CONTRA PROFERENTEM

INLEIDING

1 Inleiding

Het Latijnse werkwoord proferre heeft de betekenis van: te voorschijn brengen, openbaar maken, produceren.[1] Dienovereenkomstig kan de uitleg *contra proferentem* worden omschreven als de uitleg - van een voor meer dan één interpretatie vatbaar contractueel beding - in het nadeel van degene die dat beding heeft (opgesteld en) ingebracht.

Deze uitlegmethode mag zich in een behoorlijke populariteit verheugen. Nog recent werd zij neergelegd in Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten[2] (art. 5) en in de Unidroit Principles of International Commercial Contracts (art. 4.6)[3].

ROMEINS RECHT[4]

2 Contra stipulatorem

Verschijningsvormen van de interpretatie contra proferentem waren reeds in de klassiek-Romeinse tijd bekend. Als belangrijkste bron geldt de volgende Celsus-tekst:

> D. 34,5,26(27) (Celsus):
> Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est.
> Wanneer bij een stipulatie de vraag rijst wat er bedoeld is, werkt een dubbelzinnigheid ten nadele van de stipulatiecrediteur.[5]

Zie tevens D. 45,1,38,18, toegespitst op (de uitleg van) de gehanteerde bewoordingen:

> D. 45,1,38,18 (Ulpianus):

---

[1]Muller/Renkema/Leeman, *Beknopt Latijns-Nederlands Woordenboek*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1970, p. 738-739.

[2]PbEG 21 april 1993, L 95/29.

[3]Unidroit, Principles of International Commercial Contracts, Rome: Unidroit 1994, p. 97.

[4]Met name de Duitse hoogleraar Christoph Krampe heeft op dit terrein diepgaand onderzoek verricht. Van zijn hand verschenen *Die Unklarheitenregel*, Berlin: Duncker & Humblot 1983 (hierna te noemen: Krampe), alsmede Die ambiguitas-Regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung (ZSS)* 100/113, 1983, p. 185-228. Voorts zij gewezen op H.E. Troje, Ambiguitas contra stipulatorem, *Studia et documenta historiae et iuris* (SDHI) 27, 1961, p. 93-177; R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, South Africa/Deventer/Boston: Juta/Kluwer 1990, reprint 1992, p. 639-642.

[5]Vertaling Spruit/Feenstra/Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis*, Deel IV, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu 1997, p. 886.

online publication GROM XV (1998)

> In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.
> Wanneer bij stipulaties de vraag rijst wat er bedoeld is, dienen de woorden in het nadeel van de stipulator te worden uitgelegd.

Het is wederom Celsus, die de achtergrond van het principe uiteenzet:

> D. 45,1,99 pr. (Celsus):
> (...) ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.
> (...) en gewoonlijk leggen wij uit ten gunste van de promissor, omdat de stipulator de vrijheid had de woorden op een uitvoerige manier op te stellen.[6]

Voor een goed begrip van deze teksten zij bedacht, dat zij specifiek betrekking hebben op de figuur van de *stipulatio*, de geformaliseerde mondelinge belofte, die hierdoor wordt gekenmerkt dat de stipulator jegens de promissor een bepaalde vraag uitspreekt (bijvoorbeeld: 'Sestertiorum decem milia mihi dare spondesne?'), waarop de promissor met een eenvoudige bevestiging antwoordt ('Spondeo').[7] De bewoordingen waarin de belofte is vervat zijn derhalve gekozen en geuit door de stipulator, niet door de zich verbindende promissor. Het is dan ook niet het crediteurschap dat de interpretatie in het nadeel van de stipulator verklaart en rechtvaardigt, maar het feit dat de gebruikte woorden van hem afkomstig zijn: het was de stipulator - en niet de promissor - die de mogelijkheid had om door het kiezen van eenduidige bewoordingen het latere interpretatiedispuut te voorkomen.

3. *Contra venditorem, contra locatorem*

Het is niet uitsluitend op het terrein van de stipulatio dat de Romeinse juristen een dergelijke 'dubbelzinnighedenregel' kenden. Er worden enkele parallelle uitspraken aangetroffen met betrekking tot bedingen (pacta) in een overeenkomst van koop en verkoop (emptio venditio) of huur en verhuur (locatio conductio). Zie:

> D. 2,14,39 (Papinianus):
> Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.
> Bij de oude juristen is de mening overheersend dat een duistere of dubbelzinnige afspraak in het nadeel werkt van de verkoper of verhuurder; het heeft in hun macht gelegen de con-

[6]Zie ten aanzien van deze tekst Krampe, *ZSS* 1983, p. 200 e.v.
[7]Zie Kaser/Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971, p. 47; Zimmermann, o.c., p. 68 e.v.; J.H.A. Lokin, *Prota*, Groningen 1993, p. 293-295.

tractsvoorwaarden duidelijker op schrift te stellen.[8]

D. 18,1,21 (Paulus):
Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.
Labeo schrijft dat onduidelijkheden in een afspraak eerder moeten worden uitgelegd ten nadele van de verkoper die de formulering heeft gebruikt dan ten nadele van de koper, aangezien eerstgenoemde, toen de zaak nog open lag, zich helderder had kunnen uitdrukken.[9]

D. 50,17,172,pr. (Paulus):
In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est.
Bij het sluiten van een koopovereenkomst dient een onduidelijk beding in het nadeel van de verkoper te worden uitgelegd.

De in de eerste en tweede tekst vervatte motivering sluit naadloos aan bij hetgeen hierboven werd aangetekend met betrekking tot de stipulatio: een dubbelzinnigheid wordt in het nadeel van de verkoper c.q. verhuurder uitgelegd, omdat *deze* haar had kunnen voorkomen door zich duidelijker uit te drukken. Een en ander overeenkomstig de toenmalige praktijk, waarin het inderdaad de verkoper/verhuurder was die de pacta formuleerde.[10] In de derde geciteerde tekst ontbreekt een motivering; reeds omdat zij evenals de tweede van Paulus stamt, kan gevoeglijk worden aangenomen dat zij op dezelfde argumentatie berust.

4. *Contra proferentem, contra eum pro quo profertur*

In de middeleeuwen is uit deze incidentele vindplaatsen, die alleen op de stipulatio en op bedingen in het kader van een (ver)koop of (ver)huur zagen, een algemene regel afgeleid.[11]

Accursius (ca 1250) kiest daarbij de bewoordingen die nog heden ten dage gebruikelijk zijn: 'in dubio contra proferentem'.[12]

Een eeuw later tekent Bartolus het navolgende aan:[13]

Ambigua conventio interpretatur contra eum, pro quo profertur.
Een dubbelzinnige afspraak wordt uitgelegd in het nadeel van degene te wiens behoeve zij is inge-

---

[8]Vertaling Spruit/Feenstra/Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis*, Deel II, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu 1994, p. 235.
[9]Vertaling Spruit/Feenstra/Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis*, Deel III, Zutphen/'s-Gravenhage: Walburg Pers/Sdu 1996, p. 429.
[10]Hierop wordt gewezen door Krampe, p. 13-14, met vermelding van bronnen. Evenzo L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht I*, Groningen-Batavia: Wolters 1941, p. 284, met verwijzing naar D. 18,1,21 (bovengeciteerd) en naar het oud-Franse adagium 'qui vend le pot dit le mot'.
[11]Zie over deze ontwikkeling Krampe, p. 14-15.
[12]Aldus de Accursische Glosse, zoals geciteerd bij Krampe, p. 14.
[13]Bartolus a Saxoferrato, *Commentaria*, zoals geciteerd bij Krampe, p. 14.

bracht.

en:

> Debet ergo pactum interpretari semper contra eum pro quo apponitur.
> Derhalve moet een beding altijd worden uitgelegd in het nadeel van degene te wiens behoeve het is toegevoegd.

Ofschoon Krampe schrijft dat Bartolus het beginsel daarmee heeft 'ergänzt',[14] lijkt het erop dat veeleer sprake is van een accentverschuiving: de laatstgeciteerde teksten verplaatsen de aandacht *van* degene die het dubbelzinnige beding heeft opgesteld, *naar* degene wiens belang ermee wordt gediend. De hoedanigheden van opsteller en begunstigde zullen wel vaak, maar niet altijd, samengaan.

Met het andere accent zijn noodzakelijkerwijs een andere achtergrond en ratio verbonden: de interpretatie *contra proferentem* berust op de gedachte dat de aanbrenger het probleem had kunnen (en moeten) voorkomen door zijn woorden zorgvuldiger te kiezen, terwijl de uitleg *contra eum pro quo profertur* - op zichzelf beschouwd - veeleer lijkt terug te voeren op het gevoelen dat de partij die door het beding toch al wordt bevoordeeld, niet via een gunstige(r) uitleg het onderste uit de kan moet kunnen halen.[15]

5. *Regula subsidiaria*

Ook in de periode nadien vormen de dubbelzinnighedenregel en zijn varianten het voorwerp van diverse bespiegelingen. Maar dat wil niet zeggen dat de regel van eminent praktisch belang wordt geacht of anderszins grote waardering geniet. Integendeel vestigen de schrijvers steeds nadrukkelijker de aandacht op de toegangspoort, die door het in 'dubio' wordt geconstitueerd. Naar de gangbare opinie is sprake van een *regula subsidiaria*, die alleen dán aan de orde komt, als zich geen betere methode aandient om in het gerezen interpretatieprobleem te voorzien.[16]

CODIFICATIE(S)

6. *Codificatie-overzicht*

Ondanks zijn subsidiaire status heeft de dubbelzinnighedenregel het in een aanzienlijk aantal

---

[14]Krampe, p. 14, 16.
[15]Vgl. Krampe, p. 15.
[16]Zie de analyse door Krampe, p. 15, met vermelding van bronnen. Soms wordt zelfs gesproken van een 'tertiary rule'; aldus recent, met betrekking tot het Zuid-Afrikaanse recht, Van der Merwe/Van Huyssteen/Reinecke/Lubbe/Lotz, *Contract, General Principles*, Cape Town/Wetton/Johannesburg: Juta 1993, p. 223.

landen tot codificatie weten te brengen.[17]

Het Pruisische Allgemeines Landrecht van 1794 bevat de volgende bepalingen:

> ALR I, 5, § 266-267:
> Kann ein Vertrag nach vorstehenden Regeln nicht erklärt werden, so is 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.

En de Franse Code civil (1804) bepaalt in artikel 1162:

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

Niet lang nadien wordt in Oostenrijk het Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (1811) van kracht, waarin de volgende regel is opgenomen:

> § 915 ABGB:
> Bei einseitlich 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.

In 1838 volgt Nederland[18] het Franse voorbeeld; hetzelfde geschiedt in Italië[19] (1865).

De Spaanse Código Civil (1889) blijft niet achter. Artikel 1288 hiervan is als volgt geformuleerd:[20]

> Art. 1288 CC:
> La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

In het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch, ingevoerd in 1900, ontbreekt een regel van het hier besproken type. De Duitse wetgever ging ervan uit dat het codificeren van algemene uitlegregels - uitzonderingen daargelaten - weinig zin zou hebben, en bovendien het gevaar van een onwenselijk-rigide toepassing in zich zou dragen. Met de invoering van het AGB-Gesetz in

---

[17]Een op punten - met name wat de Duitse landen betreft - uitvoeriger overzicht biedt Krampe, p. 15-24.
[18]Art. 1358 BW (oud); zie hierna, § 9 e.v.
[19]Art. 1137 cc (oud), afgedrukt bij Krampe, p. 16.
[20]Zie R. Valpuesta Fernandez (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Valencia: Tirant Lo Blanch 1994, p. 399-401.

1977 is in Duitsland op het deelterrein der algemene voorwaarden inmiddels wel een geschreven regel voorhanden. Deze luidt, zonder veel omhaal:

> § 5 AGB-Gesetz:
> Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen zu Lasten des Verwenders.

In de nieuwe Italiaanse codice civile, van kracht geworden in 1942, is een soortgelijke koers gevolgd: geen algemene regel, wel een op algemene voorwaarden toegesneden bepaling. Zie:

> Art. 1370 cc:
> Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro.

Ook Europese Richtlijn 93/13/EEG, betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, bevat een neerslag van de contra-proferentem-gedachte:

> Art. 5:
> In geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. (...).

Als gevolg van Richtlijn 93/13/EEG en de incorporatie daarvan in de diverse nationale wetgevingen kan worden afgerond met de aantekening dat thans in de meeste landen[21] van de Europese Gemeenschap een geschreven contra-proferentem-regel bestaat, althans op het door de Richtlijn bestreken terrein: dat van niet-individuele bedingen in een overeenkomst tussen een professional en een consument.[22]

7. *Enkele observaties*

Dit (niet uitputtende) overzicht van wettelijke vindplaatsen maakt drieërlei duidelijk.

Ten eerste, dat betrekkelijk veel wetgevers aanleiding hebben gezien om tot codificatie van (een variant van) de algemene contra-proferentem-gedachte over te gaan.

Ten tweede, dat deze geneigdheid tot wettelijke vastlegging op haar retour is: Duitsland 1900, Italië 1942, Nederland 1992 (§ 12). Zulks evenwel met uitzondering van het deelterrein der algemene voorwaarden: Italië 1942, Duitsland 1977, en na 1993 in vele Europese landen,

---

[21] Zie over Nederland hierna, § 15.
[22] Art. 2-3 Richtlijn.

parallel, ter uitvoering van Richtlijn 93/13/EEG.[23] Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat de Unidroit Principles, die juist voor niet-consumentencontracten zijn geschreven, de volgende bepaling bevatten:

> Art. 4.6:
> If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

Unidroits begeleidend commentaar bevat echter een relativerende kanttekening:[24]

> 'The extent to which this rule applies will depend on the circumstances of the case; the less the contract term in question was the subject of further negotiations between the parties, the greater the justification for interpreting it against the party who included it in the contract.'

In de derde plaats valt op, dat in de verschillende wettelijke teksten nogal wisselende accenten worden gelegd: vaak staat de veroorzaker van de dubbelzinnigheid centraal, soms echter de crediteur en/of de door het beding bevoordeelde partij. Die wisselende accenten lijken - sedert Bartolus - inherent aan de besproken problematiek. Zij worden eveneens aangetroffen in rechtsstelsels als het Engelse en het Zuid-Afrikaanse, waar een codificatie ontbreekt. Voor Engeland schrijft Treitel dat het beginsel van 'construction contra proferentem' betekent dat de clausule wordt uitgelegd tegen de partij 'at whose instigation it was included in the contract and who now seeks to rely on it';[25] voor het Zuid-Afrikaanse recht verwoordt Van der Merwe c.s. het beginsel aldus, dat 'a contract or its terms must, in cases of doubt, be construed against the party by whom or on behalf of whom it was formulated'.[26]

8. *Pothier en Code civil*

De Franse codificatie heeft, zoals bekend, sterk de invloed ondergaan van het werk van Pothier. Pothier heeft zich beijverd om, steunend op Romeinsrechtelijke bronnen, regels voor de uitleg van overeenkomsten te formuleren. Wat de hier aan de orde zijnde kwestie betreft, geraakt hij tot de volgende omschrijving:[27]

> Septième règle:
> Dans le doute, une clause doit s'interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la

[23]Zie bijv. in het Verenigd Koninkrijk de Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, van kracht sedert 1 juli 1995.
[24]Unidroit, o.c., p. 97.
[25]G.H. Treitel, *The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell 1995, p. 202.
[26]Van der Merwe c.s., o.c., p. 223.
[27]R.J. Pothier, *Traité des Obligations*, nr. 97; geraadpleegd werd een postume editie, Leide(n): Van Leeuwen 1873, p. 39.

décharge de celui qui a contracté l'obligation.

Artikel 1162 van de Franse Code civil (§ 6) vormt hiervan de directe neerslag.

Mede gelet op Pothiers begeleidende commentaar ('Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué') heeft het er de schijn van dat Pothier, en in zijn voetspoor de wetgever, min of meer onbewust een samensmelting heeft bewerkstelligd van enerzijds de uitleg contra proferentem, en anderzijds de uitleg contra quem pro quo profertur (§ 4): *de crediteur had zich maar beter moeten uitdrukken.* De verwantschap van het Franse werkwoord stipuler met de Latijnse termen stipulare en stipulatio heeft deze vereniging wellicht in de hand gewerkt.

Gezien het feit dat de posities van crediteur en 'uitdrukker' niet per se samenvallen, bestaat tussen Pothiers regel en de achtergrond daarvan een zekere discrepantie, welke die regel onder spanning zet en welhaast tot kritiek en toepassingsmoeilijkheden moet leiden. Voor artikel 1162 Code civil, waarin de twee in Pothiers regel vervatte componenten ('contre celui ...' en 'à la décharge de celui ...') nog wat inniger versmolten lijken, geldt hetzelfde.

9. Artikel 1385 BW (oud); contra creditorem

De Nederlandse wetgever anno 1838 heeft aan de besproken interpretatieregel geen eigen gedachten gewijd. Volstaan is met een vertaling van het Franse voorbeeld:

> Art. 1385 BW (oud):
> In geval van twijfel, wordt eene overeenkomst uitgelegd ten nadeele van dengenen die iets bedongen, en ten voordeele van hem die zich verbonden heeft.

Duidelijk moge zijn, dat de in artikel 1162 Cc ingebakken spanning (§ 8) daarmee ook in het Nederlandse wetboek is geïncorporeerd.

Als wij wat langer bij de tekst van artikel 1385 (oud) verwijlen, komen nog twee andere potentiële problemen aan het licht.

In de eerste plaats: als de overeenkomst (zoals meestal) wederkerig is, geldt voor beide partijen dat zij iets bedingen *en* zich verbinden, zodat het artikel structureel niet-toepasbaar (b)lijkt.[28] Deze blokkade kan worden geëcarteerd door niet de rechtsverhouding in haar totaliteit te bezien, maar te onderzoeken wie ten aanzien van het in dit specifieke beding geregelde punt de positie van bedinger of belover inneemt. In deze zin handelt inderdaad de heersende leer.[29] Overigens werd door Pothier, die van 'une clause' repte (vgl. art. 1162 Cc: 'une con-

[28]Vgl. G.H. Lankhorst, in: A.G. Castermans c.s. (red.), *Oud en nieuw*, BW-Krant Jaarboek 1988, Leiden 1988, p. 16.

[29]Zie HR 10 november 1916, *NJ* 1916, 1283 (Groninger Waterleiding); *Contractenrecht IV* (De Klerk-Leenen), nr. 59, met vermelding van meer vindplaatsen.

vention'), in dit opzicht meer direct helderheid verschaft.

Een ander probleem kan hierin worden onderkend, dat artikel 1385 (oud) - evenals artikel 1162 Cc en Pothiers zevende regel - in het vage laat waarop de termen 'bedingen' en 'zich verbinden', die kennelijk als twee zijden van één medaille worden beschouwd, precies betrekking hebben: gaat het er om wie *crediteur* is ten aanzien van het door het beding geraakte aspect van het contract, of veeleer om de vraag wie door het litigieuze beding *begunstigd* wordt? Ook hier geldt dat een en ander vaak zal samenvallen, maar dat dat zeker niet per se het geval is. Men denke aan een beding tussen A en B dat bepaalt dat A onder bepaalde omstandigheden met een afgeslankte prestatie mag volstaan. Wie wordt dan door artikel 1385 (oud) getroffen? Is dat B, omdat deze de crediteur is van de betrokken prestatie, of is het juist A, omdat het beding in diens voordeel werkt? Naar mijn gevoel ligt de laatste optie, die herinnert aan Bartolus' contra eum pro quo profertur, meer voor de hand dan de eerste. Met enige goede wil is zij ook nog wel met de tekst der wet te verenigen: 'zich verbinden' kan worden gelezen als 'zich binden aan', en zou daarmee aldus kunnen worden verstaan, dat het verwijst naar degene die in en met het onderzochte beding 'inlevert' ten opzichte van hetgeen normaliter zou hebben gegolden. In de discussie rond artikel 1385 heeft deze kwestie echter geen cruciale rol gespeeld. Literatuur en rechtspraak spreken eenvoudig van schuldeiser en schuldenaar, en lijken daarmee op zichzelf - dat wil zeggen: los van hierna te bespreken vraag of het niet om de proferent had moeten gaan - uit de voeten te kunnen.[30] Met het oog hierop zal ik deze complicatie ook in het navolgende verder buiten beeld laten, en zal artikel 1385 (oud), conform de gangbare benadering, als regel van uitleg *contra creditorem* worden gekwalificeerd.

10. Vervolg; literatuur en rechtspraak

Diephuis[31] noemt artikel 1385 (oud) 'volkomen redelijk'. Hij legt verband met artikel 1902 (oud), dat aangaf dat de bewijslast van het bestaan van een recht rust op degene die dat recht beweert te hebben. Dan volgt een achtergrondschets:[32]

> 'Die iets bedingt, behoort te zorgen, dat genoegzaam duidelijk blijke wat hij bedingt, en zal bij gebreke daarvan het zich zelven te wijten hebben, zoo hij geen regt kan doen gelden op hetgeen niet blijkt door hem bedongen te zijn.'

Diephuis gaat dus soepel mee met Pothiers verstrengeling van crediteur en proferent. Er is m.i. maar één manier om die benaderingswijze inhoudelijk te verantwoorden: men zou het zo moe-

---

[30]Zie bijvoorbeeld Pitlo/Bolweg, *Verbintenissenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1979, p. 280: 'Falen alle andere regels dan geldt: de overeenkomst uitleggen ten gunste van de schuldenaar'. Zie ook de andere bronnen genoemd in *Contractenrecht IV* (De Klerk-Leenen), nr. 59 e.v.

[31]G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Deel X, Groningen: Wolters 1886, p. 466.

[32]Diephuis, t.a.p.

ten zien, dat een crediteur in spe bij iedere door de debiteur gelaten dubbelzinnigheid zal dienen in te grijpen en de door de debiteur aangedragen formulering zal moeten concretiseren of corrigeren.[33] Het zou mij bepaald verbazen als Diephuis dit inderdaad heeft bedoeld. Veeleer lijkt het aldus te zijn dat hij, in het spoor van Pothier en de wetgever(s), er als min of meer vanzelfsprekend van is uitgegaan dat crediteur en proferent dezelfde persoon zijn.

In later tijd zijn de schrijvers zich in meerderheid tegen de regel van artikel 1385 (oud) gaan keren. Zij voeren aan dat er geen reden is de schuldeiser te benadelen op de enkele grond dat hij schuldeiser is, en dat degene die iets bedingt en degene die iets formuleert niet behoeven samen te vallen.[34] Deze kritiek komt erop neer dat de wetgever ten onrechte het crediteurschap bepalend heeft bevonden; beter had, zoals in het oude Rome, het 'producentschap' van het beding centraal kunnen staan.

Ook de Hoge Raad der Nederlanden heeft zich herhaaldelijk over artikel 1385 BW (oud) gebogen. Zijn arresten hebben vrijwel steeds de strekking dat het artikel door de lagere rechter terecht *niet* is toegepast; het college toont weinig animo om de contra-creditorem-regel door te voeren.[35] In geëxpliciteerde vorm komt de genomen afstand naar voren in HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 52 (Laclé/ABN):

> '3.2. (...). Het bepaalde in art. 1366 BW van Aruba (= art. 1385, oud, Nederlands BW) behoefde het Hof niet van dit oordeel te weerhouden, nu het bij dit artikel slechts gaat om een algemeen gezichtspunt dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen.'

Dat de hoedanigheid van crediteur in de ogen van de Hoge Raad niet wezenlijk is, en in ieder geval wordt overschaduwd door de hoedanigheid van aanbrenger van het beding (proferent), wordt voorts onderstreept door diverse arresten inzake algemene verzekeringsvoorwaarden. Bij de uitleg daarvan toont het college zich geneigd in het nadeel van de verzekeraar te denken (§ 13), hoewel deze met betrekking tot de - veelal aan de orde zijnde - gehoudenheid tot uitbetaling de positie van debiteur inneemt. Artikel 1385 (oud), dat in de andere richting wijst, wordt eenvoudig genegeerd.

Al met al lijkt de slotsom op haar plaats, dat de interpretatie contra creditorem al onder het oude recht, haar wettelijke verankering ten spijt, op sterven na dood kon worden genoemd.[36]

---

[33]Enigszins anders Pitlo/Bolweg, t.a.p.
[34]Zie voor een bronnenoverzicht *Contractenrecht IV* (De Klerk-Leenen), nr. 60.
[35]Zie de vindplaatsen vermeld in *Contractenrecht IV* (De Klerk-Leenen), nr. 59-62.
[36]Recentelijk is het artikel in bescherming genomen door A.C. van Schaick, *WPNR* 6311 (1998), p. 275.

11. Artikel 1509 BW (oud); contra venditorem

Artikel 1385 is niet de enige plaats in het oude Burgerlijk Wetboek die aan de contra-proferentem-gedachte is gelieerd. De kooptitel bevat, aan het begin van de tweede afdeling ('Van de verplichtingen der (des) verkoopers'), de volgende bepaling:

> Art. 1509 BW (oud):
> De verkooper is gehouden om duidelijk uit te drukken waartoe hij zich verbindt; alle duistere en dubbelzinnige bedingen worden te zijnen nadeele uitgelegd.

Het artikel wordt beschouwd als een uitzondering op artikel 1385 (oud), nu het leidt tot een uitleg in het nadeel van de verkoper ongeacht wie 'bedongen heeft'.[37] Ook deze regel is overgenomen uit de Franse Code civil:

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

De oorsprong in de in § 3 genoemde Digesten-teksten is onmiskenbaar. Tegelijk dringt de constatering zich op, dat de oorspronkelijke contra-proferentem-achtergrond - het was de verkoper die de pacta formuleerde - aan het contra venditorem is komen te ontvallen, zodat de regel van artikel 1509 (oud) geheel op de eigen merites moet worden beoordeeld. En die merites zijn gering. Literatuur en rechtspraak benadrukken sterk dat het om een ultimum remedium gaat; zolang er nog enige andere uitlegmethode onbeproefd is, mag een beding niet 'duister en dubbelzinnig' heten in de zin van artikel 1509 (oud).[38] Het uiterst lage profiel van het wetsartikel is treffend onder woorden gebracht door Meijers:[39]

> 'Art. 1509 B.W. kan alleen toegepast worden, wanneer een overeenkomst, niettegenstaande alle regels van uitlegging daarop zijn toegepast, nog duistere en dubbelzinnige bedingen heeft. M.a.w. wanneer de rechter een uitlegging gegeven heeft, zonder art. 1509 B.W. toe te passen, treft hem nooit een verwijt.'

12. Nieuw Burgerlijk Wetboek

Het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 1992 bevat, anders dan zijn voorganger, maar conform het Duitse BGB, geen samenstel van uitlegregels: de materie is overgelaten aan de algemene bepaling van artikel 3:35 (vertrouwensbeginsel), met op de achtergrond daarvan artikel 6:248

---

[37]Asser/Kamphuisen, 3-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 55-56.
[38]Zie de vindplaatsen vermeld bij Asser/Kamphuisen, o.c., p. 56.
[39]Noot *NJ* 1936, 416, p. 714.

(redelijkheid en billijkheid). Ter motivering wordt in de Toelichting Meijers opgemerkt dat de uitlegbepalingen van het oude wetboek 'gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn'.[40] Het is alleszins aannemelijk dat het laatste verwijt onder meer op artikel 1385 (oud) betrekking heeft.

Naar geldend Nederlandse recht ontbeert de contra-proferentem-gedachte derhalve, in al haar mogelijke varianten, een wettelijke status.

HEDENDAAGS RECHT[41]

13. Contra proferentem; Hoge Raad

De uitleg *contra proferentem* kan, hoewel zij het ten onzent nimmer tot codificatie heeft weten te brengen, op aanzienlijk meer sympathie bogen dan de uitleg contra creditorem en die contra venditorem. In dit kader is veelzeggend, dat de schrijvers die over artikel 1385 (oud) de staf breken, daaraan soms toevoegen dat een werkelijke contra-proferentem-regel eerder hun instemming zou wegdragen.[42]

Ook de Hoge Raad heeft zich meermalen in positieve zin, zij het niet steeds in gelijkelijk positieve zin, over de contra-proferentem-gedachte uitgelaten. Belangrijke bakens vormen HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser), HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liszkay/Harman), HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760 (Brackel/UNAT) en HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance).

Het eerste arrest betreft de koop van onroerend goed. Projectontwikkelaar Matser had aan Ram een stuk grond verkocht en daarbij, op basis van een bijgetypte clausule, 1,5% van de koopsom in rekening gebracht voor door hem (Matser) verrichte bemiddeling. Als Ram duidelijk wordt dat Matser niet heeft bemiddeld, ageert hij uit onverschuldigde betaling. Matser evenwel betoogt dat de clausule hem wel degelijk recht geeft op de 1,5%, nu hij bemiddelingswerk heeft laten verrichten door een aantal makelaars. Hoe het beding te interpreteren? De Rechtbank geeft Ram gelijk, het Hof Matser. De A-G Ten Kate concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad echter casseert, onder meer overwegende:

> 'dat het (...) 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.'

---

[40]T.M., *Parl. Gesch Nieuw BW, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p. 916.

[41]De huidigrechtelijke component van dit opstel sluit aan bij een beschouwing van schrijver dezes in de - binnenkort te verschijnen - bundel *Contractvrijheid* onder redactie van T. Hartlief, J.P. Jordaans en C.J.J.M. Stolker, Deventer: Kluwer 1999.

[42]L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch verbintenissenrecht I*, Groningen-Batavia: Wolters 1941, p. 284; evenzo Hofmann/Abas, I-2, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 174.

In het tweede arrest gaat het om de uitleg van twee algemene voorwaarden in een verzekeringsovereenkomst, welke, in onderling verband gelezen, meer dan één interpretatie toelaten. Het Hof verkiest de door verzekeraar voorgestane optie, overwegende dat een taalkundige uitleg tot die conclusie voert en dat de (nader besproken) omstandigheden van het geval niet tot een andere uitkomst aanleiding geven. In cassatie poneert Liszkay de stelling dat naar ons recht de *regel* bestaat dat onduidelijkheden in een door een professionele verzekeraar geredigeerd beding in algemene verzekeringsvoorwaarden steeds - behoudens door het middel niet nader aangegeven uitzonderingen - ten gunste van de niet professionele verzekerde moet worden uitgelegd. De Hoge Raad riposteert:

> '3.3. (...). Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard, nog daargelaten dat Liszkay naar `s hofs vaststelling (...) als ondernemer handelde.'

Aansluitend overweegt hij:

> '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 af of die keuze gerechtvaardigd is. Tot die relevante omstandigheden behoren o.m. 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.'

Naar deze jurisprudentie heeft het contra proferentem niet de status van *regel*, maar ligt het, een slag zwakker, wel 'in het algemeen voor de hand'. Men zou het aldus kunnen verwoorden, dat in de(ze) optiek van de Hoge Raad kennelijk sprake is van een *zwaar gezichtspunt*.

In de nadien gewezen arresten lijkt het gewicht van het besproken gezichtspunt nog wat te zijn teruggelopen. In HR 24 september 1993, *NJ* 1993, 760 (Brackel/UNAT) overweegt de Hoge Raad, in reactie op de in het cassatiemiddel aangedragen stelling dat bij twijfel over de uitleg van een verzekeringsvoorwaarde, die voorwaarde in het nadeel van de verzekeraar dient te worden uitgelegd, dat:

> '3.8. (...) het hierbij slechts gaat om een algemeen gezichtspunt dat bij de beoordeling door de feitenrechter van de uit te leggen overeenkomst naar gelang van de omstandigheden mag meewegen.'

Deze bewoordingen komen letterlijk overeen met die welke de Hoge Raad in zijn arrest van 13 november 1992, *NJ* 1993, 52 (Laclé/ABN) had gebezigd met betrekking tot het contra creditorem van artikel 1385 (oud).[43] Die gelijkschakeling verbaast enigszins, nu artikel 1385

[43]Zie hierboven, § 10.

gemeenlijk ongelukkig wordt bevonden, terwijl de interpretatie contra proferentem een betere reputatie heeft. Maar wat daarvan zij, in de visie van de Hoge Raad lijkt het contra proferentem per slot van rekening niet veel meer dan een *gewoon gezichtspunt*, dat op gelijke voet met allerlei andere gezichtspunten en wegingsfactoren tot het rechterlijk uitleg-oordeel kan bijdragen.

In HR 12 januari 1996, *NJ* 1996, 683 m.nt. MMM (Kroymans/Sun Alliance) wordt deze laatste koers bestendigd. De Hoge Raad overweegt:

> '3.4. Onderdeel 2 van het middel beroept zich in de eerste plaats op een volgens het onderdeel geldende rechtsregel, samengevat weergegeven 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. Vooreerst gaat het 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 (HR 24 september 1993, NJ 1993, 760). Het Hof heeft klaarblijkelijk geen grond aanwezig geoordeeld om dat gezichtspunt bij zijn uitleg van de polisvoorwaarde het gewicht toe te kennen dat het onderdeel daaraan wil geven, welk oordeel, verweven met feitelijke waarderingen als het is, in cassatie niet op zijn juistheid kan worden getoetst en niet onbegrijpelijk is, noch ook nadere redengeving behoefde.'

14. Optisch bedrog?

Of de beide laatstgenoemde arresten, waarin nog slechts van een algemeen gezichtspunt wordt gesproken dat de rechter 'mag meewegen', inderdaad een afzwakking behelzen ten opzichte van de beide eerdere, waarin van een 'ligt voor de hand' werd gerept,[44] is nog niet zo eenvoudig te zeggen. Als men nader onderzoekt over *welke formulering* van het contra proferentem de Hoge Raad zich in de verschillende arresten precies uitlaat, dan blijkt dat de rechtsoverwegingen in Ram/Matser en Liszkay/Harman betrekking hebben op de situatie waarin een professionele opsteller staat tegenover een niet-professionele wederpartij, terwijl in de beide laatste arresten slechts, in algemene(r) zin, van verzekeraar en verzekerde wordt gesproken. Dat het contra-proferentem-gezichtspunt *zwaarder* is of wordt wanneer men er, behalve het aanbrengerschap als zodanig, meteen in meeneemt dat de opsteller een professioneel opererende partij is, en nóg weer zwaarder als ook het eventuele consument-zijn van de wederpartij wordt geïncorporeerd, behoeft nauwelijks betoog. Het is goed denkbaar dat de verschillende formuleringen van de Hoge Raad op dit punt zijn terug te voeren, waarmee de gesignaleerde 'afzwakking' op optisch bedrog zou berusten.

Wat hiervan zij, helder is dat naar de jurisprudentie van de Raad niet in termen van een *regel*, maar in die van een *gezichtspunt* dient te worden gedacht.

---

[44] In deze zin J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht I*, Deventer: Kluwer 1997, p. 199; A.C. van Schaick, *WPNR* 6311 (1998), p. 275.

15. De Europese complicatie

Diverse schrijvers gaan, anders dan de Hoge Raad, uit van de aanwezigheid van een contra-proferentem-*regel*.[45] Deze benaderingswijze heeft recentelijk een flinke steun in de rug gekregen door de verschijning van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waarin in artikel 5 de contra-proferentem-gedachte is verankerd (zie § 5).

De Nederlandse wetgever heeft een aanpassing van de nog jonge nationale wetgeving aan de Richtlijn niet noodzakelijk bevonden.[46] Nu de implementatietermijn inmiddels is verstreken (31 december 1994),[47] is de gemeenschapsrechtelijke plicht tot richtlijnconforme interpretatie actueel: de rechter is gehouden het nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen overeenkomstig de bewoordingen en het doel van de Richtlijn. Het is onder meer[48] op het stuk van de contra-proferentem-interpretatie, dat deze gehoudenheid zich kan doen gelden.

Verschillende schrijvers betogen, dat de Hoge Raad op het door de Richtlijn bestreken terrein - te weten: dat van niet-individuele bedingen in een overeenkomst tussen een professionaal en een consument[49] - zijn gezichtspuntbenadering voor een *vaste regel* zal moeten inruilen.[50] Wissink[51] evenwel heeft een vraagteken geplaatst bij de noodzaak tot een dergelijke overschakeling. Hoewel het formeel bezien wellicht sierlijk zou zijn geweest als de Nederlandse wetgever artikel 5 in het wetboek had overgenomen,[52] en het, in het verlengde daarvan, denkelijk een Europees-correcte indruk zou maken als de Hoge Raad (voor de door de Richtlijn bestreken gevallen) voortaan van een regel zou gaan spreken, geloof ik - met Wissink - niet dat met een dergelijke koerswijziging enig *materieel* belang zou zijn gediend. Ik moge dat standpunt verduidelijken.

16. Uitleg, ambiguïteit, twijfel

Over de vraag of het contra proferentem als een regel, een voor-de-hand-liggendheid of een algemeen gezichtspunt moet worden opgevat mag verschil van mening heersen, op een ander punt bestaat eenstemmigheid: de inzetbaarheid van het contra proferentem staat of valt met de

---

[45]E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden*, diss. Leiden 1978, Deventer: Kluwer 1978, nr. 257; P. Clausing, *Verzekeren en vertrouwen*, Afscheidscollege UvA 1989, Deventer: Kluwer 1989, p. 13-15; vgl. R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz*, diss. VU 1991, Deventer: Kluwer 1991, nr. 219-222.
[46]Kamerstukken II 1992/93, 21 109, nr. 66, p. 6; M.H. Wissink, *Bb* 1995, p. 3.
[47]Art. 10 Richtlijn 93/13/EEG.
[48]Een inventarisatie van knelpunten bieden R.H.C. Jongeneel, *TvC* 1993, p. 117-130, en Jac. Hijma, in: S.C.J.J. Kortmann c.s. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 415-425.
[49]Art. 2-3 Richtlijn 93/13/EEG.
[50]E.H. Hondius, *NTBR* 1993, p. 111; R.H.C. Jongeneel, *TvC* 1993, p. 123; B. Wessels, *WPNR* 6239 (1996), p. 720.
[51]M.H. Wissink, in: M.E. Franke c.s. (red.), *Europees Contractenrecht*, BW-Krant Jaarboek 1995, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 164-169.
[52]Zie mijn zojuist aangehaalde opstel in de bundel *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, p. 425.

aanwezigheid van *twijfel* over de betekenis die rechtens aan het litigieuze beding dient te worden toegekend. Zonder ambiguïteit geen contra proferentem.[53] Deze voorwaarde van meerduidigheid is, hoewel men haar vanzelfsprekend kan noemen, voor de gedachtenvorming van kardinale betekenis. Dat komt, doordat het hier niet gaat om een simpele ja-of-neen-kwestie, maar om een intrinsiek graduerende vraagstelling, welke het niet zonder een nadere (juridische) invulling - is in het voorliggende geval sprake van rechtens *redelijke twijfel*? - kan stellen.

Bedacht zij dat de figuur van het contra proferentem behoort tot het uitlegleerstuk, en dat het bij de uitlegging van de overeenkomst in het algemeen aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bewuste bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Aldus overwoog de Hoge Raad in zijn standaardarrest van 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex), waaraan het college nog toevoegde dat hierbij mede van belang kan zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Het contra proferentem is m.i. te situeren als een toepassing van dit algemene uitlegmodel, in dier voege, dat de opsteller van een beding ervan zal *moeten* en de wederpartij ervan zal *mogen* uitgaan, dat, zo bij de toetsing van het 'over en weer mogen toekennen en mogen verwachten' een serieuze twijfel resteert, aan het beding de voor de proferent ongunstige betekenis zal worden gehecht.

De crux nu is gelegen in de alleszins reële mogelijkheid dat in een situatie waarin in abstracto twijfel zou kunnen bestaan, reeds op grond van *andere* de casuspositie kenmerkende gezichtspunten en wegingsfactoren - dat wil zeggen: andere dan het contra proferentem - een definitieve uitslag (interpretatie) wordt bereikt. Aan een uitleg contra proferentem komt men dan eenvoudig niet meer toe, zelfs niet, indien naar positief recht de meest pregnante vorm daarvan - die van een 'vaste regel' - vigerend zou zijn.

Bezien wij een voorbeeld. A, handelaar in koeien en schapen, verkoopt vijf koeien en tien schapen aan boer B. In het door A geredigeerde contract staat onder meer, dat indien een van de afgeleverde schapen binnen twee maanden (eigener beweging) mocht komen te overlijden, A gehouden zal zijn 'een ander dier' na te leveren. Heeft B, als binnen de termijn een schaap sterft, recht op nalevering van een koe? Hoewel de woorden 'een ander dier' in abstracto zulk een uitleg toelaten, zal in concreto voor beide partijen duidelijk (moeten) zijn dat op een vervangend schaap wordt gedoeld. Aan een toepassing van het contra proferentem, in die zin dat de voor de verkoper ongunstige uitleg wordt verkozen en hij desverlangd een koe zou moeten naleveren, komen we niet toe; het tegendeel lijkt, het onhandige gebruik door de verkoper van het woord 'dier' ten spijt, nauwelijks verdedigbaar.

---

[53]In zoverre loopt er een rechte lijn van Celsus (D. 34,5,26: ambiguitas) naar Richtlijn 93/13/EEG (art. 5: twijfel). Zie ook art. 1378 e.v. (oud) BW.

17. Inschakelingsgevoeligheid

Het voorbeeld toont aan, dat de toepasselijkheid van het contra proferentem niet reeds gegeven is bij de enkele *mogelijkheid* van twijfel, maar staat of valt met het antwoord op de vraag of een *redelijke* twijfel bestaat. Als men vervolgens gaat zoeken naar maatstaven die deze redelijkheidstoets reliëf kunnen geven, dan komt men m.i. welhaast automatisch terecht bij factoren als de deskundigheid en/of professionaliteit bij de opsteller van het beding, de ondeskundigheid en/of niet-professionaliteit van de wederpartij, de eventuele bijstand door een deskundige, de aard van de overeenkomst, de aard van het bewuste beding, de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest, etcetera. Kortom: bij een reeks van gezichtspunten die in het algemeen, in het raam van de Haviltex-formule, voor de contractsuitleg van betekenis (kunnen) zijn.

Is deze analyse juist, dan zullen, ook indien met een contra-proferentem-*regel* wordt gewerkt, in de aan de inschakeling van die regel *voorafgaande* gedachtenfase - is sprake van (voldoende) twijfel? - reeds allerlei andere omstandigheden van het geval hun invloed (kunnen) doen gelden. Of het bij zulk een grote en structurele 'inschakelingsgevoeligheid' zin heeft om van een regel te spreken, kan men zich in gemoede afvragen. Op de keper beschouwd zou het hooguit gaan om een *zogeheten* regel, om een pseudo-regel, die zich in materieelrechtelijk opzicht niet van een gezichtspunt zou weten te onderscheiden.

In het perspectief der rechtshistorie kan deze conclusie worden beschouwd als hedendaagse opvolger van de in § 5 omschreven leer dat bij de uitleg contra proferentem sprake is van een subdisiaire regel, die alleen mag worden toegepast waar andere - al snel: betere - interpretatiemethoden geen uitkomst bieden.

18. Een illustratie

In de rechtspraak blijkt een beroep op het contra-proferentem-principe inderdaad niet zelden te stranden op de klip dat onvoldoende (grond voor) twijfel bestaat. In cassatie is de Hoge Raad - gezien de sterk feitelijke inslag van de contractsuitleg weinig verwonderlijk - geneigd zich aan een dergelijk oordeel van de lagere rechter te conformeren.[54] Met name HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 285 m.nt. MMM (Trouwborst/Tollenaar & Wegener) verdient in dit verband de aandacht.

Trouwborst, uitbaatster van een Rotterdams café, lijdt brandschade. Verzekeraar T&W keert niet uit omdat de elektrische installatie niet, zoals de verzekeringsvoorwaarden (onder de kop Garanties) voorschrijven, aan de norm NEN 1010 voldeed, hetgeen tenminste éénmaal per drie jaar door een installatiebureau moest worden gecontroleerd. Trouwborst, die de

[54]Met betrekking tot art. 1385 (oud) zij gewezen op HR 16 mei 1929, *NJ* 1929, 1424 m.nt. PS (Van Rompu/Bank Associatie). Zie voor meer vindplaatsen *Contractenrecht IV* (De Klerk-Leenen), nr. 62.

verzekeringsovereenkomst nog geen drie jaar geleden had gesloten, betoogt dat uit de clausule slechts volgt dat zij de installatie binnen drie jaar na de contractsdatum moest laten controleren. De Rechtbank geeft haar in deze uitleg gelijk. Het Hof daarentegen overweegt dat Trouwborst, temeer daar de laatste keuring circa 25 jaar geleden had plaatsgevonden, niet mocht aannemen dat zij nog drie jaar mocht laten verlopen. En als Trouwborst zelf niet over voldoende deskundigheid beschikte om de zin en strekking van de garantieclausule te begrijpen, dan is nog - zo rondt het Hof af - van belang dat zij werd bijgestaan door een assurantietussenpersoon die geacht moet worden haar de betekenis van de clausule te (hebben) kunnen uitleggen. In cassatie klaagt Trouwborst onder meer dat het Hof de clausule contra proferentem had moeten interpreteren. Maar de Hoge Raad verwerpt het beroep:

> '3.3. (...) De klachten falen. Zij miskennen dat de rechter die, zoals het Hof in dit geval, een door de verzekeraar opgestelde clausule in redelijkheid niet voor meer dan één uitleg vatbaar oordeelt, in beginsel geen aanleiding heeft om desondanks een voor de verzekerde minder bezwarende uitleg te kiezen. Het Hof heeft in rov. 4.7 en 4.8 voldoende inzicht gegeven in de gedachtengang die tot de in rov. 4.6 aanvaarde uitleg heeft geleid.'

Het arrest biedt een krachtige illustratie van het hierboven gesignaleerde punt, dat de aanwezigheid van twijfel een relatief begrip is, en dat de rechter aan de hand van alle (relevante) gegevens van het geval zal beoordelen of de zaak zich al dan niet leent voor een afwikkeling krachtens het contra-proferentem-principe.

19. Beperkte betekenis

Het komt mij voor dat de contra-proferentem-idee, met name als gevolg van Richtlijn 93/13/EEG en de daarmee verbonden discussie, meer in de schijnwerpers is komen te staan dan zij heden ten dage kan waarmaken.

In essentie gaat het om een van de middelen die de rechter ten dienste staan en hebben gestaan om (bepaalde) scherpe kanten af te vijlen van de tot uitgangspunt genomen contractsvrijheid.[55] In een tijdsgewricht waarin de rechter over allerlei andere - krachtiger - instrumenten beschikt, zoals ten onzent de artikelen 6:233 en 6:248 BW, komt aan de contractsuitleg contra proferentem slechts een rol toe in de periferie. Hoezeer de macht inmiddels door andersoortige middelen is overgenomen, treedt helder naar voren in Duitsland, waar in het kader van § 5 AGB-Gesetz de figuur van de 'kunden*feind*liche Auslegung' tot ontwikkeling is gekomen: gegeven de aanwezigheid van een krachtige inhoudscontrole,[56] zal de wederpartij soms het meest zijn gebaat bij een uitleg in haar *nadeel*, welke het onderzochte beding onder

[55]Vgl. Zimmermann, o.c., p. 641.
[56]§ 8-11 AGB-Gesetz (Unwirksame Klauseln).

het mes van de inhoudscontrole brengt en langs *die* weg de ecartering ervan bewerkstelligt.[57]

De rol van de uitleg contra proferentem wordt naar mijn gevoelen overschat, als men van de Hoge Raad eist dat hij - (althans) voor door de Richtlijn bestreken gevallen - de gezichtspunt-benadering voor een vaste regel inruilt. De winst die op deze wijze te behalen valt, is hooguit op het vlak van de uiterlijke schijn gelegen. De vraag die momenteel ter beantwoording voorligt, is uiteindelijk deze: wat heeft de voorkeur, juridische 'eerlijkheid' en consistentie in nationaal perspectief, dan wel zichtbare uniformiteit in Europees verband?

BESLUIT

20. Regula et ratio

De lotgevallen van de interpretatie contra stipulatorem, contra venditorem, contra locatorem, contra proferentem en contra eum pro quo profertur zijn niet alleen boeiend in het kader van het leerstuk zelf, maar hebben ook uit een meer algemeen gezichtspunt betekenis. Die lotgevallen immers tonen aan hoe een in origine zinnige gedachte (uitlegging tegen de formulerende persoon) langzamerhand kan verwateren en/of vervormen (uitlegging tegen de crediteur) en vervolgens onbegrepen kan raken, doordat de oorspronkelijke ratio (betrokkene had zich maar beter moeten uitdrukken) niet langer wordt gediend en voor de nieuw-ontstane regel geen overtuigende ratio aanwijsbaar is.

Hoewel het 'formeel' de geschreven regels van de voormalige artikelen 1385 (contra creditorem) en 1509 (contra venditorem) zijn die - via Pothier en de Code civil - op het Romeinse recht teruggaan, is het inhoudelijk beschouwd juist de ten onzent strikt genomen ongeschreven gebleven idee der interpretatie contra *proferentem*, die bij de klassiek-Romeinse juristen heeft voorgezeten. Een betere illustratie van de stelling dat regel en ratio één zijn, en dat er ongelukken van komen wanneer men een regel onder verwaarlozing van zijn ratio formuleert, analyseert, interpreteert of implementeert, ware, zo zou ik menen, moeilijk denkbaar.

JAC. HIJMA LEIDEN

[57]Zie Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Gesetz*, Köln: Schmidt 1993, § 5, Rn. 4-5, 30 e.v. Vgl. M.H. Wissink, in: M.E. Franke c.s. (red.), *Europees Contractenrecht*, BW-Krant Jaarboek 1995, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 165-166.