

## DE GEWOONTE IN HET NEDERLANDS EN BELGISCH ECONOMISCH PRIVAATRECHT (19DE-21STE EEUW)

Dave DE RUYSSCHER  
*Tilburg University, Vrije Universiteit Brussel*

Marco IN 'T VELD  
*Vrije Universiteit Brussel\**

This text is the pre-published, pre-edited version of the article published in *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2017, 417-454. This text must not be cited, quoted or referred to. Only the publisher's version is the version that can be cited, quoted or referred to.

### Abstract

*In de historisch-dogmatische ontwikkeling van het Belgische en Nederlandse economisch privaatrecht kunnen drie vormen van handelsgebruiken/-gewoonten worden onderscheiden. Usages-règle (rechtsgebruiken) zijn gewoonten in de zin van gedragingen die herhaald worden op grond van een rechtsovertuiging. De usage-présomption (of usage conventionnel) verwijst naar handelsgebruiken die dienen om afspraken tussen contractanten te verduidelijken of aan te vullen. Usages-principe zijn open normen die door de rechter kunnen worden ingevuld. De drie vermelde concepten van handelsgewoonte ontstonden op verschillende tijdstippen. De handelsgewoonte als usage-règle werd in de vroege negentiende eeuw voorgestaan door de Historische School. Voordien werden handelsgewoonten vaak begrepen als usages-principes: ze werden geacht nauw verbonden te zijn met beginselen die met de “gangbare handelspraktijk” overeenstemden en die in allerlei bronnen van recht konden worden gevonden. Vanaf het einde van de negentiende eeuw werd de benadering van handelsgebruiken als usages-présomption dominant in Frankrijk en België, terwijl in Nederland de handelsgewoonte in contractuele verhoudingen minder belangrijk werd. Dat laatste hield verband met een beperkt onderscheid tussen handelsgebruiken en de redelijkheid en de billijkheid, die open gedragsnormen vormen. In België, waar handelsgebruiken sinds lang strikt naast de goede trouw en wilsovereenstemming worden geplaatst, is de nood aan een rechtsdogmatische benadering van handelsgewoonten bijgevolg – nog steeds – veel groter dan in Nederland. Niettegenstaande sterke tendensen naar objectivering in de toepassing van handelsgebruiken in beide landen, blijven de vermelde tradities overeind.*

---

\* Dit artikel werd mogelijk gemaakt met de steun van FWO-Vlaanderen (project G.0655.16N) en de *European Research Council* (ERC Starting Grant 714759).

## I. Inleiding

1. Vanouds wordt gezegd dat het handelsrecht zich voornamelijk ontwikkelt via in de praktijk gegroeide gewoonten of gebruiken. Dit zou enerzijds het handelsrecht een bepaalde eigenheid verlenen en anderzijds de gewoonte gewicht verschaffen als rechtsbron. De verwevenheid van gewoonten en handel is een *locus classicus* in juridische literatuur vanaf de Renaissance tot vandaag. Auteurs uit uiteenlopende perioden van de geschiedenis hebben handelsgewoonten en -gebruiken beschreven, maar ook meer algemeen handelsgewoonten als de voedingsbodem, zelfs als rechtsbron bij uitstek, van het handelsrecht aangeduid. Enerzijds werden nieuwe regels aangemerkt die in de handelspraktijk waren gegroeid. Anderzijds vormde een dergelijke identificatie vaak een opstap naar een rechtstheoretische legitimering van handelsrecht als gewoonterecht<sup>1</sup>.

2. De vermelde benaderingen hebben echter niet langer de vanzelfsprekendheid die ze lang hebben genoten. De codificatiebeweging van de late achttiende en negentiende eeuw verankerde het handelsrecht nog als een min of meer autonome rechtstak. Tegelijkertijd echter maakte de primauteit van de wet als rechtsbron en de toename van wetgeving dat het aanvullende karakter van handelsgewoonten minder speelde. In een tweede beweging desintegreerde het handelsrecht. In de vroege jaren 1800 was het nog in hoofdzaak een “recht van handelaars”. Vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw verdwenen kooplieden en ondernemers als aanwijsbare klasse, wat maakte dat het handelsrecht meer een “recht van de handel” werd<sup>2</sup>. Sinds de late negentiende eeuw, en vooral vanaf het midden van de twintigste eeuw, viel het handelsrecht in Nederland en België steeds meer uiteen. Bepaalde – in oorsprong – handelsgerichte contracten werden vanaf het begin van de twintigste eeuw onder grote groepen van de bevolking verspreid (bijvoorbeeld verzekeringen, aandelenbezit). Het economisch privaatrecht breidde zich samen met een groeiend consumentenrecht uit. In België en Nederland werden in de tweede helft van de twintigste eeuw de rechten van consumenten verankerd in wetgeving die grenzen stelde aan de contractvrijheid van *retailers*<sup>3</sup>. Handelsrecht werd bovendien niet langer uitsluitend

---

<sup>1</sup> De vaak ontorechte identificatie van handelspraktijken als “gewoonten” (d.i. *usages-règle*) wordt behandeld in: E. KADENS, “The Myth of the Customary Law Merchant”, 90 *Texas Law Review* (2012), 1153–1206. Het gewoonterechtelijk karakter van (transnationaal) handelsrecht wordt vandaag gepropageerd door aanhangers van brede invullingen van rechtspluralisme (bijvoorbeeld Bruce L. Benson). Ook enkele rechtshistorici omschrijven handelsrecht in het verleden als een cultuur van wederzijds vertrouwen (Carlos Petit) of als “levend recht” dat gold op bepaalde plaatsen zoals jaarmarkten (M. FORTUNATI, “The Fairs Between *Lex Mercatoria* and *Ius Mercatorum*” in V. Piergiovanni (ed.), *From Lex mercatoria to commercial law* (Berlijn: Duncker & Humblot 2005) 143–164) of binnen de klasse van kooplieden (U. SANTARELLI, “Mercante, mercature e nuove tipicità emergenti” in G. Andenna (ed.), *Pensiero e sperimentazioni istituzionali nella ‘Societas Christiana’ (1046–1250)* (Rome: Vita e Pensiero 2007), 199–214).

<sup>2</sup> In Frankrijk (1867) en België (1872) werd de handelaar gedefinieerd als een professional die regelmatig handelsactiviteiten verricht. In 1861 werd in het Verenigd Koninkrijk het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars in *bankruptcy* opgeheven. Zie D. DE RUYSSCHER, “Handel in oud en nieuw recht: lobbyen voor een afzonderlijk handelsrecht doorheen de geschiedenis”, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2011, (1599) 1625–1626, 1631–1632.

<sup>3</sup> D. HEIRBAUT, *Een beknopte geschiedenis van het sociaal, het economisch en het fiscaal recht in België* (Gent: Academia Press 2013) 134–136.

voorbehouden aan kooplieden en ondernemers, maar meer en meer gericht op zelfstandige economische activiteiten en ondernemingen<sup>4</sup>.

3. Een gevolg van deze ontwikkelingen was in eerste instantie een roep om eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht. In Nederland werd het handelsrecht, weliswaar traag, opgenomen in het burgerlijk recht. In 1934 werd het onderscheid tussen handelaars en niet-handelaars geschrapt<sup>5</sup>. Het Franse invoerproduct van de rechtbanken van koophandel was in Nederland al eerder, in 1838, wegens gering succes verdwenen<sup>6</sup>. Uiteindelijk werd in 1992 het Nederlandse handelswetboek van 1838 zo goed als afgeschaft door de invoering van het Nieuw BW, dat zowel regels van burgerlijk recht als handelsrecht bevat<sup>7</sup>. In België bleef het Wetboek van Koophandel van 1807 gedurende de negentiende en twintigste eeuw formeel van kracht. Wel werden vele hoofdstukken (“boeken”) van het Wetboek van Koophandel vanaf het midden van de negentiende eeuw vervangen<sup>8</sup>. Vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw klonk ook in België de roep om eenmaking van het burgerlijk recht en handelsrecht<sup>9</sup>. Al snel bleek dat weinig realistisch vanwege de toenemende invloed van internationale, supranationale en ook transnationale regels. De stilstand die daaruit voortvloeide werd in 1999 doorbroken, toen titel 9 van het Wetboek van Koophandel over handelsvennootschappen opgeheven werd en vervangen door een Wetboek van Vennootschappen. In het begin van de eenentwintigste eeuw werden regels uit het Wetboek van Koophandel – voor zover nog relevant bevonden – overgeheveld naar het Wetboek van Economisch Recht (2013). Dit wetboek is meer gericht op “ondernemingen”. Maar anders dan in Nederland, bestaat het onderscheid tussen handelsrecht en civiel recht in België dus nog steeds. Het is dan ook geen verrassing dat handelsgebruiken in België vandaag een grotere rol spelen dan in Nederland, al zijn verwijzingen naar dergelijke gebruiken ook in België allesbehalve courant.

4. Tegen de achtergrond van de vermelde verschuivingen veranderde de juridische invulling van handelsgewoonten. De wisselende verbanden met andere rechtsbronnen en met de wilsovereenstemming van contractanten laten toe om trends te onderkennen in de rechtsdogmatische benadering van dergelijke gewoonten. Een eerste invulling van het handelsgebruik vormde het “*usage-principe*”: handelsgewoonten werden in dat geval bekeken als een open norm. De rechter werd veel ruimte tot invulling gelaten en kon vanuit de open norm de wet en het contract aanvullen (II.A). Hierna zal worden aangetoond dat deze benadering van handelsgewoonten dominant was tot de jaren 1830. Op dit punt speelde de codificatiebeweging (II.B) en bepaalde ontwikkelingen in de rechtsleer (II.C en III). Onder invloed van de Historische School ging immers een tweede benadering van handelsgebruiken, als “*usage-règle*”, domineren<sup>10</sup>. Het gaat hier om gewoonterechtelijke normen die steunen op herhaalde gedragingen gekoppeld aan rechtsovertuiging (*opinio iuris*

---

<sup>4</sup> Over de invoering van het handelsregister in België, zie DE RUYSSCHER, “Handel in oud en nieuw recht”, (1599) 1632–1633. Voor Nederland, zie R.J.Q. KLOMP, *Opkomst en ondergang*, 137–138; L. TIMMERMAN, “Bezinning op het handelsrecht”, 90. *Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen* 1990, 1–5.

<sup>5</sup> KLOMP, *Opkomst en ondergang*, 141–143.

<sup>6</sup> Zie M.W. VAN BOVEN, “De rechtbanken van koophandel (1811–1838). Iets over de geschiedenis, organisatie en de archieven”, 97. *Nederlands Archiefblad* 1993, 5–28.

<sup>7</sup> C.J.H. BRUNNER, “De verdwijning van het Nederlandse handelsrecht”, 35. *TPR* 1998, (643) 643–644.

<sup>8</sup> D. HEIRBAUT, “Enkele hoofdlijnen uit de geschiedenis van het Wetboek van Koophandel in België” in D. Heirbaut en G. Martyn (eds.), *200 jaar Wetboek van Koophandel* (Brussel: KVAB 2009) 91–103.

<sup>9</sup> S. FREDERICQ, *De eenmaking van het burgerlijk recht en het handelsrecht* (Antwerpen: De Sikkel 1957).

<sup>10</sup> Zie voor deze term A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce* (Parijs: LGDJ 1984) 119.

of *necessitatis*). Paragraaf IV staat in het teken van het einde van het legisme in Nederland, de invloed van *l'école de libre recherche scientifique* in Frankrijk en België en de daaruit voortvloeiende differentiëring van de handelsgewoonte. Een derde invulling van handelsgewoonten die toen ontstond betreft de "*usage-présomption*"<sup>11</sup> of "*implied term*". Handelsgebruiken in deze zin worden als (te bewijzen) feiten beschouwd en moeten gezocht worden in de wilsovereenstemming van contractpartijen. Het concept van "*usages-présomption*" stamt uit de Italiaanse en Franse rechtsleer van de laatste decennia van de negentiende eeuw. Deze benadering is overheersend in België, waar de "*usage-présomption*" de "*usage-règle*" zelfs grotendeels ging opnemen. Zogenaamde "rechtsgebruiken", voor zover toepasselijk, worden in België immers vermoed aanvaard te zijn door contractanten. Ten slotte wordt stilgestaan bij de toenemende rol van de open gedragsnormen van de redelijkheid en de billijkheid in Nederland en de goede trouw in België (V).

## II. De breuk van de codificaties en de Historische School: van principe naar feit (ca. 1804-ca. 1830)

### A. DE *PRINCIPES*-BENADERING

5. Vooraleer de Napoleontische wetboeken in de Zuidelijke en Noordelijke Nederlanden werden ingevoerd, werden handelsregels gevonden in uiteenlopende rechtsbronnen. In beide gebieden bestond wetgeving over kwesties zoals zeeverzekeringen, aandelenhandel, faillissement en andere<sup>12</sup>. Toch was rechtsleer de voornaamste rechtsbron in handelskwesties. Een aantal handelsnormen werd algemeen aanvaard in de doctrine. Een voorbeeld daarvan was de hoofdelijke aansprakelijkheid van vennoten van een handelsvennootschap<sup>13</sup>.

6. Belangrijker was dat de gefragmenteerde benadering van handelsnormen steun vond in de toenmalige juridische methode. In de achttiende eeuw werden de doctrine en handelsgewoonten als rechtsbronnen vaak gecombineerd. Beide hadden in de ogen van toenmalige juristen een universeel karakter en steunden op redelijkheid. De jurist zocht de beste uitwerking van algemene beginselen, die vaak ook in de economische praktijk golden<sup>14</sup>. De grens tussen redelijke gewoonten, natuurrecht en internationaal recht was lange tijd niet heel scherp. De idealistische visies van de Natuurrechtsschool maakten dat regels overal konden worden gevonden en golden, zolang ze maar met redelijkheid of door beschaafde volkeren aangehangen principes in verband konden worden gebracht.

7. De opvatting dat "gewoonten" (*consuetudines*) niet alleen uit herhaald gedrag voortvloeiden, maar ook op beginselen en opvattingen konden berusten, bestond reeds in de middeleeuwen. "Gewoonten" werden toen niet alleen als "gestolde" handelingen maar

---

<sup>11</sup> De term werd ontleend aan KASSIS, *Théorie générale*, 107.

<sup>12</sup> S. LAMMEL, "Die Gesetzgebung des Handelsrechts. Niederlande" in H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte. II: Neuere Zeit (1500–1800). II: Gesetzgebung und Rechtsprechung* (München: Beck 1976) 744–798.

<sup>13</sup> R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: OUP 1996), 466–472.

<sup>14</sup> V. SIMON, "L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnement juridique moderne", *Revue historique de droit français et étranger* 2016, (275) 294–298.

ook als subjectief en niet-feitelijk beschouwde. Middeleeuwse auteurs hebben herhaaldelijk gesteld dat een “*consuetudo*” stamt “*ex usu seu moribus plurium personarum*” (d.i. hetzij uit het gebruik hetzij uit de *mores* van meerdere personen)<sup>15</sup>. Dit ging terug op de Digesten van keizer Justinianus, waarin niet alleen over “gewoonten” werd gesproken, maar ook over “zeden” (*mores*). D. 1,16,7pr. stelt dat datgene wat volgens “*mores et consuetudines*” gebeurt, recht is. In D. 1,3,32,1 lijkt de Romeinse jurist Salvius Julianus de *mores* als voedingsbodem van *consuetudines* te beschouwen. Ook na de Romeinen bleef deze opvatting hangen. In de *Etymologiae* van Isidorus van Sevilla (begin zevende eeuw na Christus) stond: “*consuetudo est ius quoddam moribus institutum*”<sup>16</sup>. Deze definitie werd overgenomen in het *Decretum* van Gratianus<sup>17</sup>, dat in het tweede kwart van de twaalfde eeuw de grondslag legde voor de discipline van het canonieke recht. Het sociologische, intersubjectieve karakter van de notie gewoonte in deze perioden komt verder sterk tot uiting in de omschrijving als “*tacitus consensus populi*” (d.i. de stilzwijgende instemming van het volk)<sup>18</sup>. De impliciete goedkeuring van een groep personen gold als voorwaarde. Nog in 1625 schreef Hugo de Groot in zijn *De iure belli ac pacis* dat internationaal recht kon voortvloeien uit “*moribus et pacto tacito*”, de zeden en niet-uitdrukkelijke “pacten”<sup>19</sup>.

8. Dit subjectieve element van de “zeden” werd in de zeventiende en achttiende eeuwen gaandeweg gewijzigd. Vanaf het begin van de zeventiende eeuw leidde een idealistische invulling van die eerdere visie tot de theorie dat *ius gentium* principes en regels omvat die berusten op de praktijken van of tussen staten in combinatie met gedeelde visies (*consensus*). Deze *consensus* had bij zestiende- en vroeg-zeventiende-eeuwse auteurs zoals Francisco de Vitoria en Hugo de Groot nog geen contractuele kleur. Het begrip duidde op grondbeginselen die (beschaafde) naties impliciet onderschrijven<sup>20</sup>. Meteen kreeg “gewoonterecht” een transnationaal karakter. Dat had een directe invloed op concepties van handelsrecht. In vroeg-zeventiende-eeuws Engeland gingen *civil lawyers* zoals John Davies *law merchant* als een variant van het *ius gentium*, van het recht van alle volkeren, beschouwen. Gerald Malynes omschreef *law merchant* in zijn *Consuetudo, vel Lex Mercatoria* (1622) als transnationaal gewoonterecht en als “*right reason*” waardoor hij het grotendeels met *ius gentium* en *ius naturale* gelijkstelde<sup>21</sup>. De doctrine inzake internationaal recht ging vanaf het einde van de zeventiende eeuw wel steeds vaker verdragenrecht van

---

<sup>15</sup> Deze formule staat in Bartolus de Sassoferrato, *In primam Digesti veteris partem commentaria* (Turijn: Bevilacqua 1574) fol. 19r.

<sup>16</sup> *Etymologiae* lib. 2, 10, 2.

<sup>17</sup> Decr. Dist. 1, c. 2–5.

<sup>18</sup> R. GARRÉ, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.–18. Jahrhundert)* (Frankfurt am Main: Klostermann 2005) 145–160.

<sup>19</sup> H. DE GROOT, *De iure belli ac pacis libre tres* (Amsterdam: Blaeuw 1631) boek 3 pr.

<sup>20</sup> Een grondige analyse van de opvattingen van de Groot vormt T. TOYODA, *Theory and Politics of the Law of Nations* (Leiden: Brill 2011) 24–30. De stelling dat het “*ius gentium*” en “*ius inter gentes*” bij de vermelde auteurs niet contractueel is of op interstatelijke akkoorden duidt, werd al eerder verkondigd. Zie P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (Paris: PUF 1983) 338–340.

<sup>21</sup> Zie hierover A. CORDES, “À la recherche d’une Lex mercatoria au Moyen Âge” in O.-G. Oexle en P. Monnet (eds.), *Stadt und Recht im Mittelalter. La ville et le droit au Moyen Âge* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 2003) (117) 118–119; DE RUYSSCHER, “Handel in oud en nieuw recht”, (1599) 1613–1620; D. DE RUYSSCHER, “La lex mercatoria contextualisée: tracer son parcours intellectuel”, *Revue historique de droit français et étranger* (2012) (499) 504–510; A.D.M. FORTE, “‘Calculated to Our Meridian’? The *Ius Commune*, *Lex Mercatoria* and Scots Commercial Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries” in E. Reid en L. Carey Miller (eds.), *A Mixed Legal System In Transition: T.B. Smith And the Progress Of Scots Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press 2005) (120) 122.

natuurrecht onderscheiden<sup>22</sup>. Deze rechtsleer was in dat opzicht een verre voorloper van ontwikkelingen in het handelsrecht, waar de contractuele grondslag van gewoonten pas vanaf het einde van de negentiende eeuw geleidelijk aan dominant werd (zie IV).

9. De opvatting dat hande­lsgewoonten, algemene beginselen en rechtsleer sterk verweven bronnen van recht vormden, bestond nog in de vroege negentiende eeuw. Hoewel ze in de codificaties grotendeels werden teruggedrongen (zie hierna, II.B), verwezen hande­lsgewoonten en -gebruiken in de hoofden van juristen nog naar ruime principes, die juristen en handelaars deelden. Ook in Nederland leefde die opvatting. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek* uit 1806 van Joannes van der Linden<sup>23</sup>. Van der Linden spreekt van “*costuymen*”, die op de rede moeten steunen en behoorlijk moeten bewezen worden<sup>24</sup>. Voor de uitleg van verbintenissen staat de letterlijke zin der woorden voorop, maar er kan, wanneer een beding voor tweeërlei uitleg vatbaar is, voor de interpretatie worden teruggesproken naar hetgeen te lande gebruikelijk is<sup>25</sup>. Het gebruik kan volgens Van der Linden het contract ook aanvullen<sup>26</sup>. In al deze opzichten sloot Van der Linden sterk aan bij de inhoud van de *Code civil*, die hij uit het Frans vertaalde en die als grondslag diende voor zijn *Burgerlijk wetboek voor het Koninkrijk Holland* (1808). Nochtans toont Van der Linden’s handboek ook aan hoe de dogmatische benadering van hande­lsgewoonten in zijn tijd nog gepaard ging met een inductieve vinding van dergelijke gewoonten in andere rechtsbronnen. Met een gerust hart presenteerde Van der Linden een algemene handelsrechtelijke regel op basis van bijvoorbeeld de ordonnances van Dordrecht of Rotterdam, die volgens hem ook buiten die plaatsen gold. Iets vergelijkbaars deed Van der Linden met verwijzingen naar grote auteurs als de Groot, Voet, Bijnkershoek en Pothier. Dat gold eveneens voor handboeken voor handelaars. Van der Linden verwees in zijn *Handboek* bijvoorbeeld zesmaal naar de *Advysen over den koophandel en zeevaart* van Barels<sup>27</sup>. Dat werk was een samenraapsel van adviezen van advocaten, besluiten en zelfs brieven, waar dus eveneens ruimere normen in werden gelezen.

10. Net zoals Cambacérès in zijn *Discours préliminaire* had gesteld ten aanzien van de *Code civil* beschouwde de Parijse hoogleraar handelsrecht Jean-Marie Pardessus de *Code de commerce* in 1814 als een bundeling van richtinggevende regels, die gebaseerd zijn op onderliggende principes en die interpretatie sturen maar geenszins uitsluiten<sup>28</sup>. Pardessus was op dit vlak een kind van zijn tijd. Auteurs zoals Philippe-Antoine Merlin de Douai trachtten in de vroege negentiende eeuw de nieuwe Franse wetboeken te verzoenen met inzichten uit de oude juridische literatuur. De wet vormde de belangrijkste rechtsbron maar rechtsgeleerde interpretatie werd dus niet buitenspel gezet. Wetspositivisme, ook

---

<sup>22</sup> R. LESAFFER, *Europa: een zoektocht naar vrede? 1463–1763 en 1945–1997* (Leuven: Universitaire pers 1999) 82–87.

<sup>23</sup> J. VAN DER LINDEN, *Regtsgeleerd, practicaal en koopmans handboek ten dienste van regters, practizijns, kooplieden, en allen die een algemeen overzicht van regtskennis verlangen* (Amsterdam: Johannes Allart 1806).

<sup>24</sup> *Ib.*, 7–8.

<sup>25</sup> *Ib.*, 120–121.

<sup>26</sup> *Ib.*, 121.

<sup>27</sup> J.M. BARELS, *Advysen over den koophandel en zeevaart* (Amsterdam: Hendrik Gartman 1780).

<sup>28</sup> L. MOSCATI, “Au-delà du *Code de commerce*. Quelques réflexions sur l’apport de Jean-Marie Pardessus” in *Le Droit, les affaires et l’argent. Célébration du bicentenaire du Code de commerce* (Dijon: Société pour l’histoire du droit 2008) (397) 400, 403 en 408; L. MOSCATI, “Dopo e al di là del *Code de commerce*: l’apporte di Jean-Marie Pardessus” in C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, U. Petronio en P. Spada (eds.), *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce* (Milaan: Mondadori 2008) (47) 48–52.

exegetisme of legisme genoemd, zou pas vanaf de jaren 1830 domineren. Pardessus stelde in 1822 zelfs dat rechters en rechtsgeleerden, vanuit beginselen, een continu eenvormige interpretatie van recht voorstaan, die door wetgevers wordt doorbroken<sup>29</sup>. Ook de transnationale component van handelsrecht, als gewoonterecht, bleef enige tijd na de codificaties in voege. In 1833 nog oordeelde de Franse advocaat Achille Frémery dat de wetboeken publieke doelstellingen dienen, maar ook dat ze net daarom niet alle oplossingen bevatten die voor het handelsverkeer nodig zijn. Frémery zocht de grondstroom van het handelsrecht – anders dan Pardessus – in de afspraken tussen contractanten, die uiteindelijk in doctrine worden verwerkt<sup>30</sup>. Frémery wees op handelsgebruiken als feiten, maar beschouwde de vermelde onderstroom ook algemeen als “*la coutume universelle des commerçants*”. Handelsregels hadden zich volgens hem in de loop van de tijd ontwikkeld in handelscontracten, die door rechtbanken met handelaars-rechters werden bevestigd. Deze “algemene gewoonte” was dus net zoals lokale gewoonten een gedragsnorm. De algemene normen stemden overeen met fundamentele principes, die ook rechtsgeleerden (her)kenden<sup>31</sup>.

## B. DE INVLOED VAN DE NAPOLEONTISCHE WETBOEKEN

11. De Napoleontische *Code civil* (1804) en *Code de commerce* (1807) boden weinig aanknopingspunten om principes als “gewoonterecht” te kwalificeren. Bovendien was het verminderde belang van gewoonterecht één van de gevolgen van de codificatie-ideologie. In de *Code de commerce* is zelfs helemaal geen sprake van “*coutumes*”. In het hoofdstuk over vennootschappen stelde het wetboek dat vennootschappen bepaald worden door het burgerlijk recht, de daarvan afwijkende “handelswetten” en de overeenkomsten (art. 18). Wel was er een advies van de Franse *Conseil d’État* van 13 december 1811 dat oplegde dat de rechtbanken van koophandel volgens de letter en de geest van de *Code de commerce* dienden te oordelen, en als er geen aanknopingspunt in het wetboek was, volgens “*le droit commun et les usages du commerce*”<sup>32</sup>. Maar al bij al was er geen wettelijke basis om handelsgewoonten aanvullend toe te passen. De vermelde bepaling over de gelding van burgerlijk recht en handelswetten inzake vennootschappen werd ook overgenomen in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838 (art. 15), dat voor een groot deel op de *Code de commerce* steunde. Merkwaardig genoeg liet het Franse Burgerlijk Wetboek meer ruimte voor gewoonten naast het wetboek. Anders dan de *Code de commerce* stelde de Franse *Code civil* dat de inhoud van het wetboek gold voor zover geen andersluidende wetten of handelsgebruiken (“*usages du commerce*”) van toepassing waren (art. 1873). Na de afkondiging van de *Code de commerce* leidde dit alles tot de bijzondere situatie dat handelaars enkel buiten de perken van het handelsrecht, zoals het door de *Code de commerce* was bepaald, een beroep konden doen op handelsgewoonten. Dat was althans de filosofie van de wetgever.

12. In bepaalde gevallen verwijst de *Code civil* zelf naar gebruiken, en ook handelsgebruiken. Deze vermeldingen kunnen worden ingedeeld op grond van het toepassingsgebied, en

---

<sup>29</sup> J.-M. PARDESSUS, “Discours sur l’origine et des progrès de la législation et de la jurisprudence commerciale” in *Cours de droit commercial* (Paris: Neve, 1822) I, 48.

<sup>30</sup> A. FRÉMERY, *Études de droit commercial: du droit fondé par la coutume universelle des commerçans* (Parijs: Alex-Gobelet 1833) 8–9.

<sup>31</sup> *Ib.*, 22–23, 35.

<sup>32</sup> M.J. TULARD, “Le Code de commerce” in J. Tulard (ed.) *Le Dictionnaire Napoléon* (Paris: Fayard 1987) 432.

daaruit voortvloeiend, de mate waarin contractanten geacht werden de gebruiken te kennen. Sommige gebruiken werden opgevat als specifieke regels die ter plaatse gekend waren en die een beperkte draagwijdte hadden. Toepassing ten aanzien van een persoon die er niet van op de hoogte was werd dan weinig problematisch bevonden. De verhuurder kon de huurder bijvoorbeeld opzeggen met inachtneming van de termijnen “*fixés par l’usage des lieux*” (art. 1736 CC). De korte termijn voor het instellen van een vordering wegens verborgen gebreken, die wordt bepaald door het gebrek en “*l’usage*” van de plaats van verkoop (art. 1648), is een ander voorbeeld. Ook in de *Code de commerce* werd voor termijnen verwezen naar gebruiken van een bepaalde plaats, bijvoorbeeld als het ging om de toegestane tijd om een schip te laden of ontladen (art. 274). Dit was eveneens het geval in het Nederlandse Wetboek van Koophandel van 1838. De tijd van lossen en laden werd bepaald door “de wet of het gebruik van de plaats” (art. 458).

13. Een erg kleine groep van verwijzingen betreft handelsgewoonten met een algemene reikwijdte. Het gaat om gewoonten die door alle handelaars toegepast worden. Een voorbeeld is artikel 1873 CC over de hoofdelijke aansprakelijkheid van handelsvennoten. Hiermee lijkt men een regel te hebben bedoeld die elke handelaar geacht werd te kennen. Andere referenties naar gebruiken in de vermelde wetboeken betreffen gebruiken die een plaatselijke kleur hadden, maar die toch een ruimere draagwijdte hadden dan de eerst vermelde gebruiken, bijvoorbeeld omdat ze binnen een bepaalde groep golden. Artikel 1135 CC stelt dat overeenkomsten niet alleen verplichten tot wat uitdrukkelijk werd afgesproken, maar dat verbintenissen ook voortvloeien uit billijkheid, gebruiken en de wet, afhankelijk van de aard van de overeenkomst. Artikel 1159 CC bepaalt dat wat onduidelijk is in een contract wordt geïnterpreteerd volgens “*l’usage*” van het land waar het contract werd gesloten. Artikel 1160 CC stelt dat “gebruikelijke” bedingen het contract vervolledigen, ook als ze niet in het contract zijn uitgedrukt. In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838 werden de artikelen 1135, 1159 en 1160 nagenoeg letterlijk overgenomen (respectievelijk art. 1375, 1382 en 1383)<sup>33</sup>. Het is duidelijk dat gebruiken in deze drie bepalingen geacht worden gekend te zijn door contractanten, en dat ze om die reden aanvullen of als basis voor de interpretatie van het contract dienen. Overigens werden de vermelde drie artikels aanvankelijk niet letterlijk begrepen. Een aanwijzing dat de *principes*-benadering ook na de afkondiging van de codificaties doorleefde, blijkt bijvoorbeeld uit de lezing van artikel 1135 CC. Tot het midden van de negentiende eeuw beschouwden Franse auteurs de bepaling als een regel van interpretatie, op grond van een overkoepelend billijkheidsbegrip. Artikel 1135 werd als een herhaling van artikel 1134, derde lid CC aanzien. De goede trouw en de gebruiken, beide beschouwd als vormen van billijkheid, dienden als leidraad om de verplichtingen tussen contractanten te bepalen<sup>34</sup>.

14. Vanaf circa de jaren 1830 veranderde de verankering van handelsregels in ruime principes, die al dan niet in concrete adviezen of wetten werden gelezen, zowel in Nederland als in Frankrijk en bijgevolg ook in België. De Franse doctrine werd immers ook in België

---

<sup>33</sup> Een verschil was wel dat het in de vermelde bepalingen van het Nederlandse BW steeds over “overeenkomsten” en niet over “contracten” ging.

<sup>34</sup> D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations* (Parijs: Economica 2007) 442–445. Het gebruik werd dus niet als volledig extern aan de contractwil beschouwd. Charles-Bonaventure-Marie Toullier had in 1820 een andere visie: “*L’usage tire sa force du consentement tacite ou présumé du peuple et du législateur*” (geciteerd in H. VAN HOUTTE, “Het gebruik ontstaan uit contract of verdrag”, *RW* 1985–86, k. (2169) 2175). Zijn visie strookte niet met die van de auteurs van de *Code civil*, noch met die van tijdgenoten.



verspreid, zodanig zelfs dat een Belgische rechtsleer voor een groot deel van de negentiende eeuw niet bestond<sup>35</sup>. Franse auteurs begonnen de Franse wetboeken als meer autonoom te beschouwen en ze evolueerden naar een analyse van de artikels in hun onderling verband en op grond van (intussen gepubliceerde) uitgaven van voorbereidende werken. Émile Vincens was de eerste Franse auteur die de *Code de commerce* op die manier benaderde, en tevens uitgebreid bekritiseerde. Hij hekelde al in 1822 de slaafse navolging van de *Ordonnance sur le commerce* van 1673 en wees op bepaalde vernieuwingen die geen aansluiting hadden bij de handelspraktijk<sup>36</sup>. Over het algemeen was hij reeds sterk “legistisch”: hij ijverde voor het herschrijven van het wetboek<sup>37</sup>. In de ogen van Vincens waren handelsgewoonten “feiten”, en vormden ze geen (voedingsbodemp) recht. De benadering van Vincens vloeide voort uit de codificatieprojecten zelf, die – en dat zeker voor wat de *Code de commerce* betreft – de handelsgebruiken als ondergeschikte rechtsbron hadden beschouwd.

### C. DE VERNIEUWING VAN DE HISTORISCHE SCHOOL

15. Pardessus vermeldde in zijn vierde editie van de *Cours de droit commercial* (1831), naast wetten en beginselen, voor het eerst ook “usages” als bron van handelsrecht<sup>38</sup>. Hij sloot daarmee aan bij de nieuwe ideeën van Georg Friedrich Puchta, een leerling van Friedrich Carl von Savigny. Savigny zelf had gewoonten beschouwd als belangrijke emanaties van de *Volksgeist*<sup>39</sup>. Puchta ging echter verder dan Savigny door te spreken van “gewoonterecht”, als een geheel van gewoonten. Puchta’s monografie *Das Gewohnheitsrecht* (1828-37), die in gans Europa werd gelezen, was vooral belangrijk omdat ze de basis legde voor een legistische benadering van gewoonten als empirische, en dus aantoonbare feiten. Aangezien volgens Puchta de *Volksgeist* het recht vormde, waren *Übungen*, namelijk herhaalde gedragingen, het voornaamste element van gewoonten. Ze zijn het te bewijzen bestanddeel. De gewoonte bestond voor Puchta uit herhaald gedrag in combinatie met een *opinio necessitatis* uit de *Volksgeist*, die gekend was door de rechter<sup>40</sup>.

16. Het vereiste van *opinio necessitatis* werd in de Franse rechtsleer echter in een andere zin gerecipieerd, namelijk in de betekenis van een concrete rechtsovertuiging met betrekking tot de herhaalde handeling<sup>41</sup>. Dit vormde een belangrijke verandering en een breuk met het verleden. *Opinio necessitatis* werd stilaan als enig vereist en constitutief subjectief element

---

<sup>35</sup> D. HEIRBAUT, “Napoleons trouwste onderdanen, of waarom de Code civil na tweehonderd jaar nog steeds overeind staat in België” in D. Heirbaut en G. Martyn (eds.), *Napoleons nalatenschap: tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België. Un héritage napoléonien: bicentenaire du Code civil en Belgique* (Brussel: KVAB 2005) (77) 84–85; D. HEIRBAUT en M.E. STORME, “The Belgian Legal Tradition: From a Long Quest for Legal Independence to a Longing for Dependence?”, *European Review of Private Law* 2006, (645) 650–663.

<sup>36</sup> É. VINCENS, *Exposition raisonnée de la législation commerciale* (Parijs: Barrous 1821) I, 397.

<sup>37</sup> *Ib.*, I, ix–x, en xv. Zie ook J. HILAIRE, “Le Code de commerce de 1807, les affaires économiques et la création de la Chambre commerciale” in *1807–2007. Bicentenaire du Code de commerce: la transformation du droit commercial sous l’impulsion de la jurisprudence* (Parijs: Dalloz 2007) (1) 10.

<sup>38</sup> J.-M. PARDESSUS, *Cours de droit commercial* (Brussel: Tarlier 1836) I, “avertissement”. Deze Belgische editie stemt overeen met de vierde Franse editie van 1831.

<sup>39</sup> C. KLETZER, “Custom and Positivity: an Examination of the Philosophic Ground of the Hegel-Savigny Controversy” in A. Perreau-Saussine and J.B. Murphy (eds.), *The Nature of Customary Law. Legal, Historical and Philosophical Perspectives* (Cambridge: CUP 2007) (125) 130–137.

<sup>40</sup> G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen: Palm’schen 1828–37) II, 29 e.v. Zie ook de analyse in James Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the Germanic Romantic Era: Historical Vision and Legal Change* (Princeton: Princeton University Press 1990) 115–124.

<sup>41</sup> Bv. C. AUBRY en C. RAU, *Cours de droit civil français* (Parijs: Cosse 1869) I, 44.

beschouwd. De subjectieve kleur van gewoonten, als opvattingen en beginselen, verdween voor lange tijd, tot ze aan het einde van de negentiende eeuw ten dele opnieuw zou opduiken in de vorm van de “*usage-présomption*” (zie IV.B). De differentiëring van handlegewoonten in die tijd was een rechtstreeks gevolg van de verspreiding van Puchta’s ideeën. Franse auteurs begonnen de vermeldingen van “*usages*” in de wetboeken meer en meer als referenties naar een afzonderlijke bron van recht te beschouwen.

### III. Legisme: uiteenlopende interpretaties in Noord en Zuid (ca. 1830-ca. 1880)

#### A. LEGISME EN HANDELSGEWOONTE IN NEDERLAND

17. Een gevolg van de (enigszins vertekende) receptie van Puchta’s denkbeelden in Frankrijk was dat “*usages commerciaux*” minder als principes werden beschouwd, maar meer als losse, te bewijzen regels met beperkte draagwijdte. Het legisme en de exegetische benadering van recht, die in de jaren 1830 school maakten, leidden er ook toe dat “de gewoonte” als bron van recht verder aan belang verloor. Door de nadruk op de wet was er weinig ruimte voor de gewoonte.

18. Het rechtspositivisme en exegetisme waren stromingen met een Europese draagwijdte. Het legisme drong door in Nederland, waar het uitstekend paste bij de op 15 mei 1829 van kracht geworden *Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk* (Wet AB). Legistische juristen, zoals Cornelis Willem Opzoomer, interpreteerden deze Wet AB streng. De rechter moest recht spreken (art. 13 Wet AB), overeenkomstig de wet (art. 11), en niet volgens de gewoonte, tenzij de wet ernaar verwees (art. 3). De rechter mocht de innerlijke waarde of de billijkheid van de wet niet beoordelen (art. 11) en *a fortiori* niet een wet door welke interpretatie dan ook haar kracht doen verliezen (art. 5). Met name artikel 3 Wet AB beperkte de invloed van de gewoonte: “*Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de Wet daarop verwijst*”. De Nederlandse wetboeken, het Burgerlijk Wetboek (1838) en het Wetboek van Koophandel (1838), getuigen zelf eveneens van dit legisme. Ze bevatten weinig verwijzingen naar “gebruiken” of “gewoonten”.

19. In Nederland was het legisme, dat sterk het burgerlijk recht promootte, een aanleiding voor tegenstanders om een autonoom handelsrecht te bepleiten. De focus lag dan op de codificaties, die zelfstandig dienden te worden beoordeeld<sup>42</sup>. In de jaren 1860 waren er tal van Nederlandse auteurs (Holtius, Kist, De Wal) die het handelsrecht afzonderden teneinde het te vrijwaren van het (grotendeels civielrechtelijk geïnspireerde) legisme. Zij kenden het handelsrecht eigenheid toe. Holtius was in het benadrukken van de handelsrechtelijke particularisme het meest extreem. Hij stelde dat in het handelsrecht rechtsfiguren voorkomen die het “*gemeene regt*” geheel niet kent<sup>43</sup>. Ook was volgens hem de werking van het handelsrecht niet tot Nederland beperkt<sup>44</sup>.

#### B. LEGISME EN HANDELSGEWOONTE IN FRANKRIJK

---

<sup>42</sup> R.J.Q. KLOMP, “Gewoonte en handelsrecht in de negentiende eeuw: enkele opmerkingen over artikel 3 Wet AB”, 10. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1993, 69–93; KLOMP, *Opkomst en ondergang*.

<sup>43</sup> A.C. HOLTUIS, *Voorlezingen over handels- en zeeregt* (Utrecht: Kemink en zoon 1861) 5.

<sup>44</sup> *Ib.*, 8–9.

20. In Frankrijk leidde legisme, dat ook daar quasi uitsluitend het burgerlijk recht betrof, net zoals in Nederland tot een tegenreactie. Specialisatie in handelsrecht maakte dat “commercialisten” het handelsrecht als autonoom gingen opvatten. Maar anders dan in Nederland gingen ze niet zozeer de codificaties analyseren. Precies met betrekking tot het handelsrecht was de blik niet enkel naar de wet maar ook naar andere rechtsbronnen gericht. Het meer legistische denken over handelsrecht, van bijvoorbeeld Vincens, was geen lang leven beschoren. Jassuda Bédarride maakte in zijn *Le droit commercial français* (1854) een onderscheid tussen de gewoonte en gebruiken. “*Coutume*” was volgens hem lokaal gemeen recht. Het gold binnen een bepaald gebied. “*Usage*” verwees daarentegen naar de gangbare praktijk: “*l’usage signifie ce qui se pratique généralement*”. Hij voegde eraan toe dat “*usage*” ook werd gebruikt voor lokaal gemeen recht dat niet op schrift was gesteld<sup>45</sup>. Een vergelijkbaar onderscheid tussen geschreven en ongeschreven handelsrecht stelden Delamarre en Le Poitvin in 1861 voorop. Het laatste omvatte het natuurrecht en de “*usages commerciaux*”, die te maken hadden met overeenkomsten en verbintenissen<sup>46</sup>. Nochtans benadrukten ook de “commercialisten” dat handelsgebruiken slechts golden voor zover ze niet uitdrukkelijk strijdig waren met de wet<sup>47</sup>. Gabriël Massé stelde in zijn *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens* (1861) dat handelsgebruiken niet *contra legem* konden zijn. De “commercialisten” zetten de *principes*-benadering verder. Als de civiele wet niet van toepassing was en er geen andersluidende (dwingende) handelswet bestond, kon het handelsgebruik wel als impliciete afspraak gelden. Anders dan exegetische auteurs meende Massé dat een “*usage commercial*” voortvloeide uit “*la nature des opérations commerciales*”. De rechter diende bij de beoordeling van de afspraken tussen contractanten, voor zover die onduidelijk waren, te kijken naar de aard en gang van de handelsoperatie in kwestie om hun wederzijdse wilsovereenstemming te vinden<sup>48</sup>.

### C. LEGISME EN HANDELSGEWOONTE IN BELGIË

21. De Belgische handelsrechtelijke literatuur bleef erg beperkt tot circa 1890. Wel werden een aantal praktijkgeoriënteerde werken en wetscommentaren geschreven<sup>49</sup>, die in enkele gevallen een licht werpen op de visies van Belgische auteurs inzake de vermelde thema’s. Een enige Belgische vertegenwoordiger van het legisme was Parfait-Joseph Namur, die in 1866 een *Cours de droit commercial* publiceerde. Hij verzette zich tegen afzonderlijke rechtbanken van koophandel en hekelde de juridische kennis van de (leken)rechters in handelszaken, “*parce qu’ils sacrifient trop souvent l’autorité des principes à celle de prétendu usages*”<sup>50</sup>. Deze standpunten inzake de rechtbanken van koophandel waren erg actueel in de jaren 1860. Een Belgisch wetsontwerp van 23 april 1856 had voorgesteld een jurist-voorzitter aan de rechtbanken van koophandel toe te voegen. Voorstanders van die

---

<sup>45</sup> J. BÉDARRIDE, *Le droit commercial français ou commentaire du Code de commerce* (Parijs: Delhomme 1854) 11 nr. 20.

<sup>46</sup> L.-E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique et pratique du droit commercial* (Parijs: Hingray 1861) I, 53–54 nr. 25.

<sup>47</sup> Zie algemeen B. BOUCKAERT, *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen- en interpretatieleer bij de 19de-eeuwse commentatoren van de Code civil* (Antwerpen: Kluwer 1981) 362–365.

<sup>48</sup> G. MASSÉ, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil* (Parijs: Durand 1861) 68–72.

<sup>49</sup> J. GUILLERY, *Les sociétés commerciales en Belgique. Commentaire de la loi du 18 mai 1873* (Brussel: Bruylant 1882); E. WAELBROECK, *Commentaire législatif et doctrinal de la loi du 18 mai 1873 contenant le titre du Code de commerce relatif aux sociétés* (Brussel: Bruylant 1874).

<sup>50</sup> P. NAMUR, *Cours de droit commercial* (Brussel: Decq 1866) II, 621.

hervorming wezen op het gebruik van variabele, vaak gepretendeerde gebruiken door de handelsrechters<sup>51</sup>. Dat alles belette niet dat de meerderheid van de juristen in België voor het behoud van de rechtbanken van koophandel als lekenrechtbanken was, en dat de vermelde Franse “commercialistische” doctrine een zeer grote invloed had. In een reactie op een mercuriale van de procureur-generaal van het hof van beroep van Gent, Jean Würth, die voor toevoeging van een jurist aan de rechtbanken van koophandel pleitte, werd gesteld dat de lekenrechters zowel de bijzondere als de algemene “usages” van de handel kenden. Bovendien benadrukte de anonieme auteur dat gebruiken naast de wet golden en dat de *Code de commerce* geldende gebruiken geenszins integraal had afgeschaft<sup>52</sup>. Uiteindelijk werd in 1869 enkel een juridisch geschoold griffier aan de rechtbanken van koophandel toegevoegd.<sup>53</sup> De invloed van de vermelde “commercialistische” opinies was ook in wetgeving merkbaar. Een wet van 16 juli 1849 kende de Belgische rechtbanken van koophandel de bevoegdheid toe geschillen inzake transport per trein te beslechten: ze dienden te oordelen “d’après les lois et usages en matière de commerce”<sup>54</sup>.

#### **IV. De emancipatie en dogmatische benadering van handelsgebruiken en -gewoonten (ca. 1880-ca. 1950)**

##### **A. HET EINDE VAN HET LEGISME IN NEDERLAND EN DE ÉCOLE DE LIBRE RECHERCHE SCIENTIFIQUE IN BELGIË**

22. In 1870 werd de Nederlandsche Juristen-Vereeniging (hierna NJV) opgericht. Datzelfde jaar reeds pleitte Asser tegen een aparte rechtsgang voor handelszaken<sup>55</sup>. In Nederland waren sinds 1838 de Napoleontische rechtbanken van koophandel afgeschaft, maar het procedureel kader en het materieelrechtelijk onderscheid tussen handelsrecht en burgerlijk recht waren behouden<sup>56</sup>. Asser wenste het onderscheid tussen burgerlijk recht en handelsrecht niet verder te vergroten. De meerderheid van de vergadering was het met Asser eens. Levy, de bekendste pleitbezorger van het behoud van de afzonderlijke handelsprocedure en handelsrecht, behoorde tot de minderheid (van 14 op 79)<sup>57</sup>.

23. In 1883 stelde de NJV de vraag naar de zelfstandigheid van het handelsrecht. Molengraaff bracht daarop in zijn preadvies het verschil tussen burgerlijk recht en handelsrecht naar voren<sup>58</sup>. Dat verschil bestaat er volgens Molengraaff uit dat de typisch handelsrechtelijke bepalingen uitzonderingen zijn op het burgerlijk recht. Hiermee paste Molengraaff het (beweerdelijk) eigene van het handelsrecht in in het civielrechtelijke discours. Het exceptionele karakter van het handelsrecht was volgens Molengraaff te danken aan de wetgever die het tot uitzonderingsrecht gemaakt had<sup>59</sup>. Naar zijn aard was het

---

<sup>51</sup> M. GOSSI, *Les tribunaux de commerce* (Antwerpen: Mees 1866) 10.

<sup>52</sup> *Réponse au discours de M. Würth ...* (Gent: Verhulst ca. 1860) 38 en 42–44. Zie ook *Jurisprudence du port d’Anvers et d’autres villes commerciales et industrielles de Belgique* 1857, 43 en 45–46.

<sup>53</sup> Art. 68 W. 18 juni 1869, *Pasin.*, vierde reeks, IV, 191-251 (nr. 161).

<sup>54</sup> De wet is opgenomen in H. BIOT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, II (Brussel: Bruylant 1876) 15.

<sup>55</sup> Zie over de preadviezen en de vergadering van de NJV in 1870–1872: KLOMP, *Opkomst en ondergang*, 54–64.

<sup>56</sup> *Ib.*, 24–29.

<sup>57</sup> *Ib.*, 81.

<sup>58</sup> W.L.P.A. MOLENGRAAFF, “Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?”, 1. *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging* 1883, 251 e.v.

<sup>59</sup> MOLENGRAAFF, “Is het noodzakelijk”, (251) 255–256.

handelsrecht dus niet autonoom. Het onderscheid tussen handelsdaden en niet-handelsdaden, tussen kooplieden en niet-kooplieden moest worden opgeheven door de regelingen ook te laten gelden voor niet-kooplieden. Zo zou het handelsrecht weliswaar blijven bestaan, maar de daardoor geregelde rechtsvormen zouden niet langer aan een bepaalde categorie personen worden voorbehouden.

24. De grote en eenzame tegenstrever van Molengraaff was Levy<sup>60</sup>. Hij gaf tijdens de discussie een aantal specifieke kenmerken van het handelsrecht<sup>61</sup>. Het handelsrecht steunt volgens hem op een eigen bron: de handelsingewoonte. Het handelsrecht had volgens Levy ook een afzonderlijke, niet-Romeinsrechtelijke, methode die veel flexibeler is dan de civielrechtelijke. In het handelsrecht wordt bij het uitleggen van overeenkomsten de goede trouw vooropgesteld. Ten slotte had het handelsrecht volgens Levy ook een kosmopolitische strekking. Uiteindelijk zou er geen macht ter wereld zijn die een onderscheid dat van nature bestaat, zoals dat tussen handelsrecht en burgerlijk recht, kan opheffen. De argumenten van Levy konden de vergadering echter niet overtuigen. Men stemde massaal voor het afschaffen van een apart handelsrecht. Molengraaff heeft zich hier blijvend voor ingezet, bijvoorbeeld door middel van een ontwerp van een nieuw faillissementsrecht, dat er in 1893 kwam. Het duurde echter nog tot 1934 vooraleer de Nederlandse wetgever het onderscheid tussen de koopman en niet-koopman en tussen de handelsdaad en niet-handelsdaad ophief.

25. De vermelde afschaffing van een afzonderlijk handelsrecht hing samen met een nieuwe erkenning van een ruimere beoordeling door de rechter. Het legisme verdween en daarmee de functie van de rechter als "*bouche de la loi*". De rechter kreeg ruimte om ook met redelijkheid en billijkheid rekening te houden, wat maakte dat een beroep op handelsgebruiken, naast of tegen de wet in, niet langer nuttig was<sup>62</sup>. Het was immers gemakkelijker de toepassing van handelsgebruiken onder de vlag van de redelijkheid en billijkheid te laten plaatsvinden.

26. In Frankrijk reageerde François Géný vanaf 1899 tegen de legistische benadering van de exegetische auteurs. Hij oordeelde dat niet alleen de wet, maar ook andere bronnen van recht en in het bijzonder rechtspraak, dienden in acht te worden genomen. Doctrine en gewoonte zijn innig verbonden; ze vormen een traditie die, naast de geschreven wet, toepasselijk recht uitmaakt<sup>63</sup>. In België sloten de inzichten van Géný aan bij de dominante "commercialistische" benadering. De oplossing die in België en Nederland werd gevonden om handelsgebruiken een plaats te geven in het bestaande juridische stelsel was daarom grondig verschillend. Dat verschil concentreerde zich op de rechterlijke autonomie, die in Nederland belangrijker werd geacht dan in België. In Frankrijk en België bleef de slagkracht van de rechter bij het vinden van recht buiten de wetboeken beperkter. Bijgevolg was daar de nood aan een differentiëring van die bronnen van recht die naast de wet konden gelden groter. Aldus ontstond er een hernieuwde aandacht voor de gewoonte.

## **B. DE DIFFERENTIËRING VAN DE HANDELSGEWOONTE**

---

<sup>60</sup> Voor meer over hem: A. VAN OVEN, *Geschiedenis van de wetenschap van het handelsrecht in Nederland in de 19e eeuw* (Amsterdam: Noord-Hollandsche uitgeverij 1968) 43–44.

<sup>61</sup> MOLENGRAAFF, "Is het noodzakelijk?", 98 e.v. Zie hierover ook KLOMP, *Opkomst en ondergang*, 107–108; VAN OVEN, *Geschiedenis*, 66–67.

<sup>62</sup> KLOMP, *Opkomst en ondergang*, 163–164.

<sup>63</sup> N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste français au XIXe siècle* (Parijs: LGDJ 2002) 321–327.

27. In Frankrijk en later België ging een nieuwe nadruk op gewoonten en gewoonterecht, als relevante rechtsbron, gepaard met het uitwerken van de eigenschappen van gewoonten. Het onderscheid tussen “*usage*” en “*coutume*” was tot circa 1870 doorgaans niet gemaakt. Slechts enkele rechtsgeleerden van de exegetische school, zoals Aubry en Rau, merkten het verschil op<sup>64</sup>. Vele auteurs na Aubry en Rau gingen deze netelige kwestie nog uit de weg. Charles Lyon-Caen en Louis Renault bijvoorbeeld hanteerden in de jaren 1870 en 1880 “*usage*” en “*coutume*” als synoniemen<sup>65</sup>.

28. In 1893 poneerde de Italiaanse auteur Cesare Vivante een uitgebreide dogmatische analyse van het verband tussen “*usages*” en contracten. Wat al in aanzet aanwezig was in de geschriften van eerdere auteurs zoals Frémery en Massé werd voor het eerst grondig conceptueel uitgewerkt. Vivante maakte een onderscheid tussen “*usages législatifs*”, die als een wet gelden, “*usages interprétatifs*”, die slechts in contractuele aangelegenheden van toepassing zijn en verband houden met de wil van contractanten, en “*usages techniques*”, loutere praktijken<sup>66</sup>. Enkel “*usages interprétatifs*” zijn verbonden met de wilsovereenstemming van contractpartijen. “*Usages législatifs*” vormen in de ogen van Vivante normen die uit de aard van de zaak, uit “*la commune opinion de sa nécessité*”, voortvloeien<sup>67</sup>.

29. In 1898 verdedigde Edmond-Eugène Thaller in zijn *Traité élémentaire de droit commercial*, deels in navolging van Vivante, dat gebruiken impliciete contractuele bedingen kunnen zijn, die hetzij algemeen zijn, hetzij beperkt zijn tot een bepaalde industrie. Hij onderscheidde dergelijke gebruiken van gewoonten, die een dwingende regel vormen van openbare orde die de leemte in de wet aanvult. Thaller meende dat gebruiken gezaghebbend zijn, maar geen kracht van wet hebben. Het gaat om feiten die dienen te worden aangetoond, of als feit – uit andere omstandigheden – worden afgeleid<sup>68</sup>. Er waren verschillen in de opvattingen van Vivante en Thaller. Thaller stelde dat een beroep op gebruiken niet mogelijk was tegen andersluidende wetgeving die van openbare orde was; gebruiken gingen wel voor op aanvullend recht<sup>69</sup>. Vivante toonde zich op dit punt strenger: zelfs een “*usage législatif*” kon niet ingaan tegen wetgeving, ook niet als de wet van aanvullend recht was<sup>70</sup>. Thaller had andere regels op het oog wanneer hij over “*coutumes*” sprak dan Vivante’s “*usages législatifs*”. Bij Thaller ging het om duidelijke normen die naast

---

<sup>64</sup> F. GARNIER, “De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle”, 41. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2012, (299) 304–307; HAKIM, *L’autorité de la doctrine civiliste français*, 318; J. VANDERLINDEN, “Le juriste et la coutume. Un couple impossible?” in C. Thomasset, J. Vanderlinden en P. Jestaz (eds.), *François Génys, mythe et réalités. 1899–1999* (Parijs: Dalloz 2000) (55) 70–71. Ook in de zeventiende en achttiende eeuw was het onderscheid tussen “*usage*” en “*coutume*” niet strikt. Zie E. RICHARD, “À l’orée du droit des marchands: les parères”, 33. *Revue d’Histoire des Facultés de Droit* 2014, 155–217; SIMON, “L’inscription des usages commerciaux”, (275) 281–287.

<sup>65</sup> “*En donnant cette importance à l’usage, nous ne faisons que suivre la tradition. Le droit commercial tout entier a commencé par être coutumier; on l’appelait consuetudo mercatorum*”. Zie C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial* (Parijs: Pichon 1889) I, 68 nr. 78.

<sup>66</sup> C. VIVANTE, *Traité de droit commercial*, vert. J. ESCARRA (Parijs: Giard & Briere 1910) I, 87–96.

<sup>67</sup> VIVANTE, *Traité de droit commercial*, I, 74.

<sup>68</sup> E.E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial* (Parijs: Rousseau 1898) 42–43 nr. 43.

<sup>69</sup> *Ib.*, 43 nr. 44.

<sup>70</sup> F. GARNIER, “La coutume et les usages en droit commercial à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle. Une distinction sous influence”, 2. *La Revue du Centre Michel de l’Hopital* 2012, (5) 12.

de wet waren gegroeid en algemeen werden toegepast. Het ging om voorschriften, die hetzij in de handelspraktijk waren ontstaan en door iedere handelaar werden gevolgd, hetzij zodanig logisch waren dat ze niet werden geëxpliciteerd in wetgeving. Voor Vivante waren “*usages législatifs*” voornamelijk deze laatste normen. Publiciteit bij de verkoop van een handelsfonds was voor Thaller een “*coutume*”, want de regel werd nagevolgd zonder wettelijke grondslag<sup>71</sup>. Voor Vivante was deze regel eerder een “*usage interprétatif*”. Voor Vivante was het wel vanzelfsprekend, en daarom een “*usage législatif*”, dat handelswaar geleverd aan een verkoper van een dusdanige kwaliteit was dat ze verkoopbaar was<sup>72</sup>.

30. In 1899 trachtte François Géný de vermelde, deels uiteenlopende visies bij elkaar te brengen. Wat de “*coutumes*” betrof, die hij “*usages de droit*” noemde, hing hij de definitie van Puchta aan. Een “*coutume*” was voor Géný een gebruik, d.i. een herhaalde handeling of niet-handeling, van een groep personen gecombineerd met “*un sentiment juridique*” van die groep<sup>73</sup>. Een clause die in een bepaalde sector courant was, vormde volgens Géný een “*usage conventionnel*” en geen “*coutume*”. Het ging om praktijken die impliciet bij de totstandkoming van overeenkomsten ontstonden, zodat men ze kon hanteren om de wil van de contractanten te interpreteren. Slechts indien de wilsovereenstemming ten aanzien van een dergelijke “*usage conventionnel*” kon aangetoond worden, gold ze<sup>74</sup>. Géný stelde dat een “*usage conventionnel*” voorrang had op aanvullend recht, maar niet op dwingend recht<sup>75</sup>.

31. In 1911 trachtte Jean Escarra de “*usages conventionnels*” tot recht te maken. Hij stelde dat gedragingen, en in contractuele aangelegenheden de invoering van clauses in overeenkomsten, leiden tot “gebruiken”. Het gebruik ontstaat op het ogenblik dat een clause niet meer wordt opgenomen in contracten, maar men er toch van uitgaat dat ze toepasselijk is<sup>76</sup>. Escarra reageerde tegen de benadering van Thaller en Géný door dergelijke gebruiken als gewoonten of “*usages de droit*” te beschouwen. Hij vond “impliciete bedingen” minstens even dwingend en van rechtswege geldend, en beschouwde ze niet louter als feiten die verbonden waren aan de wilsovereenstemming van contractpartijen. Ze waren niet enkel “*usages de fait*” (praktijken zonder meer)<sup>77</sup>.

32. De vermelde distincties drongen door in de Belgische rechtsleer. De Gentse hoogleraar Louis Fredericq maakte een onderscheid tussen de algemene en lokale “*usages*”. Net zoals Thaller beschouwde hij “*usages*” als feiten die verbonden waren met de contractwil van de partijen, en die niet konden ingaan tegen een wet van openbare orde. Een “*coutume*” stond daarentegen naast de wet. Maar anders dan Thaller, stelde Fredericq dat een gewoonte zelfs

---

<sup>71</sup> THALLER, *Traité élémentaire*, 42 nr. 43.

<sup>72</sup> VIVANTE, *Traité de droit commercial*, I, 74.

<sup>73</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Parijs: Marescq 1899) 320 en 359. Zie ook HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste français*, 322.

<sup>74</sup> GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 418–419. Zie ook KASSIS, *Théorie générale*, 124–130; L. VAN MUYLEM, “Usages and Implied Terms Under French and Belgian Positive Law: a Subjective Approach Tending Toward Objectivity” in F. Gélinas (ed.), *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration* (Oxford: OUP 2016) (21) 23.

<sup>75</sup> GÉNY, *Méthode d'interprétation*, 401. Zie ook KASSIS, *Théorie générale*, 213.

<sup>76</sup> J. ESCARRA, “De la valeur juridique de l'usage en droit commercial”, *Annales de droit commercial* 1910, (98) 115.

<sup>77</sup> *Ib.*, (98) 118 en 120.

een wettelijke bepaling van openbare orde kon vervangen<sup>78</sup>. De Brusselse professor handelsrecht Jean Van Ryn vereenzelvigde de “*coutumes*” van Thaller met de “*usages de droit*” van Gény, en weekte ze – zoals Gény – los uit de contractuele sfeer. De hoofdelijkheid tussen handelsvennoten vormde voor Van Ryn een “*usage de droit*”. Voor Van Ryn waren “*coutume*” en “*usage de droit*” synoniemen. In zijn ogen konden ze ingaan tegen een wet van dwingend recht met hetzelfde toepassingsgebied. Anders dan “*usages conventionnels*” moesten de “*usages de droit*” niet worden bewezen<sup>79</sup>.

## **V. Objectivering van de handsgewoonte in relatie tot de open gedragsnorm (ca. 1950-2017)**

33. De inbedding van gewoonten en gebruiken in de contractpraktijk heeft in de twintigste eeuw een tegenhanger gekregen in de toepassing van open gedragsnormen in de relatie tussen contractanten. In België geldt de goede trouw, in Nederland de redelijkheid en billijkheid, bij de uitlegging en uitvoering van overeenkomsten. Tegelijkertijd werden handsgewoonten meer objectief. Vandaag is inzake handelsgebruiken de vraag naar de vereiste kennis van contractuele praktijken in hoofde van contractanten, afhankelijk van de sector en een aantal andere criteria, belangrijker dan de vraag naar hun instemming. De handsgewoonte kreeg door de toenemende rol van de open gedragsnormen een meer bescheiden plaats toebedeeld.

### **A. DE OPMARS VAN DE OPEN GEDRAGSNORM**

34. In Nederland wordt de rechterlijke toetsing van overeenkomsten breed opgevat. Volgens artikel 6:248, eerste lid NBW is tussen contractpartijen niet alleen bindend dat wat werd afgesproken, maar ook de rechtsgevolgen die, “naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte, of eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien”. De gewoonte wordt als een bron van rechtsgevolgen tussen contractpartijen vermeld die – net zoals de wet en de redelijkheid en billijkheid – naast de wilsovereenstemming tussen contractanten staat<sup>80</sup>. Een belangrijk verschil met België betreft echter het weinig gedifferentieerde karakter van de gewoonte als aanvullende bron van contractuele verplichtingen, naast de billijkheid en de verkeersopvatting. Zo geldt voor tal van aanvullende regels van contractenrecht dat ze door de “wet, gewoonte of rechtshandeling” worden bepaald<sup>81</sup>. De aanvullende normen die tussen contractpartijen gelden worden op basis van art. 6:2, tweede lid NBW geconcretiseerd. Dat artikel bepaalt dat een regel die voortvloeit uit de wet, gewoonte of rechtshandeling niet van toepassing is “voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn”. Artikel 2:8 NBW stelt hetzelfde ten aanzien van de gewoonte, en ook de wet, in de verhoudingen tussen de rechtspersoon en de bij de organisatie betrokken personen. Het woord “onaanvaardbaar” duidt erop dat van deze situatie niet snel sprake zal zijn. Vereist is dat “bij toepassing van de regel in de gegeven omstandigheden resultaten zouden worden bereikt, die zo kras onbillijk

---

<sup>78</sup> L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge* (Gent: Rombaut 1946) I, 24–28.

<sup>79</sup> J. VAN RYN, *Principes de droit commercial* (Brussel: Bruylant 1954) I, 22–24.

<sup>80</sup> N. KORNET, “The Interpretation, Implication and Supplementation of Contracts in England and the Netherlands” in J.M. Smits en S. Stijns (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (Antwerpen: Intersentia 2010) (47) 70.

<sup>81</sup> Bijvoorbeeld art. 6:111, 6:115, 6:121, 6:126, 6:140 en 7:400.



zijn, dat het rechtsgevoel ernstig zou worden geschokt als de regel, hoewel hij in beginsel ook voor deze situatie geldt, wordt toegepast”<sup>82</sup>.

35. Het was de uitdrukkelijke keuze van de Nederlandse wetgever bij het uitvaardigen van het NBW in 1992, om geen hiërarchie van rechtsbronnen op te nemen. Er werd in de Memorie van Toelichting geschreven dat “tussen gewoonte en billijkheid, die vaak bepaald wordt door de verkeersopvattingen, niet altijd een scherp onderscheid valt te maken”<sup>83</sup>. Het begrip “verkeersopvatting” wordt vermeld in enkele bepalingen van het NBW, die voornamelijk zakenrecht betreffen<sup>84</sup>. Het begrip heeft echter ook een eigen rechterlijke invulling en wordt gehanteerd in kwesties van contractenrecht. Zo wordt door rechters uit de “verkeersopvatting” geput om het risico in overeenkomsten, van niet-nakoming, dwaling of schijnverteenwoordiging, te bepalen<sup>85</sup>. Het begrip “verkeersopvatting” is niet eenduidig, maar het lijkt op de definitie die Vivante in de negentiende eeuw aan “*usages législatifs*” gaf. Het gaat om “*la commune opinion de la nécessité*”, datgene wat algemeen “in gebruik” is<sup>86</sup>.

36. Zowel in België als Nederland zijn een objectieve goede trouw of redelijkheid en billijkheid de voornaamste concepten van waaruit afspraken tussen contractanten worden aangevuld. In Nederland vormen in de rechterlijke praktijk de redelijkheid en billijkheid nagenoeg de enige (open) aanvullende norm inzake contracten en komen verwijzingen naar aanvullende gewoonten nauwelijks voor. In België kunnen handelsgebruiken als aanknopingspunt voor een vermoede wil van contractanten dienen, wat ook daadwerkelijk – zij het sporadisch – in de rechtspraak gebeurt. Daarnaast kunnen ook externe gewoonten tussen contractanten gelden, zelfs als hun keuze daartoe niet wordt aangetoond. Maar doorgaans wordt ook in België de objectieve goede trouw als vertrekpunt voor aanvulling van het contract aangewend.

37. In Nederland geldt de wilsvertrouwensleer, die voor het eerst werd geformuleerd door Eduard Meijers in 1921. Bij afwezigheid van wil, vult het wederzijds gewekte rechtmatig vertrouwen aan<sup>87</sup>. Deze leer stelde op artikel 1374 derde lid van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek van 1838. Volgens artikel 6:2, eerste lid NBW zijn partijen thans gehouden zich jegens elkaar overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen<sup>88</sup>. Artikel 6:248 NBW schrijft voor dat een overeenkomst aangevuld (eerste lid) en (in onaanvaardbare gevallen) beperkt kan worden (tweede lid) vanuit de redelijkheid en billijkheid. De redelijkheid en billijkheid vormen op grond van deze bepalingen – zo wordt algemeen

---

<sup>82</sup> C.J.H. BRUNNER e.a., *Verbintenissenrecht algemeen* (Deventer: Kluwer 2011) 28 nr. 32.

<sup>83</sup> P. MEMELINK, *De verkeersopvatting* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009) 229.

<sup>84</sup> Bijvoorbeeld art. 3:4, 3:9, 3:76, 3:108 en 3:254.

<sup>85</sup> MEMELINK, *De verkeersopvatting*, 5–6.

<sup>86</sup> J.B.M. VRANKEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel* (Deventer: Kluwer 2005) nr. 86.

<sup>87</sup> P.S. BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm* (Deventer: Kluwer 2012) 22–23.

<sup>88</sup> De wet noemt de redelijkheid en billijkheid ook in artikel 6:211, eerste lid, NBW waar het gaat over onverschuldigde (dus buitencontractuele) betaling. Beroemd is ook de jurisprudentie over de toepasselijkheid van de redelijkheid en billijkheid op de onderhandelingsfase: HR 15 november 1957, *Baris/Riezenkamp*, NJ 1958/67, noot L.E.H. RUTTEN; HR 18 juni 1982, *Plas/Valburg*, NJ 1983/723, noot C.J.H. BRUNNER; HR 12 augustus 2005, *CBB/JPO*, NJ 2005/467. Over de relatie tussen goede zeden en goede trouw: HR 19 mei 1967, *Saladin/HBU*, NJ 1967/261, noot G.J. SCHOLTEN. Zie ook W.J. ZWALVE, “Boekbespreking. Redelijkheid en billijkheid, goede zeden en restitutie”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2002, (606) 608.

aanvaard – een gedragsnorm<sup>89</sup>. Dat blijkt bijvoorbeeld ook uit artikel 3:12 NBW dat voor de vaststelling van de redelijkheid en billijkheid vereist dat wordt rekening gehouden met “algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken”. Het gaat dus om een objectieve (zij het open) norm, die niet (geheel) afhangt van de inzichten van de betrokken contractanten<sup>90</sup>. Partijen moeten zich daarnaar gedragen. Als er discussie ontstaat, kan aan de rechter gevraagd worden de overeenkomst aan de hand van de redelijkheid en billijkheid aan te vullen of te beperken. Overigens moet bij deze aanvulling en beperking extra terughoudendheid worden betracht bij handelscontracten<sup>91</sup>.

38. Ook in België wordt algemeen aanvaard dat de verplichting die tussen contractanten geldt om hun verbintenissen te goeder trouw uit te voeren (art. 1134, derde lid BW), een aanvullende functie heeft. Zelfs wanneer dit niet werd afgesproken, verplicht de goede trouw tot aanvulling van de overeenkomst, en dus tot bijkomende verbintenissen. Art. 1135 BW bepaalt dat de billijkheid gevolgen heeft voor contractanten, wat als “goede trouw” wordt gelezen. Art. 1135 BW verplicht in die optiek, in samenhang met art. 1134, derde lid BW, contractanten om ten opzichte van elkaar redelijk en voorkomend te handelen<sup>92</sup>. Concreet stelt men dat de goede trouw loyaleit, samenwerking en gematigdheid oplegt<sup>93</sup>. Toch is het toepassingsgebied van de vermelde gedragsnorm beperkt. Het Hof van Cassatie heeft herhaaldelijk een toetsing van de inhoud van overeenkomsten aan de billijkheid uitgesloten.<sup>94</sup> In tegenstelling tot in Nederland, wordt de billijkheid, vermeld in artikel 1135 BW, louter als aanvullende objectieve goede trouw beschouwd<sup>95</sup>.

39. De goede trouw is in België ook beperkend en dit wordt verbonden aan artikel 1134, derde lid BW. Sinds 1983 heeft het Belgische Hof van Cassatie de beperkende goede trouw aan rechtsmisbruik gekoppeld. De uitoefening van rechten ontleend aan een contract mag geen rechtsmisbruik uitmaken. Hieronder verstaat men het handelen met de exclusieve intentie om te schaden (d.i. handelen zonder redelijk of voldoende belang), het kiezen uit handelingen met hetzelfde nut maar met meer schade voor de tegenpartij en handelen op een wijze die de tegenpartij disproportioneel meer nadeel berokkent<sup>96</sup>.

40. De beperkende functie van de goede trouw is in België verder wettelijk verankerd in het economisch en consumentenrecht. In 1934 werd bij Koninklijk Besluit onrechtmatige mededinging uitgesloten als een inbreuk op “eerlijke handelspraktijken”. Dit vormde een

---

<sup>89</sup> BAKKER, *Redelijkheid en billijkheid*, 5–12; J.L.P. CAHEN, *Algemeen deel van het verbintenissenrecht* (Deventer: Kluwer 2002) 260–270.

<sup>90</sup> Zie ook J.M.M. MAEIJER, “De goede trouw of de redelijkheid en billijkheid”, *TPR* 1991, (5) 5–6.

<sup>91</sup> A.T.G.M. VENROOY en P.S. BAKKER, “Effecten van de kredietcrisis op (rechtsgevolgen van) financieringsovereenkomsten”, 3. *Onderneming en financiering* 2009, (63) 66 met verwijzingen naar HR 19 januari 2007, *Meyer Europe/Pontmeyer*, NJ 2007/575; HR 29 juni 2007, *Derksen/Homburg*, NJ 2007/576, noot M.H. WISSINK; HR 15 oktober 2004, *GTI/Zürich*, NJ 2005/141.

<sup>92</sup> F. BAERT, “De goede trouw bij de uitvoering van overeenkomsten”, *RW* 1956–57, k. (489) 496; W. DE BONDT, “Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *TPR* 1984, (95) 111.

<sup>93</sup> P. VAN OMMESLAGHE, “L’exécution de bonne foi, principe général de droit”, *TBBR* 1987, (101) 103–104.

<sup>94</sup> Cass. 14 april 1994, *Pas.* 1994, I, 365; Cass. 20 april 2006, *Pas.* 2006, II, 884.

<sup>95</sup> VAN MUYLEM, “Usages and Implied Terms”, (21) 24–25; VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, II/1 (Brussel: Larcier 2013) 180–181 nr. 89.

<sup>96</sup> S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie” in J.M. Smits en S. Stijns (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (Antwerpen: Intersentia 2010) (79) 88–91.

toepassing van het begrip “eerlijke handelsgebruiken” (“*usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale*”) dat in 1900 in het Parijse Verdrag voor de bescherming van industrieel eigendom werd opgenomen (art. 10bis)<sup>97</sup>. In 1971 werd een Wet op de Handelspraktijken uitgevaardigd, die nog sterk economisch-rechtelijk was. In 1991 legde een nieuwe Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, mede onder invloed van Europese richtlijnen, naast specifieke verbodsbepalingen, een algemeen verbod op onrechtmatige bedingen op. Dergelijke bedingen zijn bedingen of voorwaarden die alleen of in samenhang met andere bedingen of voorwaarden een kennelijk evenwicht verstoren tussen de rechten en plichten van contractpartijen, waarvan één consument is (art. 31 § 1)<sup>98</sup>. In 2010 bevestigde een nieuwe wet deze regels<sup>99</sup>, die sinds 2013 in het Wetboek Economisch Recht zijn opgenomen<sup>100</sup>. De Europese richtlijnen inzake consumentenbescherming en onrechtmatige bedingen, moesten ook door de Nederlandse wetgever worden geïmplementeerd. Dat is echter niet het geval geweest<sup>101</sup>. Onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie passen Nederlandse rechters de richtlijnen wel ambtshalve toe, wat ook zo wordt opgelegd door de Hoge Raad<sup>102</sup>.

## B. OBJECTIVERING VAN DE HANDELSGEWOONTE, MAAR MET EEN CONTRACTUELE BASIS

41. De weinig scherpe scheidslijnen tussen gewoonte, billijkheid en verkeersopvatting in het NBW komen al naar voren in de Nederlandse doctrine sinds de vroege twintigste eeuw. In de hedendaagse Nederlandse rechtsleer is het onderscheid tussen de billijkheid en de gewoonte erg vaag. Dat was reeds voor de invoering van het NBW het geval. Hoewel andere Nederlandse auteurs in de vroege twintigste eeuw aansluiting zochten bij de classificatie van Géný,<sup>103</sup> wees Paul Scholten in 1931 het onderscheid tussen “gewoonte” (d.i. *usage de droit*) en “gebruik” (d.i. *usage conventionnel*) af. Hij meende dat enkel uit de wil van partijen bij een overeenkomst kon blijken of een gebruik gold, ook als het om de gewoonte van Géný ging.<sup>104</sup> Sindsdien is het in Nederland niet de normale praktijk de term “gebruik” voor de feitelijke kant van een gewoonte voor te behouden en “gewoonte” voor het normatief bestanddeel. Zowel “gebruik” als “gewoonte” heeft een feitelijk én een normatief aspect, en de termen worden als synoniemen gebruikt.<sup>105</sup> Scholten heeft verder benadrukt dat de *opinio iuris* niet zozeer een rechtsovertuiging vormt, maar wel een “verwachting van voortzetting”<sup>106</sup>. Elders stelde Scholten dat het vereiste van *opinio iuris* eerder negatief is:

---

<sup>97</sup> Hierover H. SWENNEN, “De KMO in het handelsrecht en het economisch recht” in K. Reniers en M. Vanmeenen (eds.), *Regelgeving op maat van KMO's* (Antwerpen: Intersentia 2013) (1) 35.

<sup>98</sup> BS 29 augustus 1991, err. BS 10 oktober 1991.

<sup>99</sup> BS 10 april 2010.

<sup>100</sup> Boek VI, BS 30 december 2013.

<sup>101</sup> Zie hiervoor W.H. VAN BOOM en R.J.P. KOTTENHAGEN, “De Richtlijn oneerlijke bedingen en haar plaats in het Nederlandse recht” in F. de Ly, K.F. Haak en W.H. van Boom (eds.), *Eenvormig bedrijfsrecht: realiteit of utopie?* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006) 133–154.

<sup>102</sup> HR 13 september 2013, NJ 2014/274, noot H.B. KRANS. Zie ook W.H. VAN BOOM, “Ambtshalve toetsing bij oneerlijke bedingen”, 5. *Ars Aequi* 2014, 358–362.

<sup>103</sup> Bv. J. KOSTERS, *De plaats van gewoonte en wetsovertuiging in het privaatrecht* (Gouda: Quint 1912).

<sup>104</sup> P. SCHOLTEN, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht: Algemeen deel* (Zwolle: Tjeenk Willink 1931) 138.

<sup>105</sup> L.E.H. RUTTEN, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht. III/2. Verbintenissenrecht: de overeenkomst en verbintenis uit wet* (Zwolle: Tjeenk Willink 1968) 221.

<sup>106</sup> P. SCHOLTEN, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel* (Zwolle: Tjeenk Willink 1974) 111.

“Het voortdurend gelijk handelen kán tot doorgaan verplichten, maar het behoeft dat niet te doen en zal dat ook niet doen, indien de betrokkenen zich van het onverplichte hunner handelingen bewust bleven en dus de verwachting, het vertrouwen, dat de gewoonte regel werd (...) niet kan geboren worden. (...)”<sup>107</sup>.

42. Hieruit blijkt eveneens dat de tendens naar een vereenzelvigen van gebruiken met de wil van contractanten er al was voor de verankering van die visie in het NBW. Houwing bijvoorbeeld plaatste reeds in 1921 de gelding van gebruiken onder de goede trouw die tussen contractanten dient te gelden. Ze golden slechts voor zover de objectieve goede trouw hun toepassing toeliet<sup>108</sup>. Op deze manier leefde de “*principes*”-benadering zoals die in de eerste decennia van de negentiende eeuw overheerste, in zekere vorm voort. Toch was de evolutie naar de beperkte rol van gebruiken in het NBW niet lineair. In de artikelen 1375 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek van 1838 werd tot 1992 een onderscheid gelezen tussen “gebruiken” en “bestendig gebruikelijke bedingen”. Vele auteurs meenden tot de invoering van het NBW dat de eerste rechtsgebruiken waren, en de tweede “*usages conventionnels*”<sup>109</sup>.

43. De gewoonte en de redelijkheid en de billijkheid zijn gedragsnormen die bepalen wat contractanten tegenover elkaar mogen verwachten. Daarnaast vormen de redelijkheid en billijkheid, en ook de verkeersopvatting, metanormen, die de keuze tussen de aanvullende bronnen van recht bepalen<sup>110</sup>. De redelijkheid en billijkheid zijn echter variabel en dienen door rechtsvinding te worden vastgesteld. Ze dienen niet te worden bewezen vermits de rechter wordt geacht ze te kennen. De abstractie die voortvloeide uit de uiteindelijke keuze om gebruiken in de wilsovereenstemming te zoeken, leidde ook tot een afbouw van de constitutieve bestanddelen van gebruiken. Algra heeft in 1992 in zijn afscheidsrede bijvoorbeeld betoogd dat men het element van *usus* zonder gevaar zou kunnen weglaten: “Vanaf de eerste keer dat iemand zich zo gedroeg, handelde hij conform het recht. (...) Daaruit volgt dat we ook van “verricht krachtens gewoonterecht” mogen spreken als een gedraging slechts eenmaal plaatsgevonden heeft. We hebben dan te maken met gewoonterecht zonder gewoonte. Naarmate een gewoonte evenwel vaker en langer wordt geaccepteerd als een norm voor gedrag wordt het bewijs van het bestaan verlicht. Maar ook de eerste maal dat de gedraging plaatsvond wordt zij (in ieder geval achteraf) als conform het gewoonterecht geaccepteerd. Het element “gewoonte” [d.i. *usus*, noot van de auteurs] is derhalve niet constitutief en zou zonder bezwaar kunnen worden geschrapt”<sup>111</sup>.

44. Het beroep op de redelijkheid en billijkheid heeft echter niet belet dat die open gedragsnormen meer en meer werden geobjectiveerd. De bedoeling en gedragingen van contractpartijen werden minder belangrijk; de letter van het contract en gebruiken verbonden aan het type contract speelden des te meer.

---

<sup>107</sup> *Ib.*, 107.

<sup>108</sup> J.F. HOUWING, *Rechtskundige opstellen* (Haarlem: Bohn 1921) 163.

<sup>109</sup> H.J. PABBRUWE, *Gebruik en gebruikelijk beding*, doctoraatsverhandeling Universiteit Groningen, 1961. De kritiek van Scholten leefde echter voort. Zie ASSER-RUTTEN 1968, 224, die reageert tegen de vermelde stelling van verscheidene auteurs. Zie echter ook B.E. REINHARTZ, “Bestendig gebruikelijk beding”, *BW-krant Jaarboek 1988*, 19–27, waarin rechtsgebruiken eerder aan artikel 1383 BW werden verbonden.

<sup>110</sup> MEMELINK, *De verkeersopvatting*, 197 en 377.

<sup>111</sup> N.E. ALGRA, *Gewoonterecht als ongeschreven recht* (Groningen: Universiteit Groningen 1992) 12–13.

45. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de toenemende objectieve interpretatie van overeenkomsten. In het Haviltex-arrest bepaalde de Nederlandse Hoge Raad dat de interpretatie niet alleen moet geschieden op grond van een taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. De overeenkomst dient ook begrepen te worden in “de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten”<sup>112</sup>. Aansluitend bij de in Nederland vigerende wilsvertrouwensleer bij contractsluiting herkent de meerderheid van de auteurs in de Haviltex-formule echter niet alleen een subjectieve maar ook een objectieve interpretatienorm<sup>113</sup>. Eerst moet getracht worden de partijbedoeling te achterhalen. Dit is de zin die partijen over en weer aan de bepalingen mochten toekennen. Daarbij kan de redelijkheid corrigerend optreden. Pas indien de feitelijke partijbedoeling geen uitkomst biedt, kan de overeenkomst redelijk, dus objectief, worden uitgelegd<sup>114</sup>. Een uiterst objectieve uitleg is bijvoorbeeld aan de orde bij een collectieve arbeidsovereenkomst. Daarbij komt het er niet op aan de bedoelingen van partijen te doorgronden, maar slechts de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de overeenkomst<sup>115</sup>. Objectieve en letterlijke uitleg zijn dus nauw verwant.

46. Niettegenstaande de voorrang van de subjectieve uitlegging heeft de Haviltex-benadering geleid tot een concretisering en objectivering van de redelijkheid en de billijkheid. De rechter kan van een subjectieve naar een objectieve uitleg overgaan, aldus het Haviltex-arrest, op grond van “de omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen”<sup>116</sup>. Belangrijke omstandigheden in dit verband kunnen zijn: de mate waarin over de overeenkomst is onderhandeld, de deskundigheid van betrokken partijen en de gebruikelijke methode van uitleg in een bepaalde sector. Hoe die omstandigheden gewogen moeten worden hangt af van de redelijkheid en billijkheid. Een voortschrijdende objectivering in interpretatie van overeenkomsten was het gevolg van het toenemend gebruik van standaardcontracten. Zo is de “*usage-règle*” opnieuw op de voorgrond getreden. Standaardovereenkomsten moeten volgens de Hoge Raad objectief uitgelegd worden. “Verklaringen van partijen over en weer ten aanzien van het beding ontbreken, zodat het bij de uitleg noodzakelijkerwijs aankomt op voornamelijk de tekst van het beding en de structuur van het contract”<sup>117</sup>. Dit alles maakt dat de grens tussen de objectieve interpretatie van standaardovereenkomsten, of overeenkomsten met niet-onderhandelde bedingen, en de “*usage-règle*” dun is. De Hoge Raad stelt immers ook de “structuur” van het contract voorop, wat toepassing mogelijk maakt van gebruiken die dezelfde materie betreffen als het contract.

---

<sup>112</sup> HR 13 maart 1981, *Haviltex*, NJ 1981/635, noot C.J.H. BRUNNER.

<sup>113</sup> Bijvoorbeeld R.P.J.L. TJITTES, “Uitleg van schriftelijke contracten”, 1. *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2005, (2) 6–7.

<sup>114</sup> Bijvoorbeeld: H.N. SCHELHAAS, “Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten”, 21. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2008, (150) 157; TJITTES, “Uitleg van schriftelijke contracten”, (2) 8; N. VAN TIGGELE-VAN DER VELDE, “Uitleg van verzekeringsovereenkomsten”, 9. *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2012, (85) 85–86.

<sup>115</sup> HR 17 september 1993, *DSM/Fox*, NJ 1994/173, *Gerritse/HAS*.

<sup>116</sup> HR 20 februari 2004, *DSM/Fox*, NJ 2005/493 noot C.E. DU PERRON.

<sup>117</sup> R.P.J.L. TJITTES, “Terug naar de tekst – een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten”, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2007, (417) 419. Zie in dezelfde zin: J.W.A. DOUSI, “Copy, paste. Over de uitleg van boilerplate-bedingen en wat we kunnen leren van het Amerikaanse recht”, 2. *Contracteren* 2016, (3) 7. Hij hangt de objectieve uitleg van *boilerplates* op aan HR 5 april 2007, *Lundiform/Mexx*, NJ 2013/214.

47. Andere omstandigheden nopen tot een objectieve uitlegging. Overeenkomsten tussen meer dan drie partijen die niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst moeten bijvoorbeeld (onder bepaalde omstandigheden) objectief uitgelegd worden. Het aantal betrokken partijen is volgens de Hoge Raad een belangrijke factor bij het bepalen van de uitlegmethode<sup>118</sup>. In een reeks arresten heeft de Hoge Raad bovendien geoordeeld dat in het Engels, en specifiek door juristen, opgestelde handelsovereenkomsten redelijkerwijs, gelet op de omstandigheden van het geval, objectief moeten worden uitgelegd<sup>119</sup>. Daarbij zijn de volgende omstandigheden doorslaggevend: de aard van de transactie (commercieel), de omvang en gedetailleerdheid van het contract (zeer gedetailleerd contract met bijlagen), de wijze van totstandkoming (intensieve onderhandeling door gespecialiseerde advocaten) en het bestaan van een *entire agreement clause* (waarin partijen aangeven dat de overeenkomst de omvang van de rechten en verplichtingen helemaal vastlegt).

48. Deze dogmatische invullingen zijn nog steeds (nominaal) verbonden aan de contractwil van de partijen. Men gaat er bij de uitlegging van de overeenkomst van uit dat de wilsovereenstemming van de contractanten wel voorhanden was maar niet werd uitgewerkt en dat zelfs de meest objectieve uitlegging, zonder enig onderzoek van de gedragingen of bedoeling van de contractanten, verband houdt met een impliciet akkoord.

49. Ook in België sloot de vermelde contractualisering van gewoonten en gebruiken objectivering niet uit. Niet de wil van partijen bij een overeenkomst staat voorop, maar wel het al dan niet bestaan van een toepasselijk handelsgebruik. De tweedeling tussen “*usages de droit*” en “*usages conventionnelles*”, van Géný, is in België nog steeds geldend, althans in theorie, maar de grenzen tussen beide begrippen zijn sterk vervaagd. “*Usages de droit*” (“rechtsgebruiken”) zijn in principe toepasbaar zonder aanknopingspunt in de wil van de contractanten. Zowel *usus* als *opinio necessitatis* zijn vereist<sup>120</sup>. De “rechtsgebruiken” werden – zoals in Nederland – doorgaans vereenzelvigd met de gebruiken in artikel 1135 en – steeds meer, en dat anders dan in Nederland – met de gebruiken in artikel 1160 BW<sup>121 122</sup>.

---

<sup>118</sup> Zie bijvoorbeeld HR 16 mei 2003, *BBR*, NJ 2003/470.

<sup>119</sup> HR 19 januari 2007, *Meyer Europe/Pontmeyer*, NJ 2007/575; HR 29 juni 2007, *Derksen/Homburg*, NJ 2007/576, noot M.H. WISSINK.

<sup>120</sup> W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing* (Deventer: Kluwer 2010) 117–118 nr. 43; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel* (Antwerpen: Standaard 1973) 44–46 nr. 13. Zie ook Y. HANNEQUART, “La portée du contrat” in *Les Nouvelles Droit civil*, IV–2 (Brussel: Larcier, 1958) 63–65 nrs. 168–173; VAN MUYLEM, “Usages and Implied Terms”, (21) 25–26; A. VAN OEVELEN, “Het onderscheid tussen een gebruik en een gebruikelijk beding in het contractenrecht”, noot onder Cass. 9 december 1999, *RW* 2001–02, (990) 991 nr. 2.

<sup>121</sup> Lang gold art. 1135 BW als de enige, of voornaamste, rechtsgrond voor de toepassing van rechtsgebruiken. Gaandeweg werd ook artikel 1160 BW in die zin begrepen. Vanaf de jaren 1970 werd het leerstuk van de “gebruikelijke bedingen” niet langer aan art. 1160 BW verbonden. Zie R. KRUIHOF, H. MOONS en C. PAULUS, “Overzicht van rechtspraak (1965–1973). Verbintenissen”, *TPR* 1975, (439) 461–462 nr. 23 en 504 nr. 66; VAN OEVELEN, “Het onderscheid”, 991 nr. 1. Vergelijk met HANNEQUART, “La portée du contrat”, 141 nr. 536 en H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge* (Brussel: Bruylant 1962) II, 459–460 nr. 459, die de “gebruikelijke bedingen” nog in artikel 1160 BW lezen.

<sup>122</sup> Zie ook, rechtsvergelijkend voor Frankrijk, België en Nederland: H.J. SONNENBERGER, *Verkehrssitten im Schuldvertrag. Rechtsvergleichender Beitrag zur Vertragsauslegung und zur Rechtsquellenlehre* (München: Beck 1970) 11–32.

50. De “*usages de droit*” in de vermelde betekenis hebben in de loop van de twintigste eeuw in België een ruimere plaats gekregen. Sinds het midden van de twintigste eeuw gaat de Belgische rechtspraak en rechtsleer bijvoorbeeld uit van een wettelijk vermoeden dat navolging van toepasselijke “rechtsgebruiken” werd gewild<sup>123</sup>. Bijgevolg is artikel 1160 BW grotendeels vereenzelvigd met artikel 1135 BW en is artikel 1159 BW, dat interpretatie op grond van gebruiken oplegt, grotendeels versmolten met artikel 1160 BW<sup>124</sup>. De toepassing van “*usages de droit*” wordt weliswaar gebaseerd op de wettelijk vermoede wil van de contractpartijen maar *de facto* gelden ze van zodra voorwaarden voor hun gelding – die extern zijn aan de wil van contractanten – worden aangetoond. Het Belgische Hof van Cassatie heeft de toepassing van “rechtsgebruiken” afhankelijk gemaakt van een aantal voorwaarden. Het gebruik dient bijvoorbeeld als algemeen te worden beschouwd, en dit in een bepaalde regio of beroepsmilieu<sup>125</sup>. Dit veronderstelt dat het gebruik constant is<sup>126</sup>.

51. De vermelde voorwaarden, in combinatie met de grondslag van rechtsgebruiken in de vermoede wil van contractpartijen, maakten een grondige wijziging ten opzichte van de ideeën van Gény en andere laat-negentiende-eeuwse juridische auteurs uit. “*Usages conventionnels*” of “*usages de droit*” werden in hun geschriften nog vaak niet als sectorieel beschouwd. De overgang naar een wettelijk vermoede wil inzake toepassing van gebruiken ging nu echter vaak samen met de integratie van algemene voorwaarden die in het beroepsmilieu van de contractanten gelden<sup>127</sup>.

52. Het “contractualiseren” van rechtsgebruiken maakte dat ze moeilijker van “conventionele gebruiken” konden worden onderscheiden. Dat blijkt bijvoorbeeld uit discussies over de procesrechtelijke gevolgen van de kwalificatie van een regel als “rechtsgebruik”. Volgens het model van Gény zijn “rechtsgebruiken” te beschouwen als een geldende regel en vallen ze onder het toepassingsgebied van artikel 608 Gerechtelijk Wetboek. Dat betekent dat het Hof van Cassatie de identificatie en invulling van dergelijke “rechtsgebruiken” door de rechter toetst. Bovendien geldt het adagium “*iura novit curia*”: de procespartijen mogen maar hoeven rechtsgebruiken niet te bewijzen, aangezien de rechter geacht wordt ze te kennen<sup>128</sup>. Nochtans hebben sommige auteurs de gebruiken, vermeld in artikel 1135 (en ook artikel 1160 BW), in de lijn van de vermelde ontwikkelingen beschouwd als “gebruiken inzake contracten” en daarop geoordeeld dat de cassatietoetsing niet geldt en de partijen bij het geding bewijs van het gebruik moeten aanbrengen<sup>129</sup>.

---

<sup>123</sup> Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 217; DE PAGE, *Traité élémentaire* I, 18–19 nr. 9; J.F. LECLERQ, “Usages civils et commerciaux”, *JT* 1973, 157 e.v.; J. VAN RYN en J. HEENEN, *Principes de droit commercial* (Brussel: Bruylant 1976) I, 35 nr. 21.

<sup>124</sup> A. DE BOECK en J. WAELKENS, “Interpretatie” in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer. Verbintenissenrecht, Titel II. Contractenrecht* (Mechelen: Kluwer 2016) 33 nr. 31.

<sup>125</sup> Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 217; Cass. 9 december 1999, *Pas.* 1999, 1669. Zie ook P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge. II: Les obligations* (Brussel: Bruylant 2013) I, 628–629 nr. 400.

<sup>126</sup> Cass. 11 september 2008, *Arr. Cass.* 2008, 1907.

<sup>127</sup> Al is het gebruik van een beding tussen de partijen, of minstens hun kennis van het beding, nog steeds belangrijk: VAN HOUTTE, “Het gebruik”, k. (2169) 2174–2175. Zie ook, over in internationale overeenkomsten opgenomen uniforme clausules: H. BRAECKMANS, “Paralegale normen en *lex mercatoria*”, *TPR* 1986, (1) 60–61 nr. 51.

<sup>128</sup> J. LAENENS, K. BROECKX en D. SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht* (Antwerpen: Intersentia 2004) 1100.

<sup>129</sup> VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, II/1, 632 nr. 400. Deze auteur spreekt van “*usages conventionnels*” met betrekking tot de artikelen 1135 en 1160 BW. Zie ook vergelijkbare standpunten in: P.-A.

53. Deze discussie heeft in contractuele aangelegenheden maar weinig praktische relevantie<sup>130</sup>, aangezien het Hof van Cassatie toetst aan de artikelen 1135 en 1160 BW. Op die manier beoordeelt het de rechterlijke kwalificatie van de voorwaarden van het begrip “gebruik” via die artikels<sup>131</sup>. Het is begrijpelijk, in het licht van de vermelde discussies in de rechtsleer, dat contractpartijen voor het Hof van Cassatie niet de schending van een handelsgebruik als middel aanvoeren, maar enkel naar de vermelde artikelen in het Burgerlijk Wetboek verwijzen. “Rechtsgebruiken” worden ook doorgaans bewezen, of de procespartijen verstrekken daaromtrent inlichtingen<sup>132</sup>. “Rechtsgebruiken” zijn, wanneer het gaat over hun toepassing in overeenkomsten, dus niet zonder meer van rechtswege van toepassing; hun toepassingsgebied, en de facto hun toepasselijkheid, moet worden bewezen.

54. De toenemende rol van “*usages de droit*” als vermoed aanvaarde rechtsgebruiken houdt verder verband met een objectivering van de interpretatie van overeenkomsten. Het bestaan van een handelsovereenkomst, en haar inhoud, kan worden bewezen met alle bewijsmiddelen. Een belangrijk middel daartoe vormt de niet-geprotesteerde factuur. Niet alleen de inhoud van de factuur maar ook de erin vermelde algemene voorwaarden bieden bij niet-protest bewijs van de overeenkomst<sup>133</sup>. Opnieuw gaat het – in de betekenis toegekend door Gény – om een “*usage conventionnel*”, maar de band met de wilsovereenstemming is miniem. Over de vraag welke van twee conflicterende algemene voorwaarden dient te worden toegepast, heerst onenigheid. Een meerderheid van de rechtsleer ijvert voor een niet-toepassing van de beide algemene voorwaarden (de zogenaamde “*knock-out rule*”). Via de omweg van de vermoed aanvaarde rechtsgebruiken kunnen wel bedingen die (min of meer) in de beide voorwaarden voorkomen, worden toegepast<sup>134</sup>.

55. Het internationaal en transnationaal handelsrecht heeft de Belgische traditie versterkt. Het Weens Koopverdrag van 1964 bepaalt dat contractanten verbonden zijn door de “*usages*” (“gewoonten”) waarmee ze hebben ingestemd en alle “*practices*” (“handelswijzen”) die tussen hen gebruikelijk zijn (art. 9, 1°). Ze worden bovendien vermoed te hebben ingestemd met “*usages*” waarmee ze bekend behoorden te zijn, die in de internationale handel algemeen worden toegepast en regelmatig worden nageleefd in soortgelijke overeenkomsten (art. 9, 2°). De omweg via een vermoeden ontwijkt – net zoals

---

FORIERS, “Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence (1970–1980)”, *TBH* 1983, (107) 126–127. Een aanknopingspunt vormde DE PAGE, *Traité élémentaire*, I, 18–19 nr. 9B.

<sup>130</sup> Er zijn wel voorbeelden van arresten van het Hof van Cassatie waarin het hof de schending van gewoonten onderzoekt, maar ze betreffen veelal gewoonten in het internationaal recht. Zie hierover M.J. BOSSUYT en J. WOUTERS, *Grondlijnen van internationaal recht* (Antwerpen: Intersentia 2005) 167–168.

<sup>131</sup> Cass. 29 mei 1947, *Pas.* 1947, I, 217; Cass., 29 maart 1976, *Arr. Cass.* 1976, 874; Cass., 26 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978–79, 717; Cass. 9 december 1999, *Pas.* 1999, 1669; Cass. 11 september 2008, *Arr. Cass.* 2008, 1907.

<sup>132</sup> Zie over de mogelijkheid dat de rechter vraagt bewijs over gewoonten te leveren, en de andere nuances met betrekking tot de bewijsplicht inzake gewoonten en gebruiken, en de voorziening in cassatie: HANNEQUART, “La portée du contrat”, 67–72 nrs. 177–179; M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht* (Gent: Story-Scientia 1962) 288–289 nrs. 311–312.

<sup>133</sup> Cass. 29 april 2004, *RW* 2006–07, 870.

<sup>134</sup> E. PELGRIMS en S. VERBEKE, “De toetsing door de rechter van algemene voorwaarden bij handels- en consumentencontracten” in S. Stijns en P. Wéry (eds.), *Le juge et le contrat. De rol van de rechter in het contract*, (Brugge: die Keure 2014) (189) 199–202.



in het Belgische recht – het vervelende vereiste van *opinio iuris*. De voorwaarden om van een “usage” te spreken zijn daarom belangrijker dan de wilsovereenstemming van de contractanten. Men gaat ervan uit dat de “usage” in het Weens Koopverdrag, ook in art. 9,1°, niet aan de klassieke vereiste van *opinio necessitatis* dient te voldoen. “Usages” onder art. 9,2° zijn doorgaans vormen van private regelgeving die in de betreffende handelssector algemeen worden toegepast. Toepassing wordt vermoed te zijn gewild door de partijen die ze kenden en tot een sector behoren waar ze vaak worden gebruikt. Indien ze dat niet wensten hadden ze anders dienen te handelen. Het is daarom logisch dat “practices” voorgaan op “usages”<sup>135</sup>.

56. Een meer objectieve variant van vermoed aanvaarde handelsgebruiken biedt de *Draft Common Frame of Reference*. Tussen contractanten die voor het DCFR kiezen gelden de gewoonten (“usages”) die personen in dezelfde situatie als de contractanten algemeen toepasbaar zouden achten, behalve wanneer de toepassing van zo’n gewoonte onredelijk zou blijken (art. II, 1:104)<sup>136</sup>. Deze benadering wordt ook gevolgd in de UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (art. 1.9, (2))<sup>137</sup>. De voorgestelde *Common European Sales Law* uit 2011 bevatte een gelijkaardige formule, als aanvulling, in contracten tussen handelaren (art. 67, 2), en voor de interpretatie van overeenkomsten (art. 59, d). De “gewoonten” die algemeen van toepassing moeten worden geacht omwille van het feit dat ze voor handelaren in dezelfde situatie gelden, in artikel 67, 2, gelden enkel niet als ze in strijd zijn met afzonderlijk onderhandelde voorwaarden of dwingende regels (art. 67,3). De redelijkheidstoets van het DCFR ontbreekt echter<sup>138</sup>.

57. Het voorstel voor CESL werd in 2015 ingetrokken en de voorstellen van richtlijn die in de plaats komen, bevatten geen verwijzingen meer naar “usages”<sup>139</sup>. Maar het blijft opmerkelijk dat zowel in de DCFR als in – de intussen niet meer relevante – CESL de grondslag van toe te passen gebruiken in de wilsovereenstemming van contractpartijen werd losgelaten. Op die manier volgen de vermelde Europese instrumenten de Amerikaanse “incorporation”-benadering, die aan de Uniform Commercial Code (paragraaf 2) werd verbonden. Volgens die interpretatie laat de UCC rechters toe niet alleen het gedrag van contractpartijen als uitingen van vermoede wil in aanmerking te nemen om het contract aan te vullen, maar ook “trade usages” die niet alleen de contractpartijen betreffen. In de rechtsrealistische visie die aan de bepalingen van de UCC ten grondslag ligt, zijn dergelijke “trade usages” “usages-règle”. “Trade usages” worden gedefinieerd als observeerbare gedragspatronen<sup>140</sup>. De regels die eruit blijken, worden geacht integraal deel uit te maken van het contract, tenzij de contractanten er uitdrukkelijk en specifiek van afwijken (“carefully negate”)<sup>141</sup>.

---

<sup>135</sup> L. GRAFFI, “Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law”, 29. *Journal of Law and Commerce* 2011, (273) 280.

<sup>136</sup> Ch. von Bar e.a., *Draft Common Frame of Reference. Outline Edition*, [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf\\_r\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcf_r_outline_edition_en.pdf).

<sup>137</sup> UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

<sup>138</sup> Voorstel van verordening COM(2011)635.

<sup>139</sup> Voorstel van richtlijn COM(2015)634; voorstel van richtlijn COM(2015)635.

<sup>140</sup> J.S. KRAUS en S.D. WALT, “In Defense of the Incorporation Strategy” in J.S. Kraus and S.D. Walt (eds.), *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* (Cambridge: CUP 2000) (201) 210–217.

<sup>141</sup> J.P. KOSTRITSKY, “Judicial Incorporation of Trade Usages: A Functional Solution to the Opportunism Problem”, 39. *Connecticut Law Review* 2006 (451) 454–456.

## VI. Conclusie

58. De “*usage-règle*” en de “*usage conventionnel*” zijn de voorbije halve eeuw naar elkaar toegegroeid. De “*usages conventionnels*” werden meer geobjectiveerd, hoewel nominaal de band met de contractwil behouden bleef. Dit was zowel in Nederland, waar ze onder het mom van de billijkheid werden toegepast, als in België het geval. In Nederland kaderde deze benadering in een sterke en abstracte benadering van de rechterlijke toetsing van normen die overeenkomsten aanvullen. In België plaatste men het leerstuk in de hoek van de contractwil, via de omweg van artikel 1135 en ook artikel 1160 BW. In beide landen werd de objectivering in de interpretatie en aanvulling van overeenkomsten versterkt door standaardcontracten. Niettegenstaande het Amerikaanse voorbeeld, worden handelsgebruiken noch in België noch in Nederland van rechtswege toepasselijk geacht.

59. Enkel onder professionals en in sectoren met uitgewerkte en algemeen aanvaarde private regelgeving lijkt een “*usage-règle-conventionnel*”, d.i. een objectief te kennen, maar vermoed afgesproken norm, bruikbaar. Zelfs als de partijen geen bewijs kunnen leveren van een wilsovereenstemming, kan een handelsgebruik toch als vermoede afspraak worden meegenomen. In België is deze manier van werken de regel. In de praktijk echter geldt het rechtsgebruik nog steeds als feit: de partijen bij het geding bewijzen het rechtsgebruik en het wordt procesrechtelijke niet helemaal als een norm behandeld. Controle vanwege de cassatierechter op de toepassing van handelsgebruiken is immers beperkt. Deze terughoudendheid geldt daarentegen niet in Nederland. De gewoonte en redelijkheid en billijkheid zijn gedragsnormen, die de rechter eigenmachtig toepast, en die door de Hoge Raad worden getoetst. De Hoge Raad beoordeelt ook de invulling van de “verkeersopvatting” in het verbintenissenrecht<sup>142</sup>. In die zin leeft de “*usage-principe*”, dat wil zeggen: een inductief in te vullen gewoonte als beginsel, meer voort in Nederland dan in België<sup>143</sup>.

60. De vermelde ontwikkelingen tonen aan dat handelsgebruiken aan twee, vaak tegenstrijdige belangen beantwoorden. Een nood aan snelheid verklaart een constructie van “*default rules*” als impliciete afspraken. Nochtans zijn overeenkomsten tussen professionals en ondernemers vaak ook nieuw en creatief, zelfs als ze ten dele impliciet zijn. De vraag kan gesteld worden of leden van de vermelde beroepsgroepen steeds bij het niet-uitdrukkelijk vermelden van een andere afspraak hun sectoriële gewoonten willen toepassen. De (feitelijke) vrijheid en macht van de rechter is op dit punt erg groot. Wat alleszins blijkt, is dat het hedendaagse handelsgebruik vandaag erg ver af staat van de “*consuetudo*” uit de periode vóór de Franse Revolutie. Eveneens heeft het nog weinig gemeen met de gewoonte zoals die door de Historische School werd opgevat. Het vereiste element van “handeling” (*usus*), dat etymologisch nochtans de aanzet voor “*usages*” is geweest, is nagenoeg volledig verdwenen omdat de fictie geldt dat de rechter de contractwil leest, of de redelijkheid en billijkheid toepast, ook wanneer uit gebruiken uit de handel worden geput.

## Samenvatting

---

<sup>142</sup> MEMELINK, *De verkeersopvatting*, 109.

<sup>143</sup> Voor een late vermelding in België, zie VAN GERVEN, *Algemeen deel* (1973), 46 (“*coutume d’origine savante*”, naar Carbonnier).

In dit artikel wordt een onderscheid gemaakt tussen drie vormen van handelsgebruiken. *Usages-règle* (rechtsgebruiken) zijn gewoonten in de zin van op grond van een rechtsovertuiging herhaalde gedragingen. Vaak hebben ze een beperkte draagwijdte en worden ze geacht de wet aan te vullen. *Usages-présomption* (of *usages conventionnels*) zijn handelsgebruiken die dienen om de afspraken tussen contractanten te concretiseren en aan te vullen. De benadering van handełsgewoonten als *usages-principe* verwijst naar open normen die door de rechter kunnen ingevuld worden. De *usage-règle* werd geïntroduceerd door de Historische School in de vroege negentiende eeuw. Voordien werden handełsgewoonten vaak begrepen als *usages-principes*: ze werden geacht nauw verbonden te zijn met principes die met de “gangbare praktijk” werden vereenzelvigd en die inductief, vanuit allerlei bronnen van recht, konden worden vastgesteld. Vanaf het einde van de negentiende eeuw werd de benadering van handelsgebruiken als *usages-présomption* dominant in Frankrijk en België, terwijl in Nederland de handełsgewoonte dogmatisch minder belangrijk werd. Dat laatste hield verband met een uitbreiding van de macht van de rechter in de interpretatie en aanvulling van contracten. In België is de nood aan een rechtsdogmatische benadering van handełsgewoonten bijgevolg veel groter dan in Nederland. Maar hoewel allerlei distincties, tussen gewoonten, rechtsgebruiken en “*usages conventionnels*” worden vooropgesteld, blijft de band met de wilsovereenstemming van contractanten en is de kwalificatie van dergelijke gebruiken als norm in de praktijk niet volledig. Niettegenstaande tendensen naar objectivering in de toepassing van handelsgebruiken, blijven de vermelde tradities overeind.

**Keywords:** Belgian and Dutch law, comparative legal history, mercantile custom, trade usages, interpretation of contracts.