



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Van houten huis tot stacaravan: het wezen van de zaak

Bezemer, C.H.

Citation

Bezemer, C. H. (2005). Van houten huis tot stacaravan: het wezen van de zaak. *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 141-151. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36877>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36877>

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

Deel II

INPASSING TRANSNATIONAAL IN
NATIONAAL RECHT

8 | Van houten huis tot stacaravan: het wezen van de zaak

C.H. Bezemer[■]

1 INLEIDING

Interpretatiegeschillen over het juridische karakter van niet uit steen opgetrokken bouwsels zijn allesbehalve nieuw. Zelfs de oude Romeinse juristen, die geen groot belang hechtten aan het onderscheid tussen roerende en onroerende zaken, ontkwamen soms niet aan problemen die verwant zijn aan de onze. Zo kreeg de jurist Quintus Cervidius Scaevola († na 175) de vraag voorgelegd wie eigenaar is van een uit houten planken bestaand verplaatsbaar graanschuurtje dat door ene Titius op de grond van ene Seius was geplaatst.¹ Een kwestie van natrekking, inderdaad. En omdat daarbij de precieze feitelijke omstandigheden van groot belang zijn, antwoordde Scaevola omzichtig dat op grond van de hem voorgelegde feiten het schuurtje niet tot het vermogen van Seius was gaan behoren. We moeten zelf invullen hoe hij tot deze beslissing gekomen is: de verbinding tussen het schuurtje en de grond moet in de ogen van Scaevola zo gering zijn geweest dat natrekking haar (stille) werk niet kon doen.

Het is deze Digesten-tekst geweest die in de latere geschiedenis van het Romeinse recht soms aanleiding was tot het 'doorlaten' van andere opvattingen over het onderscheid roerend-onroerend dan de Romeinse. Dit is vooral goed zichtbaar in de Franse rechtsgeschiedenis. Al in de dertiende eeuw laten academische juristen doorschemeren dat niet in het Romeinse recht geschoolden ('leken en rustieken') een houten huis beschouwden als een roerende zaak. Ik geef Jacques de Revigny († 1296), professor te Orleans, het woord:

'Ik heb enige plattelanders meegemaakt die zeiden dat een houten huis roerend is, want, zo menen zij, een dergelijk huis kan (van de grond) gescheiden worden en naar een andere plaats overgebracht worden'.

Revigny vermeldt weliswaar deze door velen gehuldigde opvatting, maar stelt tegelijk heel duidelijk dat het Romeinse recht anders wil:

■ C.H. Bezemer is universitair docent afdeling historische ontwikkeling van het recht, Universiteit Leiden.

1 D. 41,1,60 Scaevola *libro primo responsorum*. Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile in Seii praedio posuit: quaeritur, uter horrei dominus sit. Respondit secundum quae proponerentur non esse factum Seii.

‘Ik meen dat het huis onroerend is en onscheidbaar, want onscheidbaar is datgene wat niet kan worden verplaatst in de staat waarin het zich bevindt. Natuurlijk kan een houten huis verplaatst worden, maar alleen als het afgebroken wordt, want in normale toestand kan het beslist niet worden verplaatst. Vandaar dat wij een houten huis als een onroerende zaak dienen te beschouwen, zoals ook blijkt uit D. 43,16,1,8’.²

Deze laatste tekst bepaalt dat iemand die uit een houten huis gezet is een beroep kan doen op het interdict *Unde vi*, dat van toepassing is als iemand met geweld van een stuk grond gejaagd is: ‘immers, van wat voor aard ook datgene is dat aan de grond vastzit, iemand die daar met geweld uit verdreven is heeft het interdict’.³ Het moge duidelijk zijn dat voor de Romeinse juristen, en hun navolgers, niet beslissend was het gemak waarmee een houten huis gedemonteerd kan worden maar de vastheid van de verbinding met de grond.

2 LA DOUCE FRANCE

Wat Revigny tijdens zijn college in Orleans aanroerde over de opvattingen van rustieken was niet iets van voorbijgaande aard. De academische juristen stootten hier op zeer hardnekkige opinies die nauw verbonden waren met het grote belang dat gehecht werd aan het familievermogen, waaronder in eerste instantie viel de grond, en wat daarop groeide. Een houten huis hoorde er meestal niet bij. Dit vinden wij terug in allerlei contemporaine bronnen. Vooral in de noordelijke provincies van het huidige Frankrijk was dit duidelijk. Omstreeks 1300 gold in Artesië een houten huis als een roerende zaak.⁴ Ook in Lotharingen, de streek waar Revigny vandaan kwam, was dit de regel.⁵ Deze opvatting bleef bestaan tot de Franse Revolutie, ook toen men, in de steden althans, allang niet meer in houten huizen woonde. Hoe kwam het dat deze opvatting zo hardnekkig was, en soms zelfs werd toepast op niet-houten huizen?⁶ Meestal voert men het terug op het onderscheid dat bij erfopvolging

2 Commentaar op D. 41,1,60 *Si titius horreum* (Hs. Parijs BN lat. 14350 fo. 75 Rb): ‘Ego vidi rusticos quosdam qui dicebant quod domus lignea esset mobilis, nam, dicunt ipsi, domus potest separari et ferri alio loco. Ego dico est immobilis et inseparabilis, nam illud inseparabile est quod (MS qui) non potest removeri in statu in quo est. Unde domus lignea potest removeri: hoc est verum si dissolvatur. Sed certe in statu in quo est non potest removeri. Unde videamus <domus> lignea est res immobilis, et est casus legis, infra de vi et vi ar. l. Si plane si quis [D. 43,16,1,8].’

3 D. 43,16,1,8 Ulpianus *libro sexagensimo nono ad edictum*. Plane si quis de ligneis aedibus deiectus fuit, nemo ambigit interdicto locum fore, quia qualequale sit quod solo cohaereat, inde qui vi deiectus est habet interdictum.

4 Zie P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, Parijs 1905, herdruk Aalen 1966, p. 664.

5 A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Parijs 1989, p. 91 (§ 76).

6 Het laatste gold bijv. in 1533 in de stad Rijssel. Zie Ph. Godding, ‘Le droit coutumier a-t-il recouru à la fiction?’, in: G. van Dievoet, Ph. Godding & D. van den Auweele (red.), *Langage et droit à travers l’histoire*, Leuven/Parijs 1989, p. 93-105 (101).

en huwelijksgemeenschap gemaakt werd tussen familie-erfgoed (*héritage*) en andere zaken (*catel*). Over eerstgenoemde zaken kon niet vrij beschikt worden. Het waren alle vermogensbestanddelen die essentieel waren voor de instandhouding van het familie(boeren)bedrijf. Er vielen ook bepaalde rechten onder, zoals periodieke rentes voortvloeiend uit zo'n familievermogen. De andere zaken, in het algemeen de roerende, of daarmee gelijkgestelde zaken, zoals houten bouwsels, werden minder waardevol geacht, en vielen buiten de beperkende regels van het intestaat erfrecht. Volgens sommigen was het de toenemende invloed van het Romeinse recht die roet in het eten dreigde te gooien. Bij de houten huizen betrof dat de natrekkingsregel van de vaste verbinding met de grond. Deze regel raakte het traditionele onderscheid tussen zaken en kon de (kwantitatieve) verhouding tussen erfgoed en niet-erfgoed beïnvloeden. En niet alleen dat: het is hier noodzakelijk erop te wijzen dat destijds alleen roerende zaken als verhaalsobject voor schulden dienden of voorwerp van confiscatie konden zijn.

Het resultaat van de vermenging van de traditionele en de romeinsrechtelijke opvatting was dat op sommige plaatsen in Frankrijk (bovenal het Noorden) drie soorten goederen kunnen worden onderscheiden: onroerende zaken (*héritages*), roerende zaken en *cateux* (enkelvoud *catel*). Zaken die tot de laatste categorie gerekend werden vielen met betrekking tot de erfopvolging en de gemeenschap van goederen onder de categorie 'roerend', en in andere situaties onder de categorie 'onroerend'.⁷ Hierbij moet gedacht worden aan bijvoorbeeld een houten huis. Zo werden de gewoonterechtelijke grondslagen van het intestaat erfrecht en het huwelijksgoederenrecht behouden en het Romeinse recht toegelaten waar dat geen bedreiging vormde. Het leidde er wel toe dat sommige zaken onder een 'gemengd' regime vielen. Dit kon vormen aannemen die in strijd zijn met het gezonde verstand, bijvoorbeeld dat stenen huizen in een stad gerekend werden tot de *cateux*, dus als roerend werden beschouwd in erfrechtelijke aangelegenheden, en zelfs overgedragen werden als waren zij roerende zaken. Het heeft de vraag opgeroepen of hier gesproken kan worden van een juridische fictie.⁸ Mij lijkt de vraag niet erg relevant: hoofdzakelijk was dat men de lokale verhouding tussen de verschillende zaken wilde handhaven zonder het Romeinse recht zichtbaar geweld aan te doen. Als het een fictie was dan een dubbele: onder de *héritages* liet men soms roerende zaken vallen, onder de *cateux* ook onroerende zaken. Veel interessanter is, dunkt me, is de vraag: valt hier mee te leven? Kun je eenzelfde zaak een dubbelleven laten leiden? Dan kunnen we misschien leren hoe te leven met een Europees gerechtshof dat onze zorgvuldig opgebouwde jurisprudentie komt verstoren. Eén ding is zeker: de Fransen hebben het hele *Ancien régime* geleefd met twee hybride categorieën voor het onderscheid van zaken, en de sporen ervan zijn nog steeds zichtbaar in de Code civil.

7 Patault, loc. cit.

8 Vgl. Godding (zie noot 6).

We keren eerst terug naar de voor de Franse rechtswetenschap zo cruciale dertiende eeuw. Langs de academische route komen we bij een leerling van Revigny – men vermoedt dat dit Raoul d’Harcourt († 1307) was –, die meldt dat ‘leken zo hun gewoontes hebben ten aanzien van roerende en onroerende zaken, en met betrekking tot roerende zaken soms de vraag stellen of een houten huis nu roerend is of onroerend’.⁹ Men ziet de arme leken worstelen met het voor hen minder belangrijke onderscheid. Immers, het enige dat telde was of een zaak een *héritage* was of niet, een onderscheid dat niet parallel liep met het romeinsrechtelijke onderscheid onroerend-roerend. Net als Revigny benadrukt Harcourt vervolgens dat naar Romeins recht (*secundum iura*) een houten huis beslist onroerend is, omdat je anders nooit het al eerder genoemde interdict zou kunnen krijgen. Veelbetekenend is de wending die de prille Franse rechtswetenschap neemt met de tweede grote Orleanese jurist, Pierre de Belleperche († 1308), een leerling van Harcourt. Anders dan Revigny had deze orthodoxe legist weinig belangstelling voor inheemse rechtsopvattingen. Hij gaat in zijn commentaar op D. 43,16,1,8 dus niet expliciet in op de verschillen in zienswijze. Een huis dat met de grond verbonden is, ook een houten huis, is onroerend; en een huis waar dat niet het geval is – Belleperche spreekt van een hut die op wielen is geplaatst (een woonwagen?) –, is roerend. Waar hij wel op ingaat is het karakter van het *possessorium*, de aan het kanonieke recht ontleende procedure ter bescherming van het bezit. Omdat houten huizen onroerend zijn, zou je verwachten dat de bijbehorende rechtsvordering (het ‘recht op bescherming van het bezit’) ook als onroerend wordt gekwalificeerd.¹⁰ Deze consequentie, die ook naar gewoonterecht begrepen zou worden, trekt Belleperche niet. Als ‘zuiver’ romanist constateert hij dat het *possessorium* geen noodzakelijke eenheid vormt met de grond waarop het betrekking heeft: ‘het *possessorium* is, ondanks de connectie met grond, geen onroerende zaak, omdat grond niet behoort tot het wezen van het *possessorium*, zodat het *possessorium* roerend blijft’.¹¹ De redenering is in essentie een *a contrario* redenering.

9 Commentaar op Inst. 4,15,6 *Recuperande* (Hs. Parijs BN lat. 14350 fo. 184 Va): ‘Laici habent suas consuetudines de mobilibus et immobilibus, et in mobilibus querunt aliquando laici de domo lignea an sit mobilis vel immobilis. Certe res immobilis secundum iura, quia interdictum Unde vi non habetur nisi in re <im>mobili et si aliquis fuerit deiectus de domo lignea habetur interdictum Unde vi, ut ff. de vi et vi ar. l. i. § Si quis de nave [D. 43,16,1,8].’ Over de toeschrijving aan Harcourt, zie L. Waelkens, *La Lectura Institutionum de Raoul d’Harcourt*, *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 3 (1992), p. 79-91.

10 Onder ons oude BW waren zakelijke rechten op onroerende goederen, en zelfs de rechtsvorderingen tot opeising of levering van onroerende goederen, ook onroerend. Zie Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 1996, nr. 12. Voor de historische achtergrond zie W.J. Zwalve, ‘Das System des Vermögensrecht’, in: R. Feenstra/ R. Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin 1992, p. 105-122.

11 Commentaar op D. 43,16,1,8 *Si quis* (ed. Frankfurt 1571; herdruk Bologna 1968 p. 27) ‘In § Si quis nota quod si <de> domibus ligneis fuerit quis deiectus, habet locum istud interdictum (*Unde vi*), quia sunt res immobiles. Sic § istum intelligo, tamen intelligatis sane

De door Belleperche als bewijsplaats aangevoerde tekst (D. 19,1,27) noemt vele zaken die zich op en rond huis en grond kunnen bevinden. Het *possessorium* staat er niet bij. Een scholastiek beroep op het wezen (*esse*) van het *possessorium* doet het vervolgens belanden onder de roerende zaken. Toch is het zichtbaar: Belleperche heeft het ook niet makkelijk met het romeinsrechtelijke onderscheid, dat in beginsel alleen van toepassing is op zaken, maar in zijn tijd ook werd toegepast op rechten. Hij moet in het reine komen met kanoniekrechtelijke ideeën, en belandt, ongewild, in gewoonterechtelijk water: ook leken zouden de rechtsvordering om het bezit van een houten huis te beschermen niet als *héritage* beschouwen. Door het onderscheid roerend-onroerend in dit geval aan te wenden, raakt hij in de knoop met twee concurrerende denkwerelden.

Wat zegt de bekendste costumiere jurist van die tijd, Philippe de Beaumanoir († 1296), erover? Hij kent uiteraard het criterium van de verplaatsbaarheid om uit te maken of iets geen *héritage* is, en constateert dat het door hem beschreven gewoonterecht van de Beauvaisis sommige niet-verplaatsbare zaken niet rekent tot de *héritages*. Als voorbeelden noemt hij onder andere ingezaaid koren nog vóór het gerijpt is of geoogst. Dit wijkt af van wat in andere Franse streken gebruikelijk was. Het laat zien dat in de Beauvaisis de bestemming van het graan, dat wil zeggen geoogst te worden, het beslissende criterium was. Ook een idee van behoorlijk scholastieke signatuur. Hetzelfde gold voor druiventrossen, en Beaumanoir onderstreept de bijzonderheid van het lokale recht met verwijzing naar (recente) rechtspraak.¹² En een houten huis, hoe zit het daarmee? Het wordt niet expliciet genoemd, maar in de lijst met *héritages* staan wel *meson qui sont droites, tant comme eles tiennent a chevilles*, dat wil zeggen ‘huizen die vast zijn in die zin dat ze vastzitten met wiggen’.¹³ Er zijn dus huizen die niet tot deze categorie behoren. Of dat houten huizen zijn is moeilijk te zeggen. Het is wel zo dat houten huizen destijds veelal met leem bij elkaar werden gehouden, en niet met duurzamere verbindingen.

verum: hoc interdictum habet locum ubi domus solo sunt affixae, sed si super rotas fuerit facta, sicut tugurium, reputarem domus tales mobiles; ideo, etc. ut supra de acquir. rerum dominio l. Titius § i. [D. 41,1,60]. Isti repugnant sententiae quam alias tenui. Dixi possessorium est res mobilis, et est casus legis (casus est), supra de action. empt. l. Fundi nichil aliud est, in principio [D. 19,1,17 pr.]. § iste, videtur, contra me dicit quod domus lignae, quia solo affixae sunt, immobiles sunt; ideo, etc. Non facio vim domino (de eo?), non est simile de domibus, quia aedes sunt res immobiles, quia ipsum solum, cui aedes inhaerent, faciunt unum totum, ut supra de usuc. l. Eum qui [D. 41,3,23]; et ideo, quia ad essentiam aedium solum est necessarium; ideo etc. Sed possessorium, licet affixum sit solo, non est res immobilis, quia solum *non est de esse* possessorii, quia possessorium mobile remanet. Sic intelligo l. alle. Fundi [D. 19,1,17], et dixi loco suo.’

12 Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (ed. Salmon), Parijs 1899/1970, § 673-675.

13 Coutumes de Beauvaisis § 672.

3 RENTEBRIEVEN EN OBLIGATIËN

Met deze kleine inventaris zijn de in deze materie mogelijke opvattingen nagenoeg gegeven. Alleen de motieven om toewijzing aan hetzij de ene, hetzij de andere categorie te verkiezen zijn niet dezelfde gebleven. Was het aanvankelijk het (rurale) familiebelang dat de grenzen ertussen in hoge mate bepaalde, in later tijd gaan commerciële belangen en de belangen van de staat (fiscus) de afbakening beïnvloeden. Het zijn grenzen die nooit voor eeuwig vast zullen liggen. Nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen zijn steeds weer aanleiding tot het opnieuw vaststellen van de grenzen. In de rechtsgeschiedenis van de Republiek der Verenigde Nederlanden – deze overstap is niet zo gek als hij op het eerste gezicht wellicht lijkt – is dit goed te zien. Zo beschrijft Pieter Ockers (1628-1678), lid van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland sinds 1669, een erfrechtelijke zaak waarbij aan de orde kwam wat het statuut van rentebrieven en ‘obligatiën op lant en vaste corpora’ was: roerend of onroerend? Er waren goederen gelegen in de provincie Utrecht en in de provincie Holland. Eén van de partijen wilde het juridische verschil in dezen uitbuiten, want naar Utrechts recht waren de rentebrieven en *obligatiën* onroerend, terwijl ze in Holland ‘van outs’ als roerende zaken werden beschouwd.¹⁴ Uiteindelijk mocht het haar niet baten om redenen die hier niet ter zake doen, maar wat hier duidelijk uit blijkt is dat de Utrechtse regeling nog in de oude traditie stond, die ook rechten ten aanzien van land rekende tot de onroerende goederen, terwijl Holland hier de modernere – handelsvriendelijker – visie huldigde. Dit kwam ook tot uitdrukking ten aanzien van huizen: in Utrecht werd nog het traditionele onderscheid tussen houten en stenen huizen gemaakt.¹⁵

Obligatiën ten laste van de Staten van Holland figureren in een door Willem Pauw (1717-1787), destijds raadsheer in de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland, in zijn ‘*Observationes tumultuariae novae*’ vermeld proces dat tussen 1749 en 1752 voor deze raad werd gevoerd. De hoofdrolspeelster was Sara Luyken, weduwe van Jan Abel Douglas. Bij haar eerste verschijnen in de ‘*Observationes*’ is ze net ontsnapt uit de Gevangenpoort door de vrouw van de cipier te overreden haar naar haar zoon Abraham te brengen, die verbleef ‘in een quartier van ‘t Hof van Pruissen’, thans Paleis Noordeinde, vanwaar zij haar vlucht voortzette. Na onderzoek naar de omstandigheden laat de Hoge Raad Sara’s goederen sequestreren om te voorkomen dat de

14 H.C. Gall, *Regtsgeleerde decisien. Aan de raadsheer Pieter Ockers toegeschreven aantekeningen betreffende uitspraken van het Hof (1656-1669) en de Hoge Raad (1669-1678) van Holland, Zeeland en West-Friesland*, Amsterdam 2002, p. 189-190 (nrs. 345-347). De uitspraak is van 30 september 1676.

15 Zie Fockema Andreae’s aantekening bij Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, II,1,12 (ed. Arnhem 1939), deel II, p. 73.

staatskas nadeel zou ondervinden.¹⁶ De daaropvolgende vermeldingen bij Pauw onthullen steeds meer over haar handel en wandel. Het verhaal is te mooi om niet te vertellen. Wat was er gebeurd? In november 1748 had Sara in twee tranches haar staatsobligaties ter waarde van 48 duizend gulden overgedragen aan haar zoon Abraham, die op zijn beurt een aantal ervan aan een als Titius aangeduide persoon had overgedragen. De Procureur-Generaal van de Hoge Raad kreeg lucht van het gebeurde en liet beslag leggen op het hele vermogen van Sara en op de zich onder Titius bevindende obligaties. Deze Titius verzoekt de Raad om opheffing van het beslag op zijn obligaties. Op 23 juli 1749 laat de Hoge Raad zich inlichten door de Procureur-Generaal, die verklaart dat de overdrachten aan zoon Abraham hem zeer verdacht voorkwamen en vermoedelijk verricht waren 'in fraudem fisci'. De raad neemt geen beslissing maar verleent de daaropvolgende dag aan de Procureur-Generaal permissie naar bevind van zaken te handelen.¹⁷ Hoe de Procureur-Generaal van de gebeurtenissen wist blijkt uit een andere notitie. In januari 1749 al, kort na haar ontsnapping uit de Gevangenpoort, had de Advocaat-Fiscaal de Staten van Holland verzocht om bij aanbidding van bepaalde van Sara Luyken afkomstige obligaties ten behoeve van renteuitkering, deze in beslag te laten nemen. Aldus geschiedde op 10 november 1749, en de obligatiehouders, Abraham, Titius en een zekere Maevius verzoeken op de 25^{ste} van diezelfde maand opheffing van het beslag bij de Hoge Raad. De Advocaat-Fiscaal beroept zich op de nietigheid van de door Sara verrichte overdrachten en ziet de obligaties als verhaalsobject met het oog op een spoedig te verwachten veroordeling. Als het proces tegen Sara al in gang is gezet gaat de koning van Pruisen, Frederik II (later de Grote) zich in de zaak mengen. Hij schrijft een forse brief aan de Staten-Generaal waarin hij het onrecht aan de kaak stelt hem door de Hoge Raad aangedaan. Hij stelt dat de in beslag genomen obligaties van hem zijn, en nog vóór Sara uit de gevangenis ontsnapt was door Abraham aan hem waren overgedragen. Met een beroep op het volkenrecht (*ius gentium*) verlangt hij van de Staten-Generaal als volkenrechtelijke wederpartij restitutie van de obligaties aan zijn gezant ('Sempronius'), aan wie hij ze in bewaring had gegeven. Bovendien onts zegt hij de Hoge Raad ieder recht tot kennisneming in deze zaak. De Staten-Generaal spelen de kwestie terug naar de Staten van Holland, die op hun beurt de Hoge Raad (!) om advies vragen. Die verwerpt het beroep op volkenrechtelijke immuniteit aangezien het hier ging om een puur privaatrechtelijk geschil. Bovendien was niets gebleken van betrokkenheid van de Pruisische gezant toen de onderhavige obligaties met het oog op renteuitkering werden aangeboden 'door een schipper van Amsterdam'. Ter ondersteuning van het betoog werd het boek over gezantenrecht aangehaald van Bynkershoek (1673-1743), de legendarische

16 W. Pauw, *Observationes Tumultuariae Novae* (red. H.F.W.D. Fischer *et alii*), Deel 1, Haarlem 1964, p. 197 (nr. 279).

17 Pauw (op. cit.), p. 204-205 (nr. 293).

president van de Hoge Raad en schoonvader van Pauw.¹⁸ Nu diende de Hoge Raad zich over de geldigheid van het beslag te buigen. Eén van de raadsheren meende dat de obligaties die door derden te goeder trouw van Sara of Abraham gekocht waren, als roerende zaken buiten het beslag dienden te vallen. Dit werd door de overige raadsheren verworpen, onder andere omdat allerm minst vaststond dat dergelijke obligaties als roerende zaken moeten worden beschouwd. Nu wordt ook pas duidelijk wat het belang van de koning van Pruisen was: aan hem waren tot kwijting van een overeenkomst door Abraham obligaties ter waarde van 21 duizend gulden overgedragen.¹⁹ Nu komen we ook bij ons onderwerp. Op 19 mei 1752 komt dat eindelijk ten principale aan de orde. Twee à drie raadsheren, zo meldt Pauw, waren om verschillende redenen van mening dat de obligaties roerend zijn, ook al verschilden ze van mening over de positie van de derdenverkrijgers en over het (wettelijk) zekerheidsrecht van de fiscus. Pauw kan ze als onlichamelijke zaken moeilijk als roerend of onroerend classificeren. In sommige opzichten zijn ze roerend, zoals bij eigendomsoverdracht, in andere opzichten zijn ze onroerend (hij noemt de twintigste penning, het ‘collaterael’, die sommige erfgenamen aan executeurs moesten betalen, en de vervreemding van goederen van een pupil aan zijn voogd). Dat het Amsterdamse recht deze obligaties als roerende zaken beschouwt, waar het gaat om een erop te vestigen zakelijk zekerheidsrecht, wil nog niet zeggen dat dit voor de hele provincie Holland geldt. De raadsheren kwamen er niet uit, en ze besluiten in het bijzonder zoon Abraham zover te krijgen een schikking te aanvaarden. Op 13 december 1752 gebeurt dat ook: hij betaalt contant 17300 gulden aan de Advocaat-Fiscaal.²⁰ Daarmee was de zaak (en een diplomatiek geschil) de wereld uit, niet het probleem. Tenminste, als je zaken als deze obligaties wil onderbrengen in de wereld van roerend en onroerend.²¹

4 WETBOEKEN

Met de invoering van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland in 1809 is het probleem van de obligaties opgelost: die zijn roerend door ‘wetduiding’, ook als er nog een band is met onroerend goed.²² Daarmee is de band met de op grondeigendom geënte en daarom als onroerend beschouwde rentebrieven doorgesneden. En met de invoering van de Franse Code civil in de noordelijke Nederlanden in 1810/11 wordt het Franse voor-

18 Pauw (op. cit.), p. 232-233 (nr. 331).

19 Pauw (op. cit.), p. 244-245 (nr. 342).

20 Pauw (op. cit.), p. 315-317 (nr. 427).

21 Vgl. Zwalve (noot 10).

22 Art. 427 sub 4^o: ‘Wijders zijn door wetduiding voor roerende goederen te houden alle obligatiën en andere effecten, zoo op het rijk en andere mogendheden, als ten laste van bijzondere personen, al zijn zij ook van een verband op onroerend goed voorzien’.

beeld van het zojuist genoemde artikel hier tot wet.²³ Met de Code civil kwamen echter, in nog sterkere mate dan met het Wetboek Napoleon, ook de door het *Ancien régime* getekende onderscheidingen tussen onroerende goederen 'par leur nature', 'par leur destination' en 'par l'objet auquel ils s'appliquent', en roerende goederen 'par leur nature' en 'par la détermination de la loi'.²⁴ Daarachter gaat de hele wereld van de *héritages* en de *cateux* schuil, inclusief de oplossingen voor de classificatie van rechten en rechtsvorderingen. Een groot deel van deze erfenis belandde in het Burgerlijk Wetboek van 1838.²⁵ Dan kan zich een jurisprudentie ontwikkelen meer toegesneden op Nederlandse opvattingen, alsook een eigen terminologie. Met dat laatste doel ik op het 'bestanddeel', de 'bijzaak' en de 'hulpzaak'.²⁶ Het heeft niet tot spectaculaire uitspraken geleid. We zitten immers in een 'beproefd' gedeelte van het recht. Maar waar het technische noviteiten betreft moet steeds weer overdacht worden of het bestaande instrumentarium toereikend is. En een bepaalde beslissing kan grote maatschappelijke gevolgen hebben.

Wat opvalt bij de categorie 'onroerend door bestemming' (OBW art. 563) is dat niet alleen de wetgever bepaalde in de Code civil genoemde zaken niet heeft overgenomen, maar dat ook de Nederlandse rechter zich gedistantieerd heeft van de Franse boerderij.²⁷ De inventarissen van cafés, hotels en restaurants worden bij herhaling als *niet* onroerend door bestemming gekwalificeerd.²⁸ Omdat bij dit soort zaken vaak de vatbaarheid voor hypotheek aan de orde was, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad in 1929 ('Bierbrouwerij') wel moest toegeven aan de druk vanuit de praktijk om fiduciaire eigendoms-overdracht tot zekerheid mogelijk te maken. Zonder die mogelijkheid was het financieren van bepaalde ondernemingen erg lastig. Ten aanzien van machines in fabrieken was, ook al door de wet,²⁹ een ruimere uitleg gangbaar. Bij ontbreken van een aard- en nagelvaste verbinding werd niettemin scherp gelet op de criteria die een hulpzaak tot onroerend door bestemming konden maken. Te mooi om niet te citeren is in dit verband een passage uit een arrest van de Hoge Raad uit 1951:

23 Art. 529 *in fine*: 'Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur les particuliers.'

24 Artt. 517-526 en 527-532.

25 Artt. 562-564 en 565-574.

26 Voor deze begrippen en de verschillen met het huidige recht, zie Hijma/Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 1996, nr. 13.

27 Vgl. de noot van Meijers bij HR 24 januari 1934, NJ 1934, 1618 (Odeon).

28 Een handig overzicht is te vinden bij Léon's rechtspraak op art. 563 OBW in J. Wijnveldt, *Burgerlijk wetboek. Rechtspraak, literatuur en korte aantekeningen*, 2^e gedeelte: tweede boek (eerste stuk – artt. 555-876), Den Haag/Leiden 1933, p. 15-18.

29 Art. 563 lid 1 sub 1^o ('Door bestemming worden onder onroerende zaken begrepen 1^o Bij fabrieken, trafijken, molens, smederijen en dergelijke onroerende zaken, de persen, distilleerketels, ovens, kuipen, vaten, en verdere gereedschappen, bepaaldelijk tot derzelver *wezen* behorende, al waren die voorwerpen niet aard- of nagelvast') is slechts in geringe mate ontleend aan Code civil art. 524.

‘dat de rechtbank voorts, door, bij de beantwoording van de vraag, of bepaalde machines als onroerend door bestemming moesten worden beschouwd, omdat zij geacht moesten worden tot het *wezen* van de fabriek te behoren, (...), aan art. 563, eerste lid, onder 1° een juiste toepassing heeft gegeven’.³⁰

De Hoge Raad gebruikt de terminologie van de wet, maar doet niet anders dan Belleperche in de dertiende eeuw deed toen hij het roerende karakter van de bezitsactie wilde bewijzen.³¹ Het is een klassieke (teleologische) redenering waar juristen al eeuwen naar grijpen, of ze het nu over de aard, de essentie, of zoals in dit geval, het *wezen* van de zaak hebben. Het lijkt een feitelijke constatering, maar erachter schuilen steeds wisselende maatschappelijke opvattingen.

Om niet alleen langs lijnen van geleidelijkheid te lopen, is het goed ook te kijken naar de nieuwigheden waarmee men ten tijde van het oude BW geconfronteerd werd. Zo verschijnt daar de centrale verwarming en het radio-toestel, die allebei zonder problemen ingepast konden worden in de bestaande categorieën. Wat lastiger zijn zaken als het octrooirecht (roerend door wetsbepaling), de in huurkoop verstrekte niet aard- en nagelvast opgestelde machine (niet onroerend door bestemming), het auteursrecht (roerend).³² Ook de goodwill klopt aan de deur, maar wordt niet toegelaten tot het rijk der goederen (toen nog ‘zaken’), zodat een nadere kwalificatie niet nodig is.³³ In de huidige tijd, rond de millenniumwende, en bevrijd van het probleem of vermogensrechten nu roerend of onroerend zijn, is het soms spannend wat de rechter zal zeggen over een veronderstelde bestemming of over de vastheid van een verbinding met de grond. Echt verrassend waren ze niet, de uitspraken over de portacabin (HR 31 oktober 1997) en het kabelnet (HR 6 juni 2003). Het zijn vooral de ermee gemoeide financiële belangen die eenieder de adem even doen inhouden. Dat geldt ook voor de stacaravan (HR 28 september 2001 en 7 juni 2002), alleen gaat dat om iets dat velen raakt, en niet alleen in de portemonnee. Het komt letterlijk dicht bij huis. Dus daar zijn ze weer, van nooit weggeweest: de rustieken van Revigny, ook al komen ze nu uit de stad. En, ook de argumenten van die rustieken (eenvoudige demonteerbaarheid). Wat moet Nederland daarmee als het Europese Hof van Justitie ze ook hanteert?³⁴ Nu kan het gebeuren dat een stacaravan naar Nederlands recht als onroerend wordt beschouwd (en aangeslagen wordt voor de OZB), maar naar Europees recht

30 HR 18 mei 1951, *NJ* 1951, 548.

31 Zie hierboven noot 11 met de erbijbehorende tekst.

32 Zie voor de hier genoemde voorbeelden het in noot 28 geciteerde overzicht.

33 HR 9 maart 1951, *NJ* 1952, 46 (Damesmodebedrijf).

34 Ik verwijs naar de zaak Rudolf Maierhofer/Finanzamt Augsburg-Land van 16 januari 2003 (C-315/00), waarin het hof besliste dat prefab-woningen die niet gemakkelijk kunnen worden gedemonteerd noch verplaatst onroerend zijn in de zin van de Zesde richtlijn met betrekking tot de harmonisatie van de wetgeving inzake omzetbelasting.

beschouwd wordt als roerend als het gaat om de BTW. Wat te doen met het onlogische gevolg van een pluralistische rechtsorde?

5 ISOLEREN, TOETSEN OF NEGEREN

Er zijn drie mogelijkheden: isoleren, toetsen of negeren. Met het eerste bedoel ik het beperken van de reikwijdte van de uitleg van het Europese hof tot uitsluitend het terrein van de omzetbelasting. Er ontstaat dan weliswaar een *Fremdkörper* in het Nederlandse recht, maar de Europese opvatting moet dan halt houden bij de rechtsgebieden waarvoor de Europese rechtsorde niet bedoeld is. Het bezwaar van deze methode is dat zij op de langere termijn tekort kan schieten. Als het Europese Hof van Justitie zijn door vele verafschuwde salami-tactieken blijft voortzetten, dat wil zeggen het nemen van kleine, niet meteen doorzichtige happen uit de nationale rechtordes alvorens een grote hap te nemen, moet gevreesd worden voor de eenheid van het Nederlandse recht. Een meer fundamentele aanpak is dan geboden. Met toetsen denk ik aan een rechterlijke noodrem vergelijkbaar met de openbare-orde-toets in het IPR: bij bedreiging van de fundamenteën van het nationale rechtstelsel wordt een Europese interpretatie niet toegepast. Bij wijze van voorbeeld: '(...) kan als in strijd met het wezen onzer nationale rechtsorde worden beschouwd (...)'. Ik hoor de bezwaren al: het gaat hier niet om de in het IPR geldende gelijkheid tussen de nationale rechtstelsels, en: is dit niet te zwaar geschut? Wat het eerste betreft: wat let de Nederlandse rechter op de nationale noodrem te trappen en een ruimere uitleg te geven aan art. 3:12 BW? Het zou overeenkomen met de houding die de meeste Franse rechtsgeleerden aannamen ten aanzien van het Romeinse recht: als we het kunnen gebruiken doen we dat, mits het redelijk is. En dat laatste was lang niet altijd het geval (men denke niet dat het Romeinse recht automatisch als redelijk werd beschouwd). Te zwaar geschut? Geen land in Europa zal er van opkijken als Nederland zichzelf beschermt. Zoals een ieder weet houdt Duitsland altijd de eigen grondwet achter de hand om Europese beslissingen eventueel buiten de deur te houden. Dat middel bestaat niet in Nederland, maar de Europese Unie rekent het tot haar grondbeginselen de nationale identiteit van haar lidstaten te eerbiedigen (Unie-verdrag art. 6 lid 3) en het Europese Hof verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van het EG-verdrag (art. 220). Volgende ammunities voor een Nederlandse rechter, me dunkt.

En negeren? Velen zal dit aanspreken, nu het gaat om niet verkozen rechters die stilletjes de Nederlandse rechtsorde ondermijnen. Het is alleen politiek niet verstandig en zal de meeste Nederlandse burgers ook ontgaan. Juristen kunnen beter met juridische middelen bestreden worden. Ik opteer daarom voor de isolatiemethode, in combinatie met de aangegeven toetsing. Dan maar enige inconsistentie. De geschiedenis laat de mogelijkheid ervan zien.

