

Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse*

25 jaar nieuw vermogensrecht: uitleg van overeenkomsten in het handelsrecht^{1, 2}

Met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever het leerstuk van uitleg van contracten grotendeels overgelaten aan de rechtspraak. In deze bijdrage zal worden gezien hoe geschillenbeslechtters in de praktijk omgaan met uitleggeschillen in het handelsrecht. Daarbij zal aandacht zijn voor het twee-fasen-uitlegmodel en de bijzondere Haviltex-omstandigheden die voor de handelspraktijk van belang zijn. Verder zal er aandacht zijn voor de vraag in hoeverre het contra-proferentebeginsel toepasbaar is in het handelsrecht.

1. INLEIDING

Woorden in overeenkomsten zijn vaak niet zo duidelijk als ze op het eerste gezicht lijken.³ In de commerciële praktijk ziet men daarom regelmatig uitlegdisputen tussen contractpartijen die niet zelden leiden tot juridische procedures. In deze bijdrage versta ik overigens onder uitleg van een overeenkomst het volgende: vaststellen wat er in de overeenkomst precies is geregeld en daarmee ook vaststellen hetgeen onterecht is gebleven.^{4,5}

Het oud Burgerlijk Wetboek kende een uitgebreide regeling aangaande uitleg van contracten in art. 1378-1387. In het huidige Burgerlijk Wetboek ontbreekt een dergelijke regeling. Het huidige Burgerlijk Wetboek kent alleen een contra-proferentemregel voor het geval er sprake is van een onduidelijk beding in een *consumenten*overeenkomst. In eerdere publicaties besteedde ik al enige aandacht aan het twee-fasen-uitlegmodel. Het model kan uitkomst bieden – niet alleen voor de geschillenbeslechter maar

* Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse is onder meer hoogleraar Handelsrecht en Verzekeringsrecht aan de Open Universiteit en tevens houder van de JPR advocaten leerstoel aldaar, directeur van het UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS), vicevoorzitter van de Geschillencommissie Kifid en hoofdredacteur van dit tijdschrift.

- Deze bijdrage bouwt voort op de volgende publicaties: M.L. Hendrikse, 'Interpretation of Contracts in Maritime Practice: Benefits from Instruments for European Harmonisation of Private Law', *EJCL* 2015, afl. 1/2 (hierna: Hendrikse 2015), p. 1-6; M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Uitleg van verzekeringsvoorwaarden', in: *Verzekeringsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 26-60 (hierna: Hendrikse & Rinkes 2015) en M.L. Hendrikse, 'De reikwijdte van het contra-proferentebeginsel in het verzekeringsrecht', *NTHR* 2010, afl. 3 (hierna: Hendrikse 2010), p. 95-103.
- In mijn bijdrage zal met name aandacht zijn voor toepassingen in het verzekeringsrecht en het vervoerrecht. Dit hangt voor een groot deel samen met mijn praktijkervaring in die rechtsgebieden.
- De filosoof Wittgenstein dacht aanvankelijk – zie zijn werk *Tractatus Logico-Philosophicus* uit 1922 – dat het mogelijk zou zijn om zinnen te maken die slechts op één manier konden worden uitgelegd. In zijn postume werk *Philosophische Untersuchungen* uit 1955 erkent hij evenwel dat het onmogelijk is om iets te verklaren zonder de mogelijkheid van een misverstand. Taal kan altijd op verschillende manieren worden begrepen. Zie over deze kwestie H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014, p. 41-42.
- Dit is de heersende leer. Zie onder andere in die zin J.H. Nieuwenhuis/M.C.I.M. Duynstee & O. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015 (hierna: Nieuwenhuis 2015), p. 55: 'Bij onenigheid over de uitvoering van de overeenkomst blijkt bijna steeds dat het door partijen uitdrukkelijk overeengekomene leemten bevat die met behulp van het objectieve recht (wet, gewoonte, redelijkheid en billijkheid) moeten worden aangevuld. Maar eerst moet worden vastgesteld of hetgeen partijen hebben afgesproken een leemte bevat.' Zie ook W.L. Valk, in: *Uitleg van rechtshandelingen* (Preadvis voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016 (hierna: Valk 2016): p. 81: 'In theorie is de scheidslijn tussen uitleg en de aanvullende werking van de redelijkheid en de billijkheid principieel: de aanvullende werking veronderstelt dat partijen op het desbetreffende punt niets zijn overeengekomen, dus een leemte.'
- Er is nog een andere benadering: de normatieve uitlegmethode met beroemde aanhangers als Eggens, Suijling, Schoordijk en Van Dunné. Nieuwenhuis omschrijft deze methode kernachtig als volgt: 'Door middel van uitleg wordt hier aan het overeengekomene een beperktere draagwijdte toegekend dan de bewoordingen doen vermoeden. Reeds bij het vaststellen van hetgeen door partijen is overeengekomen (uitleg) wordt rekening gehouden met de eisen van redelijkheid en billijkheid.' Zie Nieuwenhuis 2015, p. 60. Zie voor een fraai voorbeeld van toepassing van deze methode in de rechtspraak het *Rederij Koppe*-arrest, HR 20 mei 1949, *NJ* 1950/72. De wetgever heeft evenwel met de codificatie van de rechtsfiguur van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het Nieuw Burgerlijk Wetboek voor een andere weg gekozen.

ook voor de contractpartijen – in geval van een uitlegdispuut.⁶

Voor de *geschillenbeslechter* is het model een handig instrument om tot een goed onderbouwd oordeel te komen op basis waarvan een beslissing kan worden genomen over het uitlegdispuut.

Voor de *contractpartijen* is het onderhavige model een handig instrument om de zaak goed te kunnen analyseren en om de proceskansen in te kunnen schatten. In zekere zin is er sprake van een bedrijfskundige SWOT-analyse, een analyse waarbij onder andere de sterke en zwakke punten van een bepaald voorstel in kaart worden gebracht.

Dit model is niet een puur academische benadering van een uitleggeschied. Het model is immers het resultaat van een analyse van rechtspraak op onderhavig punt.⁷ Ik heb het model afgeleid van de wijze waarop rechters in hun uitspraken omgaan met uitleggeschillen.⁸

Het model kent de volgende twee stappen.

In de eerste fase dient beoordeeld te worden of de contractbepaling in kwestie duidelijk (er is één mogelijke lezing van de bepaling), onduidelijk (er zijn twee of meer mogelijke lezingen van de bepaling) of onbegrijpelijk (er is geen touw aan vast te knopen) is.

Hoe stelt een geschillenbeslechter nu vast of een beding duidelijk, onduidelijk of onbegrijpelijk is? Toepassing van het Haviltex-criterium is de hoofdregel.⁹ Dit criterium luidt:

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. 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. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.’¹⁰

Uit het Haviltex-criterium volgt dat een *taalkundige* uitleg van een bepaling in een schriftelijke overeenkomst niet doorslaggevend is. Er moet ook gekeken worden naar *bijzondere* omstandigheden die op een *objectieve* of *subjectieve* uitleg van de verzekeringsvoorwaarde in kwestie kunnen duiden.

Onderhavig arrest noemt twee bijzondere omstandigheden die beide een *subjectieve* uitleg ondersteunen maar er zijn meer bijzondere omstandigheden te noemen en sommige van die omstandigheden wijzen op een *objectieve* uitleg.¹¹ Kortom, het is zaak *alle* factoren in kaart te brengen en dan een definitieve conclusie te trekken. In paragraaf 2 van deze bijdrage zal een aantal¹² van die factoren die voor de handelspraktijk van belang zijn besproken worden.

Mogelijke resultaten van het eerste-fase-onderzoek zijn daarmee de volgende:

1. De clause is duidelijk en dan dient die ene lezing als uitgangspunt te worden genomen ook al pakt die nadelig uit voor de partij die niet de voorwaarden heeft ingebracht/geredigeerd.¹³
2. In geval van onduidelijkheid (variant 1) of onbegrijpelijkheid (variant 2) van de clause in kwestie ligt de zaak moeilijker. Hier breekt de tweede fase van het twee-fasen-uitlegmodel aan.

Ik wil mij in deze bijdrage beperken tot de situatie dat er sprake is van een *onduidelijk* beding. Indien er sprake is van een onduidelijk beding in een *consumentenovereenkomst* zal de *contra-proferentemregel* ex art. 6:238 lid 2 tweede zin BW te worden toegepast: de voor de consument-wederpartij meest gunstige uitleg van het onderhavig beding prevaleert.¹⁴ In paragraaf 3 van deze bijdrage zal de vraag aan de orde komen of het *contra-proferentembeginsel* ook een rol speelt in geval van een *niet-consumentenovereenkomst*. Deze kwestie is voor de handelspraktijk van groot belang.

6. Zie Hendrikse 2015, p. 2 en Hendrikse 2010, p. 95.

7. Het model is het resultaat van het combineren van het *Haviltex*-arrest van 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 met onder andere HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378 (*Polygram*); HR 16 mei 2008, *NJ* 2008/284 (*Chubb*) en HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/575 (*MeyerEurope/PontMeyer*).

8. Het model is niet alleen een bruikbare beschrijving van de wijze waarop in Nederland met uitleggeschillen wordt omgegaan. Het model is tevens een goede weergave van de praktijk op onderhavig punt in landen zoals Engeland en Duitsland. Zie Hendrikse 2015, p. 2-4.

9. Door sommige auteurs wordt betoogd dat er *naast* de *Haviltex*-maatstaf nog een andere norm is: de cao-norm. Zie onder andere Valk 2016, p. 32. Deze norm wordt ontleend aan onder andere HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173 en HR 29 februari 2004, *NJ* 2005/493 (*DSM/Fox*). Naar mijn mening is de cao-norm geen losstaande, aparte norm maar niets anders dan een bevestiging van een bepaalde bijzondere ‘*Haviltex*-omstandigheid’, te weten dat er door partijen niet over het beding in kwestie is onderhandeld, die pleit voor een *objectieve* uitleg van het beding. Ook Valk lijkt dit te erkennen waar hij opmerkt: ‘Wat het arrest *DSM/Fox* ons heeft gebracht is het inzicht dat er bij *toepassing van de Haviltex-maatstaf* [cursivering MLH] reden kan zijn om de nadruk te leggen op hetgeen objectief kenbaar is.’ Zie Valk 2016, p. 37-38. Zie nader over deze kwestie paragraaf 2 van deze bijdrage.

10. Zie HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.

11. In ongeveer gelijke zin Valk 2016, p. 19: ‘Volgens de Hoge Raad in het *Haviltex*-arrest kan voor uitleg mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Het vervolg leert dat dit niet meer zijn dan voorbeelden van relevante omstandigheden, want potentieel is *alles* van belang.’

12. Gezien de beperkte opzet van deze bijdrage zal het geen uitputtende opsomming zijn.

13. Zie HR 9 september 1994, *NJ* 1995/285 (*Trouwborst*).

14. Toch is ook hier behoedzaamheid op zijn plaats want alleen *redelijke* lezingen van de consument komen in aanmerkingen. Zie ook Rb. Arnhem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY0556, r.o. 4.7: ‘Artikel 6:238 lid 2 BW brengt niet mee dat, ook al moet worden aangenomen dat de betekenis van een polisbepaling niet duidelijk is, een evident niet bedoelde, voor de verzekerde gunstige uitleg als juist zou moeten worden aanvaard. Met andere woorden: voor toepasselijkheid van artikel 6:238 lid 2 BW is vereist dat er reële twijfel is of de polis op de door de wederpartij bepleite wijze dient te worden uitgelegd. Die twijfel ontbreekt hier.’

2. ENIGE BIJZONDERE HAVILTEX-OMSTANDIGHEDEN

2.1. Branchegebruiken

Indien er binnen een bepaalde branche of groep vaste gebruiken bestaan, kan bij de uitleg van een bepaald beding met die gebruiken rekening worden gehouden. Bestaande branchegebruiken zijn dus een omstandigheid die een *subjectieve* uitleg ondersteunen. Zie r.o. 4.2 van het *Polygram*-arrest van de Hoge Raad:

‘Nu op de onderhavige verzekeringsovereenkomst Nederlands recht van toepassing is, dient de daarvan opgemaakte polis te worden uitgelegd overeenkomstig de zogeheten Haviltext-maatstaf. In een geval als het onderhavige, waarin op de Londense beurs een verzekering is gesloten over de uitleg waarvan tussen partijen een geschil is ontstaan – namelijk over het begrip “accident” in art 1.1 van de daarvan opgemaakte polis –, wordt de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan dat begrip mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, *mede*¹⁵ [cursivering MLH] bepaald door de dienaangaande ter beurze bestaande opvattingen. (...)’^{16, 17, 18}

Ik ondersteun dit uitgangspunt. Het is voor de handelspraktijk van het grootste belang dat een uitleg van een contractbepaling goed aansluit op branchegebruiken. Indien een partij met een bepaald gebruik wil breken of er in een bepaald geval van af wil wijken, is het van belang dit *expliciet* in het handelscontract te regelen.

2.2. Bijstand van juridische adviseurs in de precontractuele fase

Indien het gaat om een door zakelijke partijen gesloten commerciële overeenkomst die is opgesteld met behulp van juridische adviseurs dient in beginsel te worden gekozen voor een *zuiver taalkundige* uitleg van de contractbepalingen.¹⁹ Van belang is te benadrukken dat het boven-

staande alleen maar opgaat indien *beide* partijen zijn voorzien van juridische bijstand.²⁰

Schelhaas heeft de achtergrond van het onderhavige uitgangspunt treffend als volgt weergegeven:

‘Maar waarom is een geobjectiveerde uitleg bij zo’n groot commercieel contract mijns inziens te verkiezen? In de eerste plaats is in het handelsverkeer rechtszekerheid doorgaans belangrijker dan bij een consumententransactie en verschaft een letterlijke of objectieve uitleg die rechtszekerheid nu eenmaal meer dan een moeilijk vast te stellen subjectieve uitleg. Dat geldt met name indien het gaat om grote contracten die in het bijzijn van juristen zijn afgesloten. In een dergelijk geval kan worden verwacht dat de bewoordingen zorgvuldig zijn gekozen, zoals in het Engelse en Schotse recht ook wordt aangevoerd. Voorts is van belang dat commerciële partijen meer dan consumenten *repeat players* zijn. Ook dat gegeven versterkt het belang van rechtszekerheid.’²¹

Bijstand van een adviseur kan onder omstandigheden evenwel juist reden zijn voor een *subjectieve* uitleg. Dit speelt in de verzekeringspraktijk. Het feit dat een verzekerde is bijgestaan door een onafhankelijke verzekerings-tussenpersoon kan meebrengen dat een bepaalde clausele in de verzekeringsvoorwaarden als duidelijk wordt aangemerkt en dient te worden uitgelegd in de zin zoals die door de verzekeraar wordt voorgestaan omdat de verzekeraar er in het bepaalde geval van uit mocht gaan dat de onafhankelijke verzekerings-tussenpersoon van de reikwijdte van de clausele op de hoogte was²² en erop mocht vertrouwen dat de reikwijdte door de onafhankelijke verzekerings-tussenpersoon zou worden kenbaar gemaakt aan de verzekerde. In de rechtspraak is steun te vinden voor dit uitgangspunt.²³

2.3. Is er over de voorwaarden onderhandeld?

Een belangrijk uitgangspunt is dat een *objectieve* uitleg voor de hand ligt indien partijen niet over de voorwaarden hebben onderhandeld. Dit uitgangspunt is naar mijn

15. Er kunnen namelijk ook andere bijzondere omstandigheden spelen die in een andere (objectieve) richting wijzen. De definitieve beslissing kan pas worden genomen indien *alle* toepasselijke bijzondere omstandigheden in kaart zijn gebracht door de geschillenbeslechter.

16. HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378 (*Polygram*). Zie voor een ander voorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:363, r.o. 4.12: uitleg van de begrippen ‘breken en barsten’. Zie ook Rb. Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1362, r.o. 4.3.1 en Rb. Rotterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1397, r.o. 6.3 en 6.4.

17. Dit speelt ook buiten de verzekeringspraktijk. Zo maken in de zeevervoerpraktijk contractpartijen regelmatig gebruik van uitdrukkingen en bepalingen met een erg specifieke betekenis die gebaseerd is op gebruiken en gewoontes in die praktijk. Het is van belang die specifieke betekenis te onderkennen bij de uitleg van dergelijke uitdrukkingen en bepalingen. Zie voor het Engelse recht in die zin onder andere *Sailing Ship Garston vs. Hickie* (1885) Q.B.D. 580; *Mendl vs. Ropner* (1912) 1 K.B. 27 en *The Aragon* [1977] 1 Lloyd’s Rep. 343. Zie nader over die kwestie Hendrikse 2015, p. 3-5.

18. In Duitsland is dit punt wettelijk verankerd. § 157 BGB bepaalt allereerst: ‘Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte [cursivering MLH] es erfordern.’ § 346 HGB bepaalt aanvullend: ‘Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht [cursivering MLH] zu nehmen.’

19. Zie HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214; HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/575 en HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/576.

20. Zie HR 5 april 2013, *NJ* 2013/214.

21. H.N. Schelhaas, in: *Uitleg van rechtshandelingen* (Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016 (hierna: Schelhaas 2016), p. 136.

22. Een verzekeraar zal op dit punt dus wel helder moeten communiceren richting een verzekerings-tussenpersoon. Dit kan door deze laatste een schriftelijke toelichting bij de verzekeringsvoorwaarden aan te reiken. In dit kader is interessant art. 4:99 lid 1 Wft: ‘Financiële ondernemingen stellen elkaar over en weer in staat te voldoen aan hetgeen ingevolge dit deel is bepaald, voorzover zij daarvoor van elkaar afhankelijk zijn.’

23. Hof Den Haag 12 september 2006, *NJF* 2006/546; Hof Amsterdam 23 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:5132; Rb. Amsterdam 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5258, r.o. 5.6 en Rb. Rotterdam (vzr.) 4 november 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8456, r.o. 4.6.

mening te verklaren door erop te wijzen dat als partijen niet met elkaar hebben onderhandeld over de voorwaarden de wordingsgeschiedenis van de voorwaarden niet als hulpmiddel mag worden gebruikt bij de uitleg van de onderhavige bepalingen nu minstens een van de partijen geen deel heeft uitgemaakt van dit wordingsproces. Het is naar mijn mening in een dergelijk geval een voor de hand liggende stap om aansluiting te zoeken bij met name de woorden van de voorwaarden *zelf*. Deze woorden waren immers kenbaar voor partijen bij het sluiten van de overeenkomst door partijen en het toepasselijk verklaren van de betreffende voorwaarden.

In het verzekeringsrecht is er veel rechtspraak op dit punt. Zo overwoog de Hoge Raad in het *Chubb*-arrest onder andere:

‘Het gaat hier om de uitleg van art. 2.1.2 van de polisvoorwaarden, die deel uitmaken van een beurspolis. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden (en uit de stukken van het geding geen andere conclusie getrokken kan worden dan dat niet gesteld is dat zulks in dit geval anders is), is de uitleg daarvan met name afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van de in voorkomend geval – zoals ook hier – bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.’²⁴

Waarschijnlijk zal de Hoge Raad doelen op de situatie dat men gebruikmaakt van een *standaardset* verzekeringsvoorwaarden en niet van *custom made clauses*. Interessant in dezen is ook r.o. 6.3 van het vonnis Rechtbank Rotterdam 4 maart 2015 uit welke uitspraak volgt dat dit uitgangspunt ook geldt voor clausules die niet standaard worden toegevoegd maar wel bestemd zijn voor gebruik in meerdere overeenkomsten maar waarover niet is onderhandeld. In casu ging het om een indexeringsclausule.²⁵ Buiten het beursbedrijf laat de rechtspraak hetzelfde beeld zien: indien niet over de verzekeringsvoorwaarden van een provinciale polis is onderhandeld – hetgeen de algemene regel is – ligt een *objectieve* uitleg van dergelijke bedingen voor de hand.²⁶

In feite komt het bovenstaande neer op een uitleg volgens de cao-norm. Mijn conclusie is dan ook dat de cao-normuitleg een ‘storm in een glas water’ is: hetzelfde resultaat is via het Haviltex-criterium te bereiken.²⁷

2.4. Informatie op een website over een bepaalde contractvoorwaarde

In de verzekeringsrechtelijke rechtspraak komt naar voren dat informatie op de website van een verzekeraar een bepaalde uitleg door de verzekerde van een bepaalde clausule in de standaardvoorwaarden kan ondersteunen. Het gaat hier om een omstandigheid die een *subjectieve* uitleg van een bepaalde contractvoorwaarde ondersteunt.

Illustratief in dezen is r.o. 7 van Hof Den Haag 6 juli 2010:

‘De hier in geschil zijnde verzekering is tot stand gekomen per 1 januari 2003. Bij de uitleg van de daarin opgenomen dekkingsclausule mag (zoals ook niet wordt betwist) eveneens de informatie op de in rechtsoverweging 5 genoemde website van Nassau worden betrokken. De daar verstrekte informatie biedt steun aan de stelling dat de dekkingsbepaling, met name het daarin vermelde begrip “onvoorzien”, ruim moet worden uitgelegd. De door Nassau overgelegde uitspraken van de Raad zijn inmiddels niet meer maatgevend. Zoals in rechtsoverweging 12 van het tussenarrest is overwogen heeft de Raad in de uitspraak 2000/13 Br vastgesteld dat is gebleken dat verzekerden de beperkte strekking van de dekkingsclausule niet altijd onderkennen, en deze aldus begrijpen dat tevens als “onvoorzien” in de zin van de polisvoorwaarden moet worden beschouwd, schade veroorzaakt door menselijke fouten waarmee verzekerden in redelijkheid niet hebben gerekend. De Raad heeft verzekeraars in overweging gegeven de daar aan de orde zijnde dekkingsclausules nader toe te lichten door bijvoorbeeld verzekerden uitdrukkelijk er op te wijzen – in de desbetreffende polisbepalingen of anderszins – welke waterschade is gedekt, namelijk alleen schade door plotselinge defecten aan het verzekerde object en niet schade die het voorzienbaar gevolg is van menselijk falen. In de uitspraak 2002/79 Br heeft de Raad naar dit standpunt verwezen. Het hof verenigt zich met deze door de Raad geformuleerde zienswijze en zal bij de uitleg van de hier in geschil zijnde dekkingsbepaling, die vergelijkbaar is met door de Raad beoordeelde bepalingen, hierbij aansluiten. Vast staat dat bij de hier in geschil zijnde dekkingsclausule deze nadere toelichting ontbreekt. Zoals hiervoor is overwogen, geeft de website nu juist steun aan een ruime uitleg van de dekkingsclausule.’²⁸

Het is naar mijn mening een kleine stap om in meer algemene zin aan te nemen dat reclame-uitingen van een verzekeraar een bepaalde uitleg van een standaardvoorwaarde door een verzekerde kunnen ondersteunen. In dit kader moet ik denken aan een reclamefilmje van verzekeraar Nationale Nederlanden dat werd uitgezonden ten tijde van het WK voetbal 1994 dat in de Verenigde Staten plaatsvond. Het filmje start met een beeld van een vrouw die in de keuken achter het fornuis bezig is met het bereiden van een pan soep. Vervolgens gaat de telefoon in de huiskamer. Het is nog een ‘ouderwetse’ telefoon met een draad. De vrouw loopt naar de huiskamer, neemt de hoorn op en installeert zich in een stoel. Dan sluit het filmje af met de woorden ‘Nationale Nederlanden, wat er ook gebeurt’. Men hoeft weinig fantasie te hebben om te bedenken hoe het bovenstaande verhaal is afgelopen: de vrouw is de soep vergeten, er is

24. HR 16 mei 2008, NJ 2008/284.

25. Rb. Rotterdam 4 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1397.

26. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 3 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN3280, r.o. 16; Hof Amsterdam 22 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0408, r.o. 4.6 en Rb. Amsterdam 11 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015: 654, r.o. 4.8.

27. Zie ook over deze kwestie mijn opmerkingen in noot 9.

28. Hof Den Haag 6 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN0529 (*Cocktailpolis*). Zie ook Rb. Rotterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY7505, r.o. 5.3.3.

brand in de keuken ontstaan en Nationale Nederlanden heeft de schade vergoed. Nationale Nederlanden heeft dus geen beroep gedaan op de uitsluitingsgrond merkelijke schuld ex art. 294 (oud) WvK. Dit is toch wel opmerkelijk nu onder merkelijke schuld moet worden verstaan een ernstige mate van schuld²⁹ en het langdurig bellen in de huiskamer terwijl er zonder toezicht een pan soep op het vuur staat naar mijn mening als een ernstige mate van schuld van de verzekerde kan worden aangemerkt. Het filmpje geeft evenwel de indruk dat verzekeraar Nationale Nederlanden dat anders kwalificeert hetgeen naar mijn mening meebrengt dat de speelruimte van Nationale Nederlanden bij de beoordeling van andere brandclaims beperkt wordt: in vergelijkbare gevallen als in het filmpje zou naar mijn mening betaald moeten worden door Nationale Nederlanden.

2.5. Uitsluitingsbepalingen of beperkende voorwaarden moeten beperkt worden uitgelegd

In het Engelse zeerecht komt naar voren dat *exemption clauses* altijd beperkt moeten worden uitgelegd.³⁰ Zo merkt Cooke op dat de algemene veronderstelling geldt dat een *exemption clause* die niet uitdrukkelijk refereert aan *negligence* niet een partij beschermt tegen de gevolgen van zijn eigen *negligence* of de *negligence* van zijn ondergeschikten.³¹ Hij komt tot de volgende conclusie: "Thus exceptions in favour of the shipowner will normally be construed as not extending to negligence."³² In het verzekeringsrecht is recentelijk in de rechtspraak naar voren gekomen dat dekkingsuitsluitingen in verzekeringsvoorwaarden beperkt moeten worden uitgelegd.³³ Zie treffend r.o. 3.3 van het arrest van het Hof Amsterdam van 20 december 2016:

'(...) Het is voorts vaste jurisprudentie dat uitsluitingsclausules, gelet op hun aard, in beginsel beperkt worden uitgelegd. (...)'^{34,35}

Naar mijn mening is dit uitgangspunt goed te verklaren. In het handelsrecht staat het belang van een efficiënt en effectief handelsverkeer en betalingsverkeer voorop: voorkomen moet worden dat er verstoppingen ontstaan in de verkeersstromen.³⁶ Het is in dit kader van groot belang zo veel mogelijk discussie over de *primaire* prestaties van een verzekeraar en een vervoerder te voorkomen. Het komt de handel immers niet ten goede als verzekerde en een afzender-ladingbelanghebbende er pas *achteraf* achter komen wat de inhoud is van de primaire prestaties

van hun wederpartijen. Rechtszekerheid op dit punt is dus van het grootste belang. Dit brengt mee dat een verzekeraar en een vervoerder dus *vooraf* duidelijk hun primaire prestaties moeten afbakenen op straffe van een uitleg ten gunste van de wederpartij.

3. HET CONTRA-PROFERENTEMBEGINSEL IN HET HANDELSRECHT

3.1. Algemeen

In het *consumentenrecht* geldt de *contra-proferentem*regel ex art. 6:238 lid 2 BW:

'Bij twijfel over de betekenis van een beding prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg.'³⁷

Onderhavige bepaling is een gevolg van de implementatie van art. 5 Richtlijn 93/13/EG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten 1993. Nederland heeft deze richtlijn bepaling pas eind 1999 omgezet in een nationale bepaling, hoewel Nederland al vanaf 1 januari 1995 aan de gehele richtlijn had moeten voldoen. Tjittes heeft de ratio achter deze bepaling als volgt kernachtig verwoord:

'De gedachte bij uitleg contra proferentem is dat wie een beding formuleert, door een heldere woordkeuze, misverstanden kan vermijden en daarom het risico van onduidelijkheden in de bewoordingen van een contract moet dragen.'³⁸

Een uitleg *contra proferentem* is niet alleen aan de orde indien een contractpartij de voorwaarden zelf heeft *opgesteld*, maar ook in het geval dat een contractpartij deze voorwaarden heeft *ingebracht*. Tjittes merkt ter rechtvaardiging van dit uitgangspunt het volgende op:

'Hoewel aan de traditionele ratio voor de toepassing van de contra proferentem regel [een uitleg "tegen de maker" van de bedingen; aanvulling MLH] dan niet is voldaan, geldt ook hier dat uitleg contra proferentem moet plaatsvinden (...) Ook de partij die bepaalde algemene voorwaarden "voorstelt", zonder dat zij die voorwaarden zelf heeft geformuleerd, heeft in te staan voor de duidelijkheid daarvan. Een andere opvatting zou licht kunnen leiden tot schijnconstructies.'³⁹

29. Zie HR 17 juni 1988, NJ 1988/966 (*Van Kasteren/Nationale Nederlanden*).

30. Zie ook over deze kwestie Hendrikse 2015, p. 4.

31. J. Cooke e.a., *Voyage Charters*, Londen: Informa 2001 (hierna: Cooke e.a. 2001), p. 36.

32. Cooke e.a. 2001, p. 36. Er wordt naar de volgende cases verwezen: *The Satya Kailash* [1982] 2 Lloyd's Rep. 465, [1984] 1 Lloyd's Rep. 588 en *The Emmanuel C* [1983] 1 Lloyd's Rep. 310.

33. Onder het oude recht was deze benadering ook mogelijk op grond van art. 1385 BW (oud) voor zover er *twijfel* over een dekkingsuitsluiting was. Zie meer uitgebreid over art. 1385 BW (oud) noot 46 van deze bijdrage.

34. Hof Amsterdam 20 december 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5473.

35. Hof Amsterdam spreekt van een vaste rechtspraak. In dit kader kan nog gewezen op de volgende uitspraken die een gelijke strekking hebben op onderhavig punt: Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2811, r.o. 7 en Hof Amsterdam 22 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5428, r.o. 3.3.

36. Ph.H.J.G. van Huizen, *Inleiding Handelsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 1.

37. Zie uitgebreid over deze kwestie Hendrikse & Rinkes 2015, p. 41-46.

38. Zie R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri (hierna: Tjittes 2009), p. 41.

39. Zie Tjittes 2009, p. 42.

3.2. Toepassing van onderhavig beginsel in het handelsrecht: uitleg *contra proferentem* als gezichtspunt

Een uitleg *contra proferentem* is ook goed voorstelbaar in het handelsrecht. Ook daar komt het met regelmaat voor dat een van de twee – of zelfs meerdere – contractpartijen de voorwaarden heeft geredigeerd of ingebracht. Voor het verzekeringsrecht⁴⁰ heeft de Hoge Raad een uitleg *contra proferentem* als gezichtspunt erkend in het *Liszkay II*-arrest uit 1989.⁴¹ In r.o. 3.3 overwoog de Hoge Raad:

‘Het middel berust voorts op de stelling dat 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 moeten worden uitgelegd. Die stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard, nog daargelaten dat Liszkay naar ’s hofs vaststelling (r.o. 12) als ondernemer handelde. Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan een 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.’

Dit arrest brengt mij tot de volgende opmerkingen. Allereerst zou ik willen opmerken dat mij onduidelijk is wat de Hoge Raad bedoelt met een de term ‘professionele verzekeraar’. Zijn er ook niet professionele verzekeraars? Ik kan mij dat niet voorstellen. Wellicht heeft de Hoge Raad de tegenstelling met de term ‘niet professionele verzekerde’ wat willen accentueren door daartegenover te plaatsen de term ‘professionele verzekeraar’. Een tweede punt is wat de Hoge Raad bedoelt met het begrip ‘niet professionele verzekerde’. Een synoniem voor consument is het in ieder geval niet.⁴² Maar wat wordt er dan wel mee bedoeld? Ondernemers die qua rechtskennis vergelijkbaar zijn met consumenten? Zijn dat dan alleen kleine ondernemers zoals de zelfstandige kleine bakker op de hoek of valt het hele mkb hieronder? Naar mijn mening heeft de Hoge Raad de kwestie node-loos moeilijk gemaakt door met de term ‘niet professio-

neel’ te werken. De Hoge Raad had naar mijn mening beter kunnen aansluiten bij de achtergrond van het *contra-proferentem* beginsel en dat in de uitspraak kunnen verwoorden. De zin die begint met het woord ‘weliswaar’ had dan als volgt kunnen luiden:

‘Weliswaar ligt het in het algemeen voor de hand dat, wanneer een dergelijk beding voor meer dan één uitleg vatbaar is, wordt gekozen voor de uitleg die het minst bezwarend is voor de contractpartij die het beding niet heeft geredigeerd dan wel ingebracht, maar het hangt van alle omstandigheden van het geval af of die keuze gerechtvaardigd is.’

Een bijkomend voordeel is dan ook dat de uitspraak expliciet algemene gelding heeft voor het handelsrecht omdat het punt natuurlijk ook kan spelen bij een onduidelijk beding in bijvoorbeeld een vervoerovereenkomst of een bankgarantie.

Als derde punt kan worden opgemerkt dat onduidelijk blijft waarom de Hoge Raad de *contra-proferentem* uitleg als gezichtspunt formuleert. Er wordt wel gewezen op een aantal omstandigheden die mogelijk een afwijking van dit gezichtspunt rechtvaardigen, maar onduidelijk blijft waarom een afwijking in dat geval gerechtvaardigd is. Zo wordt als omstandigheid genoemd de eventuele begeleiding van een verzekerde door een deskundige tussenpersoon.⁴³ Ik zie dat punt niet zo. Ik erken dat eventuele bijstand door een deskundige verzekeringstussenpersoon een belangrijk punt kan zijn maar het is een punt dat van belang is in fase één van het uitlegproces. Het is een van de bijzondere Haviltex-omstandigheden.⁴⁴ Als eenmaal is vastgesteld dat het beding onduidelijk is, zit men in fase twee van het twee-fasen-uitlegmodel en is onderhavige omstandigheid naar mijn mening geen relevant punt meer.

Ik zie niet in waarom een uitleg *contra proferentem* in het *consumentenrecht* een regel zou moeten zijn en in het *handelsrecht* slechts een gezichtspunt. In beide rechtsgebieden geldt dezelfde ratio achter onderhavige uitleg met – naar mijn mening – als gevolg dat een regel in beide gevallen op zijn plaats zou zijn.

Door Schelhaas wordt deze kwestie anders benaderd.⁴⁵ Zij erkent enerzijds de verantwoordelijkheid van de partij die de voorwaarden opstelt.

Anderzijds merkt zij op dat de regel in ieder geval niet per se iets zegt over de (redelijke) partijbedoeling terwijl het daar bij uitleg primair om gaat. Zij vraagt zich af of een (geobjectiveerde) persoon er redelijkerwijs van uitgaat

40. De uitspraak is evenwel ook toepasbaar in andere rechtsgebieden van het handelsrecht zoals bijvoorbeeld het vervoerrecht hetgeen ook zal blijken uit mijn opmerkingen hieronder.

41. HR 28 april 1989, *NJ* 1990/583.

42. Zie uitvoerig over dit punt Hendrikse & Rinkes 2015, p. 48.

43. Zie over dat punt ook Hendrikse & Rinkes 2015, p. 49.

44. Zie uitgebreid hierover paragraaf 2.2 van deze bijdrage.

45. Schelhaas 2016, p. 140.

dat de uitleg die zo veel mogelijk tot voordeel strekt van degene tegen wie hij wordt ingeroepen,⁴⁶ het meest voor de hand ligt.

Beide punten rechtvaardigen daarom naar haar mening slechts een *contra-proferentem* uitleg als *gezichtspunt*.

Naar mijn mening is opvallend dat Schelhaas niet ingaat op het punt waarom in het consumentenrecht de *contra-proferentem* uitleg wel een regel zou moeten zijn. Verder kan worden opgemerkt dat inherent aan een onduidelijk beding in een overeenkomst nu juist is het ontbreken van een gemeenschappelijke partijbedoeling.

3.3. Een bijzonder geval: het *contra-proferentem*-beginsel in geval van een makelaarsovereenkomst

In het Engelse verzekeringsrecht wordt algemeen erkend dat in geval van een onduidelijk beding in een makelaarspolis het *contra-proferentem*-beginsel ten voordele van verzekeraar(s) uitpakt:

‘While it is the case that the *contra proferentem* principle normally works in in the assured’s favour, in many situations, particularly contracts placed at Lloyd’s the wording may have been prepared by the broker. Evidence is admissible to show who in fact was responsible. As the broker is the agent of the assured, the *contra proferentem* principle is not applicable in the usual way and any ambiguity will in those circumstances be construed against the assured and in favour of the insurer.’⁴⁷

Opvallend is dat buiten het verzekeringsrecht de onderhavige kwestie weinig aandacht heeft gekregen in de Engelse literatuur.⁴⁸ Het bovenstaande uitgangspunt kan evenwel zonder veel moeite worden toegepast in bijvoorbeeld het zeerecht. Zo zal een geschillenbeslechter in een uitlegdispuut over een beding in een zeerechtelijke overeenkomst moeten bezien in wiens naam de makelaar handelde in het geval deze verantwoordelijk was voor de bewoordingen van de betreffende overeenkomst. Zo is het bijvoorbeeld in de praktijk van de rompbevrachting vaak het geval dat een *agent* namens de eigenaar van het schip een contract sluit tussen de eigenaar van het schip en de bevrachter. Vaak wordt het betreffende contract voorzien van een vignet van het bedrijf van de makelaar en is het de makelaar die verantwoordelijk is voor de bewoordingen van het contract. In een dergelijk geval zal een onduidelijkheid in het contract worden uitgelegd in

het nadeel van de eigenaar van het schip nu de makelaar handelde namens deze eigenaar.

De Nederlandse (arbitrale) rechtspraak loopt achter op onderhavig punt.

Allereerst is er verzekeringsrechtelijke (arbitrale) rechtspraak waarin onvoldoende het karakter van een makelaarscontract wordt onderkend. Zo zijn er verzekeringsrechtelijke uitspraken waarin veel nadruk wordt gelegd op het feit dat er overleg tussen makelaar en verzekeraar(s) plaatsvindt.⁴⁹ Deze rechtspraak miskent naar mijn mening dat er veelal geen overleg plaatsvindt over de *inhoud van verzekeringsvoorwaarden* maar alleen over de *hoogte van de premie*.⁵⁰

Verder is er rechtspraak die niet onderkent dat een uitleg *contra proferentem* ook buiten het *consumentenrecht* mogelijk is. Zie r.o. van 4.5 van het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 11 maart 2015:

‘De onderhavige verzekeringsovereenkomst is gesloten tussen UPC en Hienfeld (namens de risicodragende verzekeraars) ten behoeve van de werknemers van UPC. [eisers gezamenlijk] heeft onder verwijzing naar Hoge Raad 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7002 gesteld dat het feit dat de verzekeringsovereenkomst is gesloten tussen professionele partijen niet afdoet aan toepasbaarheid van de *contra proferentem* regel. Ook indien [eisers gezamenlijk] in dit standpunt wordt gevolgd, is voor uitleg van artikel 3.6 van de polisvoorwaarden in de voor [eisers gezamenlijk] gunstigste geen plaats. In dit geval zijn de polisvoorwaarden immers niet door Hienfeld of de verzekeraars opgesteld, maar door de makelaar van UPC. Dit brengt mee dat er geen aanleiding is om de polisvoorwaarden in het nadeel van Hienfeld en de verzekeraars uit te leggen. Ook het standpunt van Hienfeld dat de polisvoorwaarden in de voor haar gunstigste zin moeten worden uitgelegd, wordt verworpen. Hienfeld is immers geen consument en kan daar ook niet mee worden gelijkgesteld. Voor een uitleg *contra proferentem* ex artikel 6:238 lid 2 BW is hier dan ook geen plaats.’⁵¹

In deze overweging wordt erkend dat bij een makelaarspolis bij onduidelijkheid niet ten nadele van verzekeraars moet worden uitgelegd, maar wordt miskend dat een *contra-proferentem* uitleg als *gezichtspunt* aan de orde

46. Ik vraag mij af of dit een juiste weergave is van de *contra-proferentem*-regel. Het gaat er in deze regel niet om wie tegen wie een bepaald beding inroept, maar om de vraag wie de voorwaarden heeft ingebracht. De omschrijving van Schelhaas is meer een omschrijving van de uitlegregel ex art. 1385 BW (oud): ‘In geval van twijfel, wordt eene overeenkomst uitgelegd ten nadele van degenen die iets bedongen, en ten voordele van hem die zich verbonden heeft. Zo zal op grond van deze bepaling bij twijfel een dekkingsutsluiting in een verzekeringsovereenkomst ten nadele van de *verzekeraar* en een dekkingsutsluiting ten nadele van de *verzekerde* worden uitgelegd terwijl op grond van de *contra proferentem*-regel zowel een dekkingsutsluiting als een dekkingsutsluiting bij twijfel worden uitgelegd ten voordele van de *verzekerde* voor deze bepalingen zijn ingebracht door de *verzekeraar*. Door Hijma wordt evenwel opgemerkt dat art. 1385 oud BW voor de rechtspraak van weinig betekenis was: Al met al lijkt de slotsom op haar plaats, dat de interpretatie *contra creditorum* al onder het oude recht, haar wettelijke verankering ten spijt, op sterven na dood was.’ Zie de publicatie ‘*Contra Proferentem*’ (1998), p. 27 te vinden via rjh.ub.rug.nl/grom/article/download/17954/15422.

47. Zie voor dit citaat R. Merkin, *Colinvaux’s Law of Insurance*, Londen: Sweet & Maxwell 2010, p. 124. Merkin onderbouwt zijn stelling met een verwijzing naar de volgende rechtspraak: *Abrahams Mediterranean Re* [1991] 1 Lloyd’s Rep. 216 en *Eurodale Manufacturing Ltd vs. Ecclesiastical Insurance Office Plc* [2003] Lloyd’s Rep. I.R. 444.

48. Zie uitvoerig over dit punt Hendrikse 2015, p. 6.

49. Zie bijv. Arb. vonnis 14 oktober 1993, BR 1994/438.

50. Zie in gelijke zin Rb. Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1362, r.o. 4.3.1: ‘Over de tekst van de polisvoorwaarden wordt bij een makelaarspolis doorgaans niet uitvoerig onderhandeld (zie Hoge Raad 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793). (...)’

51. Rb. Amsterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1362.

kan zijn in geval van een niet-consument. Zie immers het *Liszkay II*-arrest uit 1989.⁵²

4. CONCLUSIE

Met de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever het leerstuk van uitleg van contracten grotendeels overgelaten aan de rechtspraak. Analyse van de rechtspraak op dit punt levert het twee-fasen-uitlegmodel op. Een belangrijk onderdeel van de eerste fase van genoemd model is het in kaart brengen van aanwezige bijzondere Haviltex-omstandigheden in het betreffende geval. Deze omstandigheden bieden hetzij steun voor een *objectieve* uitleg dan wel steun voor een *subjectieve* uitleg. Het is van belang eerst alle omstandigheden te hebben onderzocht alvorens te komen tot een definitieve conclusie.

Een van die omstandigheden is het feit dat partijen niet over de voorwaarden hebben onderhandeld. Naar mijn mening is de cao-norm geen losstaande, aparte norm maar niets anders dan een bevestiging van een bepaalde bijzondere 'Haviltex-omstandigheid', te weten dat er door partijen niet over het beding in kwestie is onderhandeld, die pleit voor een *objectieve* uitleg van het beding.

In het *consumentenrecht* geldt de *contra-proferentem*regel ex art. 6:238 lid 2 BW. Een uitleg *contra proferentem* is ook goed voorstelbaar in het *handelsrecht*. Ook daar komt het met regelmaat voor dat een van de twee – of zelfs meerdere – contractpartijen de voorwaarden heeft *geredigeerd* of *ingebracht*.

52. HR 28 april 1989, *NJ* 1990/583.