

# The principle of numerus clausus in European property law

Citation for published version (APA):

Akkermans, B. (2008). *The principle of numerus clausus in European property law*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Maastricht University. <https://doi.org/10.26481/dis.20081017ba>

## Document status and date:

Published: 01/01/2008

## DOI:

[10.26481/dis.20081017ba](https://doi.org/10.26481/dis.20081017ba)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

## SUMMARY

*Numerus clausus* is a fundamental principle of property law. It is the principle that is strongly connected to the distinction between the law of obligations, in particular, contract law, and the law of property. Moreover, it is connected to the distinction between personal relations and property relations. A personal relation is a relation between two or more persons that only binds the parties to that legal relation. The law of obligations governs this type of relation. A property relation is a relation between two or more persons in respect to an object with third-party effect. The law of property governs this type of relation. *Numerus clausus* as a fundamental principle of property law decides on which legal relation belongs to the law of property, and is therefore awarded third-party effect. *Numerus clausus* is, in other words, the access test to the law of property. Only after the *numerus clausus* test is passed, other principles of property law, such as specificity and publicity, begin to apply.

The *numerus clausus* as an access test comprises of two parts. First, the principle of *numerus clausus* sets the available menu of property rights. Only a limited number of property rights are recognised. In French, German, Dutch and English law, the catalogue of property rights starts with a primary right. Moreover, there are a limited number of property rights other than the primary right, which can be named lesser rights. In respect to the creation of these rights, the principle of *numerus clausus* limits private parties in the creation of these lesser rights. There is, in other words, a *Typenzwang* of property rights.

The second part of the access test concerns the content of property rights. Once parties have selected a property relation from the available menu, the system of property law also determines the content of this property relation. Private parties are not free to give content to their property relation outside the freedom to do this that is allowed by the system of property law. In other words, there is also a *Typenfixierung* of property rights.

*Numerus clausus* as a principle of property law finds expression in French, German, Dutch and English law, but to different degrees. Depending on the hierarchy of sources of law and the doctrinal choices legislatures in a legal system have made, there is a *rule of numerus clausus*. A rule of *numerus clausus* exists if there is an absolutely limited list of property rights. Private parties have no freedom to create new types of property rights at all in these systems, and are only granted limited

freedom under the rule of *numerus clausus* to provide content to existing types of property relations.

Other systems adhere to a *principle of numerus clausus*. The principle of *numerus clausus* refers to the idea that there is a more or less clear set of property rights established by one or more sources of law, but parties are nevertheless limited in the free creation of new, thus far unrecognised, types of property rights. These systems also impose limitations on parties in respect to the content of property rights. When parties create an already recognised property relation, they must stick to the boundaries set for this relation by the legal system.

When the rule of *numerus clausus* and the principle of *numerus clausus* are seen as two ends of the same spectrum, French, German, Dutch and English law all find their place in this system of classification. German law, with its pandectist origin, is at the most rigid side (that of the rule of *numerus clausus*). Dutch law, having been strongly influenced by German law also finds itself on the more rigid side of the spectrum. French law takes a much more pragmatic approach to the creation of property rights. It is therefore in between adhering to a rule and a principle of *numerus clausus*. English law, finally, adheres to a principle of *numerus clausus* that is, contrary to the civil law systems, clearly formulated by case law.

With the start of the twenty-first century, property law is subject to various new developments. These developments form a pressure on the currently existing systems of property law. This includes pressure to recognise new objects of property law, a stronger influence of contract law in the law of property, and pressure to recognise new, yet unknown, types of property rights.

All four legal systems adhere to a similar classification of property rights. In each system of property law, there is a primary right. In civil law systems, this is the right of ownership. In English law, which recognises two systems of property law, there are two primary rights. In land law this is the fee simple, in personal property law it is title to chattels. Connected to the recognition of a single primary right, in each of the legal systems there is a limited list of property rights other than the primary right. These rights are lesser rights, as they are lesser in content than the primary right. They are created either through a *démembrement*, or subtraction, of powers contained in the primary right in the form of a lesser property right, or through a limitation of the primary right by the creation of a lesser right that is modelled to the content of the primary right. There is a subtle difference in the two methods of creation.

In the civil law systems, the number and content of lesser property rights can mostly be directly derived from Roman law. Although property law systems have developed since (pre-) classical Roman law, the main property rights have remained the same. Only in the last century, some legal systems have added new types of property right to the Roman law inspired catalogue. English property law, although it should be considered not to share a basis in Roman law, recognises a similar list of property rights. However, because of this different historical development, the list of property rights in English law is slightly longer than in most civil law systems.

In French, German, Dutch and English law, lesser rights are organised in two main categories: lesser rights to use and lesser rights for security. Lesser rights to

use exist either for a long duration of time, which usually results in a more limited content of the right, or they exist for a short period of time, which usually results in a more extensive content of the right. In civil law systems these lesser rights to use for a longer period are rights of servitude. Lesser rights to use for a shorter period of time are rights of usufruct. In English law there are easements and profits à prendre that fulfil the same requirements. Moreover, an estate for life, a right for a shorter period of time, does no longer exist as a distinct property right, but can be created by making use of trust law.

Lesser rights for security are usually divided depending on the type of object they can be created on. Lesser rights on movables include rights of pledge in civil law systems and rights of pledge and charges in English law. Lesser rights for security on immovables are rights of hypothec in the civil law and mortgage in English law. Although there are variations in the content of these rights, they grant the holder of the lesser right for security a right to sell the object under security, the right to satisfy their claim from the proceeds of that sale, and the right of preference in case of insolvency of the debtor.

The characterisation in primary rights and lesser rights to use and for security is a division that was mainly developed historically since the period of Roman law, which adhered to a similar division in real actions. Also in English law, the distinction between rights to use and rights for security is a historical one. Apart from this general characterisation, also due to historical development and due to different doctrinal choices that legal systems have made, there are additional property rights that not fit this general characterisation.

Examples of additional property rights that do not fit these classical distinctions are German acquisition rights, French real suretyships and English estate contracts. Moreover, also options to purchase, recognised by both German and English law create problems. The right of lease, which, in civil law systems remains a personal right, but in English law has developed into a property relation, offers a final example. The recognition of these additional types of property rights seems linked to the method of creation of property rights that is followed in a legal systems. Systems adhering to a limitation method have recognised more additional property rights than systems adhering to the subtraction method.

In addition, the law of property is subject to influences, both from within the own legal system as well as from the increasing development of the Internal Market in the European Union. These developments lead to a different use of already existing property rights as well as the recognition of new types of property rights, either through positive harmonisation, or, through the recognition of property rights validly created in another Member State under the case law of the European Court of Justice.

Influences from within the own legal system include developments from within the system of property law, but also the increased influence of the law of contract in the law of property. Mainly due to changes in society and the increasing demand for a more flexible property law, parties attempt to create property rights on top of other property rights, the so-called stacking of rights, to achieve a situation that a single property right cannot achieve. Examples of such stacking include a right of apartment on a right of *superficies* to separate the right of ownership from a

building from the right of ownership of land, in order to be able to divide the ownership of the building into apartment rights.

Other influences include the increased influence of contract law in the law of property. Especially regarding security rights, the law of contract has become more and more important. Through the recognition of trust-like relations such as *Treuhand* and *fiducie*, the use of a primary right for security purposes has become much more attractive. Also in English law, the possibility to give shape and content to a charge by agreement between the parties creates many possibilities for parties in legal practice.

Traditionally, the law of property is a system of mandatory rules that cannot be deviated from by the law of contract. Contract law is considered an area of law from which the law of property is separated. Traditional property law is therefore a static area of law in which there is relatively little, or at least limited, party autonomy. Due to the influence of contract law property law becomes much more dynamic.

Examples of this are the recognition of subsidiary legal obligations that arise in German law between the holder of a primary right and the holder of a limited property right by operation of law. Through developments in case law it has become accepted that parties may provide new and additional content to these legal relations. Another example includes the German security-servitudes, in which a contract is made to create a *de facto* positive burden next to a negatively formulated right of servitude.

The second group of influences comes from outside the own legal system. The European Union is increasingly also becoming active in the field of property law. This does not only include already existing European legislation in the area of retention of title, insolvency, emission rights, the protection of cultural objects, and financial collateral arrangements, but also developments in the work on a Common Frame of Reference that will possibly include rules on personal property security rights, systems of transfer, and trusts.

Moreover, the property law systems of the Member States are increasingly confronted with property rights originating in another Member State. Through the operation of the rules on private international law in the national law of the Member States, in particular the *lex rei sitae* rule, the national menu of property relations becomes applicable to the recognition of foreign property rights. As a result, a property right created in another Member State may not fit in the national list, because of a different historical development or a different doctrinal choice made by the original Member State. In this respect, *numerus clausus* shows a different face: it protects the national legal system.

When the law of property is seen as a set of rules that have an effect on trade in the Internal Market of the European Union, in particular rules that have an effect on the free movement of goods, it could very well be that through a court decision by the European Court of Justice Member States become forced to recognise a property right validly created in another Member State. Member States may try to justify their refusal to recognise or limited recognition by offering grounds for justification and by showing their measure is proportional to the aim that is pursued. As a justification against recognition of foreign property rights, Member

States may try to invoke their national sovereignty to deal with property rights in order to protect third parties, especially creditors. Moreover, they may argue for the national coherence of the legal system. Whether these grounds for justification will be accepted remains questionable. Moreover, even when these justifications are accepted, whether the measures the Member State has taken will pass the proportionality test remains to be seen.

When, through a decision of the ECJ, property rights from other Member States must be recognised, a federation of property law systems arises. The national systems of property law will then no longer be closed, but will, at least, be open to property rights from the lists of other Member States. Such a development might lead to more legal uncertainty that it seeks to solve.

Property law, in other words, is becoming an increasingly dynamic area of law. However, the current European systems of property law are all formed and designed as static areas of property law. Therefore, the need to rethink the traditional elements of property law, including especially the way in which the principle of *numerus clausus* is adhered to, arises.

It could be necessary to rethink *numerus clausus* in the light of the development of, or the making of, a European property law. In a system of European property law two fundamental questions would have to be answered. When a European property law would be formed, should the system adhere to a separation between the law of obligations and the law of property, as well as to a corresponding division in personal and property relations? When this question is answered positively, and that is the second fundamental issue, European law would have to develop rules that make it possible to decide which relations are personal and which a property relations.

The making of a European property law offers possibilities to rethink the structure of the law of property and to allow property law to develop into a more dynamic system of law, in which there is more place for party autonomy. The principle of *numerus clausus* does not oppose party autonomy at all, it merely limits party autonomy in such a way that a balance between legal certainty, which in this case results in rigidity, and flexibility can be found. Even in legal systems that adhere to an open system of property rights, there are limitations on party autonomy in the creation of new property rights. South African law, with its subtraction from *dominium* test, offers an example of one of these systems.

Moreover, law and economic scholars have explained why, even in a system where parties would be completely free to create new types of property rights, no unlimited number of property rights would arise. Either through the prevention of fragmentation, when a tragedy of the commons or of the anti-commons would arise, or through the increase in information costs, either by third parties dealing with property rights or by third parties in general, an optimal standardisation of property rights may result.

A European property law might, possibly, provide expression to the principle of *numerus clausus* by forming an access test. When a legal relation would pass the European access test, that legal relation would become a property relation and will be governed by property law, either national law or, in case there is European legislation, by Community law.

The access test could be formulated in three phases. First, when parties attempt to create a relation, that relation must be expressed in terms of powers contained in the primary right, and the relation must be made in respect to an object that is capable of being subject to that primary right. Secondly, the parties must have expressed their intent to bind not only themselves, but also their successors in title. Parties must have a sufficient interest to do so. Thirdly and finally, as a matter of policy, the relation that is created must be classified in terms of one of the existing categories of property relations: lesser rights to use, lesser rights for security, or anticipatory rights. When the legal relation cannot be expressed in terms of one of these categories, express attention, and this is the policy part, must be paid to the creation of a new, additional category.

The access test of European property law is an *ex post* model that is applied by the courts. Because it would be a test of EU law, all courts in the European Union would have to apply it. Moreover, because the ECJ will have the final interpretation over it, the question of recognition of a new category of property rights would be a subject for the ECJ to decide on through a preliminary ruling.

With this creation of a substantive *ex post* test at a European level, the principle of *numerus clausus* would find new, yet unknown, expression. As a result there will be more legal certainty on the status of property relations throughout the EU. In other words, the principle of *numerus clausus* could become the first true principle of European property law.

## SAMENVATTING

*Numerus clausus* is een fundamenteel beginsel in het goederenrecht. Dit beginsel is sterk verbonden met het onderscheid tussen het verbintenissenrecht, in het bijzonder het contractenrecht, en het goederenrecht. Daarnaast is het beginsel ook sterk verbonden met het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechtsbetrekkingen. Een persoonlijke rechtsbetrekking is een rechtsrelatie die enkel partijen bindt. Deze rechtsbetrekkingen worden beheerst door het verbintenissenrecht. Een goederenrechtelijke rechtsbetrekking is een rechtsrelatie tussen twee of meer personen ten opzichte van een object. Deze relaties hebben derdenwerking. Deze rechtsrelaties worden door het goederenrecht beheerst. Het fundamenteel beginsel van de *numerus clausus* bepaalt welke rechtsbetrekking tot het goederenrecht hoort en daarom derdenwerking heeft. *Numerus clausus* is, met andere woorden, de toegangstest tot het goederenrecht. Pas als de toets van de *numerus clausus* is doorstaan, zijn andere beginselen van goederenrecht, zoals specificiteit en publiciteit van toepassing.

De *numerus clausus* als toegangstest omvat twee delen. Ten eerste stelt het *numerus clausus* beginsel het beschikbare menu van goederenrechtelijke rechten vast. In elk rechtstelsel worden slechts een beperkt aantal goederenrechtelijke rechten erkend. In het Franse, Duitse, Nederlandse en Engelse recht vangt het menu van goederenrechtelijke rechten aan met een 'primaire recht'. Naast het primaire recht zijn er een beperkt aantal rechten, welke 'mindere rechten' genoemd kunnen worden. Het is in de vestiging van deze laatste groep rechten dat partijen beperkt worden door het *numerus clausus* beginsel. Er is, met andere woorden een *Typenzwang* van goederenrechtelijke rechten.

Het tweede deel van de toegangstest heeft betrekking op de inhoud van goederenrechtelijke rechten. Wanneer partijen een recht van het menu van beschikbare rechten hebben gekozen, bepaalt het stelsel van goederenrecht ook de inhoud van deze rechtsbetrekking. Het staat partijen niet vrij om inhoud aan hun rechtsbetrekking te geven die buiten de grenzen van het door het goederenrecht aangegeven gebied gaat. Met andere woorden, er is ook een *Typenfixierung* van goederenrechtelijke rechten.

*Numerus clausus* als beginsel van goederenrecht vindt uitdrukking in het Franse, Duitse, Nederlandse en Engelse recht, zij het in andere mate. Afhankelijk



van de hiërarchie van rechtsbronnen en de dogmatische keuzes die wetgevers in de verschillende rechtssystemen gemaakt hebben, is er een *regel van numerus clausus*. Een *numerus clausus* regel bestaat als er een absoluut gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten aanwezig is. In deze stelsels hebben partijen geen vrijheid om nieuwe typen goederenrechtelijke rechten te vestigen en genieten slechts een beperkte, door de *numerus clausus* regel vastgestelde, vrijheid om inhoud aan hun goederenrechtelijke rechtsbetrekkingen te geven.

Andere rechtssystemen erkennen een *beginsel van numerus clausus*. Het *numerus clausus* beginsel verwijst naar het idee dat een min of meer duidelijke set van goederenrechtelijke rechten is vastgesteld door middel van één of meer rechtsbronnen, en dat partijen enigszins beperkt zijn om nieuwe, tot op heden onbekende, typen van goederenrechtelijke rechten te vestigen. Deze stelsels leggen ook beperkingen op aan partijen met betrekking tot de inhoud van goederenrechtelijke rechten. Als partijen een reeds erkende goederenrechtelijke rechtsbetrekking kiezen, dienen zij zich te houden aan de grenzen die voor deze rechtsverhouding gelden.

Als de *numerus clausus* regel en het *numerus clausus* beginsel als twee uiteinde van hetzelfde spectrum worden gezien, vinden het Franse, Duitse, Nederlandse en Engelse recht allen een plaats in dit kwalificatiestelsel. Duits recht, dat zijn oorsprong vindt in het pandektistische systeem, staat aan de meest statische kant (dat van de *numerus clausus* regel). Het Nederlandse recht is sterk beïnvloed door het Duitse recht en kan ook aan de meer statische kant van het spectrum geplaatst worden. Het Franse recht kent een meer pragmatische benadering met betrekking tot het vestigen van goederenrechtelijke rechten. Het dient daarom geplaatst te worden tussen een stelsel dat de *numerus clausus* regel en het *numerus clausus* beginsel volgt. Het Engelse recht, ten slotte, volgt het *numerus clausus* beginsel dat, anders dan in de *civil law* stelsels, duidelijk door jurisprudentie geformuleerd is.

Met het begin van de 21<sup>e</sup> eeuw is het goederenrecht onderhevig geworden aan nieuwe ontwikkelingen. Deze ontwikkelingen vragen om nieuwe objecten van goederenrecht te erkennen, om meer invloed van het contractenrecht in het goederenrecht te erkennen, en om nieuwe, tot op heden onbekende, typen van goederenrechtelijke rechten te erkennen.

Zowel het Franse, Duitse, Nederlandse als Engelse recht volgen een vergelijkbare benadering van kwalificatie van goederenrechtelijke rechtsbetrekkingen. In elk stelsel is er een primair recht. In *civil law* systemen is dit het recht van eigendom. In het Engelse recht, dat twee stelsels van goederenrecht kent, zijn er twee primaire rechten. In het onroerende zaken recht (*land law*) is dit de *fee simple*, in het recht met betrekking tot roerende zaken en vorderingen (*personal property law*) is dit de *title to chattels*.

Verbonden aan het erkennen van een enkel primair recht is een lijst van goederenrechtelijke rechten anders dan het primaire recht. Dit zijn de mindere rechten. Deze zijn minder omdat zij minder tot inhoud hebben dan het primaire recht. Deze rechten worden gevestigd door een, met een Franse term uitgedrukt, *démembrement*, of, in het Nederlands, subtractie van bevoegdheden van het primaire recht, of door beperking van het primaire recht met bevoegdheden die gemodelleerd worden naar het primaire recht. Er bestaat een subtiel verschil tussen deze twee vormen van vestiging.

In de *civil law* stelsels is het aantal en de inhoud van de goederenrechtelijke rechten vrijwel geheel geïnspireerd op het Romeinse recht. Hoewel het goederenrecht in ontwikkeling is geweest sinds het (pre-) klassieke Romeinse recht, zijn de belangrijkste goederenrechtelijke rechten hetzelfde gebleven. Pas in de laatste eeuw hebben verschillende rechtsstelsels nieuwe typen van goederenrechtelijke rechten aan de door het Romeinse recht geïnspireerde catalogus toegevoegd. Het Engelse recht, dat niet direct op het Romeinse recht gebaseerd is, erkent een vergelijkbare catalogus van goederenrechtelijke rechten. Echter, door andere historische ontwikkelingen is de lijst met goederenrechtelijke verhoudingen in het Engelse recht langer dan de lijst in de meeste *civil law* stelsels.

In het Franse, Duitse, Nederlandse en Engelse recht worden mindere rechten ingedeeld in twee categorieën: mindere gebruiksrechten en mindere zekerheidsrechten. Mindere gebruiksrechten bestaan voor een lange tijdsperiode en hebben meestal een minder verstrekkende inhoud, of voor een korte tijdsperiode en hebben doorgaans een meer omvattende inhoud. Deze gebruiksrechten voor een langere periode zijn erfdienstbaarheden in de *civil law* stelsels. Gebruiksrechten voor een kortere periode zijn rechten van vruchtgebruik. In het Engelse recht zijn er rechten van *easement* en *profits à prendre* die aan dezelfde kenmerken voldoen. Daarnaast kan, hoewel deze niet meer als zelfstandig recht kan bestaan, een *life estate* via een trustconstructie gerealiseerd worden.

Mindere zekerheidsrechten worden verder verdeeld naar gelang het type van object waarop ze gevestigd kunnen worden. Zekerheidsrechten op roerende zaken zijn rechten van pand in *civil law* stelsels en rechten van *pledge* en *charges* in het Engelse recht. Zekerheidsrechten op onroerende zaken in *civil law* systemen zijn het recht van hypotheek. In het Engelse recht wordt hier het recht van *mortgage* gebruikt. Hoewel er variaties zijn in de inhoud van deze rechten, schenken alle rechten de rechthebbende de bevoegdheid het object dat tot zekerheid is gegeven te verkopen en met de opbrengst van deze verkoop hun vordering te voldoen. Daarnaast geven deze rechten ook een voorrangrecht in geval van faillissement van de debiteur.

De indeling in primaire en mindere gebruiks- en zekerheidsrechten is een indeling die vanaf de periode van het Romeinse recht, dat ook een vergelijkbare indeling in zakelijke acties aanhing, ontwikkeld is. Ook in het Engelse recht wordt er onderscheid gemaakt tussen gebruiksrechten en zekerheidsrechten. Echter, door de historische ontwikkeling van de verschillende rechtsstelsels en met name ook door de verschillende dogmatische keuzes die de verschillende wetgevers gemaakt hebben, worden ook additionele goederenrechtelijke rechten erkend die niet (goed) in deze indeling passen.

Voorbeelden van deze additionele mindere rechten die niet in het systeem van goederenrechtelijke rechten passen zijn de Duitse verkrijgingrechten, de Franse zakelijke borgtocht en de Engelse *estate contracts*. Daarnaast vallen ook koopopties, erkend als goederenrechtelijke verhouding in zowel Duitsland als Engeland, onder deze voorbeelden die problemen veroorzaken met het goederenrechtelijke stelsel. Tot slot kan het recht van huur, dat in *civil law* stelsels een persoonlijk recht is, maar in het Engelse recht zich tot een goederenrechtelijk recht ontwikkeld heeft, genoemd worden. De erkenning van deze additionele mindere rechten lijkt verband

te houden met de methode van vestiging die wordt gevolgd. Stelsels die een methode van beperking aanhouden hebben meer additionele rechten erkend dan stelsels die de subtractie methode volgen.

Het goederenrecht recht is onderhevig aan invloeden van binnen het eigen rechtssysteem, maar ook van daarbuiten. Het gaat dan met name om de invloed die komt door de ontwikkeling van de interne markt in de Europese Unie. Deze ontwikkeling leidt tot een andere toepassing van de reeds bestaande goederenrechtelijke rechtsbetrekkingen, maar ook tot de erkenning van nieuwe typen goederenrechtelijke rechten door positieve harmonisatie, en ook door, onder druk van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, erkenning van goederenrechtelijke verhoudingen die geldig in een andere lidstaat van de Europese Unie zijn gevestigd.

Binnen het eigen rechtssysteem ondergaat het goederenrecht druk van binnen het stelsel van goederenrecht, maar ook door de toenemende invloed van het contractenrecht in het goederenrecht. Met name door maatschappelijke veranderingen en de stijgende vraag naar meer flexibele goederenrechtelijke verhoudingen, proberen partijen in toenemende mate goederenrechtelijke rechten te combineren, met andere woorden, te stapelen, om zo resultaten te bereiken die voorheen onmogelijk waren met het gebruik van een enkel goederenrechtelijk recht. Een voorbeeld van een dergelijke stapeling is het recht van appartement op een opstalrecht om het eigendomsrecht van een gebouw van het eigendomsrecht van de grond te scheiden, om zo alleen het gebouw in appartementsrechten te kunnen splitsen.

Andere invloeden betreffen de toenemende invloed van het contractenrecht. Met name in verband met zekerheidsrechten is het contractenrecht belangrijker geworden. Door de erkenning van trustachtige verhoudingen als de *Treuhand* en de *Fiducie*, wordt het gebruik van primaire rechten tot zekerheid interessanter. Ook in het Engelse recht biedt de mogelijkheid een *charge* met een partij afspraak vrijwel geheel vorm te geven voor de praktisch interessante mogelijkheden.

Het goederenrecht is van oorsprong een systeem van dwingende regels waarvan niet kan worden afgeweken door het gebruik van het contractenrecht. Het contractenrecht is oorspronkelijk een rechtsgebied waarvan het goederenrecht is afgescheiden. Klassiek goederenrecht is daarom een statisch rechtsgebied waar geen, of althans weinig, partij autonomie wordt getolereerd. Door de toenemende invloed van het contractenrecht wordt het goederenrecht meer dynamisch.

Voorbeelden hiervan zijn de erkenning van de wettelijke verbintenissen tussen de houder van een primair recht en de houder van een minder recht in het Duitse recht. Via de ontwikkeling van deze verbintenissen in de Duitse jurisprudentie is het mogelijk geworden dat partijen zelf additionele inhoud aan deze verhouding geven door het maken van verdere partijafspraken. Een ander voorbeeld wordt geboden door de Duitse dienstbaarheden tot zekerheid, waarbij een contract gemaakt wordt om een *de facto* positieve plicht te creëren naast een negatief geformuleerde dienstbaarheid.

De tweede groep van invloeden komt van buiten het eigen rechtssysteem. De Europese Unie wordt in toenemende mate actief in het goederenrecht. Het gaat hierbij dan niet alleen om bestaande Europese wetgeving over eigendomsvoorbehoud, insolventie, emissierechten, de bescherming van cultuurgoederen, en finan-

ciële zekerheidsvereenkomsten, maar ook om het werk aan het zogenaamde Europese Gemeenschappelijk Referentiekader dat waarschijnlijk regels over zekerheden op roerende zaken, stelsels van overdracht en trustverhoudingen zal bevatten.

Nationale stelsels van goederenrecht in toenemende mate geconfronteerd met goederenrechtelijke rechten die gevestigd zijn in een andere lidstaat. Door de werking van de regels van het internationale privaatrecht in het nationale recht van de lidstaten, met name de *situs*-regel, wordt het nationale menu van goederenrechtelijke rechten van toepassing op de erkenning van buitenlandse goederenrechtelijke rechten. Het resultaat hiervan is dat een goederenrechtelijke verhouding die gecreëerd is in een andere lidstaat niet altijd past in de lijst van de ontvangende lidstaat. De lijst van de ontvangende lidstaat is bepaald door een andere historische ontwikkeling en andere dogmatische keuzes. De *numerus clausus* laat zich zo van een andere kant zien: de bescherming van het nationale recht.

Wanneer het goederenrecht wordt gezien als een set van regels die een effect hebben op de handel tussen lidstaten in de interne markt van de Europese Unie, met name als regels die gevolgen hebben voor het vrij verkeer van goederen, zou het kunnen zijn dat door een beslissing van het Europese Hof van Justitie lidstaten gedwongen worden om buitenlandse goederenrechtelijke rechten te erkennen in hun eigen stelsel. Lidstaten mogen gronden aanvoeren om hun weigering tot erkenning of beperkte erkenning te rechtvaardigen. Daarnaast dienen zij aan te tonen dat de door hen getroffen maatregel proportioneel is ten opzichte van het doel dat de maatregel nastreeft. Lidstaten zouden kunnen proberen om tegen deze erkenning hun nationale bevoegdheden op het gebied van het goederenrecht als rechtvaardiging aan te voeren. Met name als het gaat om derdenbescherming, of bescherming van andere crediteuren, zou dit argument gebruikt kunnen worden. Daarnaast zou een lidstaat kunnen proberen de interne coherentie van het systeem van goederenrecht aan te voeren. Of deze rechtvaardigingsgronden geaccepteerd zullen worden is maar zeer de vraag. Zelfs als deze geaccepteerd worden is het niet zeker dat deze argumentatie de proportionaliteitstest van het Europese Hof van Justitie zal doorstaan.

Als lidstaten, door een beslissing van het Europese Hof van Justitie, gedwongen worden om buitenlandse goederenrechtelijke rechtsverhoudingen te erkennen, ontstaat een federatie van goederenrechtelijke stelsels in Europa. De nationale stelsels van goederenrecht zullen dan niet langer gesloten zijn, maar zullen, ten minste, open zijn voor goederenrechtelijke rechten die voorkomen op de lijst van goederenrechtelijke rechten in andere lidstaten. Een dergelijke ontwikkeling zou wel eens tot meer rechtsonzekerheid kunnen leiden dan het op moet lossen.

Goederenrecht, met andere woorden, wordt in toenemende mate een dynamisch rechtsgebied. Echter, de huidige stelsels van goederenrecht in de lidstaten zijn ontwikkeld als een statisch goederenrechtelijk stelsel. Het is daarom nodig om de traditionele uitgangspunten van het goederenrecht te heroverwegen, met name de manier waarop het *numerus clausus* beginsel wordt aangehangen.

Het zou nodig kunnen zijn om de *numerus clausus* te heroverwegen in het licht van de ontwikkeling van een Europees goederenrecht. In een stelsel van Europees goederenrecht zouden twee fundamentele aspecten behandeld moeten worden. Als een Europees goederenrecht gevormd zou worden, zou dit stelsel moeten vast

houden aan de scheiding tussen het verbintenissenrecht en het goederenrecht en het daarbij behorende onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten? Als deze vraag positief wordt beantwoord, en dat is het tweede aspect, dan zou het Europese goederenrecht regels moeten hebben om te beslissen welke rechtsverhoudingen goederenrechtelijk zijn en welke niet.

De ontwikkeling van een Europees goederenrecht biedt de mogelijkheid de structuur van het goederenrecht te heroverwegen en het goederenrecht tot een meer dynamisch rechtsgebied te maken, waarin er meer plaats zal zijn voor partij autonomie. Het *numerus clausus* beginsel verzet zich zeker niet tegen partij autonomie, de *numerus clausus* regel doet dit wel. Het beginsel beperkt partij autonomie voor zover het nodig is om een juiste balans tussen rechtszekerheid, wat in dit geval tot starheid leidt, en flexibiliteit. Zelfs in rechtsstelsels die een open stelsel van goederenrechtelijke rechten aanhangen zijn er beperkingen voor partijen in de vestiging van nieuwe goederenrechtelijke rechten. Het Zuid-Afrikaanse recht, met de bekende *subtraction from dominium* test, biedt een voorbeeld van een dergelijk stelsel.

Rechtseconomen hebben verklaard waarom, in een stelsel waarin partijen volkomen vrij zijn om nieuwe goederenrechtelijke verhoudingen te creëren, geen oneindig aantal goederenrechtelijke verhoudingen zal ontstaan. Door het voorkomen van te vergaande fragmentatie die een *tragedy of the commons of anti-commons* zou kunnen veroorzaken, of door de toename van informatiekosten voor derden die of met het beperkte recht in aanraking komen, of derden in het algemeen, zou een optimale standaardisatie van goederenrechtelijke rechten het gevolg zijn.

Een Europees goederenrecht zou, wellicht, uiting kunnen geven aan het beginsel van *numerus clausus* via een toegangstest. Wanneer een rechtsverhouding deze voor deze test zou slagen, wordt deze verhouding een goederenrechtelijke verhouding die beheerst wordt door het, nationale goederenrecht of, indien er Europese wetgeving bestaat, het Europese goederenrecht.

Deze toegangstest zou uit drie onderdelen kunnen bestaan. Ten eerste, wanneer partijen proberen een rechtsverhouding te creëren moet deze rechtsverhouding uitgedrukt worden in bevoegdheden die besloten zijn in een primair goederenrechtelijke recht. Daarnaast moet het object waarop ze deze verhouding willen vestigen onderwerp van dat primaire recht kunnen zijn. Ten tweede moeten partijen hun intentie kenbaar maken om niet slechts elkaar, maar ook hun rechtsopvolgers aan deze rechtsverhouding te willen binden. De partijen moeten hier een voldoende belang bij hebben. Ten derde, als een beleidspunt, de verhouding die resulteert moet worden gecategoriseerd als een van de bestaande typen van goederenrechtelijke rechten: mindere rechten tot gebruik, mindere rechten tot zekerheid of verkrijging-rechten. Als de verhouding niet in een van deze categorieën past, en dat is het beleidspunt, dient uitdrukkelijke aandacht besteed te worden aan het maken van een nieuwe, additionele, categorie.

Een dergelijke toegangstest van het Europese goederenrecht zou een *ex post* model kunnen zijn dat door de gerechtshoven en rechtbanken zal moeten worden toegepast. Omdat het een EU rechtelijke test betreft, zal deze door alle gerechtelijke instanties in de Europese Unie toegepast moeten worden. Het Europese Hof van Justitie zal de uiteindelijke interpretatie in handen hebben. De vraag naar de erkenning van een nieuwe categorie van goederenrechtelijke rechten zou dan ook

aan het Europese Hof van Justitie moeten worden voorgelegd via een prejustitiële procedure.

Met het maken van deze inhoudelijke *ex post* toegangstest op een Europees niveau zou een nieuwe, tot op heden onbekende, invulling van het *numerus clausus* beginsel gegeven worden. Het resultaat zou meer rechtszekerheid over de status van rechtsbetrekkingen in de Europese Unie moeten zijn. Met andere woorden, met deze ontwikkeling zou het *numerus clausus* beginsel het eerste werkelijke beginsel van Europees goederenrecht worden.

