

Het gewoonterecht anno 2021

Mr. J. J. Valk*

1 Inleiding

Het gewoonterecht is een rechtsbron van objectief recht, gelijkwaardig aan de wet. Art. 6:248 lid 1 BW noemt ‘de gewoonte’ in één adem met ‘de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen’, ‘de wet’ en ‘de eisen van redelijkheid en billijkheid’ als bronnen van rechtsgevolgen van overeenkomsten. Maar van die prominente plaats voor het gewoonterecht is in de praktijk niet veel meer te merken. Sinds het proefschrift van Pabbruwe uit 1961 is er geen boek meer verschenen over de gewoonte in het vermogensrecht.¹ Wie op rechtspraak.nl met de term ‘gewoonterecht’ zoekt naar uitspraken in civiele zaken in de jaren 2010-2020 krijgt 119 resultaten.² Een groot deel daarvan ziet op *internationaal* gewoonterecht, ongeschreven volkenrecht dus. Slechts dertien uitspraken zien op art. 6:248 lid 1 BW. Slechts in twee van die dertien gevallen werd het bestaan van een regel van gewoonterecht aangenomen.³ En in één van die twee gevallen was dat naar mijn idee niet nodig en bovendien onjuist; ik kom daarop later terug.

Zo is het echter niet altijd geweest. De losbladige *Contractenrecht*⁴ wijdde aan ‘het gebruik of de gewoonte’ en

‘het bestendig gebruikelijk beding’ maar liefst 80 pagina’s, bijgewerkt tot mei 1992, met talloze voorbeelden uit met name de lagere rechtspraak.⁵ Ik refereerde al aan het proefschrift van Pabbruwe uit 1961, *Gebruik en gebruikelijk beding*. Sprekend is het proefschrift van De Smidt uit 1954, getiteld *Rechtsgewoonten. De gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het burgerlijk wetboek verwijst*.⁶ Het boek gaat namelijk vergezeld van kaarten waarop de auteur (letterlijk) in kaart heeft gebracht wat de plaatselijke gebruiken zijn met betrekking tot de betaaldagen van de pacht, de verhuisdagen voor huis, hoeve en land, en de vertrekdagen van boerenknechten en -meiden. Zo ziet de lezer in één oogopslag dat men in de Achterhoek de jaarlijkse pacht placht te betalen op 22 februari (St. Pieter) of 1 november (Allerheiligen), terwijl men in Noord-Holland over het algemeen de pacht placht te voldoen met Kerstmis.

Hoe kan het gewoonterecht zo in belang zijn afgenomen? Ik ben uiteraard niet de eerste die dit opmerkt,⁷ maar bij mijn weten heeft nog niemand getracht de oorzaken op een rijtje te zetten. In dit artikel wijs ik enkele oorzaken aan (par. 3). Daarbij zoek ik meteen een antwoord op de vraag of, en zo ja, welke betekenis het gewoonterecht nog wél heeft in het Nederlandse vermogensrecht (par. 4). Ik richt me daarbij op de functie van het gewoonterecht sinds de invoering van het huidige BW, hoewel ik mij ervan bewust ben dat het afgenomen belang van het gewoonterecht het gevolg is van ontwikkelingen die ruim vóór die invoering zijn ingezet. Voordat ik dat alles doe, lijkt me het echter goed om kort stil te staan bij wat gewoonterecht nu eigenlijk is (par. 2).

2 Wat is gewoonterecht?

Alle rechtenstudenten zullen in de eerste weken van hun studie hebben geleerd dat er naast wetten nog andere rechtsbronnen zijn, waaronder de gewoonte.⁸ Gewoonterecht geldt *naast* de wet, als zelfstandige rechtsbron. Het is niet nodig dat de

* Mr. J.J. Valk is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

- H.J. Pabbruwe, *Gebruik en gebruikelijk beding* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961. Wel verscheen het proefschrift van Memelink over de verkeersopvatting, een verwant onderwerp. Memelink besteedt in haar proefschrift dan ook de nodige aandacht aan de verhouding tussen verkeersopvattingen en gewoonterecht. Zie P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 230-246. Daarnaast verschenen er rechtshistorische en rechtsfilosofische bespiegelingen: G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte. Historische grondslagen van een dogmatisch geding* (Rechtshistorische Cahiers nr. 5), Deventer: Kluwer 1982; N.E. Algra, *Gewoonterecht als ongeschreven recht: moeten we de indeling van de rechtsbronnen wijzigen?*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1992.
- Gezocht op ‘gewoonterecht’ in alle velden. Beperkt tot *uitspraken* op het rechtsgebied *civil recht* tussen 31-12-2009 en 1-1-2021 (datum zoekopdracht: 23 januari 2021). Hiermee is uiteraard niet beoogd (en dat is ook niet mogelijk) een uitputtend overzicht te krijgen van alle uitspraken over gewoonterecht in deze periode. Sommige uitspraken worden niet gepubliceerd op rechtspraak.nl, maar in tijdschriften. Andere uitspraken worden helemaal niet gepubliceerd. En weer andere uitspraken over gewoonterecht worden wel gepubliceerd op rechtspraak.nl, maar gebruiken niet het begrip ‘gewoonterecht’. De resultaten van deze zoekopdracht geven echter wel een indicatie van het beperkte belang van het gewoonterecht in de rechtspraak in de jaren 2010-2020.
- Rb. Rotterdam 22 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10883, NJF 2018/457, r.o. 5.3; Rb. Limburg 18 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6848, r.o. 4.18.
- A.R. Bloembergen & W.M. Kleijn (red.), *Contractenrecht* (losbladig), Deventer: Kluwer 1972-1992. Deze losbladige uitgave op het terrein van het contractenrecht in zeven delen is voortgezet in onderdelen van de Groene Serie Vermogensrecht en de Groene Serie Verbintenissenrecht.

5. De Klerk-Leenen, in: *Contractenrecht IV*, p. 158-238.

6. J.Th. de Smidt, *Rechtsgewoonten. De gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het burgerlijk wetboek verwijst* (diss. Leiden), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1954.

7. Zie bijv. Asser/Scholten *Algemeen deel** 1974, p. 116 (ik zal in deze bijdrage vooral verwijzen naar de derde druk van Paul Scholtens *Algemeen deel* uit 1974, maar opmerking verdient dat de hoofdttekst van deze uitgave nagenoeg identiek is aan die van de tweede druk uit 1934); Asser *Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/118; W.L. Valk, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 80-81.

8. Ik leerde dat bijv. uit A. Soeteman, *Over recht gesproken. Een inleiding tot de rechtsgeleerdheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 33.

wet ernaar verwijst.⁹ Dat is niet altijd vanzelfsprekend geweest. Art. 3 (oud) Wet algemene bepalingen leek het primaat aan de wet te geven: ‘Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de Wet daarop verwijst.’ Met de ondergang van het legisme is deze bepaling echter een dode letter geworden. Zij is met de inwerkingtreding van het nieuwe vermogensrecht per 1 januari 1992 afgeschaft.¹⁰

Wanneer is sprake van gewoonterecht? Over het algemeen wordt aangenomen dat moet zijn voldaan aan twee eisen. Ten eerste moet binnen een bepaalde kring – bijvoorbeeld landelijk, plaatselijk of binnen een bepaalde branche¹¹ – een bepaalde gedragslijn algemeen en bij herhaling worden gevolgd (*usus*). Ten tweede moet men binnen die kring geacht worden zich aan die gedragslijn te houden (rechtsovertuiging, *opinio iuris*).¹² Iedereen die zich binnen deze kring begeeft, is gebonden aan het daarbinnen geldende gewoonterecht, ook al is hij of zij daarmee niet bekend.¹³ Voor het gelden van een plaatselijke gewoonte is bijvoorbeeld, aldus Asser/Sieburgh, volstrekt niet nodig dat beide partijen ter plaatse wonen. De eigenaar van een te Amsterdam staand huurhuis is onderworpen aan de desbetreffende plaatselijke gewoonten, ook al woont hij zelf in Utrecht.¹⁴

Wat zijn zoal gebruiken die tot gewoonterecht leiden? Een belangrijke categorie zijn handelsgebruiken, bijvoorbeeld binnen een bepaalde branche of op een bepaalde beurs.¹⁵ Zo bespreekt De Klerk-Leenen in de losbladige *Contractenrecht* onder meer gebruiken binnen de bouw, het bankwezen, de bioscoopbranche, de graanhandel, de koffie- en theehandel, de vervoersbranche, het verzekeringswezen en de zuidvruchtenhandel.¹⁶ Er is bijvoorbeeld een gebruik op de assurantiebeurs dat een assurantiemakelaar de verzekeraar uitdrukkelijk dient te wijzen op aanpassingen in de polis.¹⁷ En in de sleepvaart wordt het als gewoonterecht gezien dat de Algemene Sleepconditiën 1946 van toepassing zijn, op grond waarvan de contractant in beginsel alle schade voor zijn rekening moet nemen.¹⁸

Een tweede categorie zijn de gebruiken rond oude zakelijke rechten die stammen uit de periode vóór het oude BW van 1838. Denk aan het middeleeuwse recht van de dertiende penning (dat per 1 januari 2015 is afgeschaft), het recht van windvang, het recht van eendenkooi, het recht op kerkgestoelte, het veerrecht, het visrecht en het recht van voorpoot.¹⁹ Bij gebreke van een wettelijke regeling worden deze oude zakelijke rechten beheerst door het gewoonterecht.²⁰ Het middeleeuwse recht van voorpoot houdt bijvoorbeeld in dat de rechthebbende bomen en planten mag hebben in gemeentegrond rondom zijn erf. Moet de gemeente goedkeuring geven voor nieuwe beplanting? Deze vraag zal moeten worden beantwoord aan de hand van het (plaatselijke) gewoonterecht. Zo oordeelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch in een recent geval dat de gemeente Haaren alleen goedkeuring mag onthouden in ‘het belang van het begaanbaar en open houden van wegen’.²¹

Tot slot bestaat een bonte stoet landelijke en plaatselijke gebruiken met de status van gewoonterecht. Landelijk gewoonterecht van betekenis lijkt buitengewoon zeldzaam; over het algemeen zullen dergelijke algemene regels immers worden gecodificeerd.²² Pabbruwe noemde in 1961 nog ‘het gebruik, dat de getrouwde vrouw de naam van haar echtgenoot aanneemt’,²³ maar dat is tegenwoordig uiteraard geen regel van gewoonterecht meer.²⁴ Hij noemt ook het gebruik om ter zake van betaling een kwitantie af te geven, maar dit gebruik is inmiddels gecodificeerd in art. 6:48 lid 1 BW. Plaatselijke gebruiken komen waarschijnlijk meer voor. Ik wees al op het plaatselijke gewoonterecht in de gemeente Haaren. Een ander voorbeeld is het ‘blijversrecht’ in Twente en de Achterhoek, een soort eerstgeboorterecht op grond waarvan een van de kinderen (de ‘blijver’) de boerderij erft en in ruil daarvoor zijn ouders verzorgt tot aan hun dood en omziet naar de andere kinderen.²⁵ Ten slotte verwijst de wet nog incidenteel naar het plaatselijk gebruik, bijvoorbeeld art. 5:42 lid 2 BW als het gaat om de minimumafstand voor beplanting van de erfgrans (voor bomen twee meter en voor heesters en heggen een halve meter, ‘tenzij ingevolge een verordening of een plaatselijke gewoonte een kleinere afstand is toegelaten’).

Hoe wordt gewoonterecht in rechte vastgesteld? Hier stuiten we op een interessant punt. De rechter moet de rechtsgronden ambtshalve aanvullen (art. 25 Rv), maar de vaststelling van regels van gewoonterecht is vooral een feitelijke exercitie. De

9. Zie Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/21.

10. Zie hierover bijv. R.J.Q. Klomp, Gewoonte en handelsrecht in de negentiende eeuw: enkele opmerkingen over artikel 3 Wet AB, Groninger Opmerkingen en Mededelingen (X) 1993, p. 69-93.

11. Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 920.

12. Asser/Sieburgh 6-III 2018/382-383; Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/121; De Klerk-Leenen, in: Contractenrecht IV, aant. 137-138; Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/23; Pabbruwe 1961, p. 1-25.

13. Zie HR 24 februari 1938, ECLI:NL:HR:1938:200, NJ 1938/950 m.nt. P. Scholten (Pastorie Beetsterzwaag); Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 920; Rb. Almelo 26 november 2003, ECLI:NL:RBALM:2003:AO8149, NJF 2004/202, r.o. 6.

14. Asser/Sieburgh 6-III 2018/383.

15. Vgl. Pabbruwe 1961, p. 31: ‘Het beroeps- of bedrijfsgevoonterecht is het soort gewoonterecht, dat zich nog het meest voordoet.’

16. De Klerk-Leenen, in: Contractenrecht IV, aant. 156.

17. Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:566, NJF 2014/266, r.o. 3.20; Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:569, NJF 2014/267, r.o. 3.8.

18. Rb. Rotterdam 22 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10883, NJF 2018/457, r.o. 3.4.

19. Zie hierover F.C.J. Ketelaar, Oude zakelijke rechten (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978; J.C. de Meyere, Oude nog bestaande zakelijke rechten, Amsterdam: H.J. Paris 1937.

20. HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, NJ 2016/209, r.o. 3.5.2.

21. Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:10, r.o. 3.7.3.

22. De Klerk-Leenen, in: Contractenrecht IV, aant. 156; vgl. Pabbruwe 1961, p. 29.

23. Pabbruwe 1961, p. 30.

24. Van een *algemene* gedragslijn is geen sprake meer, laat staan van een landelijke overtuiging dat het zo hoort. Art. 1:9 BW geeft dan ook een afwijkende regeling: *beide* echtgenoten zijn *bevoegd* (maar niet verplicht) de achternaam van hun wederhelft te voeren.

25. Zie Asser/Perrick 4 2017/10 met verwijzingen.

rechter moet immers vaststellen dat binnen een bepaalde kring een gedragslijn wordt gevolgd en op navolging van die gedragslijn wordt gerekend. Er is geen reden om te veronderstellen dat de rechter van die feiten – die zich doorgaans plaatselijk of binnen een specifieke branche voordoen – ambtshalve op de hoogte is. Hoewel de Hoge Raad de rechter de nodige vrijheid gunt bij de vaststelling van gewoonterecht,²⁶ zal in de praktijk een van de procespartijen een beroep moeten doen op gewoonterecht, wil de rechter ernaar kijken. Het ligt vervolgens in de rede dat de rechter het gewoonterecht vaststelt op basis van het debat tussen partijen (waarbij de rechter zich eventueel kan laten voorlichten door deskundigen).²⁷

3 Waardoor is het gewoonterecht in belang afgenomen?

Dit brengt mij bij mijn eerdere vraag: waardoor is het gewoonterecht zo in belang afgenomen? Waarom doen procespartijen minder vaak een beroep op gewoonterecht?

3.1 Toenemende codificatie

Allereerst: de toenemende²⁸ codificatie van het burgerlijk recht. Paul Scholten schreef reeds in 1931 dat de gewoonte ‘door de codificatie [is] teruggedrongen’.²⁹ Naarmate de wetgever een onderwerp meer gedetailleerd heeft geregeld, zal gewoonterecht in de praktijk een minder grote rol spelen. Niet omdat de wet (in de vorm van dwingend of aanvullend recht)

voorgaat op de gewoonte,³⁰ maar omdat het niet meer nodig is om er bindende gebruiken op na te houden. De Smidt beschrijft in zijn proefschrift bijvoorbeeld uitvoerig hoe vóór de codificatie het einde van de huur en pacht, stilzwijgende wederinhuur en verhuis- en vervaldagen werden geregeld door een allegaartje van plaatselijke keuren, plakaten en gebruiken.³¹ De invoering van het oude BW bracht hierin verandering met een meer uniforme regeling, maar die verwees op talloze plaatsen nog steeds naar de plaatselijke gebruiken. Zo bepaalde art. 1623 (oud) BW over stilzwijgende wederinhuur:

‘Indien de huurder van een huis of vertrek, na het eindigen van den huurtijd, bij schriftelijke overeenkomst bepaald, in het bezit van het gehuurde blijft, zonder dat zich de verhuurder daartegen verzet, wordt hij geacht het verhuurde op dezelfde voorwaarden te blijven behouden, voor den tijd welken het plaatselijk gebruik medebrengt, en kan hij het verhuurde niet verlaten, noch daaruit gezet worden, dan na eene tijdige opzegging, overeenkomstig het plaatselijk gebruik gedaan.’

Zowel de duur van de nieuwe huurovereenkomst als de nieuwe opzeggingstermijn werd dus in beginsel door het plaatselijk gebruik bepaald. De Smidt beschrijft dat deze bepaling in de praktijk aanleiding gaf tot moeilijkheden. Wat als er geen plaatselijk gebruik bestaat omtrent de duur van de nieuwe huurovereenkomst? Geldt die dan voor onbepaalde tijd?³² Het huidige art. 6:230 BW geeft een eenvoudigere regeling: tenzij van een andere bedoeling blijkt, wordt de overeenkomst voor onbepaalde tijd verlengd. Zo is er dus ook geen noodzaak meer voor het hebben of ontwikkelen van een plaatselijk gebruik.

3.2 Opkomst gedetailleerde contracten en algemene voorwaarden

Een tweede ontwikkeling met een vergelijkbaar effect is de opkomst van gedetailleerde contracten en van algemene voorwaarden (onder meer in de hand gewerkt door de opkomst van brancheverenigingen). Reeds in 1984 concludeerde de rechtssocioloog Gras op basis van uitvoerig onderzoek naar het gebruik van standaardcontracten in het Nederlandse bedrijfsleven dat ‘het kontraktenrecht in feite standaardkontraktenrecht is geworden’.³³ Hijma schrijft in 2016: ‘De nadien verstreken decennia hebben naar mijn indruk eerder een intensivering dan een verflauwing van het gebruik van

26. Zie bijv. HR 1 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, NJ 1995/547, r.o. 3.3.4: het oordeel van de rechter omtrent het geldende gewoonterecht is een rechtsoordeel, ter zake waarvan de rechter niet gebonden is aan de regels omtrent bewijslevering, noch aan de ten processe door partijen verdedigde standpunten; HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, NJ 2016/209, r.o. 3.5.3: ingeval onzekerheid bestaat omtrent wat gewoonte is, kan aansluiting worden gezocht bij hetgeen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld met betrekking tot de daadwerkelijke uitoefening van een oud zakelijk recht gedurende de meest recente periode.

27. Het ligt ook in de rede dat de rechter de normale bewijsregels hanteert: de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van een door haar gestelde gewoonte, zal conform art. 150 Rv het bestaan en de inhoud van die gewoonte moeten stellen en zo nodig moeten bewijzen. Het blijft uiteraard aan de rechter om te beoordelen of in de gestelde feiten gewoonterecht ligt besloten. Zie W.L. Valk, in: R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht & Bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (online en boek), commentaar op art. 6:248 BW; Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/23; Pabbruwe 1961, p. 170-171. Vgl. ook Asser/Sieburgh 6-III 2018/383.

28. Loth schrijft dat het privaatrecht ‘zich kenmerkt door een groei van het aantal regels van dwingend recht’; M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht* (Mon. BW nr. A19), Deventer: Kluwer 2009/23. Naast het nieuwe BW (1992) kan worden gewezen op het toenemende aantal Europese verordeningen en richtlijnen die ingrijpen in het Nederlandse privaatrecht.

29. Scholten, Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. Algemeen Deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1931, p. 153; vgl. ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/118; B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen* (Mon. BW nr. A20), Deventer: Kluwer 2007/9.

30. Integendeel, tussen de gewoonte en de wet bestaat geen vaste rangorde. De wetgever heeft er bewust voor gekozen om geen vaste rangorde aan te brengen. De vraag hoe wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid zich in een concreet geval tot elkaar verhouden, kon beter aan de rechter worden overgelaten. Zie Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 31 en Parl. Gesch. BW Boek 3 Inv. 3, 5 en 6, p. 1020-1021. Zie hierover verder Asser/Sieburgh 6-III 2018/388-389; Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/23-24.

31. De Smidt 1954, p. 92-133.

32. De Smidt 1954, p. 163-170.

33. Zie F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardcontract: een rechtssociologische studie* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Kobra 1984, p. 23-29.

algemene voorwaarden te zien gegeven.³⁴ Ook door deze ontwikkeling heeft het gewoonterecht aan belang ingeboet. Art. 6:248 lid 1 BW verwijst naar de gewoonte als *aanvullende bron* van rechtsgevolgen. Gewoonterecht kan pas in het spel komen als partijen een relevant onderwerp ongeregeld hebben gelaten en dus een leemte bestaat. Dat komt tegenwoordig nog maar weinig voor.

Een aardig voorbeeld waarin dat wél aan de orde was, is te vinden in een (niet op rechtspraak.nl maar in de NJF gepubliceerde) uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Almelo uit 2003. Deze uitspraak gaat over de koop van een eetcafé waarbij partijen vergeten waren een financieringsvoorbehoud op te nemen. Toen de koper de financiering niet rondkreeg, vorderde de verkoper nakoming. De voorzieningenrechter oordeelde dat het bij dit soort transacties ‘algemeen gangbare gewoonte’ is om een financieringsvoorbehoud te maken. Aangezien partijen hiervan niet zijn afgeweken, kan de koper het voorbehoud inroepen.³⁵ Ik vraag me af of dit juist is. Het is al controversieel of het bestendig gebruik om een bepaald beding te maken, gewoonterecht oplevert.³⁶ Maar ik vraag me vooral af of de voorzieningenrechter de lat voor het bestaan van gewoonterecht niet te laag legt: is het werkelijk zo dat men zich bij de verkoop van horecaondernemingen *verplicht acht* een financieringsvoorbehoud te maken, althans een beroep daarop te honoreren (*opinio iuris*)? Mijns inziens zou het meer voor de hand gelegen hebben om te onderzoeken of het financieringsvoorbehoud (al dan niet stilzwijgend) is overeengekomen of voortvloeit uit de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Wat daarvan zij, deze uitspraak illustreert waarom een beroep op de ‘gewoonte’ om een financieringsvoorbehoud te maken zo weinig voorkomt: normaal gesproken zullen partijen het erover hebben gehad of het nodig is om deze standaardclausule op te nemen in hun schriftelijke contract.

3.3 Opkomst concurrerende open normen van ongeschreven recht

Een derde oorzaak voor het afgenomen belang van het gewoonterecht is de opkomst van andere, objectiverende open normen die de rol van het gewoonterecht in veel gevallen hebben overgenomen. Denk aan ‘verkeersopvattingen’, ‘hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt’ en ‘redelijkheid en billijkheid’. Memelink concludeert bijvoorbeeld in haar proefschrift over de verkeersopvatting:

‘Het lijkt erop dat de verkeersopvatting ten dele niets anders is dan gewoonterecht in een nieuw jasje. Vele – evidente en kenbare – verkeersopvattingen berusten niet alleen op een *opinio iuris* maar juist ook op *usus*, op feitelijke gebruiken. Het begrip kent bovendien dezelfde kenbaarheids- en bewijsproblemen en dezelfde problemen rondom haar geldingskracht. Een andere overeenkomst tussen het gewoonterecht en de verkeersopvatting is gelegen in het feit dat beide zowel algemeen kunnen gelden als in een kleine kring van personen. Opmerkelijk is ten slotte dat zowel gewoonterecht als verkeersopvattingen zelden of nooit zullen derogeren aan de wet, en binnen het privaatrecht vooral een aanvullende functie vervullen.’³⁷

In het contractenrecht, waarin de gewoonte traditiegetrouw een grote rol speelde, heeft de gewoonte aan praktisch belang ingeboet door het uitlegleerstuk en door de opkomst van de ‘objectieve goede trouw’, de redelijkheid en billijkheid.³⁸ De Haviltex-formule zet de redelijke verwachtingen van de partijen centraal in het licht van alle omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van de totstandkoming en uitleg van overeenkomsten moet dus al rekening worden gehouden met de branchegebruiken of plaatselijke gebruiken die de verwachtingen van partijen bepalen. Zo oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat een letter of intent over de aanschaf van 25 vliegtuigen geen bindende koopovereenkomst opleverde, onder meer omdat het in de vliegtuigbranche gebruikelijk zou zijn dat bepaalde – niet in de letter of intent geregelde – onderwerpen worden uitonderhandeld.³⁹ In een zaak tussen twee autohandelaars over een Mercedes die ‘zonder inruil en zonder garantie’ was verkocht, oordeelde het gerechtshof ‘s-Hertogenbosch op basis van getuigenverklaringen over de gebruiken binnen de branche dat met de term ‘zonder garantie’ was bedoeld dat de autohandelaar, in afwijking van art. 7:17 BW, niet aansprakelijk was voor gebreken.⁴⁰

De aanvullende werking en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn mogelijk nog geduchtere concurrenten van de gewoonte. Art. 3:12 BW bepaalt uitdrukkelijk dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met ‘de in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Het gaat hierbij niet alleen om landelijke rechtsovertuigingen, maar ook om rechtsovertuigingen binnen bepaalde kringen, zoals binnen het verzekeringswezen. Zo zocht de Hoge Raad in Kroymans/Sun Alliance – over de vraag of een beroep op een vervaltermijn van zes maanden in de polisvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was – bij de vaststelling van de in Nederland levende rechtsovertuiging aansluiting bij

34. Jac. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55), Deventer: Wolters Kluwer 2016/10.

35. Rb. Almelo 26 november 2003, ECLI:NL:RBALM:2003:AO8149, NJF 2004/202. Vgl. het oordeel van het hof in HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2955, NJ 2009/196, dat de bewijslast voor het bestaan van een financieringsvoorbehoud bij de koop van een woning omkeerde, onder meer omdat een financieringsvoorbehoud bij de verkoop van een woonhuis tussen particulieren, ofschoon niet een essentieel of een bestendig gebruikelijk beding, wel een zeer vaak voorkomend verschijnsel is (r.o. 3.2). De Hoge Raad oordeelde echter dat deze omstandigheid geen omkering van de bewijslast rechtvaardigde (r.o. 3.3).

36. Zie hierover bijv. Asser/Sieburgh 6-III 2018/384.

37. Memelink 2009, p. 246.

38. Vgl. W.L. Valk 2016, p. 81; D. De Ruysscher & C.M. in ‘t Veld, *De gewoonte in het Nederlands en Belgisch economisch privaatrecht* (19de-21ste eeuw), TvPr. 2017, p. 437-445.

39. Rb. Midden-Nederland 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3861, NJF 2013/494, r.o. 4.5.

40. Hof ‘s-Hertogenbosch 12 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ7605, NJF 2007/60.

het standpunt van de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf. De Hoge Raad constateerde dat het beroep op de vervallermijn van zes maanden in strijd was met het standpunt van de Raad van Toezicht en (dus) in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.⁴¹ Deze uitspraak laat niet alleen zien dat gewoonten of opvattingen binnen een bepaalde kring kunnen doorwerken in wat de redelijkheid en billijkheid eisen, maar illustreert ook waarom het voor partijen en rechters aantrekkelijker is om gebruik te maken van de redelijkheid en billijkheid dan van gewoonrecht. Ten eerste is 'redelijkheid en billijkheid' een breder en flexibeler begrip. De drempel voor het aannemen van gewoonrecht ligt hoog. Een uitspraak over gewoonrecht is bovendien per definitie een *algemene* uitspraak (namelijk over het geldende gewoonrecht binnen een bepaalde maatschappelijke kring). De redelijkheid en billijkheid houden echter óók rekening met de geldende gewoonten en met meer dan dat: *alle* omstandigheden van het geval. Voor de rechter heeft dat bovendien als voordeel dat hij zijn uitspraak kan toespitsen op het concrete geval. Ten tweede kunnen de redelijkheid en billijkheid, anders dan gewoonrecht, derogeren aan het overeengekomene. In Kroymans/Sun Alliance zou eventueel gewoonrecht binnen het verzekeringswezen geen soelaas hebben geboden; de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid deed dat wel. Het is dus alleszins verklaarbaar dat de gewoonte in het contractenrecht zo langzamerhand door de redelijkheid en billijkheid is 'opgegeten'.

Nog één laatste voorbeeld om dit te illustreren: een van de twee uitspraken die ik vond in mijn zoektocht op rechtspraak.nl waarin onder verwijzing naar art. 6:248 lid 1 BW een regel van gewoonrecht wordt aangenomen. De rechtbank Limburg oordeelde in deze zaak dat de verhuurder (Coltex) de huurder correcte facturen moet sturen, en wel op grond van gewoonrecht:

'(...) ook indien in de huurovereenkomst zelf of in de algemene bepalingen daarover geen verplichting voor de verhuurder is opgenomen, [kan] op grond van het gewoonrecht daartoe een verplichting zijn ontstaan (artikel 6:248, eerste lid, BW). (...)

In het onderhavige geval is komen vast te staan dat in het verleden, en ook recent nog, huurfacturen zijn gestuurd. Dat betekent dat op Coltex de verplichting rust tot het sturen van correcte facturen. Zij zal daartoe dan ook worden veroordeeld.⁴²

Ik vind dit om twee redenen een opmerkelijke uitspraak. Ten eerste lijkt de rechtbank gewoonrecht af te leiden uit een gebruik tussen partijen ('dat in het verleden, en ook recent nog, huurfacturen zijn gestuurd'). Gewoonrecht geldt echter binnen een bepaalde maatschappelijke *kring*: landelijk, plaatse-

lijk, of binnen een bepaalde branche. Die zal ruimer moeten zijn dan twee personen, want anders kunnen we evengoed spreken van (stilzwijgende) wilsovereenstemming. Ten tweede was het onnodig om hier op zoek te gaan naar een regel van gewoonrecht; de verplichting tot het sturen van een correcte factuur kon immers even gemakkelijk worden gebaseerd op stilzwijgende wilsovereenstemming of op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid. Deze uitspraak illustreert dus opnieuw dat het uitleggestuk en de redelijkheid en billijkheid de verwijzing naar de 'gewoonte' in art. 6:248 lid 1 BW praktisch overbodig maken.

3.4 Economische, technische en culturele ontwikkelingen

Het is, ten slotte, aannemelijk dat, naast de zojuist besproken factoren, ook economische, technische en culturele ontwikkelingen hebben bijgedragen aan het afgenomen belang van het gewoonrecht in het vermogensrecht.⁴³ W.L. Valk schrijft bijvoorbeeld:

'Het praktische belang van gewoonrecht is binnen ons nationale rechtsstelsel in de afgelopen eeuw sterk afgenomen. Door de beschikbaarheid van snel en relatief goedkoop vervoer en het gebruik van snelle, zelfs *realtime* communicatiemiddelen, is het handelen van mensen veel minder plaatsgebonden. Veel lokale gebruiken hebben daardoor hun betekenis verloren.'⁴⁴

Dit lijkt mij een aannemelijke conclusie. Je zou kunnen zeggen dat veel gewoonten in de afgelopen eeuw door 'de tijd' – een tijd van globalisering, secularisering en ongekende technische vooruitgang – zijn achterhaald. Door de globalisering is ons handelen en denken bijvoorbeeld minder plaatsgebonden, zodat plaatselijke gebruiken vergaan. Omgekeerd lijkt de globalisering ook een voedingsbodemp te bieden voor de vorming van nieuwe, *internationale* gewoonten, maar daarover straks meer. In hoeverre deze en andere maatschappelijke ontwikkelingen hebben bijgedragen aan het verdwijnen van (lokaal) gewoonrecht, is bij mijn weten niet onderzocht. Ik wil daar in dit artikel ook geen uitspraken over doen. Dát sommige gebruiken gewoonweg door 'de tijd' zijn achterhaald, staat echter voor mij als een paal boven water. Een alleraardigst voorbeeld is het gebruik van de kerfstok als bewijsmiddel. De kerfstok is, zo verhaalt De Smidt, een in tweeën gespleten stok, waarvan de ene helft onder de leverancier verblijft en de andere helft bij zijn wederpartij. Bij elke levering worden de twee helften samengevoegd en wordt er een horizontale kerf over de hele breedte van de stok aangebracht, waarna beide partijen hun deel weer terugnemen. Door samenvoeging van de helften kunnen partijen het aantal leveranties aflezen. Dit

43. Vgl. Rogmans 2007/9, die 'veranderingen in de samenleving' ziet als voorname oorzaak van de afgenomen betekenis van het gewoonrecht.

44. W.L. Valk 2016, p. 80. Hij vervolgt: 'Maar dit kan niet het hele verhaal zijn', en wijst vervolgens op het uitleggestuk en redelijkheid en billijkheid als 'andere, meer flexibele mechanismen (...) om aan een branchegebruik recht te doen' (p. 81).

41. HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1955, NJ 1996/683, r.o. 3.13-3.14.

42. Rb. Limburg 18 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6848, r.o. 4.18.

bewijsmiddel was kennelijk vooral in gebruik bij bakkers.⁴⁵ Art. 1924 (oud) BW verbond aan beide helften dwingende bewijskracht: 'Kerfstokken, met hun dubbel overeenkomende, verdienen geloof tusschen degenen, die gewoon zijn om de leverancien, welke zij in het klein doen, of ontvangen, op dusdanige manier te bewijzen.' Wij kunnen ons tegenwoordig nauwelijks voorstellen dat partijen die structureel zakendoen hun leveranties op zo'n primitieve wijze zouden documenteren (hoewel we ons dan wel weer wat kunnen voorstellen bij een contract op een bierviltje⁴⁶). Dit gebruik is echter achterhaald, niet door codificatie, algemene voorwaarden of open normen, maar omdat bakkers en anderen ontdekten dat er meer betrouwbare bewijsmiddelen waren. En zo is het veel andere gebruiken ook vergaan.

4 Slotbeschouwing: het gewoonterecht anno 2021

Wat is nu nog het praktische belang van het gewoonterecht? Ik zeg bewust 'praktische', want dat het gewoonterecht *principiële* een plaats verdient naast de wet staat buiten kijf. Het recht valt niet los te zien van het feitelijk handelen in de samenleving. Het recht, aldus Paul Scholten, vraagt uit zijn aard om verwerkelijking.⁴⁷ Rechtsregels hebben gezag, niet alleen omdat zij gevolgd *moeten worden*, maar ook omdat zij gevolgd *worden*. En of dit 'moeten worden' berust op de wet of op ongeschreven recht, doet voor het gezag van die regels niet ter zake. Wet en gewoonterecht staan dan ook principieel op gelijke voet.

Dit neemt niet weg dat het praktische belang van het gewoonterecht sterk is afgenomen. Wat resteert er nog? Ten eerste zijn er gewoonten die niet geraakt worden door de ontwikkelingen die ik in paragraaf 3 heb beschreven. Wat bijvoorbeeld als codificatie ontbreekt? Ik wees in paragraaf 2 al op de oude zakelijke rechten die stammen uit de periode vóór het oude BW van 1838. Bij gebreke van een wettelijke regeling blijven deze oude zakelijke rechten beheerst door het gewoonterecht. Maar dit kan zich ook voordoen bij nieuwe ontwikkelingen. Die maken sommige gebruiken overbodig, maar vragen ook om nieuwe regels. Als de wet achterblijft bij maatschappelijke ontwikkelingen – denk aan de opkomst van nieuwe markten in de platformeconomie – zal de maatschappij haar eigen regels ontwikkelen. In nieuwe markten ontstaan nieuwe gebruiken en tot die op de een of andere manier zijn geformaliseerd, kunnen die functioneren als gewoonterecht.

In dit licht ligt het ook voor de hand dat de hedendaagse trend van 'private normstelling' of 'zelfregulering' – al dan niet omdat de wetgever bewust een stapje terug doet – de vorming

van gewoonterecht in de hand werkt.⁴⁸ Volgens Giesen zou men kunnen zeggen dat 'alternatieve regelgeving een vorm van gewoonterecht in wording is'.⁴⁹ In een geschil tussen twee advocaten paste de rechtbank Den Haag bijvoorbeeld een van de gedragsregels voor de advocatuur toe als een regel van gewoonterecht binnen de advocatuur.⁵⁰

Voor gewoonterecht blijft daarnaast ook plaats in branches en andere kringen die niet worden gekenmerkt door gedetailleerde contracten en algemene voorwaarden. Zo komt het in de sleep- en duwvaart kennelijk voor dat er geen algemene voorwaarden worden overeengekomen of ter hand gesteld. In die gevallen wordt wel aangenomen dat de aansprakelijkheidsverdeling bij een aanvaring wordt geregeld door gewoonterecht.⁵¹ Ook zeer plaatselijk, in buurten, kan gewoonterecht ontstaan. Men pleegt de rechtsverhouding met zijn burens immers niet altijd gedetailleerd te regelen. Zo constateerde de rechtbank Zwolle-Lelystad dat er op een zeker bungalowpark ingevolge de plaatselijke gewoonte geen minimumafstand gold voor beplanting bij de erfgrans (vgl. art. 5:42 lid 2 BW).⁵²

Ten tweede is erop gewezen dat in *internationaal* verband een tegengestelde ontwikkeling zichtbaar is: het belang van de gewoonte neemt toe.⁵³ Dit hangt samen met het idee dat er met de globalisering een nieuwe *lex mercatoria* is ontstaan: transnationaal handelsrecht. In de *lex mercatoria* staan de internationale gebruiken tussen handelaren centraal. Zo betoogt Dalhuisen dat het functioneren van de internationale financiële markten – bijvoorbeeld processen als *clearing* en *settlement* – veelal berust op gewoonterecht.⁵⁴ Er zijn (en worden) meerdere pogingen gedaan om deze *lex mercatoria* te codificeren: de UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, de Principles of European Contract Law en de TransLex Principles (www.trans-lex.org/)

45. De Smidt 1954, p. 306-307.

46. Zie bijv. Rb. Rotterdam 28 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:10792.

47. Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/21.

48. Voor een voorbeeld van de doorwerking van private normstelling in (niet gewoonterecht, maar) een open norm, namelijk de maatschappelijke zorgvuldigheid, zie HR 13 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een NVM-verkoopmakelaar jegens aspirantkopers in beginsel de NVM-meetinstructie in acht moet nemen.

49. I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 71.

50. Rb. 's-Gravenhage 10 juni 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA9210, NJF 2007/384, r.o. 4.4.

51. Zie bijv. Rb. Rotterdam 22 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10883, NJF 2018/457, r.o. 5.3; Rb. Rotterdam 11 juli 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AK4730, S&S 2002/128, r.o. 3.2; Rb. Amsterdam 4 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW9766, S&S 2012/75, r.o. 4.7.

52. Rb. Zwolle-Lelystad 1 december 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BP0195, NJF 2011/332, r.o. 6.2-6.3.

53. W.L. Valk 2016, p. 81, onder verwijzing naar J.H. Dalhuisen, *Custom and Its Revival in Transnational Private Law*, Duke Journal of Comparative & International Law 2008, p. 339-370. Valk geeft als gedeeltelijke verklaring voor deze trend dat in het Anglo-Amerikaanse recht, dat in de internationale handel dominant aanwezig is, de invloed van redelijkheid en billijkheid zeer omstrede is en bij contractsuitleg maar beperkt rekening wordt gehouden met wat zich voor contractssluiting tussen partijen heeft voorgedaan. *Custom* (als wel erkende ongeschreven rechtsbron) is dan een aantrekkelijk alternatief, aldus Valk.

54. Dalhuisen 2008, p. 349 en 370.

principles).⁵⁵ Contractspartijen kunnen een rechtskeuze doen voor de *lex mercatoria* (wat het bestaan van gewoonterecht veronderstelt) of dergelijke ‘principles’, hetgeen met name gebeurt in contracten waarin tevens internationale arbitrage wordt overeengekomen.⁵⁶ Op grond van art. 6:248 lid 1 BW kunnen internationale handelsgebruiken echter ook als gewoonterecht doorwerken in de rechtsverhouding tussen partijen, uiteraard als die wordt beheerst door Nederlands recht.

Feit blijft dat veel van de functies van het gewoonterecht die ik hiervoor heb opgenoemd ook kunnen worden vervuld door open normen van ongeschreven recht zoals de redelijkheid en billijkheid. Dit brengt mij bij een derde en laatste punt. Dat het gewoonterecht in veel gevallen wordt ‘opgeslokt’ door open normen, maakt het gewoonterecht in die gevallen niet zonder betekenis. Bij de invulling van die open normen zal de rechter zich immers rekenschap moeten geven van de geldende gewoonten. Het gewoonterecht steekt in een ander jasje, maar blijft onverminderd relevant. Welk etiket op de gewoonte wordt geplakt, zou ons ook niets uit moeten maken. Uiteindelijk zijn het *usus* (het gevolgd worden) en *opinio iuris* (het gevolgd moeten worden) waaraan het recht gezag ontleent.

55. Zie hierover bijv. K.P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2010.

56. Vgl. hierover Asser/Vonken 10-I 2018/291. Zie ook de preambule van de UNIDROIT Principles en art. 1:101 lid 3 van de Principles of European Contract Law, waarin is bepaald dat deze principes *kunnen* worden toegepast als partijen een rechtskeuze hebben gedaan voor ‘general principles of law’ of de *lex mercatoria*.