

Contra proferentem

E.J.H. Schrage*

1 Inleiding en probleemstelling

1.1 Eerste voorbeeld

Het was bepaald geen goedkoop hotel. 'Meer dan topklasse' had de reisorganisatie in de advertentie laten zetten. Johannes Dullaart, een ervaren reiziger, was op de aanbieding ingegaan en hij had met zijn partner een reis geboekt. Op zekere morgen gingen ze naar het ontbijt, ze zochten een tafeltje uit, hingen hun tassen met onder meer fotoapparatuur, mobiele telefoon, bankpassen, geld en andere waardepapieren even aan een stoel en liepen hooguit vijf meter naar het buffet om hun bord te vullen. Teruggekeerd naar hun tafeltje vonden ze de stoelen leeg. Van het ene ogenblik dat Johannes Dullaart en zijn partner aan het buffet gestaan hadden, moest een onverlaat gebruik gemaakt hebben om de tassen te stelen. Het moest letterlijk een *gauwdief* geweest zijn, want hij kon nauwelijks tijd gehad hebben om zijn euveldaad ten uitvoer te leggen. In de ontbijtzaal waren immers nauwelijks gasten aanwezig, maar wel drie obers van wie je toch mocht aannemen dat zij wel een oogje in het zeil zouden houden.

Gelukkig had Johannes Dullaart ruim een halfjaar tevoren een 'doorlopende' reisverzekering gesloten bij de *Europeesche Verzekeringsmaatschappij NV* en blijkens artikel 21 en 22 van de Algemene Voorwaarden dekte die verzekering onder meer verlies en diefstal van bagage, kostbaarheden en reisdocumenten, maar niet van waardepapieren, creditcards, bankpassen of aantekeningen. Bovendien zou geen uitkering worden verleend indien de verzekerde ter voorkoming van verlies, diefstal en beschadiging niet de normale voorzichtigheid in acht had genomen en onder de gegeven omstandigheden in redelijkheid betere maatregelen had kunnen treffen en evenmin in geval van diefstal van kostbaarheden en reisdocumenten uit andere dan deugdelijk afgesloten ruimten waarin deze zonder toezicht waren achtergelaten.

Bij terugkomst claimde dan ook Johannes Dullaart onder de vigeur van deze polis zijn schade bij de verzekeraar. Kan de verzekeraar met een beroep op de clause inzake de 'normale voorzichtigheid' uitkering weigeren of moet dat

* Hoogleraar UvA.

beding ten gunste van de verzekerde worden uitgelegd en dus ten nadele van degene die dat beding heeft gemaakt: *contra proferentem*?

1.2 Tweede voorbeeld

Het was een mooi huis, maar het was al wel 25 jaar oud. Linneman vond dat geen bezwaar, vooral niet toen zijn makelaar hem vertelde dat hij een zogenoemde garantieverzekering kon sluiten. Onder de vigeur van een dergelijke verzekering zou hij alle binnen de verzekeringstermijn geconstateerde schade vergoed kunnen krijgen die het gevolg zou zijn van een constructief gebrek van de woning. Dat vond Linneman een geruststellend idee. Dus kocht hij de woning en hij nam een dergelijke garantieverzekering. Gelukkig maar, want al gauw bleek de schoorsteen zo lek als een mandje. Alleen: de verzekeraar bleek slechts bereid tot een uitkering van 50% van de herstelkosten, stellende dat de andere 50% een vergoeding voor 'oud voor nieuw' uitmaakt. Kan dat zomaar of moet de schadeberekening uitvallen ten nadele van degene die het beding heeft gemaakt: *contra proferentem*?

1.3 Derde voorbeeld

Het was een grote bank en de zaak vertoonde een meer dan oppervlakkige gelijkenis met de uit de Nederlandse rechtspraak bekende beslissing inzake *Saladin* tegen de *HBU*. In dit geval ging het om de *Morgan Stanley Group Inc.* Deze bank had een beroepsaansprakelijkheidsverzekering gesloten bij, preciezer gezegd een *Investment Counselors Errors and Omissions and Fiduciary Liability Insurance Policy* genomen van de *New England Insurance Co.* De polis verleende dekking voor de schadevergoeding die de verzekerde zou blijken verschuldigd te zijn voor iedere nalatigheid, vergissing of beroepsfout begaan in het kader van de uitoefening van het beroep van *investment counselor*. Twee andere banken namen een substantieel aandeel in een obligatielening verzorgd door Morgan Stanley. Het prospectus van de gehele transactie bevatte echter substantieel misleidende informatie van de kant van de uitgevende vennootschap. Beide banken hielden daarop Morgan Stanley aansprakelijk. Morgan Stanley op haar beurt sprak de verzekeraar aan onder de E & O polis. Kan de verzekeraar uitkering weigeren, omdat Morgan Stanley toch eigenlijk geen *Investment Counselor* is in relatie tot collega-banken?

1.4 Vierde voorbeeld

Over smaak valt niet te twisten, maar Meurs maakte het wel heel bont. Meurs ging op 15 november 1997 naar meubelhandel Van Esch Poppeliers te Veenendaal en kocht daar een vierzits-hoekbank met twee fauteuils

voor de prijs van f 20.000. Meurs stelde hoge eisen aan de kleurstelling en het soort leer. Hij wenste een verhoogde rugleuning op de bank en er diende een gravering aangebracht te worden met de tekst: 'Special made for family Meurs'. Hij beloofde dan ook een aanbetaling te zullen verrichten van f 4000, maar hij heeft dat bedrag nooit overgemaakt. Poppeliers nam het zekere voor het onzekere en gaf geen opdracht aan de Engelse fabrikant van het meubelstuk tot het vervaardigen van dat bankstel. Zou Meurs in gebreke blijven het bestelde af te nemen, dan zou Poppeliers een kwade kans lopen om met het bankstel te blijven zitten. Over smaak valt immers niet twisten. Inderdaad, Meurs annuleerde vervolgens de koopovereenkomst. Volgens de algemene voorwaarden van Poppeliers mocht hij dat, echter tegen betaling van een afkoopsom van 30% van hetgeen de afnemer bij de uitvoering van de overeenkomst had moeten betalen, of zelfs 50% indien de annulering door de afnemer geschiedt terwijl hij er al van in kennis was gesteld dat de aflevering kon plaatsvinden. Kan Poppeliers inderdaad aanspraak maken op de contractueel bedongen afkoopsom?

2 Het probleem

De vier zaken vertonen en meer dan oppervlakkige gelijkens. In alle vier de gevallen is sprake van een contract. Met een beroep op de contractsvoorwaarden vordert de crediteur nakoming. De contractsvoorwaarden blijken bij nader toezien niet helemaal waterdicht geformuleerd. De bewoordingen lijken in alle gevallen nog een onverwachte mogelijkheid te bieden aan de debiteur om te ontkomen aan zijn verplichtingen. Drie keer ging het om een verzekeringsovereenkomst. De eerste verplichting van de verzekeraar is, zou men geneigd zijn te denken, de nodige uitkering te doen aan de verzekerde, maar in alle genoemde gevallen probeerde de verzekeraar met een beroep op de contractsvoorwaarden onder zijn primaire verplichting uit te komen. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak wordt met enige regelmaat het geluid gehoord dat dit niet moet lukken aan de verzekeraar. Een rechtvaardiging van die stelling ligt voor de hand. Per slot van rekening is over het algemeen de verzekeraar degene die de polisvoorwaarden heeft opgesteld. De verzekeringnemer rest niet anders dan die voorwaarden te accepteren. Als die voorwaarden dan ook maar enigszins de mogelijkheid bieden om de verzekeraar op te hangen aan zijn eigen gekozen bewoordingen, dan moet de rechter dat niet nalaten. Men spreekt in dat geval wel van de *contra proferentem*-regel. Wij weten dat de Nederlandse rechtspraak de gelding van een dergelijke reden niet zonder meer accepteert, maar er is zelfs minstens één recente codificatie waarin die regel met zoveel woorden is neergelegd: artikel 1379

van de Code civil du Québec. Datzelfde wetboek is ook nog om andere redenen interessant. Het onderscheidt de *contra proferentem*-regel van de *contra stipulatorem*-regel. De Code civil du Québec¹ geeft in de artikelen 1425 tot 1431 een theorie van de interpretatie van contracten. Biedt die theorie geen uitkomst, dus als het de rechter niet lukt om de gemeenschappelijke bedoeling van partijen te reconstrueren, dan geeft dat wetboek vervolgens het richtsnoer ten voordele van welke partij hij dient te beslissen. In geval van een onbenoemd contract is dat volgens artikel 1432 de debiteur. Dat is de *contra stipulatorem*-regel. In geval van een adhesiecontract geldt de *contra proferentem*-regel en dan is er nog het bijzondere geval van de consumentenovereenkomsten. Bij interpretatiemoeilijkheden daarin moet de rechter ten voordele van de consument beslissen (art. 1384 e.v.).² Nu zijn deze drie beslisregels zonder enige twijfel loten van dezelfde stam, en wel van een stam die zijn wortels heeft in het Romeinse recht. Als we die geschiedenis in vogelvlucht volgen, dan zal allereerst opvallen dat de betekenis van die beslisregels sterk wisselt. Pitlo bezigde in dat verband het beeld van de slinger van de klok, en dat beeld is ook alhier doeltreffend. Het zal blijken dat het Romeinse recht een paar verspreide voorbeelden kende waarin een beslisregel van de aard van de *contra proferentem*- of de *contra stipulatorem*-regel zich voor toepassing leende. Deze teksten bleken zich voor generalisering te lenen. De nuances van het onderscheid tussen beide regels (die samenhangen met de verschillende Latijnse werkwoorden die in de naam terugkeren) gingen daarbij uiteraard teloor. Wij zullen in het vervolg dus ongedifferentieerd van de *contra proferentem*-regel spreken.

Generalisering begon met de glossatoren. In de dogmatiek van de veertiende eeuw werd voor deze beslisregels toepassing in de meest wijde zin bepleit. Vervolgens begon de slinger zijn weg terug. Eerst de Natuurrechtsleraren en vervolgens de codificaties van de negentiende eeuw waren beducht voor een te wijde toepassing van die regel en poogden haar een beperkte plaats toe te wijzen. Dat lukte ook, totdat de Europese Gemeenschap zich met het probleem van de interpretatie van consumentenovereenkomsten ging bemoeien en daarover een richtlijn formuleerde. Met de nodige vertraging is die ook in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Wij volgen die ontwikkeling en sluiten af met een poging de vier genoemde voorbeelden in een iets ruimer kader te plaatsen.

1 Ingevoerd in 1996.

2 D. Lluellas, Les règles de lecture forcée *contra proferentem* et *contra stipulatorem*: du rêve à la réalité, R.J.T. 37 [2003], p. 235-263.

3 **Rechtsgeschiedenis**

3.1 **Romeins recht**

Recht behoeft altijd interpretatie. Dat voelden de Romeinen al haarscherp aan vanaf de eerste dagen vanaf de stichting van de Stad. De jurist Pomponius herinnert zijn lezers eraan dat al de Wetten van de XII Tafelen (uit de vijfde eeuw voor Christus) interpretatie nodig hadden, een kunst die aanvankelijk slechts de priesters verstonden, maar die al spoedig ook voor anderen toegankelijk werd. Sextus Aelius Paetus Catus schreef rond 200 voor Christus een werk dat hij de titel *Tripertita* meegaf. Zoals die naam al aangeeft, moet het uit drie onderdelen bestaan hebben: de tekst van de Wetten van de XII Tafelen, de interpretatieregels ten aanzien daarvan en ten slotte een formulierenboek met de bestaande acties. Interpretatie is een vaardigheid. De Romeinse keizer Justinianus gaf de eretitel 'de ouden' (*veteres*) aan degenen die over die vaardigheid beschikten (*interpretaiores iuris*).³

Interpretatie begint bij de wet. Zoveel was voor de Romeinen wel duidelijk. Als er geen geschreven wetstekst voorhanden is, dan blijft in ieder geval nog de interpretatie door de geleerden als richtsnoer over, zegt diezelfde Pomponius over het ontstaan van de rechtswetenschap.⁴ Maar die rechtswetenschap houdt zich niet alleen bezig met de interpretatie van de wet. Ook rechtshandelingen behoeven interpretatie. Welke? Dat hangt van de rechtshandeling af. Testamenten worden anders geïnterpreteerd dan contracten. Bij die laatste categorie rechtshandelingen moeten we ons bovendien realiseren dat de Romeinen niet zozeer van een algemeen begrip contract uitgingen (dat dateert eigenlijk pas uit de Middeleeuwen), maar steeds veeleer specifieke, bijzondere contracten voor ogen hadden. Relatief jong (tweede eeuw voor Christus) waren de consensuele contracten (koop, huur, maatschap en lastgeving); veel ouder waren de formele contracten, waaronder de *stipulatio*. Vooral dat contract is interessant, omdat het iedere inhoud kon hebben op voorwaarde dat partijen de strikt voorgeschreven verbale formaliteiten in acht genomen hadden. De crediteur, de *stipulator*, liet zich een toezegging doen door de debiteur (*promissor*). Daartoe stelde de stipulator aan de promissor een vraag en de promissor voltooide vervolgens het contract door met gebruikmaking van dezelfde woorden een bevestigend antwoord te geven en aldus de verbind-

3 C. 6,23,30; C. 6,29,4.

4 D. 1,2,2,12 (Pomp.) ... aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.

tenis tot stand te brengen. Weliswaar was het gebruik van het werkwoord 'beloven' (*spondere*) imperatief voorgeschreven, maar voor het overige konden partijen de inhoud van de toezegging zelf bepalen. Het ligt voor de hand dat de vraagsteller, de *crediteur*, die bewoordingen kiest die het beste zijn bedoelingen uitdrukken. Aldus had hij het in zijn macht om door het kiezen van de juiste bewoordingen moeilijkheden te voorkomen inzake de interpretatie van de verplichtingen die de promissor op zich genomen had. 'Duidelijke woorden behoeven immers geen interpretatie.'⁵ Had echter de stipulator verzuimd voldoende duidelijke woorden te kiezen, dan werden de gevolgen daarvan op hem afgewenteld. 'Bijna altijd leggen wij uit ten gunste van de promissor, omdat de stipulator de vrijheid had de bewoordingen in de ruimste zin te concipiëren,'⁶ zei de jurist Celsus, dezelfde Celsus die bekend geworden is van de definitie van de rechtsgeleerdheid als de wetenschap van het goede en het billijke, de definitie die nog altijd bekend is van het gelijknamige juridisch studentenblad *Ars Aequi*.

Een dergelijke interpretatie ten gunste van de ene partij komt neer op een interpretatie ten nadele van de ander. Dat zegt Celsus dan ook uitdrukkelijk: 'Wanneer bij een stipulatie de vraag rijst wat rechtens is dan werkt dubbelzinnigheid tegen de stipulator.'⁷ Materieel hetzelfde zei ook Ulpianus met een iets grotere nadruk op de interpretatie van de dubbelzinnig gebleken woorden ten nadele van de partij die ze gekozen heeft: 'Wanneer bij stipulaties de vraag rijst wat rechtens is, dan dienen de woorden in het nadeel van de stipulator te worden uitgelegd.'⁸

Nu mogen deze richtlijnen voor interpretatie van de stipulatie naar Romeins recht niet zonder meer gegeneraliseerd worden naar andere contracten. Het is helemaal niet vanzelfsprekend dat bij de reële of bij de consensuele contracten dezelfde interpretatietechniek *contra stipulatorem* mag worden toegepast. Het kan al niet, omdat er bij die contracten geen stipulator is aan te wijzen. Maar leent het beginsel zich voor analoge toepassing? De Romeinen hebben zich die vraag al heel vroeg expliciet gesteld en zij hebben die van oudsher bevestigend beantwoord voor het koopcontract en het huurcontract. Als de verkoper of de verhuurder een bijzonder (neven)beding wenst overeen te komen, dan heeft hij het in zijn

5 D. 1,3,23 (Paulus): Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt.

6 D. 45,1,99 (Celsus): ... ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatorem liberum fuit verba late concipere.

7 D. 34,5,26 (Celsus): Cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.

8 D. 45,1,38,18 (Ulpianus): In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.

macht de door hem verlangde clause voldoende duidelijk te formuleren. Papinianus formuleert die *ratio* het duidelijkst: 'De ouden hebben al uitge-maakt dat een duister of dubbelzinnig beding ten nadele van de verkoper of de verhuurder moet worden uitgelegd, omdat het in hun macht lag om de desbetreffende clause voldoende duidelijk te formuleren.'⁹ Paulus generaliseert niet zover als Papinianus. Hij beperkt zich tot de koopovereenkomst. 'Labeo schreef dat de onduidelijkheid van een beding eerder moet strekken ten nadele van de verkoper die het beding gemaakt had dan ten nadele van de koper, omdat die verkoper het beding voor zijn totstandkoming duidelijker had kunnen formuleren.'¹⁰

3.2 Middeleeuws geleerd recht (1): Glossatoren

Toen men aan het einde van de elfde eeuw te Bologna het onderwijs in de rechtsgeleerdheid speciaal begon te geven aan de hand van het *Corpus iuris civilis* werden uit hun aard ook de hierboven geciteerde teksten gelezen. Dat onderwijs bestond in beginsel uit het cursorisch lezen van de verschillende onderdelen van het *Corpus iuris civilis*. Bij de teksten werd een aantal toelichtende opmerkingen gemaakt, aanvankelijk vooral eenvoudige woordverklaringen en verwijzingen naar parallelle of tegengestelde teksten, vervolgens ook langere glossen met een discursief karakter. Het commentaar bij de hierboven geciteerde tekst van Papinianus toont dat reeds de vroege glossatoren voor interpretatietechniek veel aandacht hadden. Gedwongen door de bewoordingen van de tekst vroegen zij zich allereerst af of duistere bepalingen in een contract nu hetzelfde betekende als dubbelzinnige bepalingen. Vervolgens bespraken zij de vraag of de rechter nu werkelijk moest uitzoeken wie voor de exacte formulering van de duistere contractsbepaling verantwoordelijk was geweest. Bovendien zagen zij nog mogelijke verdere complicaties bij de verschillende soorten contracten, maar vooral ook bij alternatieve verbintenissen. Het gevolg van een en ander was een onoverzichtelijke hoeveelheid commentaar bij de verschillende teksten, soms met elkaar in overeenstemming, soms ook weer niet.

Het was al Johannes Bassianus, leermeester van de grote Azo, die aan het einde van de twaalfde eeuw orde in de veelheid van interpretaties poogde te scheppen. Zijns inziens was het mogelijk om aan het *Corpus iuris civilis* een aantal richtlijnen voor interpretatie van contracten te ontleen en die

9 D. 2,14,39 (Papinianus): Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legen partius conscribere.

10 D. 18,1,21 (Paulus): Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere. D. 50,17,17pr. In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.

richtlijnen te systematiseren. De techniek van de distinctie was daarvoor zijns inziens aangewezen:¹¹

‘Als er in een contract een duistere of dubbelzinnige clause is opgenomen, dan moet er onderscheid gemaakt worden. Of het staat vast dat beide partijen het ondanks de duistere bewoordingen eens waren en hetzelfde bedoeld hadden. Dan is het desbetreffende beding gewoon geldig. Of het staat vast dat zij het oneens waren en niet hetzelfde bedoelden. Dan is het contract niet geldig. Als beide partijen een verschillende betekenis aan de bewoordingen van het beding hadden toegekend, dan is het mogelijk dat slechts aan één van beide lezingen zin toekomt, maar ook dat beide lezingen zin hebben. In het eerste geval moet aan die lezing de voorrang gegeven worden die het beding overeind laat. In het andere geval de meest waarschijnlijke lezing. Als onduidelijk is welke lezing het meest waarschijnlijk is, dan geldt de regel van D. 2,14,39 en moet tegen de *stipulator*, de verkoper of de verhuurder, in ieder geval tegen degene die het beding gemaakt wordt gekozen worden.’

3.3 Middeleeuws geleerd recht (2): Commentatoren

Met deze stellingen gaf Johannes Bassianus een stevige zet aan de slinger van de klok. In het Romeinse recht ontbrak een algemene regeling. In het Corpus iuris civilis was slechts een aantal verspreide opmerkingen te vinden, sommige in de titel over de *stipulatio* (D. 45,1), sommige in de titel over de nevenbedingen (D. 2.14), andere in die over de koop- (D. 18,1 en 19,1) of die over de huurovereenkomst (D. 19.2). Johannes Bassianus brengt die teksten (in hun interpretaties) op één lijn en hij geeft aan de *contra stipulatorem*-regel de haar toekomende plaats, dat wil zeggen een plaatsje aan het einde van een hele hiërarchie: eerst de gemeenschappelijke bedoeling van partijen, vervolgens de enig zinvolle betekenis en pas ten slotte komt een interpretatie tegen de belangen van degene die verantwoordelijk is voor de formulering van het beding. Johannes Bassianus overtuigde niet alleen zijn tijdgenoten (Hugolinus citeert hem met instemming;¹² Accursius geeft hem ampel plaats in zijn glosse), hij legde bovendien het fundament voor een verdergaande generalisatie. Het is als zo dikwijls: de casuïstische oordelen van het Romeinse recht worden veralgemeend. Wat

11 Glosse *Legem* ad D. 2,14,39.

12 Het duidelijkst in *Distinctio CL*, gepubliceerd in G. Haenel, *Distinctiones Dominorum sive Controversiae Veterum Iuris Romani Interpretum qui Glossatores Vocantur*, Leipzig 1834 (herdr. Aalen 1964), p. 586-587; vgl. Hugolinus § 406 (p. 527) en *Dist. CXLVII* (p. 584).

begon als min of meer toevallig bijeengeraapte uitzonderingen wordt tot een hele verzameling. Op zoek naar een onderliggend beginsel dat eenheid brengt in al die verschillende gevallen komt men tot de formulering van een hoofdregel die eventueel zelfs haaks staat op het oorspronkelijke uitgangspunt. Zo ook bij de *contra proferentem*-regel. Bartolus de Saxoferrato (1313-1357) neemt de distinctie van Johannes Bassianus op en maakt die op haar beurt tot voorwerp van zijn interpretatie.¹³ Als een verkoper, een verhuurder, of algemeen een stipulator in de overeenkomst een beding heeft opgenomen, zal hij dat meestal tot zijn eigen voordeel hebben gedaan en dus moet een duister of dubbelzinnig beding uitgelegd worden ten nadele van degene tot wiens voordeel het beding strekt. *Interpretatio contra profitentem* wordt bij Bartolus tot *Interpretatio contra creditorem*.¹⁴ Daartoe draagt de ontwikkeling van de stipulatio niet weinig bij. Reeds in de glosse van Accursius, maar vooral bij Bartolus heeft zich de *stipulatio* ontwikkeld van een bijzonder contract te midden van alle andere bijzondere contracten tot het generieke begrip contract. De *stipulatio* kon immers iedere inhoud hebben mits de juiste bewoordingen maar waren uitgesproken. Voor Bartolus is die formaliteit bijna geheel zonder betekenis. De wilsovereenstemming is voor hem centraal komen te staan. Als beide partijen, zowel de stipulator als de promissor het eens zijn, waarom dan nog aanvullende eisen stellen?

3.4 Tot de grote codificaties

Het standpunt van Bartolus de Saxoferrato heeft de bekoring van de eenvoud. De eiser wordt met een gezonde portie wantrouwen bejegend. Als hij zich kan beroepen op een niet geheel duidelijk beding in het contract, dan moet hij daarvan niet ongelimiteerd voordeel kunnen trekken. Intussen: het werk van Bartolus heette niet voor niets een commentaar op het *Corpus iuris civilis*. Toen de Humanisten diezelfde tekst opnieuw gingen lezen, maar op hun beurt met meer oog voor de historische betekenis ervan, viel hun natuurlijk op dat Bartolus' lezingen van een wel heel vrije omgang met de tekst getuigden. Bovendien steekt achter Bartolus' opvatting over de primaire rol van de interpretatie *contra creditorem* een herkenbare ideologie. Is de debiteur werkelijk een willoos slachtoffer dat tegen de overmatig naar zich toe rekenende crediteur moet worden beschermd? Of is het veeleer zo dat beide partijen vrij en gelijk zijn, beide

13 Bartolus de Saxoferrato, *Super prima Digesti Veteris Commentaria ad D. 2,14,39 (ff. de pactis Veteribus)*.

14 Bartolus, *Super secunda Digesti Novi Commentaria ad D. 45,1,38,18: In dubio fit interpretatio contra creditorem*.

gelijkelijk in staat om hun contract vorm te geven, even bekwaam zijn om de bedingen te formuleren? De vraag stellen is haar beantwoorden. Paul Scholtens oude (en wijze) observatie doet ook hier opgeld: 'Wie de bezwaren van het ene sterk voelt, grijpt naar het andere.' Simon à Groenewegen van der Made stelt onomwonden dat het gelijkelijk in de macht van de beide contractspartijen ligt om voldoende duidelijk hun contractuele bepalingen te redigeren. Als de consequentie van D. 2,14,39 is dat die waarheid moet worden ontkend, dan moet die wettelijke bepaling maar als afgeschaft gelden.¹⁵ Ook voor Hugo de Groot geldt als uitgangspunt dat het voor het contract nu werkelijk niet zo heel veel hoeft uit te maken of iemand zelf de bedingen formuleert dan wel of hij de formulering van de wederpartij accepteert.¹⁶ In beide gevallen moet de overeenkomst worden nagekomen.

Het bijzondere is dat bij deze (en dergelijke) formuleringen van interpretatieregels er eigenlijk niet meer argumenten gevonden worden. Belangrijk is het historische argument: wat zegt het Corpus iuris civilis eigenlijk? Even belangrijk is echter het utilitaire argument: is het werkelijk nodig om van tevoren al vast te stellen dat een billijke interpretatie van het contract zich richt tegen de verkoper, de verhuurder, kortom, de crediteur? Zelfs Pothier, één van de ontwerpers van de Franse Code civil, hanteert eigenlijk niet meer dan deze twee argumenten. Zakelijk stemt zijn commentaar op de Digesten op dit punt overeen met zijn *Traité des Obligations*.¹⁷ Hij citeert tal van Digestenteksten die hij ordent volgens het schema dat teruggaat op Johannes Bassianus. De bedoeling van partijen is doorslaggevend; is die bedoeling niet eenduidig, dan moet de waarschijnlijkste lezing gevolgd worden van de bewoordingen waarin het contract gegoten is. Niet alleen bij de stipulatie, maar bij alle contracten moet nagegaan worden wat partijen hebben afgesproken. Als dat niet duidelijk is, moet rekening gehouden worden met de locale gewoonte, maar als die ook niet duidelijk is, dan moet worden vastgehouden aan wat Celsus in D. 34,5,26 schreef en Ulpianus in D. 45,1,38,18: *ambiguitas contra stipulatorem* (hierboven bij noot 5 en 6). Bij Pothier heeft deze uitlegregel dus een subsidiaire gelding: andere uitlegregels gaan voor.

15 S. à Groenewegen van der Made, *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia vicinisque Regionibus*, Amsterdam 1669, ad. D. 2,14,39.

16 H. Grotius, *De Iure Belli ac Pacis Libri Tres*, ed. B.J.A. de Kanter- van Hettinga Tromp, Leiden 1939, repr. met aantekeningen van R. Feenstra en C.E. Persenaire, Aalen 1993, II, 16,32.

17 R.J. Pothier, *Pandectae Justinianae, in novem ordinem digestae, cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicatn aut abrogant*, Parijs 1818, vol. I, p. 93-95 (ad. D. 2,14, Sectio VI); R.J. Pothier, *Traité des Obligations*, nr. 97.

3.5 De codificaties van de negentiende eeuw (1): Code civil en voorgangers

Dat is dan ook exact het systeem dat tot op de huidige dag is neergelegd in artikel 1162 van de Code civil: in geval van twijfel moet de overeenkomst geïnterpreteerd worden ten nadele van degene die voor zichzelf heeft bedongen en ten voordele van degene die de verbintenis is aangegaan.¹⁸ Over de Romeinsrechtelijke oorsprong van dit artikel (via Pothier) behoeft geen twijfel te bestaan. De verwijzing naar de *stipulatio* is veelzeggend (ook al betekent dat woord hier inmiddels reeds contract in de uitgebreide zin van het woord), zeker als daarbij nog artikel 1602 C.c. betrokken wordt. Dat artikel drukt uit dat duistere nevenbedingen bij de koopovereenkomst moeten worden geïnterpreteerd tegen de verkoper.¹⁹ Zowel de *stipulation* als het koopcontract moet in geval van twijfel of dubbelzinnigheid uitgelegd worden *contra proferentem*.

Met die regeling stelde overigens de Code civil zich ook in een lijn die reeds in enige iets oudere codificaties was gevolgd. Het Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (van 1794) wijdt een gehele titel aan interpretatieregels. Aan het slot daarvan wordt gezegd dat een contract dat niet volgens die regels kan worden verklaard, moet worden uitgelegd tegen degene die bij zijn wilsverklaring zich had bediend van meerduidelijke, voor verschillende uitleg vatbare uitdrukkingen. In het bijzonder moet de overeenkomst uitgelegd worden tegen degene die ongebruikelijke voordelen eist die in dergelijke contracten niet bedongen plegen te worden.²⁰ Het is alsof we het geluid van de Accursische glosse horen. Een aanwijsbare hiërarchie in de interpretatieregels komt uiteindelijk uit bij de (subsidiäre) *contra proferentem*-regel, omdat deze geacht wordt het in zijn macht te hebben gehad om in plaats van duistere en dubbelzinnige, heldere en ondubbelzinnige bewoordingen te kiezen. Hetzelfde wordt ook uitgedrukt in het Oostenrijkse Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch dat weliswaar eerder dan de Code civil totstandgekomen was, maar pas zeven jaar later werd ingevoerd (in 1811).²¹ Voor twee-

18 Art. 1162 C.c.: Dans la doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

19 Art. 1602 C.c.: Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

20 Allgemeines Landrecht I,5,266-267: Kann ein Vertrag nach vorstehenden Regeln nicht erklärt werden, so ist derselbe gegen den auszulegen, der in seiner Willensäußerung zweydeutiger, eines verschiedenen Sinnes fähiger Ausdrücke sich bedient hat. Besonders ist die Auslegung gegen den zu machen, welcher ungewöhnliche Vorteile begehrt, die in Verträgen dieser Art nicht eingeräumt zu werden pflegen.

21 § 915 ABGB: Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last aufzulegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.

zijdige rechtshandelingen geldt ook daar de *contra proferentem*-regel als aanknopingspunt.

3.6 De codificaties van de negentiende eeuw (2): het Burgerlijk Wetboek van 1838

Tal van wetgevingen volgden het voorbeeld van de Code civil. Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 gaf in zijn artikel 1385 een bijna letterlijke vertaling van artikel 1162 C.c.: 'In geval van twijfel wordt eene overeenkomst uitgelegd ten nadeele van dengenen die iets bedongen, en ten voordeele van hem die zich verbonden heeft.' Het artikel vormde het sluitstuk van een aantal regels betreffende de uitlegging van de overeenkomst. Op de voorgrond stond het beginsel dat indien de bewoordingen van de overeenkomst duidelijk waren, daarvan niet door uitlegging mocht worden afgeweken. Partijen mochten niet geacht worden iets anders bedoeld te hebben dan zij in duidelijke bewoordingen hadden uitgedrukt. Als partijen op grond van een onjuist bericht de Johanna verzekerd hadden in plaats van de De Ruyter, dan mocht de rechter de bewoordingen van het contract niet terzijde stellen en beslissen dat toch de De Ruyter verzekerd was.²² Of de bewoordingen duidelijk waren, werd een feitelijke vraag geacht te zijn, die in beginsel niet voor toetsing in cassatie in aanmerking kwam.²³ Slechts als 'de rechter, die de overeenkomst verklaart, hare bewoordingen duidelijk acht en desniettemin door uitlegging van die woorden afwijkt', diende de cassatierechter de uitspraak wegens schending van artikel 1378 te vernietigen.²⁴ Waren echter de bewoordingen van de overeenkomst niet duidelijk of zelfs dubbelzinnig, dan kwam de bedoeling van partijen aan de orde. Daarbij moesten bewoordingen die meer dan één uitleg toelieten, worden opgevat in de zin die het meeste overeenkwam met de aard van de overeenkomst (art. 1381 oud BW). Bleef er dan nog twijfel, dan kwam men toe aan de *contra profitentem*-regel van artikel 1385 oud BW. Het dubbelzinnige beding moest worden opgevat in de zin die voor de schuldenaar het minst bezwaarlijk was. De crediteur kon zich daarover niet beklagen. Hij werd geacht verantwoordelijk te zijn voor de formulering van het beding en hij had de kans gehad te zorgen dat het beding in duidelijke woorden werd uitgedrukt. Echter, de rechtspraak oordeelde dat de regel op ieder gemaakt beding afzonderlijk moest worden toegepast. De consequentie daarvan was dat bij een wederkerige overeen-

22 HR 1 april 1920, NJ 1920, p. 469.

23 De conclusies van A-G Hartkamp (nr. 7) voor HR 19 december 1986, NJ 1987, 296 en (nr. 3) voor HR 4 januari 1991, NJ 1991, 254; AA 1992, p. 354 e.v. m.nt. Van Dunné, (met reacties op p. 592 e.v.), Contractenrecht IV (De Klerk-Leenen), nr. 101.

24 HR 24 maart 1922, W. 10913; HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125 m.nt. GJS; HR 21 maart 1997, NJ 1998, 219.

komst de *contra profitentem*-regel zowel in het belang van de ene partij als in dat van de andere kon werken.²⁵ De voorspellende waarde ervan was dus gering, behalve bij de koopovereenkomst. Blijkens het bepaalde in artikel 1509 oud BW gold de verkoper daar als degene die bijzondere verantwoordelijkheid voor de formulering van de verschillende bedingen in de koopovereenkomst draagt. Hij is degene die gehouden is duidelijk uit te drukken waartoe hij zich verbindt en duistere en dubbelzinnige bedingen moesten in zijn nadeel worden uitgelegd.

Intussen betekende een en ander onder de vigeur van het oude recht niet dat de bepaling van artikel 1385 oud BW een dode letter was geworden.²⁶ Erop werd nog een beroep gedaan in de zaak van Van den Berg en Van Gestel tegen Hendriks.²⁷ De laatste, Hendriks, wilde zijn huis verkopen. Voor haar trad op de makelaar Smit. Door diens bemiddeling was op 11 april 1980 een schriftelijk vastgelegde koopovereenkomst totstandgekomen met onder meer de volgende bepaling: 'Koper heeft het recht deze overeenkomst te ontbinden tot uiterlijk 30 mei 1980, indien hij er niet in kan slagen een hem passende financiering voor het hierbij gekochte toegezegd of aangeboden te krijgen, tegen de thans gebruikelijk zijnde condities voor leningen aangegaan onder 1^e hypothecair verband.' Let wel: uiterlijk 30 mei 1980. Op maandag 2 juni 1980 ontving Smit een brief waarin de kopers een beroep op deze bepaling deden. Naar de stellingen van Van den Berg en Van Gestel was deze brief op 30 mei 1980 verzonden. Zij weigerden dus met een beroep op het contract mee te werken aan de eigendomsoverdracht. Hendriks verkocht daarop het huis aan een derde voor een aanzienlijk lager bedrag dan waarvoor zij het aan Van den Berg en Van Gestel had verkocht en zij vorderde van dezen schadevergoeding wegens prijsverschil, rentederving en kosten. Van den Berg en Van Gestel verweerden zich met de stelling dat zij over de onderhavige koop niet met Hendriks zelf hadden onderhandeld, maar alleen met haar makelaar Smit. Het was Smit geweest die de 'ontbindende voorwaarde' als resultaat van die onderhandelingen had opgesteld en zij hadden op grond van diens, door een schriftelijke verklaring van de makelaar gestaafde, uitlatingen het beding opgevat als was een op 30 mei 1980 verzonden brief tijdig. Dat was precies de vraag die partijen verdeeld hield: was de strekking het financieringsvoorbehoud (de ontbindende voorwaarde) dat 30 mei 1980 de uiterste datum was waarop de kopers het ontbindingsbericht nog aan de verkoopster mochten *verzenden*, of was die datum de uiterste waarop dit bericht door de verkoopster moest zijn *ontvangen*?

25 HR 10 november 1916, W. 10047.

26 Anders J. Hijma, *Contra Proferentem*, in: Groninger Opmerkingen en Mededelingen. Magazijn voor Leerstellige Rechtsvergelijking op Historische Grondslag XV (1998), p. 18-36 (op p. 27) met een beroep op HR 13 november 1992, NJ 1993, 52.

27 HR 27 januari 1989, NJ 1989, 816 m.nt. MMM.

Het hof paste de in het algemeen geldende ontvangstleer toe (thans art. 3:37 BW), echter zonder een overweging te wijden aan het betoog van Van den Berg en Van Gestel dat zij, gelet op de uitlatingen van de makelaar van de verkoopster 30 mei 1980 mochten beschouwen als uiterste verzenddatum. Deze had immers het beding gemaakt en, zo er al enige twijfel over de juiste uitleg ervan mocht bestaan, dan zou dus dat beding in het nadeel van de verkoopster moeten worden uitgelegd.

Hetzelfde resultaat kan overigens ook bereikt worden zonder rechtstreekse toepassing van de *contra proferentem*-regel door – in het voetspoor van de A-G Strikwerda – met toepassing van het *Haviltex*-criterium in een dergelijk geval, waarin partijen ieder voor zich een andere betekenis hechten aan een bepaling in de overeenkomst, op zoek te gaan naar ‘de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze aan de bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mochten verwachten’.²⁸ Maar ook bij de toepassing van dat criterium en dus bij het oordeel omtrent de legitimiteit van de verwachtingen van de partijen speelt de deskundigheid van de tussenpersoon die voor één der partijen optrad een rol. Die hoort te weten wat de gevolgen van zijn uitlatingen zijn. Dat had de Hoge Raad al eens eerder uitgemaakt in zijn arrest inzake Bunde tegen Erckens, toen de Hoge Raad uitmaakte dat bij de uitleg van een voor misverstand vatbare uitdrukking – i.c. ‘belastingsschade’ – over de betekenis waarvan partijen van mening verschillen, onder andere een rol kan spelen ‘of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte’,²⁹ en in het onderhavige arrest bevestigde de Hoge Raad dat oordeel. Als voor een der partijen een deskundige tussenpersoon optrad, dan moet bij de uitleg van een beding uit het contract in het bijzonder worden gelet op hetgeen de andere partij uit de verklaringen en gedragingen van die tussenpersoon heeft afgeleid en heeft mogen afleiden. Die uitspraak wekt associaties met de *contra profitentem*-regel. Onder de vigeur van het oude recht was echter die regel subsidiair aan het *Haviltex*-criterium, zoals de Hoge Raad overwoog in zijn arrest inzake Liskay tegen Harman:

‘Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de niet professionele verzekerde, maar het hangt van alle omstandigheden van het geval

²⁸ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

²⁹ HR 17 dec. 1976, NJ 1977, 241, m.nt. GJS. Zie ook HR 1 juli 1977, NJ 1978, 125, m.nt. GJS: ‘dat het voorts bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet professionele koper uit te leggen.’

af of die keuze gerechtvaardigd is. Tot die relevante omstandigheden behoren onder meer de aard van de verzekering en het verzekerde risico en de eventuele begeleiding van de verzekerde door een deskundige tussenpersoon bij het tot stand komen van de verzekering.³⁰

4 Nieuw Burgerlijk Wetboek

Het Driemanschap had een vernietigend oordeel over de interpretatieregels van de artikelen 1378 e.v. van het Burgerlijk Wetboek. Die regels spraken gedeeltelijk vanzelf en waren dus overbodig en voor het overige waren zij zijns inziens in hun te grote algemeenheid niet juist.³¹ Derhalve keerden zij in het Nieuw BW niet terug. Contractsinterpretatie werd daarmee geacht vooral een taak van de rechtspraak (eventueel met hulp van de rechtswetenschap) te zijn,³² waarbij de wetgever hooguit enige richting zal kunnen wijzen door middel van een beperkt aantal algemene bepalingen, zoals de artikelen 6:248 en 3:35 BW.³³ Vooral van de rechtspraak, dus niet uitsluitend. Zolang ieder der partijen doet wat de ander van haar verwacht, zal er geen moeilijkheid rijzen. In zoverre is contractsinterpretatie allereerst een zaak van de partijen. Pas als zij er niet uitkomen, wordt de rechter tot zijn taak geroepen. Hoe vervult die zijn taak? Het ligt voor de hand om aan te nemen dat de rechter allereerst op zoek zal gaan naar de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen. Inderdaad, als het mogelijk is om een gemeenschappelijke partijbedoeling vast te stellen, dan bindt die partijen en de gemeenschappelijke partijbedoeling gaat in die zin voor een eventuele afwijkende of dubbelzinnige wilsverklaring.³⁴ Maar wat is rechtens als er niet met zekerheid een gemeenschappelijke bedoeling van partijen te vinden is? Voorbeelden van een dergelijke situatie liggen voor het grijpen. Partijen hebben elk verwezen naar eigen algemene voorwaarden in de mening door de enkele verwijzing daarnaar die van de wederpartij geëcarteerd te hebben. Wat geldt in hun contractuele relatie?³⁵ De verzekerde heeft een geheel andere voorstelling van de 'opzichtclausule' of van het begrip 'oproer' dan de verzekeraar. In een dergelijk geval spelen de uitspraken, gedragingen en verklaringen van par-

30 HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 m.nt. MMM. Daarover P. Clausing, *Verzekeren en vertrouwen* (afscheidsrede Amsterdam UvA), Deventer 1990, p. 15.

31 TM bij Afdeling 6.5.3, PG 6, p. 916.

32 Aldus ook reeds HR 28 juni 1946, NJ 1946, 524 en 13 november 1992, NJ 1993, 52.

33 Vgl. R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2005-1, p. 1-29.

34 HR 1 december 2000, NJ 2001, 196.

35 T.H.M. van Wechem & M.H. Wissink, *De beperkte strekking van de 'first shot rule' van artikel 6:225 lid 3 BW*, *Vermogensrechtelijke Annotaties* 2004/2, p. 24-37.

tijen jegens elkaar een doorslaggevende rol. Het is niet goed voorstelbaar dat de ondertekenaar van een aanvraagformulier voor een verzekering zou kunnen ontkomen aan de consequenties van zijn ondertekening met een beroep op een inwendig voorbehoud of op een van de gangbare afwijkende interpretatie zijnerzijds van cruciale in dat formulier gebezigde termen.³⁶ Enfin, de wetgever heeft door het codificeren van de vertrouwensleer al een belangrijke richtingwijzer neergezet. Bij contractsinterpretatie gaat het om het vaststellen van de betekenis van de partijafsprake. De omstandigheden voor of ten tijde van het sluiten van de overeenkomst zijn daarbij een belangrijk hulpmiddel, maar ook kan de rechter betekenis toekennen aan het gedrag van partijen bij de uitvoering van de overeenkomst. Die gedragingen kunnen wel degelijk aanwijzingen bieden omtrent de wijze waarop partijen hun afspraak zelf hebben opgevat, dus omtrent hun bedoeling met het contract, in andere woorden op de zin die partijen aan hun overeenkomst gaven.³⁷

Het komt bij de uitleg van contractsbepalingen dus niet zozeer aan op 'een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract', maar op 'de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'. Voor de beantwoording van de vraag wat partijen redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten, kan mede van belang zijn 'tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht'.³⁸

Dan wordt het spannend. Is er dan voor zoiets als een *contra proferentem*-regel na de invoering van het NBW nog ruimte in de rechtswetenschap en de rechtspraktijk?³⁹ Meijers wenst de regels van artikel 1378 e.v. oud BW in het Nieuw BW niet te laten terugkeren, omdat zij voor een gedeelte vanzelfsprekend, voor een ander gedeelte te ruim geformuleerd waren. Van afschaffen van deze beginselen was dus geen sprake. De *contra proferen-*

36 HR 20 mei 1949, NJ 1950, 72 m.nt. PhANH: 'dat een redelijke uitleg van deze en soortgelijke zinswendingen in polissen in deze tak van verzekering voorkomende meebrengt, dat zij worden verstaan in de betekenis welke daaraan in voormelde wereld wordt gehecht'. Zie ook Hof Den Haag 28 september 1999, rolnr. 96/543 (n.g.): 'uit het ontbreken van een definitie van het woord "oproer" vloeit niet zonder meer voort dat de verzekerde het voordeel van de twijfel zou moeten worden gegeven bij de uitleg daarvan'. Daarover T.J. Dorhout Mees, Uitleg molestclausule, *AV&S* juni 2001, p. 88-89.

37 Zie bijvoorbeeld art. 8 lid 3 CISG; HR 20 mei 1988, NJ 1988, 781, HR 20 mei 1994, NJ 1994, 574 en HR 12 januari 2001, NJ 2001, 157.

38 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB, AA 1981, p. 355 m.nt. P. van Schilfgaarde (Haviltex, nadien vele malen herhaald).

39 Zie tevens art. 5:103 van de Principles of European Contract law.

tem-regel blijkt bij nader toezien vooral een belangrijke rol te spelen op twee rechtsgebieden: de verzekeringsovereenkomst en de consumentenbescherming. Daarom over beide nog een kort woord.

5 **De *contra proferentem*-regel op het gebied van de verzekeringsovereenkomst en de consumentenbescherming**

5.1 **Verzekering**

Koning was enig directeur en aandeelhouder van *Holding Kobra Asten BV*, hierna ook aangeduid als HKA. HKA sloot met ingang van 5 juni 1987 ten behoeve van Koning zowel een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij Nationale Nederlanden ter dekking van het zogenoemde A-*risico*, dat wil zeggen het eerstejaarsarbeidsongeschiktheidsrisico, als een verzekering voor het 'arbeidsongeschiktheidspensioen.' Deze laatste verzekering moest het zogenoemde B-*risico* dekken, het risico van arbeidsongeschiktheid gedurende het tweede en de daarop volgende jaren. Het hieronder verzekerde bedrag beliep in 1993 f 40.450. Om deze laatste verzekering ging het. Voor dit arbeidsongeschiktheidspensioen werd blijkens het aanvraagformulier als salaris beschouwd 12 maal het maandsalaris en 8% vakantietoeslag en gevraagd werd een verzekering van '70% aanvullend'. HKA ging daarbij uit van een jaarsalaris van rond f 150.000. Nationale Nederlanden heeft het aangeboden risico schriftelijk geaccepteerd.

Alleen, over de jaren 1991, 1992 en 1993 werd krachtens een (overigens door de fiscus geaccepteerde) Regeling Uitgesteld Salaris aan Koning een veel geringer bedrag uitbetaald, over 1992 slechts f 1647; over 1993 f 1500. Toen Koning dan in 1993 arbeidsongeschikt werd, rees de vraag welk bedrag ten grondslag zou moeten liggen aan de berekening van de uitkering, het door Koning beoogde bedrag van f 150.000 of het werkelijk genoten salaris dat daarvan 1% uitmaakte? Het gelijk zou zijn aan de kant van Koning als de verzekering als een *sommenverzekering* moest worden beschouwd. In dat geval stond de uitkering wegens arbeidsongeschiktheid immers geheel los van enige loonderving door Koning. Andersom zou de situatie zijn als hier sprake was van een *schadeverzekering*. In dat geval strekte de verzekering er immers toe Koning de schade te vergoeden die hij zou lijden door loonderving wegens arbeidsongeschiktheid en dat zou desastreus voor hem uitpakken. Bij iemand die vóórdat hij arbeidsongeschikt werd toch al geen salaris meer ontving, kan geen sprake zijn van schade door loonderving als gevolg van arbeidsongeschiktheid.

Wat was de verzekering nu, een schadeverzekering of een sommenverzekering? Het heeft er alle schijn van dat twee gezichtspunten strijden om

de voorrang, het Haviltex-achtige criterium wat Koning redelijkerwijs mocht verwachten op grond van het aanvraagformulier en de bevestiging van de verzekeraar aan de ene kant en het *contra proferentem*-beginsel aan de andere. Mocht Koning verwachten dat de verzekering een sommenverzekering zou zijn? Of was de term inderdaad onduidelijk en kon dan Koning het voordeel van de twijfel krijgen? De vraag is van eminent belang, want de Hoge Raad had al vaker uitgemaakt dat er sprake moet zijn van een onduidelijk beding dat, of van een onduidelijke voorwaarde die, op goede gronden voor meer dan één uitleg vatbaar schijnt, wil de *contra proferentem*-regel toepassing kunnen vinden.⁴⁰ Als het beding niet dubbelzinnig, niet onduidelijk is, dan komt de rechter aan de *contra proferentem*-regel niet toe. Het hof overwoog als volgt:

‘Uit de bewoordingen van het aanvraagformulier heeft de tussenpersoon, wiens wetenschap op dit punt aan HKA wordt toegerekend, redelijkerwijs moeten begrijpen dat het arbeidsongeschiktheidspensioen werd gebaseerd op het inkomen uit arbeid en dat bij voorkeur niet meer dan 80% van de salarisdelen boven de ZW/WAO grens werd verzekerd. De tussenpersoon heeft in overeenstemming daarmee onder 11 (en 5) van het formulier het gewenste arbeidsinvaliditeitspensioen ten behoeve van Koning vermeld. Nu het tegendeel niet is gesteld noch gebleken, gaat het hof ervan uit dat de vermelding overeenkomstig de bedoeling van HKA en Koning was.

Koning beroept zich mede op de offerte van 17 april 1987, waaruit het hof afleidt dat hij van de inhoud daarvan op de hoogte was. Koning heeft uit die offerte, in het bijzonder uit het rekenvoorbeeld en de premieberekening waarbij het te verzekeren arbeidsongeschiktheidspensioen (ad 70% van het salaris) is verminderd met uitkeringen ingevolge de AAW en levensverzekering, redelijkerwijs moeten begrijpen dat het gaat om verzekering van het inkomen uit arbeid dat wegvalt ten gevolge van arbeidsongeschiktheid, voor zover dat niet op andere wijze wordt gedekt zoals door AAW en/of andere verzekering.

Daar komt bij dat op het deelnemersbewijs van Koning is vermeld dat op het AO-Pensioen het elders verzekerde bedrag in mindering is gebracht. Voorts heeft Koning jaarlijks een door hem ondertekende opgave van zijn salaris gedaan, welke door de tussenpersoon aan Nationale-Nederlanden is toegezonden.

Met de offerte is in overeenstemming dat in de brief van de tussenpersoon van 4 juli 1990, welke brief is toegezonden aan de verzekerde Koning en waarin een aanpassing van het a.o. pensioen wordt ver-

40 HR 9 september 1994, NJ 1995, 285 m.nt. MMM; Rb. Amsterdam 15 maart 1995, VR 1997, 39.

zocht, het te verzekeren arbeidsongeschiktheidspensioen (ad 80% van f 150 000) wordt verminderd met uitkeringen ingevolge de AAW en andere verzekering.

Naar het oordeel van het hof heeft Koning de polisbepalingen dan ook redelijkerwijs moeten opvatten in die zin dat de uitkeringen ingevolge deze verzekering mede zijn gebaseerd op zijn arbeidsinkomen en dat de verzekering strekt tot schadeloosstelling voor derving van inkomen ten gevolge van arbeidsongeschiktheid, zodat deze verzekering moet worden aangemerkt als een schadeverzekering.'

De annotator Mendel noemt de overweging van het hof dat de onderhavige verzekering in normale gevallen, als hier aan de orde, als een schadeverzekering moet worden aangemerkt, 'overtuigend gemotiveerd' en hij merkt op dat dit oordeel aansluit bij dat van de Verzekeringskamer die een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij onder andere zwangerschap als een schadeverzekering heeft beschouwd. De Hoge Raad liet het arrest van het hof in stand en kwam dus, anders dan de A-G Spier, in dit geval aan een bespreking van het *contra proferentem*-aspect van de zaak niet toe. Het beding was duidelijk genoeg.

Het is nog niet duidelijk of hetzelfde staat te gebeuren in een eveneens zeer recente zaak, waarin ook de verzekerde en de verzekeraar van mening verschilden over de betekenis van een beding in de verzekeringsovereenkomst, in dit geval een 'anti-cumulatiebeding'. Deze zaak is na verwijzing door de Hoge Raad nog onder de rechter, maar het arrest is spectaculair doordat de Hoge Raad een college interpretatietechniek geeft, waarin de *contra proferentem*-regel op haar plaats gezet wordt.

Fox was sinds 1954 onafgebroken in dienst bij dezelfde werkgever, eerst de NV Staatsmijnen, vervolgens DSM geheten. Met ingang van maart 1977 kreeg Fox een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Zijn dienstverband met DSM is vervolgens beëindigd met ingang van 1 november 1978, waarna Fox 'passief lid' werd van het pensioenfonds. Dat betekende dat hij zijn pensioen kon blijven opbouwen zonder dat hij premie hoefde af te dragen en dat hij bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd het maximale pensioen zou krijgen.

Onmiddellijk na zijn ontslag bij DSM kreeg Fox een baan bij de Sociale Werkplaats. Die kende tot 1 januari 1990 geen pensioenregeling en daarom mocht Fox deelnemen aan een individuele spaarregeling, de zogenoemde Aanvullende Oudedagsvoorziening (AOV-regeling). Een deelnemer aan deze spaarregeling kreeg een individuele spaarrekening bij een fonds waarop maandelijks een bepaald bedrag van het WSW-loon werd gestort. Dat fonds beheerde de spaargelden volledig en zou het gespaarde

in termijnen uitkeren vanaf het moment dat de spaarder 65 jaar wordt, voor Fox dus op 1 december 1999.

Toen kwam het addertje van onder het gras te voorschijn. Mocht het pensioenfonds de uitkering uit hoofde van de AOV-regeling korten op het pensioen van Fox? Het pensioenfonds beantwoordde die vraag bevestigend met een beroep op het zogeheten anti-cumulatiebeding, artikel 16 lid 5 van het 'Pensioenreglement, deel I: Bepalingen voor deelnemers die vóór 1 juni 1996 deelnemer zijn geworden'. Dat luidde als volgt:

'Op het pensioen ingevolge dit reglement voorzover verworven over de jaren na beëindiging van het lidmaatschap welke [...] voor 100% in aanmerking zijn genomen, komt, wanneer het betrokken gewezen lid geen gebruik heeft gemaakt van de bestaande mogelijkheid het lidmaatschap van het fonds te continueren, in mindering het pensioen dat betrokkene over die jaren elders op grond van een arbeidsverhouding heeft verkregen.'

Fox was daartegenover van mening dat de uitkering uit hoofde van de AOV-regeling geen pensioenuitkering was in de zin van de anti-cumulatiebepaling uit het pensioenreglement, maar de vrucht van een individuele spaarregeling, dus hij bestreed de legitimiteit van de korting.

De kantonrechter heeft het anti-cumulatiebeding uitgelegd overeenkomstig de doelstelling daarvan en dus de korting door het pensioenfonds juist en rechtmatig geoordeeld; de rechtbank heeft echter gekozen voor een taalkundige uitleg van die bepaling. De rechtbank achtte die uitleg aangewezen, omdat zij de Haviltex-norm slechts toepasselijk achtte op overeenkomsten die gelden tussen partijen die zelf hebben onderhandeld over de voorwaarden ervan en niet op overeenkomsten (als de onderhavige) waarbij partijen niet zelf hebben onderhandeld maar naderhand zijn toegetreden (de zogenoemde CAO-norm). De rechtbank wees dus met ver-

nietiging van het vonnis van de kantonrechter de vordering van Fox alsnog toe. De Hoge Raad gaf vervolgens een college interpretatietechniek.⁴¹

‘4.4. Tussen de Haviltexnorm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.

Eenzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltexnorm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd – nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden – de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.

Anderzijds leidt de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg; in het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, nr. C 00/186, NJ 2003, 110, is de hiervoor in 4.3 aangehaalde rechtspraak in die zin verduidelijkt dat hier sprake is van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. In het zojuist

41 Alvorens het tegen het vonnis gerichte middel te bespreken, zag de Hoge Raad aanleiding de volgende inleidende opmerkingen te maken:

‘4.2. In zijn arrest van 13 maart 1981, nr. 11647, NJ 1981, 635 (Haviltex) heeft de Hoge Raad – daarmee voortbouwend op oudere rechtspraak over de uitleg van overeenkomsten – overwogen dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (hierna ook: de Haviltexnorm). Bij deze uitleg dient de rechter rekening te houden met alle bijzondere omstandigheden van het gegeven geval; het Haviltexarrest bevat tevens een reeks bij die uitleg in aanmerking te nemen gezichtspunten, welke reeks in latere arresten verder is uitgewerkt.

4.3. In zijn arresten van 17 september 1993, nr. 15064, NJ 1994, 173 en 24 september 1993, nr. 15078, NJ 1994, 174, heeft de Hoge Raad echter ten aanzien van de uitleg van de bepalingen van een CAO een anders geformuleerde norm aanvaard: voor die uitleg zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis (hierna ook: de CAO-norm).

De CAO-norm is ook toegepast op andere geschriften waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd die naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst/regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is, zoals de uitleg van een sociaal plan dat niet zelf een CAO is (HR 26 mei 2000, nr. C 98/318, NJ 2000, 473), een trustakte bij een obligatielening (HR 23 maart 2001, nr. C 99/054, NJ 2003, 715) en het Bindend Besluit Regres 1984 (HR 16 mei 2003, nr. C 01/250, NJ 2003, 470).’

aangehaalde arrest is voorts nog beslist dat ook de bewoordingen van de eventueel bij de CAO behorende schriftelijke toelichting bij de uitleg van de CAO moeten worden betrokken. In een latere uitspraak (HR 28 juni 2002, nr. C 01/012, NJ 2003, 111) werd geoordeeld dat, indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.

4.5. De hiervoor in 4.2-4.4 weergegeven rechtspraak heeft als gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, heeft de Hoge Raad een uitwerking van die vage norm gegeven voor de boven aangegeven, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen van gevallen. In deze typologie heeft de CAO-norm betrekking op geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.

Opmerking verdient ten slotte dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.'

Eigenlijk kunnen we na deze uitspraak maar één conclusie trekken: van beslissende betekenis zijn *alle* omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Onder die omstandigheden valt ook de vraag of er iemand als *proferens* kan worden aangewezen. Vervolgens rijst dan de vraag of die hoedanigheid van invloed zou moeten zijn op de beslissing. Het is zeer wel mogelijk dat die vraag bevestigend beantwoord moet worden, maar noodzakelijk is dat niet, zeker niet zonder meer. In het algemeen is de *contra proferentem*-regel één van de gezichtspunten die bij de contractsinterpretatie aan de orde kunnen komen. Niet meer, maar zeker ook niet minder. Haviltex en de CAO-norm houden hun volle betekenis. Overigens was dat al langer bekend. De Hoge Raad heeft nooit de *contra proferentem*-regel willen verabsoluteren of op een voetstuk willen zetten en hij heeft dan

ook nooit zover willen gaan uit te spreken dat bij onduidelijkheid, of twijfel over de uitleg, van een verzekeringsvoorwaarde die voorwaarde altijd of zelfs maar in beginsel in het nadeel van de verzekeraar en ten gunste van de niet professionele verzekerde zou moeten worden uitgelegd. Het ging steeds om een algemeen gezichtspunt dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen.⁴² Alleen, dat ligt anders op het moment dat er een consument in het spel komt.

5.2 Consumentenbescherming en de *contra proferentem*-regel

Op 5 april 1993 stelde de Raad van de Europese Gemeenschappen een richtlijn 'Oneerlijke Bedingen in Consumentenovereenkomsten' vast.⁴³ Deze richtlijn verplichtte de lidstaten tot aanpassing van hun wetgeving vóór 31 december 1994, zij het dat de lidstaten de vrijheid hadden op het onder deze richtlijn vallende gebied van de consumentenbescherming strengere bepalingen aan te nemen of te handhaven, mits deze verenigbaar waren met het Verdrag. De werkingssfeer van de richtlijn week oorspronkelijk op twee punten af van die van de regeling inzake de Algemene Voorwaarden in Boek 6 BW, de afdeling 6.5.3. Aan de ene kant was de richtlijn aanvaardelijk ruimer, omdat zij op meer dan alleen de algemene voorwaarden zag, namelijk op 'oneerlijke contractsbedingen' in het algemeen; aan de andere kant was zij minder ruim, doordat zij alleen betrekking had op overeenkomsten tussen bedrijfs- of beroepsmatig optredende verkopers enerzijds en consumenten anderzijds en dus alleen consumenten beschermde. Het begrip 'oneerlijke contractsbedingen' werd toegelicht met een soort 'zwarte lijst' die echter slechts indicatief en niet uitputtend was.

Per 17 november 1999 werd de *transparantie*- en de *contra proferentem*-regel ingevoerd als een nieuw tweede lid bij artikel 6:238 BW: 'Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld.'

42 Aldus het duidelijkst in HR 12 januari 1996, NJ 1996, 683 m.nt. MMM: 'Eiser in cassatie beroept zich op een rechtsregel inhoudende dat een eenzijdig door de verzekeraar opgestelde polisvoorwaarde in geval van twijfel over de uitleg ervan in het nadeel van de verzekeraar moet worden uitgelegd. Dit betoog faalt. Het gaat hier niet om een rechtsregel, maar slechts om een algemeen gezichtspunt dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen.' Zie eerdere reeds HR 28 april 1989, NJ 1990, 583 m.nt. MMM, HR 24 september 1993, NJ 1993, 760.

43 PbEG 1993, I 95; ook gepubliceerd in Bijlage 17 bij Tekst & Commentaar Vermogensrecht 2002.

Aanvankelijk was de wetgever van mening zich te kunnen beperken tot een geringe aanpassing van de afdeling 6.5.3, aangezien die voldoende zou overeenstemmen met de richtlijn, ook al omdat die afdeling richtlijnconform zou kunnen worden geïnterpreteerd.⁴⁴ Bij twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitslag. Aldus meende de wetgever genoeg te hebben gedaan ter implementatie van de richtlijn. De Nederlandse wetgever stond in die mening echter alleen. Het Europese Hof van Justitie veegde de vloer ermee aan en oordeelde dat de Nederlandse regeling ondanks richtlijnconforme interpretatie in de rechtspraak verre van toereikend was.⁴⁵

‘Aangaande het argument van de Nederlandse regering, dat een verschil tussen de bepalingen van de Nederlandse wetgeving en die van de richtlijn hoe dan ook kan worden opgeheven door toepassing van het beginsel van richtlijnconforme uitlegging van de Nederlandse regeling, zoals dat door de Hoge Raad der Nederlanden is bevestigd, zij enkel opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in punt 36 van zijn conclusie heeft uiteengezet, een nationale rechtspraak, gesteld al dat zij constant is, waarin de bepalingen van intern recht worden uitgelegd op een wijze die wordt geacht aan de eisen van een richtlijn te voldoen, niet de helderheid en nauwkeurigheid kan hebben die met het oog op de rechtszekerheid noodzakelijk zijn. Dit geldt in het bijzonder op het gebied van de consumentenbescherming.

[...]

Om de redenen die de advocaat-generaal in de punten 25 en 26 van zijn conclusie heeft uiteengezet, is het Koninkrijk der Nederlanden er niet in geslaagd aan te tonen, dat in zijn rechtsorde gelijkwaardige bepalingen bestaan als de artikelen 4, lid 2, en 5 van de richtlijn.’

Waar ging het om? Op welke punten schoot het Nederlandse recht tekort? Artikel 4 lid 2 van de richtlijn bepaalde uitdrukkelijk dat ook bedingen omtrent het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst en de gelijkwaardigheid tussen prijs en geleverde goederen of diensten (de zogenoemde ‘kernbedingen’) als oneerlijk konden worden aangemerkt, wanneer zij onduidelijk of vaag zouden zijn gebleken. Ingevolge artikel 6 van de richtlijn moest de consument de verbindendheid van die bedingen

44 Aldus ook HR 19 september 1997, NJ 1998, 6, NJ 2000, 559, AA 1998, p. 602 (Jac. Hijma), TvC 1998, p. 36 (G.J. Rijken), vervolgd in Hof Amsterdam 7 mei 1998, AA 1998, p. 788 (Jac. Hijma), TvC 1999, p. 338 (G.J. Rijken: ‘De Nederlandse regels betreffende algemene voorwaarden, waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat zij de richtlijn incorporeren, moeten aldus worden uitgelegd dat zij aan consumenten tenminste dezelfde bescherming bieden als de richtlijn, terwijl de richtlijn aan een verdergaande bescherming in het Nederlandse recht niet in de weg staat.’)

45 HvJ EG 10 mei 2001, C-144/99.

kunnen uitsluiten. Maar artikel 6:231 BW sloot nu juist de kernbedingen van het begrip algemene voorwaarden uit. Dat impliceerde een wezenlijke beperking van de werkingssfeer van de richtlijn en dus een ernstig tekortschieten van de Nederlandse wetgeving.

Maar dat was nog niet het enige bezwaar van het Europese Hof van Justitie tegen de Nederlandse regeling. De richtlijn codificeerde in artikel 5 een *transparantie*-richtlijn: 'In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgesteld bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld,' aangevuld met een sanctie in de tweede volzin van datzelfde artikel 5, de ons hier bezig houdende *contra proferentem*-uitlegregel: 'In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie.' Die bepalingen had de Nederlandse wetgever ook al per 17 november 1999 ingevoerd. Maar dat bleek niet voldoende te zijn. De richtlijn voegde namelijk in artikel 5 aan de *transparantie*- en *contra proferentem*-regel met zoveel woorden toe dat voorkomen moet worden dat deze regel (die is bedoeld als bescherming van de consument) kan verkeren in haar nadeel wanneer de gebruiker zich met een beroep op deze *contra proferentem*-regel zou kunnen verzetten tegen een rechterlijk verbod op het gebruik van algemene voorwaarden die onduidelijk zijn geredigeerd en als oneerlijke bedingen aan te merken zijn. Daarvoor kende de richtlijn dus nog een derde volzin van die strekking. En daar komt een aapje uit de mouw, want een dergelijk resultaat kon niet worden bereikt met de (inmiddels: oude) afdeling 6.5.3, omdat die afdeling de gebruiker van de algemene voorwaarden nog de mogelijkheid bood om zich met een beroep op de *contra proferentem*-regel tegen een verbodsvordering te verweren. Dus heeft op 10 mei 2001 het Europese Hof van Justitie Nederland veroordeeld wegens onjuiste implementatie van de richtlijn. Nu is het een belangrijke vraag die onder de richtlijn meestal gesteld moet worden of de overeenkomst een overeenkomst is die door de richtlijn bestreken wordt. Wanneer het niet gaat om een geval van consumentenbescherming, dan mist de richtlijn toepassing. Pas als het gaat om een consumentenovereenkomst, dient de Nederlandse wet richtlijnconform te worden geïnterpreteerd. Toch hoeft die vraag niet steeds gesteld te worden, want er zijn vele wegen die naar Rome leiden. Ook bij consumentencontracten kan soms het Haviltex-criterium voldoende uitkomst bieden, in ieder geval een uitkomst die onder vigeur van de *contra proferentem*-regel niet anders zou uitvallen. Dat bleek bijvoorbeeld in de zaak van Aegon schadeverzekering NV tegen Jan Veeneman.⁴⁶

⁴⁶ HR 11 oktober 2002, NJ 2003, 416.

Veeneman was autospuitser. Hij had een arbeidsongeschiktheidsverzekering bij Aegon. Op zeker moment werd hij voor 100% arbeidsongeschikt. Drie maanden later ging hij failliet. Aegon zag zijn kans schoon en zette de uitkering stop met het argument dat er sedert het faillissement geen sprake meer was van arbeidsongeschiktheid in de zin van de polis. Veeneman kon immers zijn beroep feitelijk en juridisch niet meer uitoefenen, maar dat was volgens Aegon het gevolg van zijn faillissement. Veeneman was, aldus Aegon, niet langer 'rechtstreeks en uitsluitend door de medische gevolgen van ziekte of ongeval niet in staat was de werkzaamheden terzake van zijn verzekerde beroep uit te oefenen'. Dat was wel een heel singuliere interpretatie van het begrip 'arbeidsongeschiktheid' uit de polis, die dekking bood 'als de verzekerde rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van ziekte of ongeval voor ten minste 25% niet in staat is tot het verrichten van de werkzaamheden verbonden aan zijn op het polisblad vermelde beroep, zoals dat voor deze beroepsbezigheden in de regel en redelijkerwijs van hem kan worden verlangd'. Aegon beriep zich voor die interpretatie op 'de binnen de verzekeringsbranche heersende opvattingen ten aanzien van verzekeringen als de onderhavige', maar het hof maakte met die opvatting korte metten. Het paste het Haviltex-criterium toe, oordeelde dat Veeneman deze particuliere interpretatie niet kende en niet hoefde te kennen en dat daarom de door Aegon genoemde woorden zijn te begrijpen als de werkzaamheden die in het algemeen bij de uitoefening van dat beroep worden verricht, omdat het, bij de beoordeling van de vraag wat partijen zijn overeengekomen aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de desbetreffende polisvoorwaarden mochten toekennen en op hetgeen zij op dit punt redelijkerwijs van elkaar (aan inzicht) mochten verwachten. Misschien had het Hof ook de *contra proferentem*-regel te hulp kunnen roepen, maar het heeft dat niet gedaan. Terecht: tegenover Occam's scheermes houdt die regel in dit geval geen stand, maar dat geldt alleen, omdat het resultaat van toepassing van het Haviltex-criterium in dit geval tot hetzelfde resultaat leidt als de *contra proferentem*-regel.

Iets dergelijks deed zich voor in een zaak die eveneens betrekking had op een arbeidsongeschiktheidspensioen, Pieterse tegen Nationale-Nederlanden Levensverzekering Maatschappij NV.⁴⁷ Pieterse was door zijn werkgever, Haskoning, uitgezonden naar Nigeria. Daar heeft hij een ongeluk gekregen waardoor hij arbeidsongeschikt is geraakt. Haskoning had – ter nakoming van haar in het pensioenreglement neergelegde toezegging –

47 HR 18 oktober 2002, NJ 2003, 258, m.nt. MMM, Pensioen Jurisprudentie 2003, 7, m.nt. E. Lutjens. Over dit arrest P. Clausing in: Uitleg verzekering ten gunste van een derde, in AV&S 2003, nr. 5, p. 174-179; J.P. Heering, Contra proferentem: uitlegregel of gezichtspunt, WPNR 2003, 6518, p. 99-102; C. de Groot & P.A.C.E. van der Kooij, Uitleg van polisclausules, in: Mendel-bundel 'Zekerheidshalve', Deventer 2003, p. 37 e.v.

voor haar werknemers een collectieve verzekering afgesloten ter dekking van het risico van arbeidsongeschiktheid tijdens de uitzendperiode tot het niveau van een WAO-uitkering en Pieterse vorderde dan ook uitkering uit hoofde van deze verzekering. Nationale Nederlanden weigerde echter de uitkering met een beroep op de artikelen 7 en 11 van het pensioenreglement, achtereenvolgens luidende (art. 7):

‘Het arbeidsongeschiktheidspensioen gaat in zodra de deelnemer 52 weken arbeidsongeschikt is geweest en nog is en loopt door zolang de arbeidsongeschiktheid bestaat, doch uiterlijk tot de ingangsdatum van het oudedagspensioen, een en ander met inachtneming van de desbetreffende voorwaarden van verzekering.’

respectievelijk (art. 11):

‘Indien het deelnemerschap anders dan door overlijden eindigt vóór de ingangsdatum van het oudedagspensioen en het deelnemerschap dan minder dan een jaar heeft geduurd, vervallen alle aanspraken en wordt door ons aan de gewezen deelnemer een bedrag uitgekeerd ter grootte van de door hem betaalde bijdragen.

Indien het deelnemerschap dan een jaar of langer heeft geduurd, behoudt de gewezen deelnemer recht op het deel van het te verkrijgen oudedagspensioen dat is gevormd door de over de periode tot de beëindiging aan Nationale-Nederlanden betaalde bedragen.’

Het hof volgde Nationale Nederlanden in die interpretatie. Het leidde uit de geciteerde bepalingen af dat Pieterse geen aanspraak op uitkering kon doen laten ingaan op een moment gelegen na beëindiging van zijn deelnemerschap. De in het pensioenreglement neergelegde toezegging hield volgens het hof dan ook niet in dat een minder dan 52 weken voor het einde van het deelnemerschap van Pieterse ontstane arbeidsongeschiktheid aanspraak zou geven op een arbeidsongeschiktheidspensioen. Er was, met andere woorden, te dien aanzien geen sprake van een toezegging van dekking voor het zogenoemde ‘narisico’ of ‘uitloop’ na de beëindiging van het deelnemerschap.

Pieterse was het met die interpretatie volstrekt oneens. Nu was het een complicatie dat het hier ging om een verzekeringsovereenkomst waarop de EG-Richtlijn 93/13 d.d. 5 april 1993 en hetgeen ter uitvoering van die richtlijn is bepaald in artikel 6:238 lid 2 BW (de *contra proferentem*-regel) nog niet van toepassing was. De Hoge Raad oordeelde dus dat het bij de uitleg van de toepasselijke verzekeringsvoorwaarden en het pensioenreglement van de werkgever (waaraan de werknemer zich heeft onderwor-

pen) uitgangspunt dient te zijn dat het aankomt op de zin die partijen bij de verzekeringsovereenkomst – de werkgever als verzekeringnemer en de verzekeraar – en voorzover het het pensioenreglement betreft enerzijds de werkgever en anderzijds de uitgezonden werknemers, in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze voorwaarden onderscheidenlijk dit reglement mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Voorts moeten bij die uitleg de aard en strekking van de onderhavige verzekering in aanmerking genomen worden. In dat verband is van belang dat het hier gaat om een door de werkgever ter nakoming van haar in het pensioenreglement neergelegde toezegging gesloten verzekering en dat de strekking van de toezegging en van de ter uitvoering daarvan gesloten verzekering is geweest het ondervangen van de gevolgen van het niet-verzekerd zijn voor de WAO van de uitgezonden werknemers.

Ten slotte is van belang dat ten aanzien van de onderhavige verzekering als algemeen gezichtspunt heeft te gelden dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen dat een eenzijdig door de verzekeraar opgestelde polisvoorwaarde in geval van twijfel over de uitleg ervan in het nadeel van de verzekeraar en ten gunste van de verzekerde moet worden uitgelegd. In een geval als dit, waar de verzekeraar de verzekeringsovereenkomst gesloten heeft met een werkgever ten behoeve van diens werknemers die niet bij de totstandkoming van de verzekeringsovereenkomst betrokken zijn geweest, geldt dit algemene gezichtspunt evenzeer. Het moet bovendien in aanmerking worden genomen bij de uitleg van het pensioenreglement ter uitvoering waarvan de verzekeringsovereenkomst is gesloten, voorzover dat reglement bij de uitleg van die overeenkomst een rol speelt.

Waar ging het bij de beoordeling van de tegengestelde interpretaties van het pensioenreglement om? Pieterse voldeed aan de drie eisen waaraan degene die aanspraak maakt op een arbeidsongeschiktheidsverzekering moet voldoen; zou hij niet zijn uitgezonden, dan zou hij recht hebben gekregen op een WAO-uitkering. In het licht daarvan en in aanmerking genomen dat de strekking van de onderhavige verzekering is geweest het ondervangen van de gevolgen van het niet-verzekerd zijn voor de WAO van de uitgezonden werknemers, had het hof niet mogen volstaan met een zuiver grammaticale interpretatie van de polis en het pensioenreglement, nu deze leidt tot een maatschappelijk onaanvaardbaar resultaat. Verzekeringsmaatschappijen zijn er uiteindelijk om uit te keren als de calamiteit waarvoor de verzekering gesloten is, zich daadwerkelijk voltrekt. Zij horen niet aan hun taak en verantwoordelijkheid te kunnen ontkomen door een spitsvondig beroep op een grammaticale interpretatie

van de door hen opgestelde polis. Van oudsher heeft men daarvoor de *contra proferentem*-regel. In de verhouding tot consumenten is zij gecodificeerd.

6 De vier voorbeelden

Zo langzamerhand wordt het mogelijk om een voorspelling te doen hoe de vier aan het begin gegeven voorbeelden afliepen. Laten wij ze alle vier nog even bezien.

6.1 Eerste voorbeeld⁴⁸

De gestolen tassen in de nauwelijks bezette ontbijtzaal van een gerenomeerd hotel waren slechts een luttel moment door Dullaart uit het oog verloren. Dat vond de kantonrechter onvoorzichtig: een doorsnee voorzichtige reiziger en zeker een ervaren reiziger als Dullaart had de tassen bij voortduring in het oog moeten houden, oordeelde hij. De annotator Hendrikse is het niet eens met de kantonrechter. Hij is van mening dat de vordering ten aanzien van de bankpassen en de waardepapieren rechtstreeks had moeten worden afgewezen op grond van het bepaalde in artikel 22 van de verzekeringsvoorwaarden. Inderdaad laten de duidelijke bewoordingen van die bepaling geen twijfel toe. Ook Dullaart kan op grond van de tekst van de polisvoorwaarden geen uitkering ten aanzien van die gestolen goederen verwachten. Maar ten aanzien van de andere goederen? Hendrikse wil op de 'normale voorzichtigheidsclausule' de *contra proferentem*-regel loslaten. Zijns inziens is die clausule een schoolvoorbeeld van een onduidelijk beding in een consumentenovereenkomst. Een eenduidige interpretatie is immers niet te geven en Dullaart viel niet meer dan een moment van onbedachtzaamheid te verwijten.

6.2 Tweede voorbeeld⁴⁹

Linneman had een woning gekocht met een constructief gebrek. Hij had jegens de verkoper recht op correcte nakoming van diens verplichtingen, maar dankzij de verzekering hoefde hij niet eerst de verkoper aan te spreken. Hij had een rechtstreekse aanspraak op de verzekeraar voor zijn schade. Nu definieerde de polis de schade als herstelkosten. Zijn dat de integrale herstelkosten, zoals Linneman wilde, of mocht de verzekeraar een 'nieuw voor oud'-korting toepassen. De polis was in dat opzicht niet duidelijk. Zij was opgesteld door de verzekeraar. Zou uitkering van de integra-

⁴⁸ Ktg. Amsterdam 19 augustus 1999, Prg 2000, 5531 m.nt. M.L. Hendrikse.

⁴⁹ Ktg. Zuidbroek 14 oktober 1999, Prg 2000, 5422 m.nt. M.L. Hendrikse.

le kosten in strijd komen met het indenniteitsbeginsel, dan was er misschien reden voor een aftrek ‘nieuw voor oud’, maar de strekking van de verzekering en het vertrouwen dat bij Linneman gewekt was dat hij geen financieel risico zou lopen, geven de doorslag: *contra proferentem*.

6.3 Derde voorbeeld⁵⁰

Ja, was Morgan Stanley nu wel of niet een *investment counselor*? Het merkwaardige was dat de polis wel heette te leveren een *Investment Counselors Errors and Omissions and Fiduciary Liability Insurance*, maar de polis bevatte geen definitie van het begrip *investment counselor*. Dus was dat begrip onduidelijk. Dus keek het hof naar de bedoeling van partijen. Die van Morgan Stanley was duidelijk: de bank wenste een risicodekking voor zijn investeringsadviezen. De bedoeling van de verzekeraar (New England) was iets minder expliciet: die wilde geen dekking geven aan niet-professionele investeringsadviseurs. Bij die onduidelijkheid is er maar één oplossing: *contra proferentem*. Overigens moet worden opgemerkt dat in het Anglo-Amerikaanse recht deze regel een veel grotere en veel belangrijker rol speelt dan in het continentale recht en zeker niet beperkt is tot consumentenovereenkomsten of verzekeringsovereenkomsten.⁵¹

6.4 Vierde voorbeeld⁵²

Volgens het hof valt een dergelijk annuleringskostenbeding onder het bereik van EEG-Richtlijn 93/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het hof overweegt dat krachtens artikel 6 de doelstelling van de richtlijn is om de individuele consument te beschermen tegen oneerlijke bedingen, zodat de nationale rechter bevoegd is alle oneerlijke bedingen ambtshalve te toetsen. Immers, zo overweegt het hof, de doelstelling van de richtlijn kan mogelijk niet worden bereikt, indien de consument zelf het oneerlijke karakter van bedingen aan de orde moet stellen, in het bijzonder indien hij uit onwetendheid geen beroep doet op het oneerlijke karakter van een beding. En dan gaat het hof aan de gang. Aangezien Poppeliers geen onderbouwing heeft gegeven van haar mogelijke winstderving en geen uitvoeringshandelingen heeft verricht, acht het hof een beroep op het annuleringsbeding oneerlijk, omdat het beding het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en

50 222 Federal Reporter Supp. 2d 381 (S.D.N.Y. 2002).

51 Anson's Law of Contract, 28th edition by J. Beatson, Oxford 2002, p. 170 e.v.; G. Treitel, The Law of Contract, 11th edition, London 2003, p. 222 e.v.

52 Gerechtshof Arnhem 12 december 2000 en 5 juni 2001, NJ 2001, 622, PRG 2003/6032.

verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort. De vordering van Poppeliers werd dan ook afgewezen. Dat was overigens anders in een ongeveer tezelfdertijd door het Hof Den Haag besliste zaak.⁵³ De aannemer Bogers hanteerde algemene voorwaarden waarin een annuleringsbeding was opgenomen. De schade van Bogers werd volgens dat beding in geval van annulering door de cliënt gefixeerd op 35% van de aanneemsom. Onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:237 aanhef en onderdeel i BW? Bij Poppeliers was volgens het Hof Arnhem 40% onredelijk bezwarend; hoe is het met 35% in Den Haag? De in artikel 6:237 onderdeel i BW voorkomende zinsnede 'behoudens voor zover het betreft een redelijke vergoeding voor door de gebruiker geleden verlies of gederfde winst' is in dit verband doorslaggevend. Poppeliers had in het geheel geen kosten gemaakt; Bogers had kosten gemaakt waarvan het totaal boven de bedongen 35% lag. Dat hij zijn schadevergoeding desalniettemin beperkte tot de contractueel overeengekomen 35% van de aanneemsom had goede zin: hij kon volstaan met een berekening van zijn registeraccountant en was niet tot verdere bewijslevering van de grootte van zijn schade gehouden.

7 Besluit

Het is een prachtige regel, de *contra proferentem*-regel. Het begrip *proferens* wisselt van tijd tot tijd. Soms omvat het iedere crediteur, dan weer alleen degene die het beding gemaakt heeft. De betekenis ervan wisselt van plaats tot plaats en van tijd tot tijd. In de *Common law* heeft de regel een aanzienlijk grotere betekenis dan in de *civil law*, zij het dat in de veertiende eeuw Bartolus en de zijnen haar eveneens een zeer ruime betekenis wisten toe te kennen. De natuurrechtsleraren waren iets bescheidener en deden de slinger van de klok weer terugveren. In het voetspoor van de Code civil waren de Europese codificaties gematigd terughoudend en die beweging op de weg terug leek in de twintigste eeuw door te zetten. Het Duitse BGB codificeerde de *contra profitentem*-regel niet. En toen kwam de Raad van Europa met een richtlijn. De slinger van de klok leek weer de andere kant op te gaan.

⁵³ Hof 's-Gravenhage 21 december 2000, NJ 2001, 341.