waarde aan die vormgeving ontleent.'⁵⁴ Is van een dergelijke 'waardevolle vormgeving' geen sprake, of zoals Meijers in zijn ontwerp aangeeft, 'indien [...] de waarde van de gebruikte zaken in merkelijke mate die van de vormgeving overtreft', dan wordt de eigenaar van de oorspronkelijke zaken eigenaar van de nieuwe zaak of vinden eventueel de artikelen over natrekking en vermenging overeenkomstige toepassing. De eigendomstoewijzing aan hem die (voor zichzelf) vormt of doet vormen op grond van de, uit het Franse recht afkomstige, overweging omtrent de 'waardevolle vormgeving' is voor het huidige art. 5:16 BW niet gehandhaafd. Het uitgangspunt van Meijers dat het kenmerkende van zaaksvorming een vormgeving is, waaraan de nieuwe zaak haar waarde voor een aanzienlijk deel ontleent, wordt bij Nota van Wijzigingen gereduceerd tot een uitzondering op de regel van het tweede lid. Deze uitzondering heeft een geheel ander karakter. Thans gaat het niet meer om de waarde van de vormgeving ten opzichte van de waarde van de gebruikte zaken, maar om geringe kosten van de vorming die een eigendomstoewijzing aan hem die voor zichzelf optreedt niet rechtvaardigen. 'Ook wanneer de waarde van de gebruikte zaken die van de kosten van de vorming van de nieuwe zaak in aanmerkelijke mate overtreft, zal (men) [...] vaak tot toepasselijkheid van het tweede lid kunnen besluiten.'⁵⁵ Het streven naar rechtszekerheid heeft ertoe geleid dat de zaaksvormingsregeling zoveel mogelijk wordt gevrijwaard van een strijd over de verhouding van de waarde van de vorming ten opzichte van die van de gebruikte zaken.⁵⁶ De uiterste en logische consequentie, het schrappen van de 'kosten-uitzondering', is echter niet getrokken. De 'voortbrengende arbeid' van art. 661 oud BW alsmede de 'waardevolle arbeid' van het ontwerp Meijers hebben hun betekenis als grondslag voor de zaaksvormingsregeling verloren.

54. T.M. Parl. Gesch. Boek 5, p. 109.

55. NvW. Parl. Gesch. Boek 5, p. 111.

56. Vgl. de kritiek op het Regeringsontwerp resp. het Gewijzigd Ontwerp: Van der Grinten, "Eigendom van roerende zaken in het ontwerp-BW", in: *WPNR* 5240, 1973, p. 517; Brahn, "Objectsverandering, zaaksvorming en partijafpraak", in: *'t Exempel dwinght*, p. 45.

De zaaksvormingsregeling is bij Nota van Wijzigingen ingrijpend veranderd. Het eerste lid krijgt zijn uiteindelijke redactie. De regel, dat hij die 'voor zichzelf vormt of doet vormen' eigenaar wordt van de nieuwe zaak, wordt naar het tweede lid verschoven. Met de nieuwe redactie wordt evenwel geen belangrijke materiële wijziging beoogd.⁵⁷ Weliswaar wijzigt de grondslag, maar de toewijzing van het eigendomsrecht volgens art. 5:16 lid 2 BW aan hem die 'voor zichzelf' optreedt komt overigens overeen met de hoofdregel uit het Ontwerp Meijers. Ook art. 661 oud BW alsmede het Ontwerp-Meerbeke en het Ontwerp-Kemper wezen het eigendomsrecht op de nieuwe zaak toe aan hem die de zaak 'voor zichzelf' vormde (of had laten vormen).⁵⁸ Het lijkt er op dat men die regel heeft willen handhaven.⁵⁹ Verwacht mag dan ook worden dat de meeste zaaksvormingsproblemen met behulp van het tweede lid zullen worden opgelost.⁶⁰ Art. 5:16 lid 2 komt ook tegemoet aan de eisen van het rechtsverkeer, doordat het bepaalt dat - behalve indien de kosten van de vorming dit wegens hun geringe omvang niet rechtvaardigen - met het ontstaan van een naar verkeersopvatting nieuwe zaak de eigendom aan hem wordt toegewezen die tot de nieuwe zaak op het moment van haar ontstaan in een directe betrekking staat: hij die de zaak voor zichzelf vormt dan wel doet vormen. Het zou de rechtszekerheid en praktische hanteerbaarheid niet ten goede komen indien in gevallen waarin een nieuwe zaak is ontstaan in handen van de vervaardiger, voor de bepaling van haar eigenaar, steeds de eigendom met betrekking tot de oorspronkelijke zaken, dat wil zeggen naar verkeersopvatting andere niet meer bestaande zaken, zou moeten worden vastgesteld. Wanneer het eigendomsrecht op de nieuwe zaak wordt bepaald door het eigendomsrecht op de oorspronkelijke zaken zal zaaksvorming bovendien meestal leiden tot mede-eigendom. Een dergelijk resultaat zal vooral bij productie in zaaksvormingsketens tot een zeer ondoorzichtige rechtstoestand leiden.⁶¹

57. NvW, Parl. Gesch. Boek 5, p. 110.

58. Art. 77 uit het Ontwerp-Meerbeke van 1899 luidt: Hij, die uit eene hem niet toebehoorende zaak of stof, of uit onderscheidene hem niet of niet alle toebehoorende zaken of stoffen voor zich eene nieuwe zaak of stof vormt, is hiervan eigenaar.

59. Strens-Meulemeester, "Enkele origineire wijzen van eigendomsverkrijging", in: *Onderneming en Nieuw burgerlijk recht*, onder redactie van Van der Grinten, Zwolle 1991, p. 239.

60. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, no. 525.

61. Brahn, *Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage*, Deventer 1984, p. 28 en 30.

Grondslag voor art. 5:16 BW is de rechtszekerheid. Dit blijkt ook uit de opmerkingen van de wetgever aangaande een eigendomsvoorbehoud dat is gemaakt met betrekking tot de oorspronkelijke zaken. Een leverancier die zijn zaken onder eigendomsvoorbehoud afgeeft, zal met name een eventuele toepassing van het tweede lid van art. 5:16 willen verhinderen dan wel willen beïnvloeden.⁶² De redenering dat als gevolg van een eigendomsvoorbehoud de leverancier de nieuwe zaak 'voor zichzelf' door de koper doet vormen zodat enkel het object van het eigendomsvoorbehoud wordt gewijzigd, wordt in de Nota van Wijzigingen afgewezen. Bij art. 5:16 lid 2 BW wordt opgemerkt:

'Het tweede lid is wel van toepassing in het veel voorkomende geval dat een zaak geheel of gedeeltelijk wordt vervaardigd uit onderdelen of stoffen die door de leveranciers daarvan onder eigendomsvoorbehoud zijn geleverd. De producent kan niet worden gezegd de zaak in opdracht van zijn leveranciers te fabriceren. Hij fabriceert haar immers ten einde haar te eigen bate te verhandelen. Dit resultaat verdient reeds hierom de voorkeur, omdat een ander stelsel, met name in geval de onderdelen of stoffen van verschillende leveranciers afkomstig zijn, tot grote complicaties zou leiden.'⁶³

De wetgever heeft, nu een existerende zaak is teniet gegaan, de nieuwe zaak een duidelijke vermogensrechtelijke positie willen geven. De wetgever streeft naar een eenvoudig verloop van het rechtsverkeer, grondslag voor de eigendomstoewijzing in art. 5:16 BW is, zoals gezegd, de rechtszekerheid.⁶⁴

5.3 Dwingend recht

Art. 5:16 BW is een typisch zakenrechtelijke bepaling. Het zakenrecht regelt in zijn voorschriften over het verlies en de verkrijging van zakelijke rechten de toewijzing van rechten die zich door hun absolute karakter kenmerken. In zoverre gaan deze rechten dan ook, anders dan Flume voor het Duitse recht aanneemt, een ieder aan. Het feit, dat de bevoegdheden, die uit een zakelijk recht voortvloeien aan een derde kunnen worden tegengeworpen heeft ten gevolge, dat op het terrein van het goederenrecht aan partijen een geringere vrijheid toekomt

62. We laten de positie van de leverancier bij een eigendomstoewijzing volgens art. 5:16 lid 1 BW verder buiten beschouwing evenals de uitzondering op grond van de kosten van de vorming in het tweede lid van art. 5:16 BW.

63. NvW, Parl. Gesch. Boek 5, p. 111.

64. Dit verklaart ook het derde lid van art. 5:16 BW. Men heeft de toepassing van de zaaksvormingsregeling in deze gevallen buiten twijfel willen stellen. Vgl. Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, no. 520.

dan in het contractenrecht.⁶⁵ In de algemene toelichting op Boek 5 wijst Meijers op de behoefte de vrijheid van partijen in zakelijke rechtsverhoudingen terug te dringen. Bij het huidige artikel 5:78 BW spreekt hij expliciet van 'de in het zakenrecht gewenste stabiliteit der rechtsverhoudingen'.⁶⁶ Beperkingen ten aanzien van het recht van partijen om zelf hun rechtsverhoudingen vorm te geven worden geformuleerd daar waar belangen van derden of de gemeenschap, in het bijzonder de rechtszekerheid en rechtsduidelijkheid, dit vereisen. In het geval van de vorming van een nieuwe zaak in de zin van art. 5:16 BW hebben niet alleen partijen maar ook schuldeisers van de betrokkenen belang bij de toewijzing van een eenduidige en herkenbare vermogensrechtelijke positie aan de nieuwe zaak. Met dit belang wordt geen rekening gehouden wanneer men art. 5:16 BW van regeland recht beschouwt en de toepassing van art. 5:16 BW afhankelijk maakt van een overeenkomst dienaangaande.

Uit de wet en uit de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van de artikelen 5:14-16 BW volgt dat art. 5:16 BW van dwingend recht is. Art. 5:16 BW is, blijkens de uitdrukkelijke verwijzing in art. 5:16 lid 1 BW, nauw verwant aan de artikelen 5:14 en 15 BW. In de Nota van Wijzigingen bij art. 5:14 BW wordt opgemerkt dat de drie artikelen moeten worden gezien tegen de achtergrond van de algemene bepalingen van art. 3:4 BW en art. 5:3 BW.⁶⁷ Art. 5:3 BW stelt vast dat de eigendom van een zaak eigendom van al haar bestanddelen met zich meebrengt, *voorzover de wet niet anders bepaalt*. Slechts de wet, *niet een overeenkomst*, kan een verandering in rechtsgevolgen met zich meebrengen.⁶⁸ Contractuele uitsluiting van de gevolgen van bestanddeelvorming is derhalve niet mogelijk. Art. 5:3 BW maar ook art. 5:14 BW is met andere woorden van dwingend recht. Tegen deze achtergrond dient ook art. 5:16 BW te worden begrepen. Contractuele uitsluiting van de gevolgen van zaaksvorming is evenmin mogelijk.

65. Asser-Mijnsen-De Haan, *Algemeen Goederenrecht*, nr 36. Vgl. Van der Grinten, "Natrekking, vermenging en zaaksvorming", in: *WPNR* 4701, p. 522; Brahn, "Objectsverandering, zaaksvorming en partijafpraak", in: *'t Exempel dwinght*, p. 45-47; Brahn, *Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage*, p. 12-13; A-G Hartkamp in zijn conclusie bij HR 15 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 (Breda/Antonius), onder 6.

66. T.M. Parl. Gesch. Boek 5, p. 3 en 4 resp. p. 275.

67. Parl. Gesch. Boek 5, NvW, p. 106.

68. Vgl. T.M. Parl. Gesch. Boek 5, p. 72.

- 5.4 *Art. 5:16 BW en een (verlengd) eigendomsvoorbehoud*
 5.4.1 *Contractuele afspraken omtrent toepassing en vooronderstellingen van art. 5:16 BW*

Een 'gewoon' eigendomsvoorbehoud is, aldus de Nota van Wijzigingen, niet bestand tegen een zaaksvorming waarop het tweede lid van art. 5:16 BW van toepassing is.⁶⁹ Maar ook een verlengd eigendomsvoorbehoud kan in principe niet bewerkstelligen dat de leverancier zijn zekerheid over de nieuwe zaak uitstrekt. Art. 5:16 BW is namelijk van dwingend recht. Dit betekent tweemaal. In de eerste plaats kan de toepassing van art. 5:16 BW niet contractueel terzijde worden geschoven. Een 'verlenging' van een eigendomsvoorbehoud met een dergelijke strekking heeft dan ook geen effect. In de tweede plaats brengt het dwingende karakter met zich mee dat ook de vooronderstellingen van art. 5:16 BW, waaronder het ontstaan van een 'nieuwe' zaak en het eventueel 'voor zichzelf' optreden, niet met werking tegen derden contractueel kunnen worden vastgesteld. Tussen de gedachte dat art. 5:16 BW van regelend recht is en de gedachte dat partijen contractueel de vooronderstellingen kunnen regelen, bestaat in werkelijkheid geen verschil. Wanneer de leverancier, die zaken onder eigendomsvoorbehoud afgeeft, op grond van het beding dat 'voor hem wordt vervaardigd' reeds heeft te gelden als hij die 'voor zichzelf' doet vormen, zou de leverancier op grond van art. 5:16 lid 2 BW eigenaar worden van de nieuwe zaak. Zonder een dergelijke afspraak zal doorgaans de producent de nieuwe zaken 'voor zichzelf' door zijn werknemers doen vormen, zodat hij volgens art. 5:16 lid 2 BW eigenaar wordt van de nieuwe zaak. De producent kan immers, zoals in de Nota van Wijzigingen wordt gesteld, niet worden gezegd de zaak in opdracht van zijn leveranciers te fabriceren. Hij fabriceert haar ten einde haar te eigen bate te verhandelen. De enkele afspraak dat de leverancier wettelijk heeft te gelden als hij die 'voor zichzelf' doet vormen heeft dus ook noodzakelijkerwijze betrekking op de rechtsgevolgen van art. 5:16 BW. De opvatting, dat zuiver contractueel kan worden overeengekomen wie zaaksvormer is, zoals door Hofmann voor het Duitse recht wordt verdedigd, dient dan ook te worden afgewezen. De zuiver contractuele vaststelling van hij die 'voor zichzelf' optreedt tast het dwingende karakter van art. 5:16 BW aan.

⁶⁹ Zie de passage uit de Nota van Wijzigingen vermeld onder 5.2. NvW Parl. Gesch. Boek 5, p. 111.

In de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer Invoeringswet wordt een situatie besproken waarin A aan B opdracht geeft nieuwe zaken te vormen. Deze worden vervolgens door A aan B verkocht en brevi manu geleverd. A behoudt zich de eigendom voor tot de koopprijs is betaald, B is echter bevoegd over de zaken in het kader van zijn normale bedrijfsuitoefening te beschikken. Opgemerkt wordt: 'Voor een figuur als hiervoor weergegeven is derhalve nodig dat het vervaardigen van eindprodukten door B realiter in opdracht en derhalve voor rekening en risico van A geschiedt. Men denke aan het geval dat A van het vervaardigen of verhandelen van de grondstoffen of halffabrikaten, alsmede van het daaruit voor eigen rekening doen vervaardigen van eindprodukten zijn bedrijf maakt. De constructie kan derhalve zeker niet worden gebezigd door een bank die langs deze weg slechts zekerheid voor de financiering van het bedrijf van B tracht te verkrijgen.'⁷⁰ Voor het antwoord op de vraag wie 'voor zichzelf' vormt of doet vormen kan een zuiver contractuele afspraak niet beslissend zijn. Doorslaggevend is en moet zijn wie *realiter*, in werkelijkheid, voor zichzelf vormt of doet vormen. Een andere benadering staat op gespannen voet met het dwingende karakter van art. 5:16 BW.

Contractueel kan art. 5:16 BW niet buiten toepassing worden verklaard. Evenmin kan een contract zonder meer bewerkstelligen dat iemand wordt aangewezen als hij die 'voor zichzelf vormt of doet vormen'. Ook een eigendomsvoorbehoud met het beding dat 'voor de leverancier' wordt vervaardigd kan dit niet, zonder meer. Het optreden 'voor zichzelf' is net als 'nieuwe zaak' een descriptief feitelijk kenmerk van de regeling van art. 5:16 BW. Een eigendomsvoorbehoud met de strekking dat de zaken in onverwerkte maar ook in bewerkte vorm steeds eigendom blijven van de leverancier tot dat de koopprijs is betaald, heeft ook geen effect. De strekking van een dergelijk beding is dat het oude eigendomsrecht blijft voortbestaan (als voorbehouden eigendom) ook op de nieuwe zaak. In feite houdt deze afspraak een ontoelaatbare regeling in omtrent de 'nieuwheid' van de zaak. Zaaksvervanging ligt niet in de rede nu de wet geen algemene regeling voor zaaksvervanging kent en ook art. 5:16 BW zelf daarvoor geen aanknopingspunten biedt.⁷¹

70. MvA I Inv. Parl. Geschied. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1023 (vet, JW).

71. Vgl. voor het Duitse recht: Hofmann, "Verarbeitungsklausel und § 950 BGB", in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1962, p. 1800.

Art. 5:16 BW is van dwingend recht. De wil van de 'vormer' is dientengevolge niet van doorslaggevende betekenis voor de eigendomsverkrijging op grond van de wettelijke zaaksvormingsregeling. Van vertegenwoordiging bij zaaksvorming, zoals Beekhuis lijkt aan te nemen, kan geen sprake zijn.⁷² Een normatieve en eventuele contraire wil van de 'vormer' op het 'beslissende moment' over te dragen aan en te gaan houden voor een ander, zoals Spier voorstelt, heeft voor de eigendomsverkrijging op grond van art. 5:16 BW geen consequenties.⁷³ Een rechtswil kan bij de zaaksvorming weliswaar aanwezig zijn, maar behoort niet tot de voorwaarden van art. 5:16 BW en heeft geen invloed op de eigendomsverkrijging. Het komt daarom ook niet daarop aan of de feitelijke vormer zijn wil gedurende het verloop van de arbeid verandert. Het vormen van een nieuwe zaak in de zin van art. 5:16 BW is geen rechtshandeling. Handelingsbekwaamheid is geen vereiste of vooronderstelling van art. 5:16 BW. De gedachte dat de zaaksvormer de nieuwe zaken op grond van zijn rechtsverhouding met de verkoper op de voet van art. 3:110 BW toch dadelijk voor de verkoper verkrijgt, gaat niet op.⁷⁴ Art. 3:110 BW is een bepaling betreffende bezitsverkrijging en niet zoals art. 5:16 BW één omtrent eigendomsverkrijging. Wil sprake zijn van eigendomsverkrijging dan zal naast de verkrijging van bezit volgens art. 3:110 BW, krachtens art. 3:84 BW sprake dienen te zijn van beschikkingsbevoegdheid en een geldige titel. Voor een geldige titel is tevens de wil van partijen nodig en die is juist niet van invloed op een eigendomsverkrijging op grond van art. 5:16 BW.

5.4.2 'Voor zichzelf' vormen of doen vormen: de verkeersopvatting

In het arrest Breda/Antonius stelt de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag wie van de partijen 'voor zichzelf' doet vormen afhangt van hetgeen in het licht van de daarop betrekking hebbende verkeersopvattingen uit de rechtsverhouding tussen partijen voortvloeit.⁷⁵ Partijen kunnen hun rechtsverhouding zo inrichten dat in werkelijkheid niet de fabrikant maar een toeleverancier de nieuwe zaak 'voor zichzelf' doet vormen. Veelal zal op basis van een overeenkomst een

72. Asser-Beekhuis, *Zakenrecht*, Bijzonder Deel I, negende druk, Zwolle 1963, p. 158. Zie: Brahn, *Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage*, p. 13.

73. Vgl. Spier, [Bespr van:] "Brahn, Toelevering van voorwerpen onder eigendomsvoorbehoud bij industriële fabricage", in: *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1986/1, p. 11.

74. Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, no. 291; Vgl. Kleijn in zijn noot onder HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 745 (Gescheurde orchideeën).

75. HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 (Breda/Antonius).

dergelijke rechtsverhouding tot stand komen. Daaruit moet echter niet worden geconcludeerd dat *op grond* van de overeenkomst de leverancier de nieuwe zaak 'voor zichzelf' doet vormen. Aan deze redenering ligt de gedachte ten grondslag dat de contractuele rechtsverhouding zelf reeds inwerkt op de reële verhoudingen. Dat is echter niet zonder meer het geval. Uiteindelijk zijn de feitelijke omstandigheden doorslaggevend voor de kwalificatie van een persoon tot hij die 'voor zichzelf' optreedt. De overeenkomst moet dan ook gepaard gaan met een (sociaal of economisch) effectieve statusverandering.⁷⁶ Alleen in deze zin kan, zoals in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer Invoeringswet wordt geschreven, in zich daartoe lenende gevallen 'worden overeengekomen dat de producent in opdracht van de leverancier of enige onderling samenwerkende leveranciers zal handelen in dier voege dat hij ook de nieuw gevormde zaken voor deze(-n) zal gaan houden.'⁷⁷ In dat geval vormt de producent feitelijk niet 'voor zichzelf' maar voor de leverancier (-s) die in dat geval 'voor zichzelf' doen vormen.⁷⁸ Niet omdat dit is overeengekomen, maar omdat dit naar verkeersopvatting uit de rechtsverhouding (als geheel) voortvloeit. Het contract werkt op deze rechtsverhouding slechts indirect in.

De algemene vraag wanneer iemand 'voor zichzelf doet vormen' laten we verder buiten beschouwing. Eén aspect van deze vraag kan hier echter niet onbeantwoord blijven. Vloeit naar verkeersopvatting uit de rechtsverhouding tussen partijen voort dat de leverancier die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen heeft te gelden als hij die 'voor zichzelf doet vormen'? Blijkens de Nota van Wijzigingen is dat niet het geval.⁷⁹ Maar evenmin treedt de leverancier die een verlengd eigendomsvoorbehoud heeft bedongen 'voor zichzelf' op, zoals in Duitsland door de rechtspraak voor zogenaamde Verarbeitungs- of Hersteller-klauseln wel wordt aangenomen. Het enkele verlengde eigendomsvoorbehoud is slechts een interne afspraak tussen partijen. Met een dergelijke afspraak willen partijen slechts de rechtsgevolgen beïnvloeden, zij beogen niet hun feitelijke verhouding naar de overeenkomst in te richten. Object van de overeenkomst is in wezen niet de verandering van de status van een persoon, maar de overgang van

76. Vgl. voor het Duitse recht: Rothkegel, *Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung*, Duisburg 1973, p. 65-67; Quack in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4 (Sachenrecht), § 950 regel 35.

77. MvA I Inv. Parl. Gesch. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1023.

78. Vgl. Fikkers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming*, Nijmegen 1994, p. 60.

79. Vgl. de passage uit de Nota van Wijzigingen vermeld onder par. 5.2. NvW, Parl. Gesch. Boek 5, p. 111.

een subjectief recht. En dan ook nog tijdelijk totdat de vordering ten aanzien van de koopprijs is voldaan.⁸⁰ Zolang elk objectief uitvoeringsmoment ontbreekt dat kan wijzen op een overgang van de functie van de producent die gewoonlijk 'voor zichzelf' optreedt naar de leverancier, kan de verkeersopvatting aan een verlengd eigendomsvoorbehoud niet de consequentie verbinden dat de leverancier naar objectieve maatstaven 'voor zichzelf' optreedt. Met een eigendomsvoorbehoud beoogt de schuldeiser niet het bedrijf van de debiteur te gaan voeren of de produktie te gaan leiden. Ook stelt de debiteur zijn bedrijf niet in dienst van de schuldeiser. Een verlengd eigendomsvoorbehoud waarin wordt afgesproken dat de producent voor de leverancier vervaardigt, verandert niets aan het feit dat de producent de nieuwe zaak fabriceert ten einde haar te eigen bate te verhandelen.

'De menselijke geest, die zich in betrekking heeft gesteld met de stof, is als 't ware de schepper van de zaak, welke hij uit die stof heeft in het licht geroepen [...] voortbrengselen van den geest behooren aan hem, die ze der wereld geschonken heeft, de stof kan alleen als hulpmiddel hebben gediend, om de gedachte zichtbaar uit te drukken.'⁸¹

JACOMIEN E. WICHERS

GRONINGEN

80. Vgl. voor het Duitse recht: Rothkegel, *Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung*, p. 67.

81. Feith, "De leer der eigendomsverkrijging door verbinding", in: *Nieuwe Bijdragen voor Regtsgeleerdheid en Wetgeving*, tiende deel, 1860, p. 530.

