Transfer of Movables:

A Comparison of the Unitary Approach and the Scandinavian Functional Approach

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Universiteit van Amsterdam
op gezag van de Rector Magnificus
prof. dr. ir. K.I.J. Maex
ten overstaan van een door het College voor Promoties ingestelde commissie,
in het openbaar te verdedigen in de Agnietenkapel
op vrijdag 18 juni 2021, te 10.00 uur

door Karoline Rakneberg Haug
geboren te Oslo

Promotiecommissie

Promotores:	prof. dr. A.F. Salomons	Universiteit van Amsterdam
	prof. dr. A. Veneziano	Università degli studi di Teramo
Overige leden:	prof. dr. G. Millqvist	University of Stockholm
	prof. dr. mr. J.H.M. van Erp	Universiteit Maastricht
	prof. dr. C. Mak	Universiteit van Amsterdam
	prof. dr. M. de Wilde	Universiteit van Amsterdam
	dr. A.E. Oderkerk	Universiteit van Amsterdam
	mr. dr. A.L. Jonkers	Universiteit van Amsterdam

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

3 SUMMARY/SAMENVATTING

3.1 Summary

The topic of the thesis is two competing approaches to transfer of ownership in movables: the unitary approach and the Scandinavian functional approach. It is defining of the unitary approach that legal systems adhering to it operate with a designated moment for the transfer of ownership as such. At this moment, ownership is in principle transferred *in bulk*. In the Scandinavian functional approach, no unitary moment for the transfer of ownership is defined. Instead of being structured around the ownership concept, the Scandinavian transfer systems regulate conflicts between competing rights separately. The requirements for protection against different competing rights holders, such as creditors and third party acquirers, can – and regularly do – differ, meaning that the moment protection is achieved differs as well.

The aim of the thesis is to compare the two approaches and in particular to assess the practical implications of following the one or the other approach. This necessitates an analysis of how the approaches are applied in existing legal systems, for which Dutch and French law is taken as representatives of the unitary approach and Swedish and Norwegian law of the Scandinavian functional approach. The thesis consists of two parts: part 1 sets the scene by introducing the two approaches, as well as the debate on the unitary and the functional approach in Europe, while part 2 more explicitly addresses the research question by comparing and analysing the approaches from different angles.

The first chapter places the thesis in context by discussing how the unitary and the functional approach became part of the European legal debate. In this brief exposé, the historical development of transfer of movables in Europe is traced through several phases: first, agreement on a unitary theory of transfer, then the emergence of the functional approach in Scandinavian legal systems and the "collision" of the two approaches during the European Civil Code debate and, finally, the current state in which there is an increased interest in the nature of the approaches, as well as in comparative research on the field.

Chapter 2 contains a presentation of the unitary approach, including its main characteristics and internal dividing lines, i.e. *consensual* vs. *delivery* systems, *real-agreement* vs. *no real-agreement* and *causal* vs. *abstract* systems. In this particular chapter, DCFR Book VIII is taken as an example of a unitary approach, followed by a critical analysis of its unitary nature.

In chapter 3, the Scandinavian functional approach is depicted. The chapter contains a discussion of the historical development of the functional approach under the influence of two waves of Legal Realism, namely Early (Danish) Legal Realism and the Scandinavian Legal Realism of the Uppsala School of Legal Realism. Furthermore, the adoption of the functional theory in legislation and case law is scrutinised. It is found that although the functional theory represented a break with the previously accepted unitary theory, the legal framework did not undergo any extensive transformation. This is taken to show that the pre-functionalist legal framework, despite the theoretical abidance to a unitary approach, to a large extent already facilitated a functional approach. Finally, the basic structures of the current Scandinavian "transfer systems" are presented.

After presenting the two approaches separately in part 1, chapter 4 continues by presenting the conceptual features of the approaches through comparative figures borrowed from Sandstedt. As the figures show, the approaches are conceptually very different. The differences pertain to (1) the application and non-application of ownership as a connecting factor between facts and consequences, (2) structural versus issue-by-issue reasoning and (3) deduction versus induction as a legal method.

The following two chapters scrutinise the implications of these conceptual differences. This is done by examining the relationship between the approaches and the outcome of concrete conflict situations, on the one hand, and the way that lawyers reason, i.e. the road from problem to solution, on the other. In chapter 5, the solutions to seven practical conflict situations concerning transfer of movables in the selected legal systems, i.e. French, Dutch, Swedish and Norwegian law, are compared. It is found that the approach to transfer of movables does not necessarily lead to different outcomes, as the outcomes of the selected conflicts are not significantly more similar in systems

representing the same approach than in systems following different approaches. This is taken to show that systems following the same approach do not necessarily reach similar outcomes and that systems following different approaches no not necessarily reach different outcomes. In other words, the difference between the approaches does not concern the outcome reached in concrete conflicts. On this matter, the approaches are agnostic.

The *way* in which these conflicts are solved is another matter, however. Chapter 6 turns the focus from the traditional object of comparative law, namely the operational rules of the legal systems, to the way in which lawyers reason when applying these rules. Based on the conceptual features that are presented in chapter 4, it is argued that the thought patterns of lawyers from unitary and functional legal systems differ in three main ways: firstly, the presence and absence of a fallback main rule. While unitary transfer systems operate with a main rule on transfer that will apply even to so-far unthought-of issues, functional systems have no such rule. Secondly, the approaches show different "rule-patterns". While unitary systems display a pattern of *unity*, functional systems have pattern of *fragmentation* between the solutions to different conflicts. The pattern of unity is facilitated by the fact that different issues concerning transfer of ownership are regulated by an overarching ownership concept, which creates systematic connections between different conflicts. Thirdly and finally, the role of language separates the approaches. Specifically, the unitary approach applies conceptual and abstract language and the functional approach avoids abstractions and general concepts. These differences are explained as expressions of different legal mentalities.

3.2 Samenvatting

Dit proefschrift richt zich op twee uiteenlopende benaderingen van eigendomsoverdracht van roerende zaken: de unitaire benadering en de Scandinavische functionele benadering. Kenmerkend voor rechtssystemen die de unitaire benadering volgen is dat deze werken met één bepaald moment voor de eigendomsoverdracht. Op dit aangewezen moment wordt eigendom per definitie *in één keer* overgedragen. In de Scandinavische functionele benadering wordt er niet één specifiek moment voor de eigendomsoverdracht vastgelegd. In plaats zich te structureren rondom het eigendomsconcept, reguleren de Scandinavische overdrachtssystemen botsingen tussen concurrerende rechten. De voorwaarden voor bescherming tegen concurrerende rechthebbenden, zoals schuldeisers en derde partijen, kunnen uiteenlopen, wat regelmatig het geval is. Dit betekent dat het moment waarop deze bescherming wordt geboden ook kan verschillen.

Het doel van dit proefschrift is om de twee benaderingen te vergelijken en in het bijzonder om de praktische implicaties bij het volgen van beide te beoordelen. Dit vergt een analyse van de manier waarop de benaderingen in bestaande rechtssystemen worden toegepast. Hierbij dienen het Nederlandse en Franse recht als vertegenwoordigers van de unitaire benadering en staan het Zweedse en Noorse recht voor de Scandinavische functionele benadering. Het proefschrift bestaat uit twee delen: in het eerste deel worden de twee benaderingen geïntroduceerd, evenals het debat over de unitaire en de functionele benadering in Europa. In het tweede deel wordt nader op de onderzoeksvraag ingegaan door de benaderingen vanuit verschillende hoeken te vergelijken en te analyseren.

Hoofdstuk 1 plaatst het proefschrift in context door te bespreken hoe de unitaire en de functionele benaderingen deel zijn geworden van het Europese rechtsdebat. In dit korte exposé wordt de historische ontwikkeling van eigendomsoverdracht van roerende goederen in Europa door meerdere fases onderzocht: eerst komt de overeenkomst over een unitaire theorie tussen continentale en Scandinavische systemen aan bod, vervolgens de opkomst van de functionele benadering in de Scandinavische rechtssystemen en een confrontatie tussen de twee benaderingen tijdens het debat over

een Gemeenschappelijk Referentiekader (DCFR). Tot slot wordt de huidige stand van zaken onderzocht, waaruit een toenemende belangstelling blijkt voor de aard van beide benaderingen en voor rechtvergelijkend onderzoek op dit terrein.

Hoofdstuk 2 bevat een uiteenzetting van de unitaire benadering, inclusief de belangrijkste kenmerken en interne scheidslijnen. Specifiek wordt ingegaan op het onderscheid tussen consensuele en leveringssystemen, de aanwezigheid of afwezigheid van een goederenrechtelijke overeenkomst en causale en abstracte systemen. De regels betreffende overdracht van eigendom in DCFR Boek VIII worden gebruikt als voorbeeld van de unitaire benadering, waarna de unitaire aard van deze regels kritisch wordt bezien.

In hoofdstuk 3 wordt de Scandinavische functionele benadering en haar historische ontwikkeling beschreven. Deze ontwikkeling vond plaats onder invloed van twee golven van rechtsrealisme, namelijk het vroege (Deense) rechtsrealisme en het Scandinavische rechtsrealisme van de *Uppsala School of Legal Realism*. Het hoofdstuk gaat ook in op de doorwerking van de functionele theorie in Zweedse en Noorse wetgeving en jurisprudentie. Hoewel de functionele theorie een breuk met de eerder geaccepteerde unitaire theorie betekende, heeft het wettelijke kader geen uitgebreide transformatie ondergaan. Dit laat zien dat het pre-functionalistische wettelijke kader, hoewel de unitaire benadering in theorie was aanvaard, al voor een groot deel de functionele benadering volgde. Ten slotte bespreekt het hoofdstuk basisstructuren van de huidige Scandinavische systemen van overdracht.

Nadat de twee benaderingen in deel 1 afzonderlijk gepresenteerd zijn, gaat hoofdstuk 4 verder met een toelichting van de conceptuele kenmerken van beide benaderingen met behulp van rechtvergelijkende figuren, ontleend aan Sandstedt. Hieruit komt naar voren dat de benaderingen conceptueel zeer verschillend zijn. Deze verschillen hebben betrekking op (1) het al dan niet hanteren van het eigendomsconcept als een verbindende factor tussen feiten, consequenties en rechtsgevolgen, (2) structurele vs. gevalspecifieke redeneringen en (3) deductie vs. inductie als rechtsmethode.

De volgende twee hoofdstukken onderzoeken de implicaties van deze conceptuele verschillen. Dit wordt gedaan door de relatie tussen de benaderingen en de uitkomst in concrete situaties van botsingen tussen concurrerende rechten te bekijken. Ook wordt onderzocht hoe juristen tijdens dit soort botsingen te werk gaan, namelijk door de weg te volgen van probleem naar oplossing. In hoofdstuk 5 wordt een vergelijking gemaakt van de oplossingen voor zeven praktische conflictsituaties ten aanzien van overdracht van roerende zaken in het Franse, Nederlandse, Zweedse en Noorse recht. Het blijkt dat de benaderingen die deze rechtssystemen volgen ten aanzien van de overdracht van roerende goederen niet noodzakelijkerwijs tot uiteenlopende uitkomsten leiden: deze uitkomsten verschillen niet significant tussen systemen die dezelfde aanpak volgen en systemen die daarvan afwijken. Dit duidt erop dat systemen die dezelfde benadering volgen niet noodzakelijkerwijs dezelfde resultaten bereiken en dat systemen met afwijkende benaderingen niet noodzakelijkerwijs uiteenlopende uitkomsten tonen. Met andere woorden, het verschil tussen de benaderingen betreft niet het bereikte resultaat in concrete conflicten. Op dit vlak zijn de benaderingen agnostisch.

De *manier* waarop deze conflicten opgelost worden is echter een andere kwestie. In hoofdstuk 6 verschuift dan ook de aandacht van het traditionele object van rechtsvergelijking, namelijk de geldende regels van rechtssystemen, naar de manier waarop juristen redeneren bij het toepassen van deze regels. Gebaseerd op de conceptuele kenmerken die zijn toegelicht in hoofdstuk 4, wordt gesteld dat de gedachtepatronen van juristen in unitaire en functionele rechtssystemen op drie manieren van elkaar verschillen. Ten eerste onderscheiden de benaderingen zich door de aan- of afwezigheid van een hoofdregel om op terug te vallen. Terwijl unitaire overdrachtssystemen een hoofdregel voor overdracht hanteren die ook van toepassing is bij problemen waar tot dusver geen rekening mee is gehouden, kennen de functionele systemen deze regel niet. Ten tweede tonen de benaderingen verschillende "regelpatronen". Terwijl unitaire systemen een patroon van eenheid tussen de oplossingen voor verschillende conflicten laten zien, tonen functionele systemen juist een patroon van fragmentatie. Ten derde en laatste verschillen de benaderingen in de rol van taal. Waar de unitaire benadering neigt naar het toepassen van conceptuele en abstracte taal, is de functionele benadering juist geneigd om abstractie en brede

concepten te vermijden. Deze verschillen kunnen worden opgevat als uitdrukkingen van verschillende rechtsmentaliteiten.