

Handelsgebruiken & arbitrage: het Nederlandse en het Engelse perspectief

TVA 2024/21



“In all cases the arbitral tribunal shall take into account any applicable trade usages” (art. 1054 sub 4 DCCP). Having been introduced in the former Dutch Arbitration Act, the importance of trade usages as separate decisive factor in arbitral proceedings remains somewhat elusive. Trade usages mainly seem to play a role in contractual interpretation under the applicable law. This article sets out the historical background of this statutory arbitral provision and provides several examples of the application of trade usages in the commodity industry and a practical insight in the role of trade usages in English (arbitration) law.

1. Inleiding

Arbiters worden vaak aangesteld vanwege hun specifieke kennis in een bepaalde industrie of bedrijfstak. Dat geldt des te meer bij zogenoemde sectorspecifieke arbitrage-instituten, waar arbiters ‘uit de markt’ regelmatig beslissen overeenkomstig de maatstaf van ‘goede personen naar billijkheid’. Ongeacht de beslissingsmaatstaf of het type geschil, “in alle gevallen” houdt het scheidsgerecht echter rekening met de “toepasselijke handelsgebruiken”, zo schrijft artikel 1054 lid 4 Rv voor. Wat zijn handelsgebruiken en welke rol spelen deze in het Nederlandse (arbitrage)recht? Deze bijdrage stipt na enkele theoretische overwegingen een aantal praktische voorbeelden aan van (de toepassing van) handelsgebruiken in een sector die van oudsher wordt gedomineerd door *trade usages*: de grondstoffenhandel (of: handelskoop). Tevens wordt vergelijkend gekeken naar de rol van handelsgebruiken in het Engelse (materiële) recht. Al met al lijkt de rol van handelsgebruiken in het Nederlandse en Engelse arbitragerecht beperkt.

¹ Frank Salome en Jolien Kruit zijn senior associate respectievelijk partner bij Van Traa Advocaten te Rotterdam. James Turner is King’s Counsel bij Quadrant Chambers in Londen.

2. Handelsgebruiken in het Nederlandse (arbitrage)recht

2.1 Handelsgebruiken in de Arbitragewet: historisch perspectief

“In alle gevallen houdt het scheidsgerecht rekening met de toepasselijke handelsgebruiken.” De regeling van artikel 1054 lid 4 Rv kent haar oorsprong in de Arbitragewet 1986 en is vrijwel geruisloos gehandhaafd gebleven in de huidige Arbitragewet 2015. Bij haar intrede in het Nederlandse rechtssysteem was het minder stil. Van Delden betoogde in zijn inaugurele rede² dat de wetgever met deze regeling *ultra vires* – buiten haar bevoegdheid – trad. De toepasselijkheid van handelsgebruiken zou afhangen van het toepasselijke (materiële) recht. De Nederlandse wetgever zou hierover dan ook geen regels kunnen stellen in de arbitragewet, aldus Van Delden.

Bij het plaatsen van deze kritiek en het definiëren van de handelsgebruiken waaraan wordt gerefereerd in artikel 1054 lid 4 Rv (en waar vooral ook niet), spelen de tekst van het artikel en de invloed van de zogenoemde *lex mercatoria* een belangrijke rol. Artikel 1054 Rv luidt in zijn geheel:

- “1. Het scheidsgerecht beslist naar de regelen des recht.
2. Ingeval de partijen een rechtskeuze hebben gedaan, beslist het scheidsgerecht naar de door partijen aangewezen regelen des rechts. Indien een dergelijke rechtskeuze niet heeft plaatsgevonden, beslist het scheidsgerecht volgens de regelen des rechts die in het in aanmerking acht te komen.
3. Het scheidsgerecht beslist als goede personen naar billijkheid, indien de partijen het daartoe bij overeenkomst opdracht hebben gegeven.
4. In alle gevallen houdt het scheidsgerecht rekening met de toepasselijke handelsgebruiken.”

De *lex mercatoria* kent haar achtergrond in de jaren '50 van de vorige eeuw, waarin een aantal rechtsgeleerden zich richtten op een alternatieve juridische regulering van transnationale handelsverhoudingen.³ Dit vormde een alternatief voor de traditionele benadering: namelijk dat het toepasselijke materiële recht, zoals volgt uit het internationaal privaatrecht van de aangezochte rechter of arbiter, de transnationale handelsverhouding beheerst. De alternatieve benadering steunde op “een ruime contractsvrijheid, op de in het transnationaal handelsverkeer gegroeide gewoontes en gebruikelijk geworden handelswijzen”, alsmede op een

² Gehouden op 23 januari 1986 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, R. van Delden, *Lex Mercatoria of Ius Communi?*, Deventer: Kluwer 1986.

³ F. De Ly, *De Lex Mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 1989, p. 1.

adequate geschillenbeslechting en sanctiëring van deze normen in het kader van de transnationale handelsarbitrage. Niet (enkel) de materiële nationale regels, maar de eigen normen van het transnationaal handelsmilieu vormen hierin het juridisch raamwerk van de transnationale handelstransactie: de *lex mercatoria*. De rechtsbronnen van de *lex mercatoria* worden gevonden in gewoontes en rechtsbeginselen en (rechtstheoretisch) *niet* in 'gebruiken' (vgl. De Ly in zijn proefschrift *De Lex Mercatoria*). Contracten, standaardbedingen en gebruiken ontleen hun rechtskracht aan het materiële toepasselijke recht.⁴

Een van de eerste toepassingen van de leer van de *lex mercatoria* in de internationale arbitragerechtspraak wordt gezien in een ICC-award van 26 oktober 1979, waarin arbiters overwogen: “to apply the international *lex mercatoria*. One of the principles which inspire the latter is that of good faith which much preside the formulation and the performance of contracts.”⁵

De Nederlandse wetgever definieerde de *lex mercatoria* als “de internationaal, algemeen aanvaarde handelsgebruiken” alsmede “supranationale, algemene rechtsregelen en rechtsbeginselen”, die in beginsel onafhankelijk van enig nationaal (materieel) recht gelden.⁶ Hij heeft de *lex mercatoria* in het arbitragerecht geplaatst bij de beslissingsmaatstaf van het scheidsgerecht (lid 1 en 3).⁷ Partijen kunnen dus bepalen dat het scheidsgerecht niet volgens het recht van een bepaald land beslist, maar volgens de *lex mercatoria*,⁸ of specifiekere bijvoorbeeld de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004* of de *Principles of European Contract Law*. Ook het scheidsgerecht dat als “goede personen naar billijkheid” beslist, kan de *lex mercatoria* toepassen.⁹

De handelsgebruiken van artikel 1054 lid 4 Rv doelen – in de woorden van Sanders – op “de handelsgebruiken welke toepasselijk zijn in het kader van de overeenkomst waarover het geschil loopt”.¹⁰ Het gaat om de gebruiken uit een bepaalde tak van handel of industrie, die eveneens een reden kunnen zijn (geweest) om aan arbitrage de voorkeur te geven. Arbiters afkomstig uit die tak van handel of industrie zijn van die gebruiken op de hoogte, waardoor deskundige voorlichting (die mogelijk is vereist bij de rechter) in beginsel niet

nodig is.¹¹ De Ly merkt in zijn proefschrift terecht op dat (handels)gebruiken een veelheid van “*juridische relevante feitelijke gedragspatronen*” dekken, die door uitleg (of aanvulling) overeenkomstig het toepasselijke materiële recht kunnen worden toegepast.¹²

Uit het antwoord van de wetgever op de kritiek van Van Delden lijkt te volgen – hoe kort en cryptisch ook – dat de handelsgebruiken in artikel 1054 lid 4 Rv (moeten) samenvallen met de handelsgebruiken die volgen uit het toepasselijke materiële recht. Het bezwaar van Van Delden zou volgens de wetgever namelijk in afdoende mate worden ondervangen met de toevoeging ‘toepasselijke’ voor ‘handelsgebruiken’.¹³ Dat lijkt ook voor de hand te liggen: handelsgebruiken vinden veelal ‘verkapte’ toepassing door contractuitleg of aanvulling van een leemte onder het toepasselijke materiële recht.¹⁴ Van eventuele strijdigheid van handelsgebruiken met het toepasselijke materiële recht kan dan geen sprake zijn (vgl. de Engelse wetgever, par. 3). De regeling stemde volgens de wetgever daarnaast overeen met de internationale verdragen en (expliciet) de *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985/2006)*, waarvan de daarin opgenomen relevante bepaling nog altijd luidt (art. 28 lid 4): “In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.”

Hoewel niet benoemd door de wetgever, zou de (beperkte) meerwaarde van het expliciet opnemen van de handelsgebruiken in artikel 1054 lid 4 Rv kunnen zijn gelegen in het benadrukken dat ook indien arbiters oordelen naar goede personen naar billijkheid, zij rekening houden met de handelsgebruiken (“in alle gevallen”).¹⁵ Ongeacht de inkleuring van de maatstaf ‘goede personen naar billijkheid’ – in de literatuur zijn twee stromingen te onderscheiden¹⁶ – lijkt dat echter al voor de hand te liggen.

Sanders hechtte in zijn toelichting op de Arbitragewet 1986 dan ook weinig praktisch belang aan het opnemen van handelsgebruiken in de arbitragewet: ook zonder dat het in de wet zou staan, zouden arbiters volgens hem rekening

4 De Ly, *De Lex Mercatoria*, p. 388.

5 P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 214.

6 *Kamerstukken II 1983/84*, 18464, nr. 3, p. 23 (MvA) en *Kamerstukken II 1985/86*, 18464, nr. 6, p. 30 (MvA).

7 Een meerderheidsopvatting in de literatuur zag in de handelsgebruiken (bij intrede en) zoals opgenomen in de Nederlandse arbitragewet een verwijzing naar de *lex mercatoria*, vgl. De Ly, *De Lex Mercatoria*, p. 231; de Nederlandse wetgever plaatst de *lex mercatoria* echter bij de beslissingsmaatstaf (lid 1 en 3); vgl. *Kamerstukken II 1983/84*, 18464, nr. 3, p. 23 (MvA) en *Kamerstukken II 1985/86*, 18464, nr. 6, p. 30 (MvA).

8 Dit in afwijking van onder meer de Rome I-verordening, waaronder een keuze voor de *lex mercatoria* volgens de Europese Commissie niet mogelijk is, omdat een dergelijke keuze niet specifiek genoeg is. Vgl. het *Explanatory Memorandum* van de Europese Commissie bij de Rome I-verordening, COM(2005) 650 final, p. 6.

9 G.J. Meijer, *Tekst & Commentaar*, art. 1054 Rv, aant. 3.

10 P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 210.

11 P. Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, Deventer: Kluwer 1996, p. 210.

12 De Ly, *De Lex Mercatoria*, p. 388.

13 *Kamerstukken II 1985/86*, 18464, nr. 6, p. 30 (MvA).

14 Interessant om in dit kader ter vergelijking nog aan te halen, is art. 9 lid 2 Weens Koopverdrag. Hierin wordt bepaald dat “tenzij anders overeengekomen, partijen geacht worden op hun overeenkomst stilzwijgend van toepassing te hebben verklaard een gewoonte waarmee zij bekend waren of behoorden te zijn en die in de internationale handel op grote schaal bekend is aan, en regelmatig wordt nageleefd door partijen bij overeenkomsten van dezelfde soort in de desbetreffende branche”. Voor zover is voldaan aan de vereisten die het Weens Koopverdrag stelt m.b.t. (de toepasselijkheid van) een (handels)gebruik, dan heeft dit (handels)gebruik en/of de daaraan gerelateerde rechtsgevolg ‘voorrang’ op de regels van het Verdrag. Vgl. Christiaans & Van Wechem, *T&C Vermogensrecht CISG*, art. 1 aant. 2 en I. Schwenzer (red.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention for the International Sale of Goods*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 188.

15 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)*, 2011/7.3.2.

16 Asser *Procesrecht/Sanders, Meijer & Ernste* 8 2023/323.

houden met de toepasselijke handelsgebruiken.¹⁷ Interessant daarbij is nog wel de vraag of, indien arbiters toch geen rekening houden met de handelsgebruiken, dit een vonnis ‘openstelt’ voor vernietiging wegens schending van de opdracht. Ook hierover merkte de wetgever niets op, al tekende hij bij de inwerkingtreding van deze regeling aan dat met de toepasselijke handelsgebruiken rekening “**moet worden gehouden**”. Waar Kokkini-Iatridou in haar commentaar op het arbitrageontwerp (1986) opmerkte dat deze woorden van de wetgever eerder op “*een opdracht dan een uitnodiging*” leken,¹⁸ verschafte “*het rekening houden met*” volgens Sanders – onder verwijzing naar de zinsnede “*take into account*” zoals opgenomen in de UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration en UNCITRAL Arbitration Rules – arbiters echter een grote mate van vrijheid.¹⁹ Ook Meijer volgt deze lijn. Vernietiging van het arbitraal vonnis, omdat geen rekening is gehouden met de handelsgebruiken, is in hun visie dus in beginsel uitgesloten. De literatuur²⁰ wijst hierbij op een mogelijke ‘uitzondering’. Indien partijen het scheidsgerecht *expliciet* hebben opgedragen om handelsgebruiken toe te passen (al dan niet via een arbitragereglement) en dit tijdens de arbitrage ook is betoogd, kunnen arbiters de handelsgebruiken niet zonder meer “*links laten liggen*”. Van een vernietiging kan in dat geval sprake zijn als bij toepassing van de handelsgebruiken – zonder inhoudelijk onderzoek van het arbitraal vonnis – een andersluidend vonnis aannemelijk was. Inhoudelijke toetsing hiervan is immers niet toegestaan. Een dergelijke situatie zal zich zelden voordoen. Daarmee lijkt de discussie over het wel of niet *verplicht* toepassen van handelsgebruiken door arbiters vooral theoretisch van aard.

2.2 Handelsgebruiken in het (materiële) Nederlandse recht

Naar Nederlands recht vormen handelsgebruiken een belangrijke categorie binnen het gewoonterecht²¹ en daarmee een rechtsbron van objectief materieel recht (art. 6:248 lid 1 BW). Maar wat is een gewoonte? Een oud arrest van het hof Arnhem verschaft een definitie die in de literatuur²² nog altijd wordt gebruikt: “*Een gewoonte is een bepaalde gedragslijn die in een bepaalde kring met betrekking tot een bepaald soort overeenkomsten algemeen en bij herhaling wordt gevolgd en waarbij op naleving van die gedragslijn wordt gerekend, terwijl aan zulk een gebruik allen, die behoren tot de kring waarin het geldt, zijn onderworpen.*”²³

Het belang van het gewoonterecht als rechtsbron – en daarmee ook van de handelsgebruiken als rechtsbron – lijkt

in de Nederlandse rechtssfeer geminimaliseerd.²⁴ J.J. Valk geeft hiervoor in zijn lezenswaardige artikel ‘Het gewoonterecht anno 2021’ een viertal redenen: (i) toenemende codificatie; (ii) de opkomst van gedetailleerde contracten en algemene voorwaarden; (iii) de opkomst van concurrerende open normen van ongeschreven recht; en tot slot (iv) economische, technische en culturele ontwikkelingen.²⁵ Schelhaas en W.L. Valk wijzen in hun preadvies ‘Uitleg en Rechtshandelingen’ naar de hoge maatlat voor het aannemen van het bestaan van gewoonterecht, (eveneens) het opgekomen mechanisme van het ongeschreven recht van de redelijkheid en billijkheid (‘goede trouw’) en het uitlegvraagstuk overeenkomstig de *Haviltex*-maatstaf waarin de redelijke verwachtingen van partijen centraal staan. Branche- of handelsgebruiken kunnen bij het vaststellen van de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen dan een rol spelen.²⁶

Een kleurrijke uitzondering op de afnemende betekenis van het gewoonterecht wordt nog wel gezien in de slaapvaartindustrie. Bestendige lijn in de jurisprudentie en de literatuur is dat op sleepovereenkomsten in de binnenvaart tussen professionele partijen de Sleepconditiën van toepassing zijn, ook als deze niet specifiek door partijen overeengekomen zijn.²⁷ De achtergrond daarvan is dat de sleepcondities door sleepbootondernemers zo regelmatig en algemeen toegepast worden dat ook als partijen bij het sluiten van de overeenkomst niet over toepasselijkheid van algemene voorwaarden hebben gesproken, zij ervan moeten uitgaan dat deze algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst.²⁸ Hetzelfde geldt voor de Duwcondities 1994.²⁹ Ook deze voorwaarden, althans een eerdere versie daarvan, worden geacht op grond van artikel 6:248 lid 1 BW van toepassing te zijn, ook zonder expliciete verwijzing. Hoewel partijen soms de toepasselijkheid van

17 Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, p. 210.

18 D. Kokkini-Iatridou, *AA* 1985, Katern nr. 13, p. 490.

19 Sanders, *Het nieuwe arbitragerecht*, p. 211 en H.J. Snijders, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054 Rv, aant. 4.

20 G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 13)*, 2011/7.3.2 en N. Peters, ‘Enkele gedachten over de toepasselijkheid van het beginsel van *ius curia novit* in gerechtelijke procedures in verband met arbitrage en de gevolgen daarvan voor arbiters’, *NIPR* 2020/4, p. 726.

21 Asser/Sieburgh 6-III 2022/382.

22 J.J. Valk, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:248 BW, aant. 3.2.3.1.

23 Hof Arnhem 2 maart 1955, ECLI:NL:GHARN:1955:28, NJ 1955/517.

24 H.N. Schelhaas & W.L. Valk, ‘Uitleg en rechtshandelingen’, *Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Zutphen: Uitgeverij Parijs 2016, p. 80-81.

25 J.J. Valk, ‘Het gewoonterecht anno 2021’, *MvV* 2021/3, p. 94.

26 Schelhaas & Valk, *Uitleg en rechtshandelingen*, p. 81.

27 Vgl. Rb. Rotterdam 20 oktober 2021, *S&S* 2022/51; Rb. Rotterdam 22 december 2017, *NJF* 2018/457; Rb. Amsterdam 4 januari 2012, *S&S* 2012/75; Rb. Leeuwarden 26 januari 2011, *S&S* 2011/98; Hof Arnhem 18 november 2008, *S&S* 2013/16; Rb. Zwolle-Lelystad 4 april 2007, *S&S* 2010/28; Rb. Dordrecht 17 mei 2006, *S&S* 2007/74; Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, *S&S* 2005/14 en Rb. Groningen 7 april 1995, *S&S* 1997/64. Anders: Hof ‘s-Hertogenbosch 19 juni 1999, *S&S* 2000/55.

28 Onduidelijk is of de regel ook geldt bij consumenten. Volgens Rb. Rotterdam kan een consument de voorwaarden, indien van toepassing o.g.v. het gewoonterecht, vernietigen wegens niet terhandstelling (art. 6:233 BW); Rb. Rotterdam 4 november 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1472, *S&S* 2011/5. Anders: Rb. Leeuwarden, die van mening is dat vernietiging wegens niet terhandstelling niet aan de orde is bij regels van gewoonterecht, zie Rb. Leeuwarden 26 januari 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BW4651, *S&S* 2011/98.

29 Vgl. Rb. Rotterdam 1 december 2004, *S&S* 2005/90; Rb. Rotterdam 11 juli 2002, *S&S* 2002/128 en Rb. Rotterdam 1 juli 1994, *S&S* 1995/31.

branchevoorwaarden in andere industrieën met eenzelfde redenering bepleiten, blijkt dat lastiger.³⁰ Of en welke (handels)gebruiken er (nog) zijn, is per definitie afhankelijk van de desbetreffende industrie. Zo zijn er (tallose) beursgebruiken op de verzekeringsmarkt die onder meer een rol spelen bij de uitleg van polisbepalingen.³¹

2.3 Handelsgebruiken bij de handelskoop

Bij de handelskoop lijken veel handelsgebruiken te zijn geïncorporeerd in *standard form contracts*, of spelen handelsgebruiken met name een rol bij de uitleg van de overeenkomst (overeenkomstig het toepasselijke, materiële recht).

De handelskoop kenmerkt zich als de internationale (overzeese) koop tussen professionele partijen waarbij het veelal gaat om (half)fabricaten en/of *commodities* (grondstoffen). Voorbeelden van *soft commodities* zijn granen, suiker, rijst, noten, eetbare oliën en vetten, terwijl *hard commodities* metalen, mijnbouwproducten en andere ruwe grondstoffen (olie, gas etc.) betreffen. Transport, levering en risico-overgang worden bij de handelskoop doorgaans bepaald door de overeengekomen *Incoterm*, oftewel internationale standaardafspraken. Er wordt verkocht op basis van marktprijzen en het gaat om termijnhandel: leveringstermijnen zijn fataal. Dat vertaalt zich ook in de (contractueel) beschikbare remedies: nakoming kan na afloop van een termijn (veelal) niet worden gevorderd. De wel beschikbare remedie van schadevergoeding wordt veelal gebaseerd op het verschil tussen de marktwaarde van de goederen op de dag na default en de contractueel overeengekomen prijs, of het prijsverschil met de alternatief gesloten koop. Een ander kenmerk is dat de handelskoop veelal³² sterk is gereguleerd door overkoepelende brancheorganisaties die voorzien in gedetailleerde standaardcontracten inclusief arbitraal beding. Zo zijn de belangrijkste handelsorganisaties in de internationale agri-handel GAFTA (*Grain and Feed Trade Association*) en FOSFA (*Federation of Oils, Seeds and Fats Associations*), met als Nederlandse equivalenten het Comité van Graanhandelaren en NOFOTA (die alle voorzien in arbitrage-instituten waarbij de aangestelde arbiters veelal *traders* ‘uit de markt’ zijn). De *standard forms* van deze organisaties bevatten regelingen die in feite vele gebruiken van de (desbetreffende) commodityhandel neerleggen, bijvoorbeeld hoe (en wanneer) er tussen partijen wordt afgerekend indien er een zogenoemde *circle* is ontstaan. Dit betreft de (vaak voorkomende) situatie dat een handelshuis/verkoper op dezelfde (kwaliteits)condities – op de prijs na – ‘terugkoopt’ van de koper of (veelal) van de opvolgende koper(s).

Illustratief voor de rol van handelsgebruiken of *industry knowledge* in het kader van contractuele uitleg is een vonnis van de rechtbank Rotterdam.³³ Centraal stond de uitleg van het beding *Cash Against Documents* (betaling tegen documenten). Dit beding belichaamt in de internationale handel het principe van gelijk oversteken. De koper moet de koopprijs betalen bij aanbidding van vooraf overeengekomen documenten, waaronder in de regel het *cognossement* (het vervoersdocument dat, mits aan de voorwaarden zijn voldaan, recht geeft op aflevering van de goederen). De overdracht van deze documenten impliceert de levering van de goederen.³⁴ De koper had in deze zaak de documenten weliswaar ontvangen, maar nog niet betaald. Hij betaalde de koopsom naar vast partijgebruik uit de opbrengst(en) na doorverkoop. Echter, voor hij tot betaling over kon gaan, ging hij failliet. De rechtbank legt de contractuele verplichting tot gelijk oversteken – onder de toepasselijkheid van het Weens Koopverdrag – vervolgens uit als een eigendomsvoorbehoud, waarbij de koper er in dit geval op mocht vertrouwen dat hij de onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen mocht doorverkopen en leveren zolang zij in staat was om de verkoper te betalen. De rol van de handelsgebruiken en terminologie in de sector is evident bij deze door de rechtbank gegeven uitleg, nu zij verwijst naar “*de zin die een redelijk persoon die actief is in de goederenhandel onder de genoemde omstandigheden bij documentenkoop aan het CAD-beding zou hebben toegekend...*”.

Een voorbeeld van een handelsgebruik in arbitrage in de agri-handel betreft het basisprincipe dat alle (gedeelte)leveringen onder een contract als *afzonderlijk contract* worden aangemerkt en dat elk contract “*volledig op zichzelf staat*”.³⁵ Het primaire doel hiervan is om geschillen over kwaliteit en conditie tot de geleverde goederen te beperken en een eventuele wanprestatie “*zo simpel mogelijk te houden*”, gelet op de tallose leveringen die handelshuizen onderling uitvoeren. Dit handelsgebruik kan vergaande juridische consequenties hebben; wanprestatie onder een contract of levering kan *in beginsel* niet leiden tot een remedie voor de schuldeiser onder een ander contract of opvolgende levering (dus bijv. geen verrekening of opschorting). In sommige standard forms is dit handelsgebruik ook geïncorporeerd, bijvoorbeeld met de volgende bepaling: “*Each shipment shall stand as a separate contract.*” In een recente NOFOTA-arbitrage merkte het scheidsrecht hierover op:

“Uit voornoemde bepaling volgt dat bij leveringen en afleveringen in gedeelten op een contract voor een grotere hoeveelheid, ieder gedeelte als (afwikkeling van) een afzonderlijk contract moet worden aangemerkt. Ten overvloede merkt het Scheidsrecht hierbij op dat deze (contractuele)

30 Expeditievoorwaarden: Rb. Rotterdam 10 november 2010, *S&S* 2011/55 en Rb. Rotterdam 21 maart 2007, *S&S* 2008/15. VRTO-voorwaarden: Rb. Rotterdam 16 oktober 2019, *S&S* 2020/104. VNSI-voorwaarden: Rb. Rotterdam 21 oktober 2015, *S&S* 2016/32. AVC 2002: Rb. Zeeland-West-Brabant 17 juni 2015, *S&S* 2016/68.

31 Zie o.m. Hof Den Haag 26 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:110. Het hof overweegt dat de uitleg van een beurspolis afhankelijk is van objectieve factoren, waaronder beursopvattingen en beursgebruiken.

32 Een belangrijke uitzondering betreft de oliehandel, die veelal plaatsvindt o.b.v. de eigen huiscondities van oliemaatschappijen.

33 Rb. Rotterdam 2 maart 2011, ECLI:RBR0T:2011:BP9980; de appelprocedure lijkt na bewijsopdracht te zijn beëindigd, zie Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:L1609.

34 Art. 8:417 BW: “*Levering van het cognossement vóór de aflevering van de daarin vermelde zaken door de vervoerder geldt als levering van die zaken.*”

35 R. van Delden, *Overzicht van de Handelskoop*, Deventer: Kluwer 1983, p. 67-68.

regeling kan worden gekwalificeerd als een (breed) aanvaard beginsel bij de handelskoop. Deze regeling heeft hoofdzakelijk tot doel geschillen over de kwaliteit en conditie tot het geleverde of afgeladen gedeelte te beperken. Een van de vergaande gevolgen van deze regeling althans dusdanig handelsgebruik – dat ieder (geleverd, verzonden of afgeladen) gedeelte als een afzonderlijk contract zal gelden – is echter ook dat de koper niet gerechtigd is op grond van een eerdere levering een latere levering te weigeren en/of het contract voor het nog niet vervulde gedeelte te annuleren ('opzeggen') en/of verschuldigde betalingen onder eerdere leveringen op te schorten. Dit geldt ook spiegelbeeldig: de verkoper mag evenmin een latere levering nalaten en/of opschorten omdat de koper in gebreke is gebleven met betaling van een eerdere levering. Deze regeling wordt in (handels)arbitrage stringent gehandhaafd. Dat geldt a fortiori bij geheel verschillende contracten.³⁶

Een tweede voorbeeld ziet op de rol van de *broker*/tussenpersoon. Veel contracten in de *commodity trade* komen tot stand door tussenkomst van een broker, waarna de broker aan beide partijen een schriftelijke bevestiging stuurt met daarin opgenomen de kernbepalingen van de overeenkomst (product, kwaliteit, hoeveelheid, prijs, leveringsperiode, Incoterm, betalingsvoorwaarden, evt. *special conditions* én de toepasselijke standard form of *set trading rules*). Hoewel de broker veelal wordt betaald door de verkoper, geldt dat de broker 'in beginsel' (als handelsgebruik) wordt geacht op te treden als lasthebber van beide partijen. Dat kan bijvoorbeeld vergaande gevolgen hebben voor de vraag wie als gebruiker van de set voorwaarden (de standard form of specifieke set trading rules) kwalificeert.³⁷

2.4 Bewijs van een handelsgebruik

Gewoonterecht, waaronder handelsgebruiken, als rechtsbron van (materieel) Nederlands recht brengt met zich dat de rechter bij de vaststelling hiervan niet is gebonden aan de normale bewijsregels en hij ambtshalve onderzoek kan doen.³⁸ Dit is echter geen verplichting en voor een rechter zal het vaststellen van gewoonterecht (of handelsgebruiken) niet eenvoudig zijn. In de woorden van J.J. Valk, is het "vooral een feitelijke exercitie".³⁹ Bij de uitleg van een contractueel beding en de eventuele rol van handelsgebruiken komt de rechter in beginsel ook enige vrijheid toe. Indien beide partijen het niet eens zijn over de betekenis van een contractsbepaling, dan mag de rechter die bepaling zelfstandig uitleggen.⁴⁰ De rechter kan dan een uitleg geven die geen van beide partijen heeft verdedigd. Hierbij gelden

wel enkele procesrechtelijke begrenzingsen: i) een door partijen gemaakte keuze over de toepasselijke uitlegnorm is dwingend; ii) een eensluidende uitleg van partijen moeten worden gevolgd; en iii) een 'verrassingsuitspraak' moet worden voorkomen, al zal van dit laatste niet bepaald snel sprake zijn.⁴¹

In arbitrage staat de bewijsvoering, de toelaatbaarheid van bewijsmiddelen, de bewijslastverdeling en de bewijswaardering *ter vrije bepaling* van het scheidsgerecht (art. 1039 lid 1 Rv). Het bewijsrecht dat volgt uit het materiële recht dat van toepassing is op het geschil, mist in beginsel dus (ook) toepassing. Dat laat de vraag onverlet hoe een handelsgebruik wordt aangetoond en/of toegepast in arbitrage en welke vrijheid arbiters hebben. Hoewel wij op dit punt geen uitvoerig onderzoek hebben verricht en bewijsaspecten mogelijk ook afhangen van de aanvullende (proces- en bewijs)afspraken die partijen in arbitrage veelal zullen maken (zoals evt. toepasselijke algemene richtsnoeren), lijkt de wetgever arbiters – binnen de grenzen van de fundamentele beginselen van het procesrecht waaraan ook arbitrage is gebonden – veel vrijheid te hebben verschaft.⁴² Dat ligt ook voor de hand, nu handelsgebruiken bij uitstek in sectorspecifieke arbitrageprocedures een rol spelen en arbiters juist vaak vanwege hun kennis in een bepaalde industrie worden aangesteld.⁴³

3. Customs in het Engelse (arbitrage)recht

3.1 Customs in arbitrage

Hoewel de *Arbitration Act 1996* de "structure and spirit" volgt van de UNICITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, wijkt deze op een aantal punten toch af van haar voorbeeld. De Engelse wetgever heeft bewust artikel 28 lid 4 van de UNICITRAL Model Law – anders dan de Nederlandse wetgever (zie par. 2.1 hiervoor) – niet overgenomen. De *Departmental Advisory Committee on Arbitration Law*⁴⁴ gaf daarvoor de volgende redenen:

"We have not ... directed the tribunal to 'take into account the usages of the trade applicable to the transactions'. If

36 NOFOTA 12 december 2022, nr. NOF 05-22; vgl. NOFOTA 22 december 2021, nr. NOF 02-21 en NOFOTA 22 december 2021, nr. NOF 03-21.

37 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10725, r.o. 3.12; kritisch(er) over de vraag of beide partijen als gebruiker kunnen kwalificeren: A-G Wissink bij HR 11 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1599, r.o. 3.52-3.59 (*De Eendracht/X*).

38 HR 1 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, NJ 1995/547, m.nt. W.M. Kleijn (*Meijer c.s./Toxopeus c.s.*).

39 J.J. Valk, in: *GS Verbintenisrecht*, art. 6:248 BW, aant. 3.2.3.1.

40 HR 23 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1770, NJ 1996/566, m.nt. H.J. Snijders (*FMN/Prêt-a-porter*); HR 21 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2107, NJ 1997/327 (*Van Geld/De Wild*).

41 R.J. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2022, hfst. 5.6.6.

42 In beginsel dienen arbiters het wel aan partijen over te laten om bewijs aan te dragen. Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, NJ 2008/177. Handelsgebruiken kunnen echter ook toepassing vinden als uitvloeisel van het toepasselijke materiële recht.

43 Interessant in dit kader is de bijdrage 'Trade Usages in ICC Arbitration' van Jolivet, Marchiso & Gélinas, opgenomen in: F. Gélinas (red.), *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 211-232. De ICC Arbitration Rules voorzien in een soortgelijke regeling als de Nederlandse wet: "The arbitral tribunal shall take account of the provisions of the contract, if any, between the parties and of any relevant trade usages." De auteurs concluderen op basis van een aantal onderzochte ICC-uitspraken: "... it is worth noting that the general rule according to which usages should be proven by the party wishing to rely on them also applies to the broad interpretation of usages. Under this rule, usages are considered to be a question of fact rather than one of law. Nevertheless, it remains that arbitrators can also apply usages when they have knowledge of them. This will likely be the case whenever dealing with general principles of law."

44 *Interim Report of the Departmental Advisory Committee on Arbitration Law* (the DAC), april 1995.

the applicable law allows this to be done, then the provision is not necessary; while if it does not, then it could be said that such a direction overrides that law, which to our minds would be incorrect.”

Het verplicht toepassen van handelsgebruiken in arbitrage overeenkomstig de *lex fori* roept ook de nodige vragen op indien dit in strijd zou zijn met – of ten minste aanleiding zou geven tot enige spanning met – artikel 12 van de Rome I-verordening.⁴⁵ Dat is echter een wat theoretische discussie. Het Engelse recht staat toe dat er rekening wordt gehouden met handelsgebruiken (*customs and usages*). Maar in welke omstandigheden en binnen welke grenzen? En hoe wordt een gewoonte of handelsgebruik bewezen?

3.2 De rol en grenzen van customs

Historisch gezien heeft het gewoonterecht – of de aspecten daarvan die erkend worden als de *lex mercatoria* – juridisch leven verschaft aan een aantal bouwstenen van de handel en op zijn beurt aan het gewoonterecht zelf.⁴⁶ De rol van het *cognossement* als overdraagbaar eigendomsdocument is zo'n bouwsteen.⁴⁷ De verhandelbaarheid van de wisselbrief is een andere.⁴⁸ In *Goodwin v Robarts* verwoordde Cockburn CJ de relatie tussen *common law* en de *law merchant* in deze gedenkwaardige passage:

“... The law merchant ... is neither more nor less than the usages of merchants and traders in the different departments of trade, ratified by the decisions of Courts of law, which, upon such usages being proved before them, have adopted them as settled law with a view to the interests of trade and the public convenience By this process, what before was usage only, unsanctioned by legal decision, has become engrafted upon, or incorporated into, the common law, and may thus be said to form part of it. ...”

De functie van het gewoonterecht – daaronder begrepen handelsgebruiken – kan onder Engels recht worden uitgedrukt als “to **annex unexpressed incidents** (provided they are not **inconsistent** with those which are expressed) to oral or written contracts ... it being presumed that the parties have not intended to express the whole of their meaning in words, but tacitly to adopt the usages of the particular market or place”.⁴⁹

Anders gezegd: de primaire bron van contractuele verplichtingen zijn de bewoordingen die de partijen gebruiken om hun overeenkomst uit te drukken. Soms moeten echter ‘gaten’ in de uitdrukkelijke bewoordingen worden opgevuld, of moet de betekenis ervan worden verduidelijkt. De Engelse

wet heeft verschillende instrumenten om dat te bereiken, zoals de interpretatie van het contract en de implicatie van de contractuele bedingen. Het gewoonterecht speelt een rol bij het opvullen van contractuele hiaten. Om enkele voorbeelden te geven:

- Kenbare vage bedingen kunnen door gewoonte worden gered. Chitty⁵⁰ geeft het voorbeeld van een contract om kolen te laden in Grimsby “on the terms of the usual *colliery guarantee*”, dat misschien te vaag was om afgedwongen te worden, maar “was upheld by proof of the terms usually contained in such guarantees at Grimsby”.
- Uitdrukkelijke bedingen kunnen een speciale betekenis krijgen door gewoonte.⁵¹ Daarom worden commerciële contracten geïnterpreteerd “according to the usage and customs of merchants, provided that the custom is not inconsistent with” de uitdrukkelijke bedingen van het contract.⁵² Zo zal de betekenis van de bewoording “terms of art” een feitenkwestie zijn, ook al is de interpretatie van het contract een rechtsvraag.⁵³
- Een gewoonte kan ook de bron zijn van een impliciet beding. “To be binding, however, the usage must be notorious, certain and reasonable” en in overeenstemming met de uitdrukkelijke voorwaarden van het contract.⁵⁴ Het kan van invloed zijn op beide partijen, zelfs als een van hen er niet van op de hoogte is. Echter, niet alle gebruiken zullen dat effect hebben, bijvoorbeeld als ze onredelijk zijn of alleen bekend zijn bij de koper en niet bij de verkoper. In dat geval is feitelijke kennis en misschien zelfs overeenstemming vereist.⁵⁵
- Een handelsgebruik kan een contractuele basis verschaffen voor het vorderen van rente⁵⁶ en vormt de basis voor het recht van de bankier om een zekerheidsrecht uit te oefenen op documenten van zijn klant, die in het kader van de normale bankactiviteiten zijn gedeponerd.⁵⁷
- Een agent kan een impliciete bevoegdheid hebben voortvloeiend uit een handelsgebruik, zelfs als de principaal er geen kennis van had⁵⁸ en het recht van de agent op beloning kan ook worden geregeld door een gewoonte of gebruik van de specifieke handel.⁵⁹
- Het belang van gewoonten en handelsgebruiken is zo groot dat belangrijke wetten zoals de *Sale of Goods Act 1979* uitdrukkelijk de verwijzing naar de *the law merchant* handhaven.⁶⁰

45 Art. 12 Rome I-verordening laat vragen over de uitleg – daaronder begrepen de rol van handelsgebruiken – over aan het recht dat overeenkomstig de verordening van toepassing is op de overeenkomst.

46 Voor een fascinerende historisch-filosofische analyse hiervan, zie Duxbury, ‘Custom as law in English law’, 2017/76 (2) CLJ 337, <https://eprints.lse.ac.uk/70258/>.

47 *Lickbarrow v Mason*, 1787, 2 Term. Rep. 63.

48 Zie de bespreking van hun achtergrond in *Goodwin v Robarts*, 1875, LR 10 Ex 337, 346-348.

49 *Phipson on Evidence*, par. 7-24; *Hutton v Warren*, 1836, 1 M&W, 475.

50 *Chitty On Contracts*, Sweet & Maxwell 2021, par. 4-187.

51 *Care Shipping Ltd tegen Itex Itagrani Export SA*, 1993, QB 1 (*Subvrachten*).

52 *Chitty on Contracts* (op. cit.), par. 15-096.

53 Dit kan belangrijk zijn in de context van arbitrage in Engeland, aangezien het mogelijk is om in beroep te gaan over een rechtsvraag, maar nooit over een feitenkwestie (art. 69 Arbitration Act 1996).

54 *Chitty on Contracts*, par. 16-035.

55 *Phipson* par. 7-25, waarin meerdere beslissingen worden aangehaald.

56 *Lloyds Bank plc tegen Voller*, 2002, 2 All ER (Comm) 987.

57 *Chitty on Contracts*, par. 36-557.

58 *Chitty on Contracts*, par. 21-051.

59 *Chitty on Contracts*, par. 21-151.

60 Art. 62 lid 2 Arbitration Act 1996. Er zijn andere verwijzingen naar gebruik in de wet, bijv. in art. 14 lid 4 Arbitration Act 1996, dat toestaat dat een voorwaarde m.b.t. de kwaliteit of de geschiktheid voor een bepaald doel door gebruik wordt geïmpliceerd.

Het is belangrijk om te benadrukken dat de toepassing van gewoontes of handelsgebruiken zeer casuïstisch is. Voorbeelden uit de jurisprudentie laten onderling veel (kleine) verschillen zien, zelfs wanneer het bestaan van de gewoonte wordt aanvaard of bewezen. Vanuit praktisch oogpunt is er echter een lastige horde: het aantonen (bewijzen) van een gewoonte of handelsgebruik.

3.3 Bewijs van een custom

Een arbiter is onder Engels (arbitrage)recht bevoegd om het bestaan van een gewoonte of handelsgebruik vast te stellen.⁶¹ Een dergelijke vaststelling kan echter niet worden gedaan zonder de partijen de gelegenheid te geven over de kwestie te worden gehoord. Het is dan ook de taak van de partij die een relevant gebruik aanvoert om aan te tonen dat dit gebruik:

“(i) existed at the date of the relevant contract; (ii) does not contradict the terms of the contract or clause; (iii) is certain, notorious and universal; (iv) is binding, in the sense that it is not simply a usage which parties choose from time to time to follow.”⁶²

Een bepaald gebruik kan worden bewezen door feitelijk bewijs of bewijs door deskundigen, of soms door te verwijzen naar eerdere uitspraken. De partij die het bestaan of de toepassing van het gebruik betwist, kan bewijs aanvoeren om bijvoorbeeld aan te tonen dat het niet bestaat, niet universeel was of door de partijen werd uitgesloten; zij kan ook aanvoeren dat het gebruik onredelijk of zelfs onwettig was.⁶³

Het is tegenwoordig verre van eenvoudig om een relevant en bindend (handels)gebruik vast te stellen. In de recente zaak *Black Sea Commodities Ltd tegen Lemarc Agromond Pte Ltd*, 2021 EWHC 287 (Comm) – dat ging om Oekraïense maïshandel waarbij was gecontracteerd onder de Incoterm *FOB Odessa* – mislukte het bepleite handelsgebruik van impliciete incorporatie van een GAFTA-arbitrageclausule in een dusdanig handelscontract. Niet alleen was het bewijs voor een dusdanig handelsgebruik onvoldoende – “*thin, weak and self-serving*” – maar een dusdanige impliciete incorporatie werd als “*uncertain*” beoordeeld en voldeed volgens de rechtbank niet aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 6 lid 2 van de Arbitration Act 1996.⁶⁴

4. Conclusie

Handelsgebruiken zoals opgenomen in artikel 1054 lid 4 Rv onderscheiden zich theoretisch gezien van de zogenoemde *lex mercatoria*. De meerwaarde van de wettelijke arbitragebepaling dat arbiters “*in alle gevallen*” rekening houden met

de toepasselijke handelsgebruiken, lijkt in de (arbitrage-) praktijk marginaal. De plaats die handelsgebruiken in de praktijk innemen, lijkt met name te zijn gelegen in de uitleg of aanvulling van de overeenkomst onder het toepasselijke materiële recht. In het Engelse recht is de rol van handelsgebruiken vandaag de dag nog steeds aanzienlijk, zij het grotendeels historisch. De Arbitration Act 1996 schrijft de toepassing niet voor. In de meeste gevallen waar een gewoonte wordt betwist, is het daarnaast erg moeilijk om te voldoen aan de vereisten. Dat wil niet zeggen dat een argument gebaseerd op gewoonte of handelsgebruiken nooit kan slagen, maar dat de praktische bewijsproblemen niet onderschat mogen worden.

61 *Produce Brokers Co Ltd v Olympia Oil & Cake Co Ltd*, 1916, AC 314.

62 *Durham v BAI (Run off) Ltd*, 2009, 2 All ER 26 at 181. De beslissing is in appel door het hof bekrachtigd en niet meer aangevochten bij de UK Supreme Court.

63 Phipson par. 7-26 t/m 7-27.

64 Een meer vastberaden poging werd gedaan (voor dezelfde rechter) in *Durham v BAI (supra)*, maar met hetzelfde resultaat.