

Europese Klassiekers: Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] 1 All E.R. 556

Citation for published version (APA):

Hardy, R. R. R. (2004). Europese Klassiekers: Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd. [1980] 1 All E.R. 556. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 318-324.

Document status and date:

Published: 01/01/2004

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

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

providing details and we will investigate your claim.

Europese Klassiekers: *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*: exoneratieleausules en de ‘doctrine of fundamental breach’*

1. Inleiding

Het Engelse recht heeft, evenals het Nederlandse recht, methoden ontwikkeld om de geldigheid van exoneratieleausules te beoordelen. Een methode die vooral in de jaren zestig en zeventig door de Engelse rechter werd gehanteerd was de ‘doctrine of fundamental breach’ (leer van de wezenlijke tekortkoming). De oorsprong van de leer is gelegen in het zeevervoersrecht, maar zij is later ook op andere contracten toegepast. De vraag die uiteindelijk de discussie ging beheersen had niet zozeer betrekking op de geoorlooftheid van deze uitbreiding tot andere dan vervoersovereenkomsten, als wel op de kwalificatie van de leer als zodanig.¹ Sommige rechters, daaronder ook de rechters van de Court of Appeal, merkten de leer aan als een ‘rule of law’, terwijl met name het House of Lords haar leek te kwalificeren als een ‘rule of construction’. Deze kwalificatievraag was niet onbelangrijk, aangezien zij tot duidelijke verschillen aanleiding gaf: indien de leer aangemerkt diende te worden als een ‘rule of law’, betekende dit dat de ‘fundamental breach’ (wezenlijke tekortkoming)² van rechtswege zou leiden tot het vervallen van de overeenkomst (op deze betekenis doel ik in het vervolg van deze bijdrage indien ik spreek van de leer van de wezenlijke tekortkoming); ingeval van een ‘rule of construction’ zou het contract daarentegen in stand blijven, doch zou door uitleg bepaald moeten worden of de clause ook voor deze situatie van wezenlijke tekortkoming zou gelden.³

Het standpunt van het House of Lords werd voor het eerst naar voren gebracht in *Suisse Atlantique*:

‘There is no rule of law that an exceptions clause is nullified by a fundamental breach of contract or breach of a fundamental term, but in each case the question is one of the construction of the contract whether the exceptions clause was intended to give exceptions from the consequences of fundamental breach.’⁴

Lagere rechters waren echter niet geneigd om de uitspraak van het House of Lords (onverkort) toe te passen, omdat daarmee in het bijzonder de positie van de consument sterk zou worden ondermijnd.⁵ Met name de Court of Appeal, onder aanvoering van Lord Denning en gesteund door enkele onduidelijke (lees: voor meerdere uitleg vatbare) passages in *Suisse Atlantique*⁶, hanteerde een restrictieve interpretatie ten aanzien van de uitspraak van het House of Lords en paste als gevolg daarvan de leer van de wezenlijke tekortkoming toch nog verschillende keren toe; met name – maar niet enkel – ingeval consumenten in het geding waren.⁷ Daarmee bleef de status van de ‘doctrine of fundamental breach’ onduidelijk. Het was wachten op een uitspraak die definitief uitkomst zou kunnen bieden. Die uitspraak kwam in de hier te bespreken zaak.

2. Photo Production en Securicor

Photo Production Ltd. is eigenaar van een fabriek in Kent waar onder andere kerstkaarten worden gefabriceerd. In de fabriek ligt veel papier en karton opgeslagen. In 1968 sluit Photo Production een overeenkomst met bewakings- en beveiligingsbedrijf Securicor Transport Ltd., waarbij partijen

* Met dank aan prof. mr. J.M. Smits voor waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

¹ Van Erp, S., *Contract als rechtsbetrekking*, Zwolle, 1990, p. 174.

² De term ‘fundamental breach’ werd bijvoorbeeld in *Suisse Atlantique Société d’Armement Maritime S.A. v. Roterdamsche Kolen Centrale N.V.* [1966] 2 All E.R. 61 op p. 91 nader toegelicht: ‘A fundamental breach is one of two things: performance “totally different” from that contemplated, or a breach of such gravity that the victim is at least entitled to refuse performance under the contract.’

³ Van Erp, S., *o.c.*, p. 174 en 175.

⁴ *Suisse Atlantique, o.c.*, p. 61.

⁵ Treitel, G., *The Law of Contract*, 11e druk, Londen, p. 205.

⁶ *Suisse Atlantique, o.c.*, met name p. 71 en 88.

⁷ Zie *Farnsworth Finance Facilities Ltd. v. Attryde* [1970] 2 All E.R. 774 en *Levison v. Patent Steam Carpet Cleaning Co. Ltd.* [1977] 3 All E.R. 498. Zie echter ook *Harbutt’s Plasticine Ltd. v. Wayne Tank and Pump Co. Ltd.* [1970] 1 All E.R. 225, waarin de leer van de wezenlijke tekortkoming werd toegepast in een commerciële context.

overeenkomen dat laatstgenoemde tegen een vergoeding van ongeveer £8 per week (£0.26 per bezoek) de volgende bewakingsdienst ten behoeve van eerstgenoemde zal uitvoeren:

‘Night Patrol Service whereby four visits per night shall be made seven nights per week and two visits shall be made during the afternoon of Saturday and four visits shall be made during the day of Sunday’.

In de nacht van 18 op 19 oktober 1973 verzorgt Musgrove, een jongeman die zo’n drie maanden bij Securicor werkt, de bewakingsdiensten. Hij bezoekt de fabriek van Photo Production – conform afspraak – voor middernacht, maar eenmaal binnen steekt hij opzettelijk een lucifer aan en gooit deze (brandend) op een stapel karton. Het vuur grijpt snel om zich heen en uiteindelijk gaat de fabriek in vlammen op. Later verklaart Musgrove dat het niet zijn bedoeling was om de fabriek te laten afbranden: hij wou enkel een klein vuurtje maken dat hij dan binnen enkele minuten weer zou doven. Musgroves exacte motieven blijven echter onduidelijk. De totale schade wordt uiteindelijk bepaald op £615.000. Musgrove wordt wegens brandstichting veroordeeld.

Photo Production eist van Securicor vergoeding van de door de brand ontstane schade. Securicor weigert echter te betalen, met een beroep op de tussen partijen gesloten overeenkomst. Securicor beroept zich met name op de volgende in haar algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule:

‘Under no circumstances shall the Company [Securicor] be responsible for any injurious act or default by any employee of the company unless such act or default could have been foreseen and avoided by the exercise of due diligence on the part of the company as his employer; nor, in any event, shall the Company be held responsible for (...) any loss suffered by the customer through (...) fire (...), except insofar as such loss is solely attributable to the negligence of the Company’s employees acting within the course of their employment’.

Photo Production stelt hier – gelet op de uitwijdingen in het tweede gedeelte van de exoneratieclausule – tegenover dat de exoneratieclausule wel van toepassing is op gevallen van ‘negligence’ (onzorgvuldigheid), maar niet op opzettelijk verrichte handelingen zoals in casu.

3. De gang naar het House of Lords

In eerste aanleg

Photo Production stapt naar de rechter. De rechter in eerste instantie (MacKenna J) oordeelt dat Securicor een succesvol beroep kan doen op de exoneratieclausule en wijst de vordering van Photo Production af. De rechter overweegt hiertoe dat de tekortkoming bestreken wordt door de exoneratieclausule. Verder overweegt de rechter dat Securicor niet kan worden verweten nalatig te hebben gehandeld ten aanzien van de aanstelling van Musgrove: laatstgenoemde had namelijk goede referenties en er waren geen redenen om aan te nemen dat hij zou handelen zoals hij uiteindelijk gedaan heeft. Tenslotte overweegt de rechter – op rechtseconomische gronden – dat de exoneratieclausule niet onredelijk is.

De Court of Appeal

Photo Production gaat in hoger beroep bij de Court of Appeal.⁸ De Court of Appeal wijst de vordering van Photo Production toe. De belangrijkste overwegingen zijn van Lord Denning MR. Hij overweegt dat lezing van de exoneratieclausule naar gewoon spraakgebruik in de onderhavige zaak tot de conclusie dient te leiden dat Securicor niet aansprakelijk is voor de ontstane schade. Er van uitgaande dat de exoneratieclausule onderdeel is geworden van de overeenkomst (hetgeen onbetwist is), zijn er echter twee mogelijkheden, aldus Denning, om de werking aan de exoneratieclausule te ontnemen. In de eerste plaats is er de leer van de wezenlijke tekortkoming, in de tweede plaats kan door middel van contractsuitleg de werking aan de exoneratieclausule ontnomen worden. Met betrekking tot de leer oordeelt Denning dat er in casu duidelijk sprake is van een wezenlijke tekortkoming; de tekortkoming is immers compleet het tegenovergestelde van de oorspronkelijk bedongen prestatie en raakt de kern van het contract. Ten aanzien van de uitleg van de exoneratieclausule overweegt Denning dat de traditionele methode van uitleg erin bestaat om de clausule aan een strikte grammaticale interpretatie

⁸ *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1978] 3 All E.R. 146.

te onderwerpen en dan te concluderen dat de clause niet duidelijk genoeg is om de aansprakelijkheid uit te sluiten, of dat het type aansprakelijkheid niet gedekt is, enzovoort. Denning hekelt deze methode, aangezien de rechter hierdoor voor de taak wordt gesteld om de (normale) betekenis van woorden zodanig te verdraaien dat een redelijke en billijke uitkomst wordt bereikt. Hij vraagt zich dan ook (hardop) af of het niet veel beter zou zijn als de rechter door middel van ‘redelijke uitleg’ van de exoneratieclausule zou nagaan of het beding de in het geding zijnde verplichting beperkt of uitsluit. In casu is hij dan ook van oordeel dat niet mag worden volstaan met een taalkundige uitleg van de exoneratieclausule, maar dat het aankomt op de - veronderstelde - wil van partijen (‘presumed intention’). Er dient, aldus Denning, te worden nagegaan of partijen redelijkerwijs de bedoeling hadden om de aansprakelijkheid ten aanzien van een geval zoals zich heeft voorgedaan uit te sluiten. In de onderhavige zaak is Denning van oordeel dat partijen die bedoeling niet hadden. Nadat Denning heeft overwogen dat de leer van de wezenlijke tekortkoming en contractsuitleg in de praktijk tot soortgelijke uitkomsten leiden, probeert hij te komen tot één overkoepelende test die de rechter in staat dient stelt om te bepalen of een exoneratieclausule al dan niet dient te worden toegepast. Hij destilleert deze test uit het, naar zijn oordeel, zowel aan de leer van de wezenlijke tekortkoming alsook aan de contractsuitleg ten grondslag liggende beginsel van ‘reasonableness and fairness’ (redelijkheid en billijkheid). Een rechter, zo vervolgt Denning, dient dan ook een beroep op een exoneratieclausule niet te honoreren indien dit naar de omstandigheden van het geval onredelijk of onbillijk is, waarbij onder andere gelet dient te worden op de aard van de tekortkoming, de vraag of de exoneratieclausule al dan niet in algemene voorwaarden is opgenomen en de vraag of er sprake is van gelijkwaardige contractspartijen. Op basis van deze test oordeelt Denning in de onderhavige zaak dat het beroep op de exoneratieclausule niet gehonoreerd dient te worden.

Het House of Lords

Securicor stelt hoger beroep in bij het House of Lords. De belangrijkste overwegingen zijn van Lord Wilberforce. Wilberforce is – in tegenstelling tot de Court of Appeal – niet van mening dat de uitspraak van het House of Lords in *Suisse Atlantique* aanleiding geeft om de leer van de wezenlijke tekortkoming in de onderhavige zaak toe te passen. Sterker nog: de uitspraak was er juist op gericht om de leer van de wezenlijke tekortkoming af te schaffen. De vraag of een exoneratieclausule ten aanzien van een wezenlijke tekortkoming dient te worden toegepast, dient aan de hand van contractsuitleg te worden beantwoord, aldus Wilberforce. De uitspraak in *Harbutt's Plasticine* – waarin de Court of Appeal de leer van de wezenlijke tekortkoming toepaste in een commerciële context – dient dan ook terzijde te worden geschoven.⁹ Dat neemt niet weg, zo vervolgt Wilberforce, dat de leer van de wezenlijke tekortkoming een nuttige functie heeft vervuld; een functie echter die inmiddels (lees: ten tijde van de uitspraak van het House of Lords) overbodig is:

‘There were a large number of problems, productive of injustice, in which it was worse than unsatisfactory to leave exception clauses to operate. (...) But since then Parliament has taken a hand: it has passed the Unfair Contract Terms 1977. This Act applies to consumer contracts and those based on standard terms and enables exception clauses to be applied with regard to what is just and reasonable. It is significant that Parliament refrained from legislating over the whole field of contract. After this Act, in commercial matters generally, when the parties are not of unequal bargaining power, and when risks are normally borne by insurance, not only is the case for judicial intervention undemonstrated, but there is everything to be said, and this seems to have been Parliament’s intention, for leaving the parties free to apportion the risks as they think fit and for respecting their decisions.’¹⁰

Tegen deze achtergrond dient de onderhavige zaak te worden besloten. Wilberforce besteedt, bij de beantwoording van de vraag of in de onderhavige zaak de exoneratieclausule dient te worden toegepast, in de eerste plaats aandacht aan de aard van de tussen Photo Production en Securicor gesloten overeenkomst. Wilberforce benadrukt bij zijn beschouwing hieromtrent de bescheiden beloning voor de te verrichten bewakingsdiensten (£0.26 per bezoek) tegenover de grote waarde van de te beveiligen fabriek (tenminste £615.000), alsmede het feit dat Securicor geen inzicht had (of kon hebben) in de brandveiligheid – terwijl Photo Production hier juist wel van op de hoogte was. Verder

⁹ Zie ook voetnoot 7.

¹⁰ *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] 1 All E.R. 556, p. 561.

betreft het een overeenkomst tussen twee gelijkwaardige contractspartijen. Gelet op deze omstandigheden is het, aldus Wilberforce, niet onredelijk dat Securicor een bescheiden risico draagt en dat op Photo Production het grootste risico voor schade of tenietgaan rust. In de tweede plaats besteedt hij aandacht aan regels van contractsuitleg. Hij overweegt dat een beroep op de exoneratieclausule in de onderhavige zaak enkel zal slagen indien de aansprakelijkheid bestreken wordt door de exoneratieclausule en er sprake is van duidelijke bewoordingen die niet voor meer dan één uitleg vatbaar zijn.

Na bestudering van de exoneratieclausule en na overwogen te hebben dat het onderhavige geval bestreken wordt door de clausule, komt Wilberforce tot de conclusie dat de exoneratieclausule in duidelijke bewoordingen is opgesteld. De aansprakelijkheid van Securicor jegens Photo Production is dan ook in casu uitgesloten. Volgt toewijzing van het hoger beroep.

4. Het einde van de leer van de wezenlijke tekortkoming

Centrale vraag in de onderhavige zaak is of Securicor een succesvol beroep kan doen op de in haar algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule. De Court of Appeal beantwoordt deze vraag met name aan de hand van de leer van de wezenlijke tekortkoming¹¹. Securicor verdedigt zich door te stellen dat de leer van de wezenlijke tekortkoming helemaal niet kan worden toegepast, aangezien de leer verworpen is door het House of Lords in *Suisse Atlantique* en dat de vraag of een exoneratieclausule dient te worden toegepast, beantwoord dient te worden aan de hand van contractsuitleg. De onderhavige zaak spitst zich dan ook toe op de (rechts)vraag of de leer van de wezenlijke tekortkoming nu wel of niet verworpen is door het House of Lords. Dat de Court of Appeal in de onderhavige zaak oordeelt dat dit niet geval is, zal niet verbazen: reeds in *Harbutt's Plasticine* hadden de rechters dit – specifiek in een commerciële context – beslist.¹² De Court of Appeal zocht in *Harbutt's Plasticine* met name steun in de uitspraken van Lord Reid en Lord Upjohn. Daar was wel wat voor te zeggen. Met name de volgende passage in de uitspraak van Lord Reid is interessant:

'[T]here is authority for two quite different ways of holding that, (...) the guilty party may not be entitled to rely on a clause in [the contract]. One way depends on construction of the clause. The other way depends on the existence of a rule of substantive law.'¹³

Ook in de volgende overweging van Lord Upjohn lijkt steun te vinden voor de opvatting van de Court of Appeal:

'[I]t is the consequence of the application of the ordinary rules applicable to all contracts, that if there is a fundamental breach accepted by the innocent party, the contract is to an end (...)'¹⁴

Zwak punt blijft echter dat een algehele lezing van de uitspraak van het House of Lords in *Suisse Atlantique* tot geen andere conclusie kan leiden dan dat het House of Lords de leer van de wezenlijke tekortkoming verwerpt. Gelet hierop is het weinig verbazend dat Wilberforce – en met hem de overige rechters van het House of Lords – in de onderhavige zaak de leer van de wezenlijke tekortkoming (wederom) afwijst en oordeelt dat de toepasselijkheid van een exoneratieclausule dient te worden beantwoord aan de hand van contractsuitleg.

Deze uitspraak van het House of Lords betekent het definitieve einde van de leer van de wezenlijke tekortkoming. Een uitkomst die later nogmaals door het House of Lords werd bevestigd in *Ailsa Graig Fishing*.^{15 16}

¹¹ Contractsuitleg speelt echter ook een rol; zeker in het oordeel van Denning.

¹² Zie ook voetnoot 7.

¹³ *Suisse Atlantique, o.c.*, p. 71.

¹⁴ *Suisse Atlantique, o.c.*, p. 88.

¹⁵ *Ailsa Graig Fishing Co. Ltd. v. Malvern Fishing Co. Ltd.* [1983] 1 All E.R. 101.

¹⁶ En in *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd. v. Finney Lock Seeds Ltd.* [1983] 1 All E.R. 108 overwoog Lord Bridge van het House of Lords ten overvloede dat: '[Photo Production] gave the final quietus to the doctrine that a "fundamental breach" of contract deprived the party in breach of the benefit of clauses in the contract excluding or limiting his liability'. De Court of Appeal had hier dit keer overigens niet (meer) aan getwijfeld.

Dit betekent echter niet de aanwezigheid van een wezenlijke tekortkoming geheel zonder belang is. Hoewel het House of Lords namelijk de leer afwees en besliste dat de toepasselijkheid van een exoneratieclausule ten aanzien van een wezenlijke tekortkoming dient te worden vastgesteld aan de hand van contractsuitleg (anders geformuleerd: de ‘doctrine of fundamental breach’ dient te worden aangekerkt als een ‘rule of construction’), geldt bij de uitleg van de overeenkomst nog steeds een (weerlegbaar) vermoeden, dat partijen bij het maken van een exoneratieclausule niet het oog hadden op een wezenlijke tekortkoming.¹⁷

5. Lord Wilberforce v. Lord Denning

De uitspraak van Denning is met name interessant omdat hij zijn bedenkingen ten aanzien van het – ten tijde van de uitspraak geldende – Engelse recht zo uitdrukkelijk naar voren brengt. Kort gezegd kan zijn uitspraak als volgt worden samengevat: het is onwenselijk om de afnemer van een (onredelijke) exoneratieclausule door middel van een strikt grammaticale methode van uitleg bescherming te verlenen, daarmee samenhangend, het Engelse recht mist ten aanzien van exoneratieclausules een hoogstnoodzakelijke redelijkheidstoetsing en toepassing van deze toets dient tot de conclusie te leiden dat Securicor geen succesvol beroep kan doen op de in haar algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule.¹⁸ Het oordeel staat in schril contrast met de conclusie van Wilberforce. In de eerste plaats omdat laatstgenoemde van oordeel is dat het Engelse recht ten aanzien van exoneratieclausules geen behoefte heeft aan ‘nieuwe’ door de rechter ontwikkelde regels van welke aard dan ook:

‘But there are ample resources in the normal rules of contract law for dealing with these without the superimposition of a judicially invented rule of law.’¹⁹

In de tweede plaats omdat hij van mening is dat er in casu, gelet op (de aard van de) overeenkomst, niks onredelijks is aan de exoneratieclausule.

Hoe valt deze tegenstelling te verklaren? Een mogelijke verklaring lijkt te zijn dat hier sprake is van twee verschillende visies op de wijze van rechtsvinding. In de visie van Denning ligt de nadruk op de feiten van het geval: het gaat er om de feiten van het geval zo uit te leggen dat de meest juiste, rechtvaardige en billijke verhouding tussen partijen wordt getoond.²⁰ Rechtsvinding is daarmee vooral ‘probleemdenken’ en niet zozeer ‘systeemdenken’.²¹ Deze visie heeft ook in de Nederland de nodige aanhangers (ook wel ‘normativisten’ genoemd).²² In de visie van Wilberforce ligt de nadruk daarentegen op de eerder ontwikkelde rechtsregel(s) en leerstukken. Hij is dan ook niet bereid om voor dit specifieke geval, mocht dat al nodig zijn, bestaande leerstukken buiten toepassing te laten of een afwijkende regel te formuleren. De tegenstelling tussen Wilberforce en Denning zou dan ook geformuleerd kunnen worden als een tegenstelling tussen regel en geval.

Daarmee samenhangend zou men de verschillen in uitkomst ook kunnen opvatten als een tegenstelling tussen ideologieën in het contractenrecht, waarbij Wilberforce – in ieder geval in commerciële verhoudingen – voorstander is van het op de contractsvrijheid geschoeide klassieke contractenrecht (waarbij de rechter niet gauw geacht wordt te interveniëren), terwijl Denning het moderne

¹⁷ Uniken Venema, C. en Zwalve, W., *Common Law & Civil Law*, Deventer 2000, p. 522.

¹⁸ Deze stelling van Denning komt overigens niet geheel uit de lucht vallen. Hij had hiervoor namelijk al meerdere malen betoogd dat aan een exoneratieclausule geen werking toekomt indien zij onredelijk is, aangezien ‘there is the vigilance of the common law, which, while allowing freedom of contract, watches over to see that it is not abused’ (*John Lee & Son (Grantham) Ltd. v. Railway Executive* [1949] 2 All E.R. 581, p. 584; zie ook *Gillespie Bros. & Co. Ltd. v. Roy Bowles Transport Ltd.* [1973] Q.B. 400, p. 416 en *Levision, o.c.*, p. 503). Een mening overigens die niet door de rechters van het House of Lords werd gedeeld; zij waren het dan ook die de door Denning voorgestane redelijkheidstoetsing systematisch tegenhielden.

¹⁹ Photo Production, *o.c.*, p. 561.

²⁰ Smits, J., *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid*, Arnhem, 1995, p. 26.

²¹ Barendrecht, J., *Recht als model van rechtvaardigheid*, Deventer, 1992, p. 9.

²² Te denken valt met name aan Scholten, Schoordijk en van Dunné. Zie Smits, J., *o.c.*, 1995 p. 26.e.v. en de aldaar aangehaalde literatuur.

contractenrecht, waarin allerlei beschermingsgedachte een rol spelen (en waarbij een actievere houding van de rechter wordt verwacht), lijkt aan te hangen.²³

6. 'Photo Production' naar hedendaags Engels recht

Inmiddels is er het nodige veranderd in het Engelse recht. In de eerste plaats is de Unfair Contract Terms Act 1977 (hierna: UCTA), die van toepassing is op na 31 januari 1978 gesloten contracten, in werking getreden. Het belang van dit wetgevingsinstrument is gelegen in het feit dat bepaalde exoneratieclausules 'ineffective' (buiten toepassing) worden verklaard en andere onderworpen worden aan een 'reasonableness test' (redelijkheidstoetsing). In de tweede plaats is de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, ter implementatie van Richtlijn 93/13/EG, in werking getreden.²⁴ Ook hiervan gaat een zekere bescherming uit ten aanzien van exoneratieclausules, zij het dat het toepassingsbereik van de 'Regulations' – kort gezegd – beperkt is tot bedingen in consumentenovereenkomsten waarover niet afzonderlijk is onderhandeld.²⁵ Terzijde merk ik ook nog op dat het Engelse recht tegenwoordig heel wat welwillender lijkt te staan tegenover eisen van redelijkheid. Brownsword merkte dan ook al enige tijd geleden het volgende op met betrekking tot het Engelse recht:

'If the classical law has come to be associated with the values of freedom of contract, the modern law has become a byword for reasonableness in contract. (...) Reasonableness, it seems, is here, there and everywhere.'²⁶

De vraag dient zich dan ook aan of de uitspraak inzake *Photo Production* onder deze omstandigheden naar huidig Engels recht anders zou dienen te luiden. Met andere woorden: zou Securicor naar huidig Engels nog steeds een succesvol beroep kunnen doen op de in haar algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule? Hoewel dit tot op zekere hoogte speculatief is, zal ik een poging ondernemen om een antwoord op die vraag te formuleren. Hierbij ga ik er van uit dat de exoneratieclausule op de juiste wijze onderdeel is geworden van de overeenkomst (hetgeen onbetwist was) en dat uitleg van het beding tot de conclusie leidt dat de in het geding zijnde aansprakelijkheid is uitgesloten (conform bevindingen van de rechters). Gelet op die omstandigheden vormt de UCTA het uitgangspunt. Section 3(2) UCTA heeft betrekking op contractuele uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid ingeval van niet-nakoming en is van toepassing 'where one of [the contracting parties] deals as consumer or on the other's written standard terms of business'. Section 3(2) UCTA bepaalt verder dat de exonerant 'cannot (...) exclude or restrict any liability of his in respect of the breach (...) except in so far as the contract term satisfies the requirement of reasonableness'. Dit redelijkheidsvereiste is nader uitgewerkt in Section 11(1) van de UCTA, waarbij de bewijslast bij de exonerant ligt (Section 11(5) UCTA):

'In relation to a contract term, the requirement of reasonableness (...) is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.'

De UCTA kent verder diverse richtlijnen met betrekking tot de toepassing van de redelijkheidstoetsing (opgenomen in Schedule 2). Hoewel deze richtlijnen op grond van de wettekst van de UCTA niet van toepassing zijn – Schedule 2 is op grond van Section 11(2) UCTA enkel van toepassing in een beperkt aantal gevallen – heeft de rechter geoordeeld dat zij ook in andere gevallen (bijvoorbeeld ingeval Section 11(1) in het geding is) kunnen worden toegepast.²⁷ De volgende richtlijnen worden onderscheiden:

²³ Vergelijk Adams, J. and Brownsword, R., *Understanding Contract Law*, Londen, 2000, p. 130 e.v.

²⁴ Daarmee zijn er in het Engelse recht dus twee aparte wetgevingsinstrumenten, die – en dat maakt het recht er niet overzichtelijker op – ook nog deels overlappen. Recentelijk heeft de Law Commission dan ook voorgesteld om beide instrumenten samen te voegen, teneinde de regels simpeler en transparanter te maken; zie Law Commission Consultation Paper No. 166 en McKendrick, E., *Contract Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, 2003, p. 453

²⁵ Zie uitgebreid McKendrick, E., *o.c.*, p. 494 e.v.

²⁶ Brownsword, R., *Contract Law – Themes for the Twenty-First Century*, Londen, 2000, p. 79 en 94.

²⁷ Zie bijvoorbeeld *Stewart Gill Ltd. v. Horatio Meyer & Co. Ltd.* [1992] 2 All E.R. 257 en *Pegler Ltd. v. Wang (UK) Ltd.* [2000] All E.R. (D) 260. Vergelijk ook Treitel, G., *o.c.*, p. 237.

- 'a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met;
- b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having to accept a similar term;
- c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties);
- d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition is not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable;
- e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer.'

De richtlijnen zijn overigens niet limitatief bedoeld; ook met andere zaken kan dus terdege rekening worden gehouden (denk bijvoorbeeld aan de mate en mogelijkheid van verzekeren, of de exoneratieclausule conform door anderen in dezelfde of vergelijkbare bedrijfstak gehanteerde exoneratieclausules is, e.d.).²⁸

Bij toepassing van de richtlijnen op de casus valt op dat de overeenkomst gesloten is tussen twee gelijkwaardige partijen (conform bevinding van het House of Lords) en dat Photo Production naar alle waarschijnlijkheid de mogelijkheid had om een andere dienstverlener in te schakelen.²⁹ Verder springt de bescheiden vergoeding in verhouding tot de waarde van de fabriek in het oog – zij het dat niet valt te achterhalen of deze vergoeding marktconform (of lager) was. Ook valt niet te achterhalen of de exoneratieclausule marktconform was. Tenslotte dient te worden opgemerkt dat Photo Production een verzekering had afgesloten voor de fabriek (waarbij zij £25.000 eigen risico had). Gelet op deze omstandigheden lijkt mij dat Securicor naar huidig Engels recht succesvol zou kunnen bewijzen dat de exoneratieclausule redelijk is; zij zou bijgevolg een succesvol beroep op de in haar algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule kunnen doen.

Ik merk overigens op dat, anders dan men misschien zou vermoeden, de Engelse rechter over het algemeen weinig terughoudend is geweest in het toetsen van exoneratieclausules in commerciële verhoudingen.³⁰ Indien echter sprake is van gelijkwaardige partijen of van partijen met een gelijkwaardige onderhandelingspositie (zoals ook hier het geval was), behoort de rechter in beginsel niet in te grijpen. Dit werd recentelijk nogmaals bevestigd door de Court of Appeal in *Watford v. Sanderson*:

'Where experienced businessmen representing substantial companies of equal bargaining power negotiate an agreement, they may be taken to have had regard to the matters known to them. They should, in my view be taken to be the best judge of the commercial fairness of the agreement which they have made; including the fairness of each of the terms in that agreement. They should be taken to be the best judge on the question whether the terms of the agreement are reasonable. The court should not assume that either is likely to commit his company to an agreement which he thinks is unfair, or which he thinks includes unreasonable terms.'³¹

7. 'Photo Production' naar hedendaags Nederlands recht

Het Nederlandse recht kent verschillende mogelijkheden om (onredelijke) exoneratieclausules te bestrijden. Ik zal deze mogelijkheden schetsen en daarbij tevens nagaan of toepassing van de regels tot een andere uitkomst van *Photo Production* leidt dan in het Engelse recht.

In de eerste plaats kan de werking van exoneratieclausules beperkt worden langs de weg van toetsing aan de goede zeden. Strijd met de goede zeden zal in deze casus, naar verwachting, niet snel worden aangenomen. Wegens strijd met de goede zeden wordt bijvoorbeeld wel aangenomen dat de schuldenaar zich niet mag exonereren voor door hem opzettelijk veroorzaakte schade, maar

²⁸ Treitel, G., *o.c.*, p. 238.

²⁹ Een korte zoektocht op het internet leerde mij dat verschillende (inmiddels) grote bewakingsbedrijven in de jaren '70 in Engeland hun diensten aanboden.

³⁰ Duyensz, J., *De redelijkheid van de exoneratieclausule*, Den Haag, 2003, p. 28 met een verwijzing naar Macdonald, E., *Exemption Clauses, Penalty Clauses and Unfair Terms*, Londen, 1999, p. 149 e.v.

³¹ *Watford Electronics Ltd. v. Sanderson CFL Ltd.* [2001] All E.R. (D) 290.

aangenomen wordt tevens dat de schuldenaar zijn aansprakelijkheid wel mag uitsluiten voor de gevolgen van opzet van zijn personeelsleden.³²

In de tweede plaats kan een exoneratieclausule door middel van regels inzake algemene voorwaarden bestreden worden (artikel 6:231 e.v. BW), mits de clausule uiteraard is opgenomen in algemene voorwaarden. Dat is in casu het geval. Het is onduidelijk of Photo Production een ‘grote’ wederpartij is in de zin van artikel 6:235 lid 1 BW. Is dit niet het geval dan kan een beroep worden gedaan op artikel 6:233 aanhef en onder a BW. Of sprake is van een onredelijk bezwarend beding is afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden. Artikel 6:233 sub a BW noemt als relevante omstandigheden de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijdse kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval. Onder de overige omstandigheden van het geval kan worden gedacht aan onder meer de hoedanigheid van partijen, de verhouding tussen de wederzijds te leveren prestaties, de verzekeraarbaarheid van het risico, de aanwezigheid van opzet of grove schuld, of de exoneratie ziet op een wezenlijk onderdeel van de overeenkomst, of het fouten betreft van tewerkgestelden, etcetera.³³ Ik zal deze omstandigheden niet verder uitwerken, aangezien ik er van uit ga dat Photo Production een ‘grote’ wederpartij is.³⁴

In de derde plaats kan het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn om een beroep op een exoneratieclausule te doen en dient toepassing van het beding achterwege te blijven (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid). De beoordeling van een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval (zie hiervoor). Verder is in dit verband interessant dat de Hoge Raad in HR 31 december 1993, NJ 1995, 389 (*Matatag c.s. / De Schelde*) aangaf dat in een verhouding tussen ondernemers onderling een exoneratieclausule niet spoedig in strijd zal worden geacht met de redelijkheid en billijkheid. De Hoge Raad overwoog:

‘Bij een overeenkomst van de onderhavige aard, gesloten tussen bedrijven [die behoren tot bedrijfstakken die regelmatig met elkaar te doen hebben] kan (...) niet gezegd worden dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de toepasselijke algemene voorwaarden aansprakelijkheid ook voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren, geheel of ten dele uit te sluiten en in geval van schade als hier geleden op deze uitsluiting een beroep te doen.’

Tenslotte kan de werking van exoneratieclausules beperkt worden langs de weg van de uitleg. Men kan aldus tot het oordeel komen dat de clausule een bepaalde verplichting niet uitschakelt, hetzij door een redelijke uitleg van het beding, hetzij door het beding onduidelijk te achten en het dientengevolge contra proferentem uit te leggen, hetzij door het beding waarin de verplichting is geformuleerd aan te merken als een bijzonder beding dat voorrang heeft op de algemenere exoneratieclausule.³⁵ Ik zou mij, gelet op de algemene bewoordingen van het beding, kunnen voorstellen dat de Nederlandse rechter, anders dan zijn Engelse collega, van oordeel is dat uitleg van het beding tot de conclusie aanleiding geeft dat opzet niet is uitgesloten. Indien de Nederlandse rechter echter van oordeel zou zijn dat dit wel het geval is, dan is de uitkomst naar Nederlands recht vergelijkbaar met de uitkomst naar Engels recht.

8. Tot slot: eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht³⁶

Tenslotte zou ik aandacht willen vragen voor de volgende overweging van Wilberforce:

³² Asser, C. en Hartkamp, A., *Verbindenissenrecht, De verbintenissen in het algemeen*, 11^e druk, bewerkt door Hartkamp, A., Deventer, 2000, nrs. 341 en 343 met verwijzingen.

³³ Zie uitgebreid bijvoorbeeld Jongeneel, R., *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, Deventer, 1991, p. 205 en *Verbindenissenrecht*, losbladige uitgave onder redactie van Hondius, E., Deventer, 1991-heden, artikel 233, aant. 44.

³⁴ Ik laat mij hierbij leiden door de overweging van de Engelse rechters dat Photo Production en Securicor gelijkwaardige partijen zijn en dat Securicor reeds in de jaren '70 lijkt te voldoen aan het predikaat ‘grote’ partij in de zin van art. 6:235 lid 1 BW; vergelijk www.securicor.com.

³⁵ Asser, C. en Hartkamp, A., *o.c.*, nr. 345a met verwijzingen.

³⁶ Naar de titel van Smits, J., ‘Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht’, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1998, p. 10-38.

‘The doctrine of “fundamental breach” in spite of its imperfections and doubtful parentage has served a useful purpose.’³⁷

Dit is opmerkelijk aangezien Wilberforce lijkt toe te geven dat de leer van de wezenlijke tekortkoming op zich nuttig is, tenzij – gelet op zijn overige overwegingen – sprake is van een commerciële context. In die constatering kan ik mij vinden, maar ik vraag mij wel af of het niet veel beter zou zijn geweest om te differentiëren ten aanzien van de toepasselijkheid van de leer, in plaats van haar als geheel af te schaffen. Daartoe zag het House of Lords blijkbaar geen mogelijkheden. In zoverre is in de (kritische) Engelse literatuur opgemerkt dat niet zozeer de leer van de wezenlijke tekortkoming als zodanig, maar meer het abstracte en algemene karakter van het Engelse privaatrecht problematisch is.³⁸ De vraag lijkt dan ook gerechtvaardigd of het afschaffen van de leer van de wezenlijke tekortkoming een aanwijzing vormt dat een algemeen contractenrecht gevormd door voor alle overeenkomsten geldende grondslagen en beginselen onmogelijk is.

Deze vraag is recentelijk in de Engelse literatuur opgeworpen door Steyn en Bridge, waarbij beiden tot de conclusie kwamen dat er aanwijzingen zijn dat het uitgangspunt van een algemeen contractenrecht dient te worden heroverwogen. Steyn merkte in het algemeen ten aanzien van het Engelse contractenrecht het volgende op:

‘There is much to be said for approaching commercial transactions and consumer agreements somewhat differently. (...)’³⁹

Bridge ging, specifiek ten aanzien van de koopovereenkomst in het Engelse recht, nog verder:

‘The time has come to separate consumer and non-consumer sales.’⁴⁰

Ook in Nederland is de mogelijkheid en wenselijkheid van een algemeen contractenrecht onderwerp geweest van bespreking. Recentelijk vallen met name de bijdrage van Smits en Van Boom op.⁴¹ Beide auteurs komen tot een vergelijkbare conclusie:

‘De realiteit is dat ons BW op krampachtige wijze twee stelsels bij elkaar probeert te houden: het consumentenvermogensrecht en het ondernemersvermogensrecht. (...) [H]et [is] inmiddels (...) vruchtbaarder (...) om (...) de rechtsmaterie (weer) onder te verdelen in het vermogensrecht voor natuurlijke personen enerzijds en het vermogensrecht voor ondernemingen anderzijds.’⁴²

Deze opmerkingen lijken mij reden genoeg om het uitgangspunt van één algemeen contractenrecht kritisch te heroverwegen.

R. Hardy
junior-onderzoeker Universiteit Maastricht

³⁷ Photo Production, *o.c.*, p. 561.

³⁸ Zie met name Wightman, J., *Contract – A Critical Commentary*, Londen, 1996 en Collins, H., *Regulating Contracts*, Oxford, 1999.

³⁹ Steyn, J., ‘The Intractable Problem of The Interpretation of Legal Texts’, *Sydney Law Review*, 2003, p. 5 e.v.

⁴⁰ Bridge, M., ‘What Is to Be Done about Sale of Goods?’, *Law Quarterly Review*, 2003, p. 173-77.

⁴¹ Smits, J., *o.c.*, 1998 en Van Boom, W., ‘Algemene en bijzondere regelingen in het vermogensrecht’, *RM Themis*, 2003, p. 297-306.

⁴² Van Boom, W., *o.c.*, p. 305.