

Contractual and non-contractual obligations in English law : systematic analysis of the English Law of obligations in the comparative context of the Netherlands Civil Code = Contractuele en niet-contractuele verbintenissen in het Engels recht : systematische analyse van het Engelse verbintenissenrecht in het rechtsvergelijkend perspectief van het Nederlands Burgerlijk Wetboek

Citation for published version (APA):

Rinkes, J. G. J., & Samuel, G. H. (1992). *Contractual and non-contractual obligations in English law : systematic analysis of the English Law of obligations in the comparative context of the Netherlands Civil Code = Contractuele en niet-contractuele verbintenissen in het Engels recht : systematische analyse van het Engelse verbintenissenrecht in het rechtsvergelijkend perspectief van het Nederlands Burgerlijk Wetboek*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. *Ars Aequi Libri*.

Document status and date:

Published: 01/01/1992

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

Take down policy

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

repository@maastrichtuniversity.nl

SUMMARY

This work on the comparative law of obligations has two main aims. The first aim is to give an account of the English law of obligations in the comparative context of the (new) Netherlands Civil Code; the object here is to set out in as systematic way as possible the general principles and the conceptual framework of the English law of contract, tort (delict) and quasi-contract with reference to this position in some of the Civil codes, in particular to Netherlands law. The hope is to produce material that not only will be informative in its own right, but will act as a basis for the induction of focal points - and obstacles - relevant to the search for a new European *ius commune*.

The second purpose is to formulate some epistemological conclusions. Using the English and Netherlands law of obligations (chapters 5-13), together with some material on civil procedure (chapters 3-4), the final section of the work (chapters 14-15) discusses legal science and legal reasoning in the context of the (Continental) European legal tradition; the object here is to show not only how English and Netherlands legal science are at different stages of epistemological development but how, in the case of Netherlands law, the development is moving into a new scientific stage. If, as Robert Blanché claimed, all the sciences move from a descriptive to an axiomatic stage via, respectively, an inductive and deductive stage, an interesting question arises as to whether the new Netherlands Civil Code, with its open-ended rules and 'vague' norms, can be characterised as moving into a post-axiomatic development. The question which then follows is whether English law, which might be said to be marooned in the inductive stage of development, has an important contribution to make to this post-axiomatic thought.

After some extensive Preliminary Remarks about the notion of a Law of Obligations, the Netherlands Civil Code and the epistemological concerns of the thesis (chapter 1), the book embarks upon an Introduction designed to familiarise the reader trained in the Continental tradition of Civil law with some of the difficulties to be encountered in the Common Law (chapter 2). These difficulties are explained, where possible, either through the use of history or through the adoption of notions familiar to the Civil lawyer.

The two chapters that follow are concerned more with procedural, rather than substantive, aspects of private law (chapters 3-4). The distinction is of particular relevance in the present work because the English law of obligations, assuming that such category is a suitable one for the Common law, cannot properly be understood without a thorough knowledge of both the

legal process and the law of remedies. Because of the absence of a Roman law and a university tradition in the history of English legal thought, the modern English law has found itself without the notion of *le droit subjectif*; instead it has tended to use as an organising concept the institution of the legal remedy (*actio*). *Ubi remedium ibi ius*. Consequently aspects of the law of obligations have been developed within what a Roman lawyer would call the Law of Actions and this is why a chapter on legal remedies precedes the discussion on the substantive law of obligations (chapter 4). In English law the *actio* remains a legal institution active both in substantive and in procedural law.

The relevance of the category of the law of obligations to English law is the next topic to be considered (chapter 5). This analysis is conducted within the context of a number of more general categories and divisions all of which might help to define, externally and internally, the possible boundaries of an English law of obligations. Where possible the categories from Continental (Roman inspired) legal science are employed, but certain categories and conceptual ideas peculiar to English law are also considered; the aim of this chapter is to produce a general theory context within which the serious obstacles to the idea of an English law of obligations can be aired at an early stage. These obstacles are considerable because English law conceives of substantive law only through the categories of contract and tort; there is no notion of a general *vinculum iuris*.

The following part of the book is taken up with an examination of the general principles of contractual obligations within the comparative context of the Netherlands Civil Code (chapters 6-10). The main objective here is to set out as systematically as possible the principles concerning the formation (chapter 7), contents (chapter 9) and discharge (chapter 10) of contracts. However, before concentrating on these principles, an introduction to the law of contract examines the more general issues associated with the subject (chapter 6); accordingly there is some discussion of freedom of contract, interpretation of contracts and the like. Moreover because English contract law is based essentially on the idea of promise rather than agreement separate treatment is required for vitiating factors (chapter 8); for a defect in consent is not *per se* fatal to the formation of the contractual bond.

Non-contractual obligations are, in terms of the actual rules applicable, covered in less depth than contractual obligations for two reasons. First because there is a number of areas such as quasi-contract and unjust enrichment (chapter 11) where the law of actions is still the dominating characteristic and no clear *right-creating category* of liability has yet emerged from the case law and statutes. The area of law is thus complex and does not easily lend itself to discussion in terms of right-creating propositions. Secondly because a subject such as the English law of non-contractual compensation liability has yet to find a single unifying principle or set of principles; there is still a debate as to whether it is a law of *torts* or *tort* (chapters 12-13). The

reasons for these difficulties are examined and some useful comparisons are made with Netherlands and French legal thought. Moreover there are also discussions on the relevance to English law of general ideas such as abuse of rights and liability for persons and for things. However non-contractual debt and damages claims have to play roles which cut across the categories of Roman legal science - categories such as *ius publicum* and *ius privatum* - and this in turn creates problems of legal rationalisation. It is very difficult to establish a set of systematic propositions in an area of law that is often not just descriptive and case-orientated in its approach to legal liability but unclear in any remedial sense as to the difference between personal, real and constitutional rights. Discussion of non-contractual debt and damages claims looks, accordingly, at the English law from, where possible, the institutional position adopted by a French lawyer.

The final part of the book moves to the level of legal knowledge, legal reasoning and legal science in the law of obligations (chapters 14-15). The concern here is to look at some of the epistemological questions that arise out of the comparison of the English and Netherlands law of contract, tort (delict) and unjust enrichment. The roles of legal institutions, categories and concepts are examined in relation to Roman law, modern Civil law, and the modern Common law and it is emphasised that knowledge of the law of obligations is not just a matter of learning propositions (rules and principles). Knowledge of the law of obligations involves an appreciation of the interrelationship of institutions (*personae*, *res* and *actiones*), institutional relations (ownership, obligations), concepts and categories and it is this interrelationship that is crucial not just to an understanding of how legal reasoning functions but to any development of a new *ius commune*.

The development of such a *ius commune* within the European Community will not be easy. For the notion of a law of obligations, and the systematic structure within which it gains its meaning, has only a limited relevance for the Common law. Part of the problem lies with the different stages of epistemological development; yet even if English legal thought was to progress from its empirical approach towards an axiomatic stage the different historical tradition of English law means there is no guarantee that the Common lawyers would produce a scientific discourse (*un discours scientifique*) that would match the legal science of the Continental jurist. All the same there does exist an epistemological situation ripe for exploitation by the law schools of Europe. Given that Netherlands legal thought appears to be moving towards a post-axiomatic stage the idea that legal propositions are like mathematical axioms can be abandoned and this means that the task is now to bridge the gap between the inductive and the post-axiomatic.

Perhaps such a task might appear impossible. Yet it must be remembered that when it comes to legal discourse the distinction between science and object of science has always been, at best, ambiguous; consequently the scientific systems in law are not at the mercy of the physical

world in quite the same way as they may appear to be in some of the natural sciences. The scientific systems in law are capable of development in a way that is no longer reliant upon a dichotomy between the *a priori* and the empirical. It is, in other words, more a matter of technique founded upon a set of institutional relations themselves continually evolving so as to produce a supposed empirical experience. It is here that the window of opportunity exists. The Civil law tradition has provided the European jurist with the notion of a system of rules logically and coherently arranged and this is perhaps most striking in the area of the law of obligations; the Common law, on the other hand, has perfected, via the Law of Actions, a semi-concrete science of experience which for its part has brought it closer to the facts. Now the great value of a system is to be found not so much in its ability to organise (as important as this is), but in its ability to institute *un nombre indéfini*; and once it is appreciated that it is in the understanding of this *nombre indéfini* that the Common law can inject its contribution the easier it becomes to see that a scientific *rapprochement* is possible. The law of obligations may not exist in form in English law, but there is a substance out of which a more systematic legal science might well, at some future date, wish to escape. And the task of the new European law school is to aid such escapes not just in systematising the substance of English law, but in fully exploiting the possibilities of a post-axiomatic Continental legal science.

SAMENVATTING

Dit proefschrift bevat rechtsvergelijkende beschouwingen over het Engelse verbintenissenrecht. De doelstelling van deze studie is tweeledig. Allereerst wordt het Engelse verbintenissenrecht beschreven in het rechtsvergelijkend perspectief van het (nieuwe) Nederlandse Burgerlijk Wetboek, uitgaand van de gedachte dat een dergelijke classificering geschikt is voor de *Common law*. De bedoeling hiervan is om zo systematisch mogelijk de algemene beginselen en basisbegrippen van het Engelse recht betreffende overeenkomsten, onrechtmatige daad en 'quasi-contracten' weer te geven onder verwijzing naar vergelijkbare structuren in landen met gecodificeerd Burgerlijk recht, met name Nederland. Het uitgangspunt is dat het beschikbare materiaal niet alleen op een praktische en bruikbare wijze wordt beschreven, maar tevens dat hiermee de basis wordt gelegd voor de introductie van de kernpunten - en belemmeringen - bij de ontwikkeling van een nieuw Europees *ius commune*.

De tweede doelstelling van dit onderzoek is het formuleren van een aantal kennistheoretische bevindingen. Met gebruik van het Engelse en het Nederlandse verbintenissenrecht (hoofdstukken 5-13), samen met burgerlijk procesrecht (hoofdstukken 3 en 4), worden in het afsluitende gedeelte van het boek (hoofdstukken 14 en 15) rechtswetenschap en juridisch redeneren besproken in samenhang met de (Continentale) Europese juridische traditie. De bedoeling hiervan is niet alleen duidelijk te maken dat de Engelse en Nederlandse rechtswetenschap zich bevinden in verschillende fasen van kennistheoretische ontwikkeling, maar ook dat deze ontwikkeling zich voor wat betreft het Nederlandse recht in een nieuw wetenschappelijk stadium heeft begeven. Er van uitgaand dat elke wetenschap zich ontwikkelt van een beschrijvend naar een axiomatisch niveau via respectievelijk een inductieve en een deductieve methode (cf. Robert Blanché), doet zich de vraag voor of het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek (met zijn open regels en 'vage' normen) kan worden gekenmerkt als post-axiomatisch. Daaruit volgt de vraag of het Engelse recht, dat zich in een inductief stadium bevindt, een belangrijke bijdrage zou kunnen leveren aan dit post-axiomatische denken.

Na enige - vrij uitvoerige - Inleidende Opmerkingen over het begrip Verbintenissenrecht, het Nederlands Burgerlijk Wetboek en de kennistheoretische invalshoek van het proefschrift (hoofdstuk 1), vangt het boek aan met een Inleiding bestemd om de lezer die geoefend is in de Continentale traditie van het Burgerlijk recht vertrouwd te maken met enkele problemen die men ontmoet bij de bestudering van de *Common law* (hoofdstuk 2). Deze

problemen worden uiteengezet en verklaard, waar mogelijk, door ze te plaatsen in historische context of door begrippen te gebruiken die bekend zijn bij Continentale (*Civil law*-)juristen.

De twee daarop volgende hoofdstukken betreffen vooral procedurele aspecten van burgerlijk recht (hoofdstuk 3 en 4). Deze aspecten zijn voor het onderhavige onderwerp van bijzonder belang omdat het Engelse verbintenissenrecht niet op de juiste manier kan worden begrepen zonder gedegen kennis van zowel het procesrecht als de regels met betrekking tot rechtsvorderingen. Door de afwezigheid van [een] Romeins recht en het ontbreken van een universitaire traditie in de geschiedenis van het Engelse juridisch denken is het moderne Engelse recht verstoken gebleven van het begrip subjectief recht (*le droit subjectif*); in plaats daarvan is het Engelse recht geneigd geweest zich te richten op het gebruik van het instituut van de rechtsvordering (*actio*) als structurerend denkbeeld. *Ubi remedium ibi ius*. Als gevolg daarvan zijn onderdelen van het verbintenissenrecht ontwikkeld in het kader van het actiënrecht. Dit is de reden dat een hoofdstuk gewijd aan rechtsvorderingen voorafgaat aan de bespreking van het materiële verbintenissenrecht (hoofdstuk 4). In het Engelse recht blijft de *actio* een juridisch instituut dat betekenis heeft in zowel materieel als procedureel opzicht.

Vervolgens wordt de betekenis van de voorgestelde classificatie van het Engelse verbintenissenrecht besproken (hoofdstuk 5). Dit wordt onderzocht in het kader van een aantal meer algemene classificaties en indelingen die nuttig kunnen zijn teneinde de mogelijke grenzen van een Engels verbintenissenrecht aan te geven. Waar mogelijk wordt gebruik gemaakt van begrippen uit de Continentale (op het Romeinse recht geïnspireerde) rechtswetenschap, maar tevens worden enkele classificaties en basisbegrippen besproken die typisch zijn voor het Engelse recht. In dit hoofdstuk wordt een algemeen theoretisch kader gegeven waarbinnen zwaarwegende bedenkingen tegen de idee van een Engels verbintenissenrecht worden beschreven. Deze bedenkingen zijn aanzienlijk omdat het Engelse recht slechts door middel van de begrippen *contract* en *tort* materiële regels formuleert; de gedachte van een algemene *vinculum iuris* is onbekend.

Het daaropvolgende gedeelte van het boek (hoofdstukken 6-10) begint met een onderzoek naar de algemene beginselen van contractuele verbintenissen in het Engelse recht in het rechtsvergelijkend perspectief van het Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het belangrijkste doel hiervan is zo systematisch mogelijk weer te geven de beginselen betreffende het ontstaan (hoofdstuk 7), de inhoud (hoofdstuk 9) en het tenietgaan (hoofdstuk 10) van verbintenissen uit overeenkomst. Voorafgaand aan de beschrijving van deze beginselen worden meer algemene onderwerpen besproken (hoofdstuk 6) die verband houden met het Engelse overeenkomstenrecht, zoals de contractsvrijheid, interpretatie van overeenkomsten en dergelijke. Aangezien het Engelse overeenkomstenrecht in principe meer gebaseerd is op de idee

van *promise* (toezegging) dan van *agreement* (overeenstemming) is afzonderlijke behandeling van de omstandigheden die een overeenkomst ongeldig (nietig) doen zijn noodzakelijk (hoofdstuk 8); een gebrek in de toestemming is namelijk niet *per se* fataal voor het tot stand komen van de contractuele gebondenheid.

Niet-contractuele verbintenissen worden, althans voor zover het gaat om de in het Engelse recht in concreto toepasselijke regels, in dit onderzoek om twee redenen met minder diepgang behandeld dan contractuele verbintenissen. Allereerst zijn er verschillende gebieden in het Engelse recht, zoals 'quasi-contract' en ongerechtvaardigde verrijking (hoofdstuk 11), waar het actiënrecht nog immer het overheersende kenmerk is. Jurisprudentie en wetgeving bieden geen duidelijk aanknopingspunt voor het ontstaan van een begrip als aansprakelijkheid als bron van rechten in Continentale zin. Het rechtsgebied betreffende niet-contractuele verbintenissen is bijzonder complex en leent zich moeilijk voor een bespreking in termen van rechtscheppende proposities. Ten tweede dient het Engelse recht betreffende schadevergoeding voor niet-contractuele aansprakelijkheid vooralsnog een eenmakend beginsel of stelsel van beginselen te ontwikkelen. Er wordt nog steeds gedebateerd over de vraag of het begrip onrechtmatige daad als zodanig bestaat dan wel of het gaat om verschillende typen onrechtmatige daden (*law of torts or tort*, hoofdstuk 12 en 13). De oorzaak van deze problemen wordt onderzocht, waarbij gebruik wordt gemaakt van een aantal nuttige vergelijkingen met het Nederlandse en Franse rechtsdenken. Tevens wordt de betekenis voor het Engelse recht besproken van algemene denkbepelden als misbruik van recht en aansprakelijkheid voor personen en zaken. Echter, niet-contractuele schuld- en schadevorderingen (*debt and damage claims*) vervullen in het Engelse recht een functie die haaks staat op de indelingen van begrippen uit het Romeinsrechtelijk denken (zoals *ius publicum* en *ius privatum*). Dit levert vervolgens problemen op bij het juridisch rationaliseren van de desbetreffende regels. Het is niet eenvoudig op systematische wijze regels en begrippen weer te geven in een rechtsgebied dat veelal slechts beschrijvend en casusgeoriënteerd is. Bovendien ontbreekt in het Engelse recht een duidelijke ontwikkeling van het verschil tussen persoonlijke, zakelijke en staatsrechtelijke rechten. Waar mogelijk wordt bij de bespreking van niet-contractuele schuld- en schadevorderingen het Engelse recht daarom benaderd vanuit het perspectief (de institutionele positie) van een Franse jurist.

Het afsluitende gedeelte van het boek betreft juridische kennis, juridisch redeneren en rechtswetenschap in het verbintenissenrecht (hoofdstukken 14 en 15). Het gaat hierbij om het beschrijven van enige kennistheoretische vragen die zich voordoen bij het vergelijken van het Engelse en het Nederlandse recht betreffende overeenkomsten, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. De rol van juridische instituten, classificaties en begrippen wordt onderzocht in verband met Romeins recht, modern Continentaal recht en de moderne *Common law*. Met nadruk wordt daarbij gesteld dat kennis van het verbintenissenrecht niet slechts een zaak is

van het leren van proposities (regels en beginselen). Kennis van het verbintenissenrecht betekent het waarderen van de onderlinge verhouding tussen instituten (*personae, res* en *actiones*), institutionele betrekkingen (eigendom, verbintenissen), begrippen en beginselen en juist deze onderlinge verhouding is bepalend voor niet alleen het begrijpen van juridisch redeneren maar ook voor de ontwikkeling van een nieuw *ius commune*.

De ontwikkeling van een dergelijk *ius commune* in de Europese Gemeenschap zal niet eenvoudig zijn. Voor de *Common law* heeft de idee van een systematisch geordend verbintenissenrecht in de Continentale traditie slechts beperkte zin. Dit wordt ten dele veroorzaakt door het afwijkende stadium van kennistheoretische ontwikkeling waarin het Engelse recht zich bevindt. Echter, zelfs indien het Engelse juridische denken zich zou ontwikkelen van een empirische benadering naar een axiomatisch stadium houdt dat geen garantie in dat tussen *Common lawyers* en Continentale juristen een zinvol wetenschappelijk discours (*un discours scientifique*) zou kunnen ontstaan. Al met al kan gesteld worden dat de geschetste kennistheoretische situatie rijp is voor exploitatie door de *law schools* van Europa. Gelet op de omstandigheid dat het Nederlandse juridisch denken een ontwikkeling vertoont in de richting van een post-axiomatisch stadium kan de gedachte worden verlaten dat juridische proposities gelijk zijn aan mathematische axioma's. Bij de ontwikkeling van een *ius commune* betekent dit dat een verbinding tot stand moet worden gebracht tussen (Engels) inductief en (Nederlands) post-axiomatisch rechtsdenken.

Wellicht is een dergelijke opdracht onmogelijk. Men moet daarbij echter niet vergeten dat, wanneer het gaat om logisch juridisch denken, het verschil tussen rechtswetenschap en het voorwerp van deze wetenschap altijd dubbelzinnig is geweest. Wetenschappelijke systemen in het recht zijn niet onderworpen aan de macht van de fysieke wereld in dezelfde zin als dit schijnbaar het geval is bij natuurwetenschappen. De wetenschappelijke systematiek van het recht kan zich ontwikkelen op een wijze die niet langer noodzakelijk berust op de tweedeling tussen het *a priori* en het *empirische*. Met andere woorden, een juridisch wetenschappelijk systeem is meer een technische zaak: techniek gebaseerd op institutionele relaties die zelf voortdurend in ontwikkeling zijn, waardoor een empirische ervaring wordt bewerkstelligd. Juist op dit gebied kan de rechtswetenschap zich verder ontwikkelen. De Continentale traditie heeft de Europese jurist voorzien van een raamwerk van regels die op logische en samenhangende wijze zijn gerangschikt, en dit is wellicht het meest treffend op het gebied van het verbintenissenrecht. De *Common law* heeft op haar beurt via het actiënrecht de semi-exacte wetenschap van ervaring geperfectioneerd en dichter bij de feiten gebracht. De belangrijkste waarde van een systeem is niet zozeer het organiserend vermogen (hoe belangrijk ook), maar juist het vermogen om een onbepaald aantal gevallen (*un nombre indéfini*) te institutionaliseren. Daarom dient te worden onderkend dat de *Common law* op dit punt een bijdrage kan leveren die een wetenschappelijke toenadering (*rapprochement*) mogelijk

maakt. Alhoewel het verbintenissenrecht naar vorm in het Engelse recht onbekend is, bestaat wel degelijk een materie waaruit in de toekomst een meer systematische rechtswetenschap zou kunnen voortkomen. En de opdracht aan de nieuwe Europese *law school* is niet zozeer gelegen in het systematiseren van de materie van het Engelse recht, maar in het ten volle benutten van de mogelijkheden die de post-axiomatische Continentale rechtswetenschap biedt.