

## ARTIKEL

# Op zoek naar Caribisch gewoonterecht\*

Mr. dr. P. Klik\*\*

## 1. Inleiding

Bij de herziening van een studieboek *Inleiding tot de rechtswetenschap* voor het onderwijs in het Caribisch deel van het Koninkrijk hield ik mij recent bezig met rechtsbronnen.<sup>1</sup> In de traditionele opsomming in handboeken is gewoonterecht als zelfstandige rechtsbron opgenomen, maar neemt een nogal marginale plaats in. In het te bewerken boek worden zoveel mogelijk voorbeelden die passen in de 'lokale context' van het recht in de Cariben ingevoegd. De zoektocht naar voorbeelden van Caribisch gewoonterecht leidde tot dit artikel.

In dit artikel beschrijf ik eerst gewoonterecht als zelfstandige rechtsbron. Vervolgens ga ik in op de betekenis van het gewoonterecht in Nederland en geef een aantal voorbeelden. Voor het gewoonterecht in de Cariben wordt aan de hand van relevante rechtspraak gezocht naar voorbeelden. De beschouwingen in dit artikel zijn toegesneden op het vermogensrecht. Jurisprudentie van het Gemeenschappelijk Hof en de gerechten in eerste aanleg waarin de term 'gewoonterecht' werd gehanteerd wordt besproken. Thema's die aan de orde komen zijn 'eigendom' en 'beheer van publieke ruimte en toegang daartoe'. De situatie rond 'huurgrond' wordt ook behandeld. Verder is er kort aandacht voor de vraag in hoeverre via doorwerking in open normen gewoonte(recht) wordt gearticuleerd. Afgesloten wordt met een korte beschouwing over de rol van de rechter bij het formuleren van gewoonterecht, en worden enkele voorzichtige conclusies over Caribisch gewoonterecht geformuleerd.

## 2. Gewoonterecht

### 2.1 *De gewoonte als traditionele rechtsbron*

Wat zijn de traditionele rechtsbronnen? De lezer zal zich, wellicht met enige moeite, het tijdens de rechtenstudie geleerde rijtje kunnen herinneren: de wet, jurisprudentie, en de gewoonte, waaraan dan in een nogal onlogische volgorde nog het verdrag wordt toegevoegd, en ook vaak gerefereerd wordt aan rechtsbeginselen.

\* Met dank aan de redactieleden van het *CJB* en Mark Evertsz, Etienne Ys, Daniëlle Palm, Saran Inderson, Olívia Leito en Franklin Hanze voor opmerkingen en suggesties bij eerdere concepten.

\*\* Mr. dr. P. Klik was voorheen lector aan de University of Curaçao Dr. Moises da Costa Gomez en is redacteur van het *CJB*.

1 Zie P. Klik (red.), *Inleiding tot de rechtswetenschap. Een inleiding tot het Caribisch-Nederlands recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, hoofdstuk 8 (hierna: Klik 2013).

Mr. dr. P. Klik

Deze onderverdeling wordt steevast gehanteerd in de boeken over ‘inleiding tot de rechtswetenschap’.<sup>2</sup> De bespreking van het gewoonterecht in die boeken is vaak kort, en aansprekende voorbeelden ontbreken.

## 2.2 Wanneer is er sprake van gewoonterecht?

Wanneer is er sprake van gewoonterecht? Kort gezegd moet er sprake zijn van een herhaald gebruik (*usus*) én de overtuiging moet bestaan dat het gebruik rechtens gevolgd moet worden (*opinio necessitatis*).<sup>3</sup> De gewoonte is een fundamenteel andere rechtsbron dan de wet. De wet is een bewuste schepping, terwijl de gewoonte geleidelijk ontstaat. De wet is van hogerhand, de gewoonte ontstaat spontaan in de interactie van mensen, waarbij wel ‘herhaling’ een belangrijk element is.<sup>4</sup>

## 2.3 Afnemende betekenis in het vermogensrecht

Het gewoonterecht zoals beschreven in de handboeken lijkt een ouderwets en verouderd concept. Zo is er bijvoorbeeld inmiddels geen relatie meer met de ‘volksgevoonte’ in de zin van een gewoonte van het hele volk. In Nederland is landelijk gewoonterecht inmiddels gecodificeerd. Zoals in een handboek uit 1972 al wordt geconstateerd, is de volksgevoonte ‘als bron van recht tegenwoordig grotendeels opgedroogd’.<sup>5</sup> Bij gewoonterecht gaat het momenteel meer om gebruiken die binnen bepaalde groepen gevolgd worden.<sup>6</sup> De betekenis van gewoonterecht als zelfstandige rechtsbron is niet alleen afgenomen doordat veel gewoonterecht is gecodificeerd, maar andere ontwikkelingen spelen ook een rol, zoals de opkomst van gedetailleerde contracten en algemene voorwaarden, en de ‘open normen van ongeschreven recht’ die in het wettelijk systeem een plaats hebben gekregen.<sup>7</sup>

## 2.4 Verschil per rechtsgebied

Ter verduidelijking is het goed erop te wijzen dat de rol en de betekenis van gewoonterecht per rechtsgebied verschilt. Zo is er bijvoorbeeld in het internationaal publiekrecht wel een belangrijke rol voor gewoonterecht,<sup>8</sup> terwijl dit bijvoorbeeld

2 De term ‘encyclopedie’ wordt ook wel gehanteerd. Bij het schrijven van dit artikel maakte ik onder meer gebruik van L.J. van Apeldoorn (bewerkt door J.C.M. Leyten), *Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1972 (hierna: Van Apeldoorn/Leyten 1972); J.W.P. Verheugt e.a., *Inleiding in het Nederlandse recht*, Arnhem: Gouda Quint 1994 (hierna: Verheugt e.a. 1994); P.B. Cliteur & A. Ellian, *Inleiding recht*, Deventer: Kluwer 2013 (hierna: Cliteur & Ellian 2013) en ook P.B. Cliteur & A. Ellian, *Encyclopedie van de rechtswetenschap II. Positief recht*, Deventer: Kluwer 2011; H.S. Taekema, A.M.P. Gaakeer & M.A. Loth, *Recht in context. Een inleiding tot de rechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (hierna: Taekema, Gaakeer & Loth 2013). Voor uitvoerige literatuurverwijzingen zie Van Apeldoorn/Leyten 1972, p. 138-139. Voor het privaatrecht maakte ik ook gebruik van A. Pitlo (bewerkt door P.H.M. Gerver), *Het Systeem van het Nederlands Privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1988 (hierna: Pitlo/Gerver 1988).

3 Zie verder Taekema, Gaakeer & Loth 2013, p. 101-103.

4 Zie onder meer Cliteur & Ellian 2013, paragraaf 1.4.11 en 1.4.12.

5 Van Apeldoorn/Leyten 1972, p. 100.

6 Van Apeldoorn/Leyten 1972, p. 101.

7 Uitvoerig hierover J.J. Valk, ‘Het gewoonterecht anno 2021’, *MvV* 2021, afl. 3, p. 91-97 (hierna: Valk 2021). De codificatie van gewoonterecht wordt hier verder niet afzonderlijk besproken.

8 Zie ook de resultaten van jurisprudentieonderzoek bij Valk 2021, met in voetnoot 2 van het artikel verantwoording van de zoekmethode.

in het nationale strafrecht (legaliteitsbeginsel) geheel anders is. De beschouwingen in dit artikel zijn toegesneden op het privaatrecht, met name het vermogensrecht.<sup>9</sup> Ondanks de aangegeven factoren die leidden tot een afnemende betekenis van gewoonrecht, zijn er in het Nederlandse recht nog voldoende relevante voorbeelden van gewoonrecht.<sup>10</sup> De voorbeelden uit het Nederlandse recht worden hierna weergegeven, waarna vervolgens gezocht wordt naar het gewoonrecht in de Cariben.

### 2.5 Oude zakelijke rechten en gewoonten

Voor Nederland vormen de oude zakelijke rechten die destijds in het BW oud niet zijn gecodificeerd een belangrijke categorie van zelfstandig gewoonrecht.<sup>11</sup> Voorbeelden zijn het middeleeuwse recht van de dertiende penning (per 1 januari 2015 afgeschaft<sup>12</sup>), het recht van windvang, het recht van eendenkooi, het recht op kerkgestoelte, het veerrecht, het visrecht en het recht van voorpoot. Het doet allemaal erg folkloristisch aan, maar in de praktijk zijn deze rechten wel degelijk van belang.<sup>13</sup> Men moet ook een beetje door de terminologie heen kijken. Zo houdt het middeleeuwse recht van voorpoot bijvoorbeeld in dat de rechthebbende bomen en planten mag hebben in gemeentegrond rondom zijn erf.<sup>14</sup> Is dit heden ten dage niet meer relevant? Uit jurisprudentie blijkt dat in Nederland kleine lapjes gemeentegrond vaak door omwonenden worden onderhouden of in gebruik genomen, wat in sommige gevallen door de gemeente gefaciliteerd wordt, en waar in andere gevallen juist tegen wordt opgetreden. Een ander voorbeeld is het 'blijversrecht' in Twente en de Achterhoek dat inhoudt dat een van de kinderen (de 'blijver') de boerderij erft en in ruil daarvoor zijn ouders verzorgt tot aan hun dood en omziet naar de andere kinderen.

- 9 Zie ook Valk 2021. Als literatuur noemt Valk H.J. Pabbruwe, *Gebruik en gebruikelijk beding* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1961 (hierna: Pabbruwe 1961), en P. Memelink, *De verkeersopvatting* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 230-246 (hierna: Memelink 2009) en hij bespreekt kort het proefschrift van J.Th. de Smidt, *Rechtsgewoonten. De gebruiken en plaatselijke gebruiken waarnaar het burgerlijk wetboek verwijst* (diss. Leiden), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1954 (hierna: De Smidt 1954). Zie ook P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, paragraaf 2.3.3.
- 10 Zie overigens de opmerking van De Smidt 1954: 'Het is vreemd dat ten onzent de gebruiken en plaatselijke gebruiken in ons burgerlijk recht altijd zo stiefmoederlijk door de wetenschap zijn behandeld', op p. XIV. Vermeldenswaard is dat nog in 1929 vanuit de Nederlandse Akademie van Wetenschappen een commissie werd ingesteld die tot taak had een onderzoek in te stellen naar de rechtsgewoonten in Nederland, zie ook De Smidt 1954, p. XXXII e.v.
- 11 Zie Valk 2021, p. 92 en Pitlo/Gerver 1988, nr. 591.
- 12 Wet van 3 oktober 1984, in werking getreden 1 januari 1985, zie *Stb.* 1984, 443 en uitvoerig ook HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, NJ 2016/209, m.nt. H.J. Snijders, zie ook de conclusie van A-G J. Wuisman 28 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2271.
- 13 Zie bijvoorbeeld over visrecht HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1111.
- 14 Valk 2021, in voetnoot 19 verwijzend naar F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1978 en J.C. de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten*, Amsterdam: H.J. Paris 1937. Zie recent nog Rb. Oost-Brabant 16 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6230; Rb. Oost-Brabant 27 juni 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:3141; Hof 's-Hertogenbosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:10.

Mr. dr. P. Klik

### 2.6 *Gewoonten in een oude agrarische samenleving*

In het verlengde van de zakelijke rechten ligt het gewoonterecht horend bij de oude ‘agrarische samenleving’ en binnen de oude samenleving heersende verhoudingen, waarbij er binnen Nederland geografisch de nodige verschillen zijn. Valk bespreekt de dissertatie van De Smidt, waarin kaarten staan waarop de auteur (letterlijk) in kaart heeft gebracht wat de plaatselijke gebruiken zijn met betrekking tot de betaaldagen van de pacht, de verhuisdagen voor huis, hoeve en land, en de vertrekdagen van boerenknechten en -meiden. ‘Zo ziet de lezer in één oogopslag dat men in de Achterhoek de jaarlijkse pacht placht te betalen op 22 februari (St. Pieter) of 1 november (Allerheiligen), terwijl men in Noord-Holland over het algemeen de pacht placht te voldoen met Kerstmis.’<sup>15</sup>

### 2.7 *Handelsgebruiken*

Eerder werd al geconstateerd dat het gewoonterecht geen relatie meer heeft met de ‘volksgewonte’ in de zin van het hele volk, maar dat het bij gewoonterecht gaat om *groeps*gewoonterecht, gebruiken die binnen bepaalde groepen gevolgd worden.<sup>16</sup> Het gaat met name om gewoonten binnen handel, bedrijf en industrie.<sup>17</sup> In het handelsrecht speelt dit gewoonterecht in de vorm van ‘handelsgebruiken’ een belangrijke rol.<sup>18</sup> Het handelsrecht is internationaal gericht en ‘gewoonte’ en gebruik (*lex mercatoria*) spelen hierin een belangrijke rol, ook heden ten dage in situaties waarin regelgeving zich nog moet uitkristalliseren.<sup>19</sup> Op de betekenis van handelsgebruiken kan hier verder niet uitgebreid worden ingegaan. In de context van de problematiek van ‘gewoonterecht’ wordt volstaan met een treffend voorbeeld, dat steevast ook in de handboeken genoemd wordt, namelijk het arrest *Maring/Assuradeuren* uit 1972. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat de verzekerde de ‘herbouwwaarde’ van het afgebrande pand (boerderij) mocht claimen, gelet op de huidige staande praktijk van verzekering tegen herbouwwaarde. Het arrest heeft veel aandacht gekregen, omdat daarmee het verbod in artikel 288 en 289 Wetboek van Koophandel, met als ratio het zogenoemde indenniteitsbeginsel (de verzekerde mag van een verzekerd voorval nooit beter worden) buiten werking werd gesteld, aangezien de wettelijke bepalingen niet meer in overeenstemming

15 Valk 2021, p. 91.

16 De vraag laat zich stellen of inmiddels niet *soft law* als een (aanvullende) rechtsbron moet worden gezien die de rol van het traditionele gewoonterecht overneemt; weliswaar is bij *soft law* juist géén sprake van geldend volledig afdwingbaar recht, maar *soft law* heeft juridisch gezien wel degelijk betekenis. Het voert te ver om dit hier verder uit te werken.

17 Zie GEA St. Maarten 20 februari 2018, ECLI:NL:OGEAM:2018:7 over ‘vast gebruik’ in de begrafenisbranche, in een zaak over verwisselde lichamen, zie ook het vervolg in GEA St. Maarten 29 mei 2018, ECLI:NL:OGEAM:2018:41.

18 Zie ook Valk 2021, p. 92, verwijzend naar Pabbruwe 1961, p. 31 en De Klerk-Leenen in de losbladige *Contractenrecht IV*, p. 158-238.

19 Zie ook Valk 2021, p. 96-97.

waren met de maatschappelijke behoefte en op grote schaal in onbruik waren geraakt.<sup>20</sup>

Omgekeerd worden ook handelsgebruiken gecodificeerd. Zo wordt in een zaak bij het gerecht Sint Maarten over koop en levering van partijen vlees aan een supermarkt waarbij discussie ontstaat over de kwaliteit (discussie over de houdbaarheid van het bevroren gehakt) door de verkopende partij betoogd dat toen de leveranties plaatsvonden er geen opmerking is gemaakt over de houdbaarheidsdatum. ‘Het is gebruik in de vleesbranche dat de koper daarop let en daarover direct reclameert.’ De koper verweert zich met de stelling dat de geleverde producten over de houdbaarheidsdatum heen waren en de koper ook daarom daarvoor niet hoeft te betalen. De koper verwijst daarbij naar de klachtplicht van artikel 7:23 BW, en voert aan dat hij tijdig geklaagd heeft over de producten die over de datum waren.<sup>21</sup> Het gerecht gaat verder nog in op de stelling van de verkoper dat het diepgevroren vlees betreft zodat de op de verpakking vermelde datum niet geldt. ‘Iedereen in de branche zou dat weten’, volgens de verkoper. Daarvan is echter geen bewijs voorgebracht, zodat het gerecht van de juistheid van deze stelling niet op aan kan.

Een enigszins apart voorbeeld van ‘(inmiddels) gecodificeerd gewoonrecht’ is de stichting. Al voordat er voor deze rechtspersoon een wettelijke regeling en een basis in de wet was, werden stichtingen in de praktijk gebruikt. Deze stichtingen werden eerder beheerst door (notarieel) gewoonrecht.<sup>22</sup>

### 2.8 *Gewoonrecht in verbintenissenrecht verdrongen door open normen*

Het gewoonrecht wordt voor het huidige contractenrecht in artikel 6:248 lid 1 BW, in de gedaante van ‘de gewoonte’, als zelfstandige rechtsbron genoemd: ‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, *de gewoonte* of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’ (curs. toegevoegd).<sup>23</sup> De gewoonte wordt in de praktijk echter zelden gehanteerd. In concrete gevallen zal de

20 HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, NJ 1972/339. Zie ook Van Apeldoorn/Leyten 1972, p. 122-124 over de verhouding van wet en gewoonte op het gebied van het privaatrecht, op p. 124 over het destijds zeer recente arrest, en zie meer recent nog Taekema, Gaakeer & Loth 2013, hoofdstuk 5, paragraaf 1 en paragraaf 2.1, en zie ook Klik 2013, hoofdstuk 8.

21 GEA St. Maarten 11 januari 2022, ECLI:NL:OGAACMB:2022:1. Zie over art. 7:23 BW P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, paragraaf 7.10, met verdere verwijzingen (hierna: Klik 2022). In casu ging het om professionele partijen, zodat art. 7:23 BW regelend recht is, zie ook in dit artikel paragraaf 4.2.

22 Zie voor de Antillen K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch en Surinaams Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023. Zie verder GEA Curaçao 16 december 2019, ECLI:NL:OGAC:2019:307.

23 Zie ook art. 6:2 lid 2 BW (en ook art. 2:7 BWNA/art. 2:8 BWNL). In de wet wordt dus de term ‘gewoonte’ gehanteerd. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat beoogd werd art. 1375 BW oud (met daarin de formulering ‘het gebruik’) te codificeren, zie *PG Boek 6*, p. 919. Zie verder ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2022/382. Zie over de gewoonte verder kort *PG Boek 6*, p. 920-921, en over redenen om niet ‘het gebruikelijke beding’ in de opsomming op te nemen p. 920 en p. 923-924. Met het (grotendeels) verdwijnen van het Wetboek van Koophandel is art. 6:248 BW ook de basis voor de zojuist besproken handelsgebruiken.

Mr. dr. P. Klik

rechter er eerder toe overgaan om gebruik te maken van open normen zoals ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘de verkeersopvatting’, en via die weg aan ‘de gewoonte’ betekenis toe te kennen.<sup>24</sup> Het gewoonterecht is dus verdrongen.<sup>25</sup> Het nadeel hiervan is echter wel dat het ‘echte’ in de maatschappij geaccepteerde gewoonterecht aan het zicht onttrokken wordt.

### 2.9 Gewoonte v. gewoonterecht

Zoals eerder aangegeven, is *opinio necessitatis* een van de vereisten voor het bestaan van gewoonterecht: er moet een overtuiging zijn dat het gebruik *rectens* gevolgd moet worden. Gedrag dat in een bepaalde groep of gemeenschap ‘gewoon’ wordt gevonden is dus niet automatisch gewoonterecht in de juridische zin. Vaak wordt dan verwezen naar ‘sociale afspraken’ of naar regels van fatsoen. Zo wordt in Pitlo/Gerver opgemerkt dat er talloze gewoonten zijn, die geen recht scheppen, met als (duidelijk gedateerd!) voorbeeld: ‘Men presenteert aan een bezoeker een sigaret en thee. Een gewoonte, maar die door niemand als dwingend wordt beschouwd.’<sup>26</sup> Maar wat bijvoorbeeld te denken van het volgende voorbeeld, mij ooit terloops door een collega-jurist aan de hand gedaan en naderhand diverse keren door anderen is bevestigd: op Curaçao is het gebruik dat de eigenaar van de reu die vader is van een nest puppy’s als eerste een puppy mag uitkiezen en meenemen. Is dit gewoonterecht? Hoe hoog ligt hier de drempel?

### 2.10 Gewoonte met algemene gelding en afspraken tussen partijen

Een ander belangrijk onderscheid is het verschil tussen gewoonterecht dat als rechtsbron een algemene gelding heeft, en tussen partijen geldende ‘afspraken’.<sup>27</sup> Hoewel dit onderscheid in concrete gevallen soms moeilijk te maken zal zijn, gaat het om een principieel verschil. De vraag is ook hier hoe hoog men de lat legt. Een mooi voorbeeld is of een crediteur verplicht is om een factuur te sturen: is dit iets dat aan de hand van de concrete situatie beoordeeld wordt, of is dit iets dat meer algemeen wel verwacht kan worden en in hoeverre heeft dit juridische consequenties?<sup>28</sup>

De uit het oude recht bekende figuur, zie artikel 1383 BW oud, van het ‘bestendig gebruikelijk beding’ komt daarbij in gedachte: het gaat om een beding dat meer algemeen (bestendig gebruikelijk) geldt, en dus niet meer overeengekomen hoeft

24 Uitvoeriger hierover paragraaf 3 en paragraaf 4.

25 Valk vond op rechtspraak.nl in de categorie ‘civiel recht’ maar twee voorbeelden waarin geoordeeld wordt op basis van ‘gewoonterecht’, zie Valk 2021, voetnoot 3: Rb. Rotterdam 22 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10883, r.o. 5.3, NJF 2018/457 en Rb. Limburg 18 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6848, r.o. 4.18. Het laatstgenoemde vonnis vindt hij een onzuiver voorbeeld, zie p. 95.

26 Pitlo/Gerver 1988, p. 36. Zie ook Van Apeldoorn/Leyten 1972, p. 98, met als voorbeelden het geven van fooien, het groeten van bekenden en het opstaan voor een vrouw in de tram.

27 Zie bijvoorbeeld in de Amerikaanse Uniform Commercial Code (UCC) het onderscheid tussen ‘course of dealing’ en ‘usage of trade’, UCC § 1-205. Zie ook het Weens koopverdrag (CISG) art. 9 lid 1 (tussen partijen geldende afspraken) en lid 2 (‘usage’), en art. 8 lid 3 over uitleg.

28 Zie ook Valk 2021, p. 95 naar aanleiding van Rb. Limburg 18 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6848 over huur van bedrijfsruimte, zie ook Rb. Dordrecht 27 april 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BQ3247, vermeld in P. Klik, *Koop en consumentenkoop*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, paragraaf 8.2.

te worden. Uit de gewoonte is dus recht gegroeid. Onduidelijk is echter in hoeverre toch niet vereist is dat de wederpartij ook met het beding bekend moest zijn of had behoren te begrijpen dat, ingeval zij op dit punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn.<sup>29</sup> Doordat deze figuur – bewust – in het nieuw BW niet is opgenomen, heeft deze zich niet meer verder kunnen ontwikkelen.<sup>30</sup>

### 3. Gewoonterecht in de Cariben

#### 3.1 Inleiding

De eerder gegeven voorbeelden komen uit Nederland. De vraag is uiteraard wat de rol is van het gewoonterecht in het Caribisch deel van het Koninkrijk. Voor zover mij bekend, is er nog geen aparte monografie gewijd aan gewoonterecht als rechtsbron in de Cariben.<sup>31</sup> Toch moeten er voldoende voorbeelden te vinden zijn. Zijn, net als in het Europese deel van het Koninkrijk, oude zakelijke rechten als gewoonterecht nog relevant? In hoeverre wordt het Caribisch gewoonterecht via toepassing van open normen gerealiseerd?<sup>32</sup>

Voor de hand liggende vragen zijn daarbij of het gewoonterecht in de verschillende landen (eilanden) hetzelfde is. Misschien is er op de eilanden zelf nog een verscheidenheid aan gewoontes, denk in Curaçao aan bijvoorbeeld een onderscheid tussen *banda bou* en *banda riba*. Verder is er de vraag hoe ‘groepen’ waarbinnen gewoonterecht geldt zouden moeten worden vastgesteld.

Een interessante casus is te vinden in een vonnis van het gerecht Sint Maarten over een koopovereenkomst van een onroerende zaak, waarbij een document getiteld ‘Non-Exclusive Agreement’ is opgemaakt. De partij die weigert de zaak af te nemen voert onder meer aan dat gelet op de aanhef het document niet ziet op enige wilsovereenstemming, en dat het opmaken van een dergelijke document wel vaker voorkomt in de Indiase gemeenschap en tot doel heeft te bewerkstelligen dat ieder van partijen gerechtigd is de overeenkomst te beëindigen. Het gerecht (r.o. 4.5) gaat hierin niet mee. De tekst is innerlijk tegenstrijdig. ‘Non-exclusive agreement’ is weliswaar de aanhef maar verderop is vermeld dat er sprake is van verkoop met een koopprijs. Bovendien dient een dergelijke overeenkomst te worden uitgelegd

29 In die zin HR 21 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1233, NJ 1991/799, m.nt. Brunner. Brunner is zeer kritisch over het arrest: ‘De stelling dat het bestendig gebruikelijk beding bindt via de partijwil en het gebruik omdat het gebruik is, komt mij onhoudbaar voor.’ Zie verder Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2022/384.

30 Zie *PG Boek 6*, p. 920-921. In het huidige BW is er veel aandacht voor de werking van ‘algemene voorwaarden’, zie art. 6:231 BW e.v.

31 Zie wel H.F. Munneke, ‘The mixture of civil and customary law in the (former) Dutch Caribbean’, *National Report to the International Academy of Comparative Law*, Sydney 1986. Zie ook rechtshistorisch bezien P.A.J. van den Berg, *Kolonialisme en codificatie. Hoofdstukken uit de Caribische en Amerikaanse rechtsgeschiedenis*, Den Haag: Boom juridisch 2020, zie m.n. p. 107-109 en 352-353, en B.D. van der Velden, *Ik lach met Grotius, en alle die prullen van boeken: een rechtsgeschiedenis van Curaçao*, Willemstad: CARIB publishing 2011 (hierna: Van der Velden 2011).

32 Zie verder paragraaf 3.5-3.6.

Mr. dr. P. Klik

waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. De stelling dat het gebruik is in de Indiase gemeenschap, waarvan partijen deel uitmaken, om dit soort agreements op te stellen waarbij beide partijen alle vrijheid hebben ervan terug te komen, is als verweer gezinszins onderbouwd zodat het gerecht daaraan voorbijgaat.<sup>33</sup>

### 3.2 Caribische jurisprudentie

Voor dit artikel zijn voorbeelden van relevant gewoonterecht gezocht in de gepubliceerde rechtspraak.<sup>34</sup> Ondanks het beperkt aantal gevonden zaken biedt de op rechtspraak.nl gepubliceerde rechtspraak wel een aardig inzicht in de *algemene* materie en voldoende stof voor bespreking.<sup>35</sup> Opvallend is het relatief grote aantal zaken over internationaal publiekrecht: vijf van de elf zaken gaan over dit rechtsgebied. Deze rechtspraak, die onder meer gaat over rechtsmacht in de exclusieve economische zone (EEZ) van Venezuela<sup>36</sup> en ‘immunititeit’<sup>37</sup> wordt verder niet behandeld. In dit artikel wordt de aandacht gericht op het vermogensrecht. Wat is daar het beeld? De volgende onderwerpen zijn aan de hand van gevonden uitspraken een bespreking waard.

### 3.3 Eigendom van en toegang tot (publieke) ruimten

In een – ook voor rechtsvinding interessante – uitspraak uit 1977 boog het Gemeenschappelijk Hof zich over de kwestie van eigendom van ‘het strand’.<sup>38</sup> Het Hof oordeelt dat onder ‘stranden der zee’ waarvan de overheid in artikel 573 BWNA (art. 577 BWNL oud) als eigenaar wordt aangewezen in beginsel, bijzondere omstandigheden daargelaten, moet worden verstaan de onbebouwde en (grotendeels) onbegroeide strook grond, gelegen tussen de normaal-laagwaterlijn enerzijds en anderzijds het begin van de min of meer ononderbroken natuurlijke begroeiing, dan wel de voet van de aanwezige zeekering, schoeiing of wallen, dan wel het begin

33 GEA St. Maarten 12 januari 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:1.

34 Een punt van zorg hierbij is uiteraard dat niet alle vonnissen gepubliceerd worden, zie hierover P. Klik, ‘De verplichting tot publicatie van rechtspraak’, *CJB* 2017, afl. 3, p. 252-256.

35 Bij zoeken op het trefwoord ‘gewoonterecht’ (niet beperkt tot inhoudsindicatie, maar volledige tekst, en niet beperkt tot uitspraken ‘civiel’) vond ik elf uitspraken (laatst gezocht op 27 februari 2023). Vergelijk overigens de exercitie van Valk, die tot slechts dertien uitspraken komt, waarbij slechts in twee van die dertien gevallen het bestaan van een regel van gewoonterecht aangenomen werd, zie de verantwoording van zijn zoekmethode in voetnoot 2 van zijn artikel, Valk 2021. Bij zoeken op ‘bestendig gebruik’ vond ik met name GHvJ 13 mei 2014, ECLI:NL:OGHACMB:2014:26, over een beroep op een bestendig gebruikelijk beding, met verwijzing naar HR 21 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1233, NJ 1991/799.

36 GHvJ 9 november 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:332.

37 In een reeks van uitspraken wordt een beroep gedaan op ‘immunititeit’, zie GHvJ 19 maart 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:86; GEA Curaçao 25 juli 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:185; GHvJ 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:139 (met verwijzing naar rechtspraak van de Hoge Raad); GEA Aruba 4 april 2018, ECLI:NL:OGEAA:2018:170 (huurovereenkomst van het consulaat Haïti op Aruba).

38 GHvJ Nederlandse Antillen en Aruba 27 september 1977, ECLI:NL:OGHNAA:1977:BU4310. Zie ook uitvoerig J. Sybesma, ‘Alle stranden moeten vrij toegankelijk’, in: J. Sybesma, *Toezicht en legaliteit. Opstellen over bestuurlijk toezicht en de legaliteit van bestuurlijke bevoegdheden in de Nederlandse Antillen* (diss. Curaçao), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011 (hierna: Sybesma 2011).



van de van oudsher aanwezige bebouwing. Er werd door de overheid een (weinig onderbouwd) beroep op 'gewoonte' gedaan, maar in hoger beroep werd hieraan voorbijgegaan. In plaats daarvan overweegt het Hof dat een nader onderzoek naar een mogelijke 'consensus' in het verleden over een beperkter eigendomsrecht van de overheid niet nodig is, nu het Hof 'uit eigen wetenschap weet' dat een zodanige consensus thans en in het recente verleden noch in de Nederlandse Antillen noch op Sint Maarten in het bijzonder bestaat.

Een aantal zaken gaat over 'gebruiks'-rechten in de vorm van een recht op toegang tot onroerende zaken. Zie bijvoorbeeld een uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof uit 2015, waarin de mogelijkheden om via het terrein van een ander toegang te krijgen tot een in gebruik genomen waterkavel (aan het water gelegen kavel) centraal staan.<sup>39</sup> Er wordt onder meer een beroep gedaan op 'gewoonrecht'. Het Hof overweegt dat met 'gewoonrecht' meestal bedoeld wordt op een stelsel van ongeschreven rechtsregels (objectief recht dus), maar dat appellant kennelijk beoogt ermee te betogen dat hij een subjectief recht heeft verworven om gebruik te maken van het terrein van de Stichting, omdat hij en zijn familie dat gedurende veertig jaar hebben gedaan zonder dat dit ooit een probleem is geweest. Opvallend is dat het Hof inhoudelijk niet ingaat op de vraag of in casu sprake is van 'gewoonrecht' en of betrokkene zich hierop kan beroepen, maar onmiddellijk een 'vertaalslag' maakt naar de rechtsfiguur van de erfdiensbaarheid. Naar het oordeel van het Hof is echter onvoldoende gesteld om eruit te kunnen afleiden dat en op grond waarvan er volgens appellant sprake is geweest van bezit van een erfdiensbaarheid, beoordeeld naar de verkeersopvattingen.

Is er een 'gewoonrecht' op grond waarvan derden via privéterrein toegang moet worden verleend tot publieke ruimten, zoals het strand? Dit speelt op de achtergrond in een zaak die voorgelegd werd aan het gerecht BES.<sup>40</sup> De eisende partij, het bekende 'Captain Don's Habitat' (Habitat Bonaire NV), was op dit punt blijkbaar echter niet zeker van haar zaak, zodat processueel een ander spoor werd gevolgd: aan het gerecht werd gevraagd, zie r.o. 15, te verklaren dat sprake was van 'een meer dan 25 jaar bestaand gewoonrecht dat door verjaring een erfdiensbaarheid is geworden'. Het gerecht volgt dit spoor en doet de zaak af op basis van de relevante wettelijke bepalingen (art. 5:70 lid 1 BW BES en art. 3:113 lid 1 BW BES). Wellicht dat de eisende partij in dit geval ook op het spoor van 'erfdienstbaarheid' was gezet door de feitelijke situatie, waarin bij de overdracht van het recht van erfpacht op enkele percelen ook een recht van erfdiensbaarheid van weg/pad was gevestigd.<sup>41</sup> Het perceel met daarop 'Captain Don' was echter niet als heersend erf aangewezen, zodat hieraan geen rechten konden worden ontleend. Onbevredigend is dat eiser, eenmaal de weg van 'erfdienstbaarheid' ingeslagen, niet aan de stelplecht

39 GHvJ 8 september 2015, ECLI:NL:OGHACMB:2015:55 (*X/Stichting Johannes Bosco*).

40 GEA BES 25 september 2019, ECLI:NL:OGEABES:2019:54 (*Habitat Bonaire/X*).

41 'de erfdiensbaarheid van weg/pad om te komen van en te gaan naar het zeestrand, gelegen ten westen van het (...) perceel, zulks over een strook grond ter breedte van tenminste twee (2) meter, welke beslaat een strook grond over de gehele westgrens van het (...) perceel', zie GEA BES 25 september 2019, ECLI:NL:OGEABES:2019:54, r.o. 8 (*Habitat Bonaire/X*).

Mr. dr. P. Klik

voldoet (er wordt geen heersend erf aangegeven, zie r.o. 19) met als gevolg dat het gerecht ‘alleen daarom al (...) op basis van het huidige dossier’ het gevorderde afwijst.

De kwesties die hier spelen, en waarbij een beroep werd gedaan op ‘gewoonterecht’, zijn eigendom en beheer van ‘publieke ruimte’ en toegang daartoe.<sup>42</sup> In het juridisch kader dat daarvoor ontwikkeld is, wordt geen plaats ingeruimd voor gewoonte. Voor ‘de stranden der zee’ heeft de Antilliaanse rechter via wetsinterpretatie de grenzen voor overheidseigendom op basis van de wet (BW) ruim getrokken. In het besproken vonnis van het Gemeenschappelijk Hof wordt expliciet gesteld dat een zwaarwegend argument is dat de uiteindelijke ratio voor het toekennen in artikel 573 BWNA van de eigendom van de stranden der zee aan de overheid hierin is gelegen, dat het algemeen belang gediend wordt door bepaalde zaken met bestemming ten algemene nutte onder heerschappij van de overheid te brengen. Dit algemeen belang brengt de noodzaak met zich mee van een ruimer begrip ‘strand’ in artikel 573 BWNA dan strand als de strook grond tussen (normaal-)laagwaterlijn en (normaal-)hoogwaterlijn, die immers in de Nederlandse Antillen doorgaans zeer smal is. Verder wordt overwogen dat hiermee ook versnippering van de stranden die ‘voor het hier te lande zo belangrijke toerisme hoogst nadelig kan zijn’, gemakkelijker tegengegaan wordt, terwijl bovendien de strandrecreatie voor de eigen ingezetene minder belemmeringen in de weg wordt gelegd en verder ook de defensie bij het beschikken van de overheid over een breder stand gebaat kan zijn. Voor het zogeheten *publiek domein* (zaken die ‘ten algemene nutte bestemd zijn’, er wordt ook gesproken van ‘openbare zaken’) wordt in Nederland uitgegaan van onvervreemdbaarheid (‘zaken buiten de handel’). Dit hangt samen met het feit dat de wet bepaalde objecten van publiek domein (strand, (bodem van) waterwegen) heeft toevertrouwd aan de Staat. Vervreemding blijkt mogelijk, zolang de openbare functie maar in stand blijft. Voor ‘toegang’ wordt in de doctrine in Nederland aangenomen dat het de particuliere eigenaar niet vrijstaat om ‘een openbare functie’ te beperken.<sup>43</sup>

Voor het Caribisch deel van het Koninkrijk kan worden gewezen op een zaak over het Spaanse Water te Curaçao, waarbij de Hoge Raad uiteindelijk het oordeel van het Hof, dat het Spaanse Water een openbaar vaarwater is waarvan de eigenaar

42 Zie algemeen Pitlo/W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 546 e.v. (hierna: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019). Zie verder G.A. van der Veen, *Openbare zaken. Betekenis van het aloude publiek domein na vestiging van het primaat van het publiekrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Tjeenk Willink 1997; H.P.J.A.M. Hennekens, *De openbare weg en het privaatrecht* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1997; H.P.J.A.M. Hennekens, *Openbare zaken naar publiek- en privaatrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2001; P. Memelink, ‘Een sluitende regeling voor schoon water’, *NTBR* 2011/16, afl. 3, p. 124-128; P.J. Huisman, ‘Openbare zaken in eigendom van de overheid en de grens tussen publiek- en privaatrecht (II)’, *WPNR* 2018, afl. 7182 p. 165-175.

43 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 550, zie ook nr. 447 over stranden.

moet dulden dat vaartuigen daar varen', in stand liet.<sup>44</sup> Een 'openbare' bestemming heeft als voordeel een brede kring gerechtigden, terwijl privaatrechtelijke figuren als de erfdiensbaarheid vanwege de opzet ervan (vereiste van 'heersend erf') beperkingen kennen.

Het traditionele burenrrecht is geen bruikbaar alternatief, omdat het naar zijn aard een goederenrechtelijk karakter heeft. Bij het burenrrecht (en de ruimere vorm van mandeligheid) gaat het steeds om bevoegdheden gekoppeld aan 'het erf'.<sup>45</sup> Van belang zijn vragen met betrekking tot recht op toegang tot een anders erf, en figuren als de buurweg of de noodweg.<sup>46</sup> Bij een belangrijk onderdeel van het burenrrecht, *hinder*, is wel een duidelijke ontwikkeling te zien richting onrechtmatige daad. Met een meer modern ingericht burenrrecht kan misschien meer aangesloten worden bij in de gemeenschap levende verwachtingen.<sup>47</sup>

In hoeverre spelen traditionele gewoonten nog een rol? Zo werd ik gewezen op de figuur van de zogenoemde 'patrouillepaden'. Dit zijn paden die in de koloniale tijd tussen plantagegrenzen vanaf het binnenland naar de zee liepen om de autoriteiten de gelegenheid te geven zich snel te verplaatsen zonder eerst toestemming te moeten gaan vragen aan de plantage-eigenaren. Omdat deze patrouillepaden in feite openbare wegen waren, konden de bewoners van het eiland er ook gebruik van maken. Zo werden de patrouillepaden, die aansloten op de openbare kuststrook, gebruikt om naar zee te gaan om vanaf de kust gaan vissen.

Bij toegang tot de kust of het strand denkt men in eerste instantie aan recreatieve doeleinden, maar ook de visserij heeft hier baat bij. Zo wordt door lokale vissers op bepaalde tijden van het jaar gevestigd op *masbango* die buiten op zee in scholen zwemmen en ingesloten worden in netten. De vangst wordt vervolgens levend gehouden in grote netten, herkenbaar aan de 'drijvers', want dat is de beste manier om de vis te verkopen. Om op de vis te letten, ter voorkoming van diefstal, en om te voorkomen dat boten nietsvermoedend de netten overvaren, gaan vissers aan land en verblijven daar en blijven ook slapen, totdat de vangst verkocht is, wat soms een

44 HR 5 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0627, NJ 1992/539 (*Spanish Water Resort N.V./X*). Zie ook Sybesma, 2011. De insteek van de procedure was overigens dat vanuit het 'Spanish Water Resort' geprobeerd werd om de exploitatie van een plezierboot vanuit het resort te verbieden. Daarover overwoog de Hoge Raad: 'Het geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting dat het Hof het varen met de door [verweerder] geëxploiteerde plezierboot als gewoon waterverkeer heeft aangemerkt. Dit oordeel, dat verder niet op zijn juistheid kan worden getoetst, is niet onbegrijpelijk of onvolgende gemotiveerd.' Deze juridische strijd over commerciële activiteiten gaat blijkbaar onvermoeibaar verder, zie recent GHvJ 14 januari 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:39, CJB 2019, afl. 4, p. 373-375 (*Miss Ann*).

45 Zie algemeen Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, hoofdstuk 11 'Burenrecht en mandeligheid' en J.G. Gräler, *Burenrecht* (Monografieën BW, deel B26), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

46 Zie voor een Antilliaans arrest over een buurweg HR 30 december 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC6163, NJ 1979/116, m.nt. W.M. Kleijn. In het huidige BW is de buurweg (art. 711 BWNA oud/art. 719 BWNL oud) niet meer apart opgenomen, zie wel de mandeligheid, art. 5:60 BW e.v.

47 Zie ook L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht* (preadviezen KNB, WPNR-boekenreeks), Den Haag: Sdu Uitgevers 2016.

Mr. dr. P. Klik

week kan duren.<sup>48</sup> Dit wordt in de praktijk toegestaan, waarbij de eigenaar van het land ook wat vis krijgt. Is dit ‘gebruik en toegang’ een voorbeeld van gewoonterecht?

### 3.4 Huurgrond

De term ‘gewoonterecht’ wordt gehanteerd in een zaak van het gerecht Curaçao van 1 januari 2019 (*landgoed Choloma*) over de vraag of een recht van opstal verkregen is. In deze zaak acht het gerecht de figuur van ‘grondhuur’ (in de volksmond is de term ‘huurgrond’ gebruikelijk, niet de term ‘grondhuur’) van toepassing.<sup>49</sup> ‘Huurgrond’ is in ‘de West’ een bekend fenomeen. Bij huurgrond staat bij partijen de bedoeling voorop dat de huurder van een terrein (voor landbouw of veeteelt) goedkoop en zonder al te veel formaliteiten op een stuk grond een woning kan bouwen. In de beleving van degene die bouwt is het *zijn* huis, juridisch echter is het zo dat als iemand op de grond van een ander bouwt, die ander als eigenaar van de grond door natrekking (art. 5:20 onder e BW) ook eigenaar van het gebouwde wordt. Een belangrijke kwestie is dan of de huurder bij beëindiging van de huur recht heeft op vergoeding voor de opstal, een ‘opstalvergoeding’.<sup>50</sup> In de oudere jurisprudentie werd dit recht (‘gebruik’) al in 1957 erkend:

‘ingevolge het te dezen bestaande den Hove uit eigen wetenschap bekende gebruik de verhuurder verplicht om aan de huurder indien hij bij het einde der huurovereenkomst het door hem op de grond gebouwde wegens deszelfs onverplaatsbaarheid niet als zodanig tot zich kan nemen, voor dat gebouwde een vergoeding te betalen.’<sup>51</sup>

- 48 Zie voor het recht van een ‘aangrenzende eigenaar’ om in ‘gemene binnenwateren, baaien’ te vissen art. 701 BWNA oud; ‘binnenwateren en baaien’ zijn overigens toevoegingen in vergelijking met de Nederlandse ‘moederbepaling’ art. 709 BW NL oud, waar alleen gesproken wordt over ‘gracht of sloot’.
- 49 GEA Curaçao 1 januari 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:151 (*landgoed Choloma*), bevestigd in GHvJ 12 januari 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:21, *CJB* 2021, afl. 2, p. 188-190. Korthedshalve verwijst ik voor literatuur en jurisprudentie naar mijn eerdere annotatie bij GHvJ 14 mei 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:80, *CJB* 2020, afl. 2, p. 169-177, m.nt. P. Klik en in M. Snel, P.S. Bakker & M.A. Loth, *Caribisch vermogensrecht geannoteerd*, Den Haag: Boom juridisch 2020, nr. 33 (hierna: *Caribisch vermogensrecht geannoteerd* 2020). In die zaak wordt gesproken over ‘de in de landen bestaande gewoonte dat op grond van een ander – meestal is dat de overheid, maar soms ook een particulier – wordt gebouwd’. Zie in dezelfde procedure ook GHvJ 28 april 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:123.
- 50 Zie over de mogelijkheid tot beëindiging GHvJ 28 april 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:113 en GHvJ 12 januari 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:21, *CJB* 2021, afl. 2, p. 188-190. Zie over de mogelijkheid voor de huurder tot overdracht van de opstal aan een derde GHvJ 15 september 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:220.
- 51 HvJ NA 9 april 1957, *AJB* 1957/47, zoals geciteerd door F.B.M. Kunneman & B.C. Schrantee, ‘De rechtsgevolgen van het bouwen op huurgrond op de Nederlandse Antillen’, in: *Uni ku UNA* (tweede bundel-Van der Grinten), 1991, p. 111-120 op p. 116 (hierna: Kunneman & Schrantee 1991) en door C. de la Fuente & W.J. Noordhuizen, *Nederlands-Antilliaans en Arubaans huurrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 41 (hierna: De la Fuente & Noordhuizen 2009).

Verder is in de jurisprudentie aanvaard dat de Curaçaose maatschappelijke opvattingen ook inhouden dat het gehuurde kan worden verhuurd en dat de huur in beginsel aan een ander kan worden overgedragen en dat derden dan het gebruiksrecht van die ander (in beginsel) dienen te respecteren.<sup>52</sup> Het fenomeen ‘huurgrond’ kent een lange geschiedenis en terreinen kunnen generaties lang door families worden bewoond, waarbij bij overlijden of echtscheiding complicaties kunnen ontstaan.<sup>53</sup> Denk aan de zoon/kleinzoon die op het door moeder/oma gehuurde terrein wil blijven wonen en daar zelf met zijn echtgenote een huis bouwt. Van het gezamenlijk maandelijks inkomen wordt stapsgewijs de woning gebouwd, maar bij een uit elkaar gaan staat de echtgenote in principe met lege handen.<sup>54</sup>

‘Grondhuur’ is inmiddels een door de rechtspraak erkende figuur, waarbij overigens wel opvalt dat er blijkbaar terughoudendheid is om dit als ‘gewoonrecht’ te benoemen.<sup>55</sup> In beginsel gaat het om een verbintenisrechtelijke verhouding, maar met goederenrechtelijke trekken. De wat meer fluïde verhoudingen zoals die in de Cariben gelden zorgen voor vragen die zich slecht laten oplossen via het goederenrecht met een strikter karakter zoals dat uit Nederland is overgenomen. Uiteindelijk is het nog steeds aan de rechtspraak om de rechtsgevolgen in concreto te bepalen.<sup>56</sup>

De vraag rijst ook of het in de praktijk zo belangrijke fenomeen van ‘huurgrond’ niet exemplarisch is voor een wijder verspreid ‘gebruik’ in de Caribische gemeenschap, waarin verhoudingen meer fluïde zijn en door een groter belang van familie

- 52 GHvJ 2 december 2014, zie *CJB* 2014, afl. 4, en *CJB* 2015, afl. 2, p. 140-141, r.o. 2.7.2 (*Pieters/Kierindongo*). Zie ook GHvJ 18 november 2016, *CJB* 2017, afl. 1 (*Land St. Maarten*). Zie ook in een *obiter dictum* de overweging van het Hof dat ‘deze gebruiksrechten’ onder omstandigheden ‘op geld waardeerbaar en zelfstandig overdraagbaar zijn’, in GHvJ 2 februari 2018, ECLI:NL:OGHACMB:2018:31, *CJB* 2018, afl. 2, p. 167-169. De ‘verhuurder’ kan er wel een legitiem belang bij hebben om dit recht in te perken, GEA Curaçao 1 januari 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:151 (*landgoed Choloma*). Zie ook Kunneman & Schrantee 1991, p. 114-116 en De La Fuente & Noordhuizen 2009, paragraaf 2.3.
- 53 Zie over de historische achtergrond bijvoorbeeld R.M. Allen, *Di ki manera? A Social History of Afro-Curacaoans 1863-1917*, Amsterdam: Uitgeverij SWP 2007, p. 132 e.v. en 179 e.v. (hierna: Allen, 2007). Zie een vonnis met een overzichtelijke casus waarin het GHvJ nadere informatie behoeft GHvJ 4 januari 2011, ECLI:NL:OGHACMB:2011:BT8836.
- 54 Zie verder ook J. de Boer, *Het Nieuw BW overzee* (Monografieën BW, deel A31), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 7 en nr. 113.
- 55 De term wordt slechts gebruikt in de zaak GEA Curaçao 1 januari 2019, ECLI:NL:OGEAC:2019:151 (*landgoed Choloma*). Zie verder zeer behoedzame formuleringen als bijvoorbeeld ‘Niet ongebruikelijk is hier te lande dat (...)’, zie GHvJ 18 november 2016, ECLI:NL:OGHACMB:2016:169.
- 56 Voor een overzicht van relevante regelingen zie P.P.C.H. van de Voort, ‘Recht op gebruik van domeingrond in de Nederlandse Antillen’, in: *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, Arnhem: S. Gouda Quint 1969, p. 293-314. Overigens kan een parallel worden getrokken met het – inmiddels afgeschafte – (Groningse) bekleemrecht, zie daarover Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 593 e.v. In Nederland doet de problematiek van huurgrond zich ook voor, bij ontwikkeling van terreinen voor vakantiewoningen en bij recreatieparken, zie bijvoorbeeld conclusie A-G E.B. Rank-Berenschot 22 januari 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK5478, in welke zaak door partijen eerst gekozen werd voor huurgrond, en vervolgens voor erfpacht. Zie verder *Aanhangsel Handelingen II* 2020/21, nr. 4051, vraag 14. Wellicht kan de rechter in voorkomende gevallen aansluiten bij de in de Cariben ontwikkelde jurisprudentie.

Mr. dr. P. Klik

en ‘community’ rechtsverhoudingen minder individueel gericht zouden moeten zijn.<sup>57</sup> Men moet, zoals advocaat-generaal Van Peurseem opmerkt, ‘de gebruikelijke Nederlandse civielrechtelijke bril even afzetten’, zie de conclusie bij een zaak over, zoals de advocaat-generaal het formuleert, ‘het typisch Antilliaanse fenomeen “grondhuur”, een sterk verzakelijkte verbintenisrechtelijke figuur met gewoonterechtelijke kenmerken’.<sup>58</sup> Zie bijvoorbeeld ook de ‘*tera di famia*’ en de problematiek van onverdeelde boedels. Voor ‘grotere’ onverdeelde boedels is er inmiddels (pas vanaf 2007; in Aruba werd de regeling pas in 2021 ingevoerd) een wettelijke regeling, zie artikel 3:200a e.v. BW.<sup>59</sup> In Curaçao loopt de uitvoering inmiddels vast door capaciteitsproblemen bij de overheid.

### 3.5 *Open normen en gewoonte(recht)*

Open normen zijn in het huidige BW van groot belang. Valk heeft er recent nog op gewezen dat de formulering van ‘gewoonte’ door de rechter in deze context plaatsvindt.<sup>60</sup> Deze ontwikkeling stuit bij hem niet op bezwaren. Zoals hij het formuleert: ‘Het gewoonterecht steekt in een ander jasje, maar blijft onverminderd relevant. Welk etiket op de gewoonte wordt geplakt, zou ons ook niets uit moeten maken.’<sup>61</sup> Het nadeel is mijns inziens echter dat het gewoonterecht niet meer als zodanig zichtbaar is.

### 3.6 *Open normen en Caribisch gewoonte(recht)*

In hoeverre wordt het Caribisch gewoonterecht via toepassing van open normen gerealiseerd? Het onderwerp ‘toepassing van open normen’ – en op die manier recht doen aan de eigen maatschappelijke situatie (‘lokale context’) – wordt in dit artikel verder niet uitvoerig besproken.<sup>62</sup> Kort gezegd gaat het om het rekening houden met de van Nederland afwijkende maatschappelijke omstandigheden bij de invulling van een gelijkkluidende open norm, bij het vaststellen van rechtsgevol-

57 Zie ook E.C. Henriquez, ‘Familiëgronden (Tera di Famia) en oude fideïcommissen (filocommiss) op het eiland Curaçao’, in: *Honderd jaar codificatie in de Nederlandse Antillen*, Arnhem: S. Gouda Quint 1969, p. 81-103. Zie ook Allen 2007, p. 188-189 en Van der Velden 2011, p. 303.

58 Zie HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3521; verwerping van het cassatieberoep tegen GHvJ 29 mei 2012 en 12 februari 2013. Het arrest gaat over een processuele kwestie, namelijk het passeren van een bewijsaanbod.

59 Zie hierover onder meer P. Klik, ‘Boeken 3 en 5 BW. Vermogensrecht in het algemeen en zakelijke rechten’, *CJB* 2020, afl. 4, p. 508-523 i.h.b. p. 517-519.

60 Valk 2021, p. 94-95. Valk bespreekt uitleg (*Haviltex*-formule), en de redelijkheid en billijkheid met als belangrijke factor de verkeersopvatting (zie ook art. 3:12 BW). Als voorbeeld noemt Valk HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1955, *NJ* 1996/683 (*Kroymans/Sun Alliance*).

61 Valk 2021, p. 97. Zie ook de dissertatie van Memelink (2009), bijvoorbeeld paragraaf 5.6.3, waar enerzijds geconstateerd wordt ‘Het lijkt erop dat de verkeersopvatting ten dele niets anders is dan gewoonterecht in een nieuw jasje’ (p. 246) maar anderzijds ook verschillen worden aangewezen.

62 Over open normen, lokale context en concordantie Klik 2013, hoofdstuk 9, p. 158-160 (in de tweede druk J.P. de Haan). Zie over verkeersopvattingen P.S. Bakker, ‘De redelijkheid en billijkheid in art. 3:12 BW en het concordantiebeginsel’, *NTBR* 2017/7, afl. 2, p. 46-52.

gen *in concreto*.<sup>63</sup> Een belangrijk voorbeeld is uiteraard de open norm van de onrechtmatigheid ex artikel 6:162 BW.<sup>64</sup> Belangrijke verschillen zijn te constateren in de beoordeling van het handelen van de overheid, en in kwesties met betrekking tot gebruik van grond.<sup>65</sup>

Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet ex artikel 3:12 BW onder meer rekening worden gehouden met *de hier te lande levende* rechtsovertuigingen. De wet bevat dus een rechtstreekse verwijzing naar 'lokale context'. Voorbeelden van rechtspraak waaruit deze (van Nederland) 'afwijkende' rechtsovertuigingen zouden blijken, zijn niet te vinden. De vraag is echter of er wel steeds voldoende oog is voor deze rechtsovertuigingen.<sup>66</sup>

#### 4. Gewoonterecht en de verhouding tot de wet. De rol van de rechter

##### 4.1 Inleiding

Ter afsluiting, en ter inleiding op de hierna nog te trekken conclusies, wordt nog kort aandacht besteed aan de rollen van de wetgever en de rechter bij het vaststellen, articuleren, en erkennen van gewoonterecht als rechtsbron.

##### 4.2 Verhouding tussen de wet als rechtsbron en het gewoonterecht. Regelend recht

In de discussie in Nederland is traditioneel veel aandacht voor de verhouding tussen wet als rechtsbron en het gewoonterecht, met name de vraag of het gewoonterecht kan *afwijken* van de wet. Daarbij was er in het verleden veel aandacht voor – het inmiddels vervallen – artikel 3 Wet AB (Wet Algemene Bepalingen), waarin werd bepaald: 'Gewoonte geeft geen regt, dan alleen wanneer de Wet daarop ver-

63 Zie ook rechtspraak verzameld in *Caribisch vermogensrecht geannoteerd* 2020. Zie de bespreking in *CJB* 2020, afl. 2, p. 155-157 i.h.b. p. 156, verwijzend naar de *Caribisch vermogensrecht geannoteerd* 2020, nr. 3 (*Felix/Aruba*) (zie over vertegenwoordiging ook nr. 19), verzamelannotatie onder nr. 4 (*Den Dulk; Erven Roosberg en De Goede Hoop*), samen met *Sinoca*, nr. 11 (*valpartij schoonmaakster op gladdige gangvloer*).

64 Zie *Caribisch vermogensrecht geannoteerd* 2020, nr. 10 (*Jetblast*) en nr. 15 (*Bon Futuro*), een tweetal arresten over beroepsaansprakelijkheid, nr. 14 (*notaris*) en nr. 24 (*accountant*), en nr. 17 (*aansprakelijkheid makelaar jegens derden*) en nr. 37 (*over aansprakelijkheid van de wegbeheerder*). Zie voor invulling van art. 3:40 BW (naar BW oud de overeenkomst met ongeoorloofde oorzaak) nr. 2 in de bundel, het *Catoochi*-arrest.

65 Zie over grond eerder ook P. Klik, 'Verkrijgende verjaring van grond en de invulling van de begrippen "bezit" en "houderschap" in de lokale rechtspraak', *CJB* 2018, afl. 4, p. 286-290 (themanummer Concordantie) over de begrippen 'bezit' en 'houderschap' in het kader van verjaring (hierna: Klik 2018).

66 Zie over verkeersopvattingen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2022/383. Zie verder over verkeersopvattingen P.S. Bakker, 'De redelijkheid en billijkheid in art. 3:12 BW en het concordantiebeginsel', *NTBR* 2017/7, afl. 2, p. 46-52, zie met name de door hem besproken voorbeelden in voetnoten 47 en 48. Bakker laat wel degelijk ruimte voor een in de rechtspraak tot uiting komende toekomstige eigen ontwikkeling van de rechtsovertuigingen in 'de West' (zie p. 52), waarbij echter bij mij de vraag rijst of niet sprake is van reeds bestaande verschillen die tot op heden niet onderkend zijn.

Mr. dr. P. Klik

wijst.<sup>67</sup> Inmiddels geldt dat gewoonte een rechtsbron is, ook als de wet er niet naar verwijst, en dat een regel van gewoonterecht ook kan gelden bij strijd met een wettelijk voorschrift.<sup>68</sup>

Voor het vermogensrecht, en met name het verbintenissenrecht, kan wel nog worden opgemerkt dat bij de wetgeving in hoge mate sprake is van regelend recht. Het staat partijen dus vrij om hiervan expliciet of impliciet af te wijken.<sup>69</sup> Hetzelfde geldt overigens voor gewoonterecht: partijen kunnen uiteraard in hun overeenkomst een afwijkende regeling treffen.<sup>70</sup>

#### 4.3 Gewoonterecht en codificatie

Door de grote nadruk op de discussie over de verhouding tussen wet als rechtsbron en het gewoonterecht lijkt soms wat onderbelicht dat de wetgever *destijds*, in het oude BW, op grote schaal gewoonterecht gecodificeerd heeft.<sup>71</sup> In het oude BW was de gewoonte als rechtsbron algemeen erkend, en wordt ook veelvuldig in specifieke bepalingen naar de (plaatselijke) gewoonte verwezen. Zoals in Pitlo/Gerver, het handboek over het systeem van het privaatrecht, wordt vermeld: ‘Talloos zijn de artikelen, waarin de wet een dergelijke verwijzing geeft, hetzij naar algemene gewoonten, hetzij naar plaatselijke gewoonten (artt. 690 lid 2, 713, 1201 lid 1, 1255, 1375, 1382, 1547, 1614, enige bepalingen in het arbeidscontract en tientallen andere).’<sup>72</sup> Bij de toepassing van de wet wordt dus door de rechter inhoud gegeven aan gewoonterecht.<sup>73</sup> De hercodificatie die met de invoering van het nieuwe (huidige) BW plaatsvond heeft niet geleid tot een nieuwe golf aan gecodificeerd gewoonterecht. Gewoonterecht blijft zich uiteraard wel ontwikkelen.<sup>74</sup>

Voor het Caribisch deel van het Koninkrijk rijst de vraag of bij het (grotendeels) overnemen van het oude en nieuwe BW voldoende rekening is gehouden met de lokale gewoonten.<sup>75</sup> Richt de aandacht zich niet te veel op het Nederlandse voor-

67 Zie Taekema, Gaakeer & Loth 2013, p. 104 e.v. voor een uitvoerige bespreking van de gedachten over de verhouding tussen de wet en de gewoonte. Zie eerder Van Apeldoorn/Leyten 1972, p. 98 en uitvoerig vanaf p. 103-124. Zie ook Pitlo/Gerver 1988, p. 37-39.

68 Zie Taekema, Gaakeer & Loth 2013, hoofdstuk 5, paragraaf 2.2 op p. 106 over aanvullend recht, zie verder Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2022/388.

69 Met uiteraard als duidelijke uitzondering de wetgeving waarin de zwakke partij door de wetgever beschermd wordt, zie met name de consumentenkoop, waarbij het dwingende karakter (art. 7:6 BW) vanuit het Europese recht nog een extra impuls krijgt. Zie uitvoerig Klik 2022.

70 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2022/389 met vermelding van rechtspraak.

71 Zie De Smidt 1954.

72 Pitlo/Gerver 1988, p. 37. Valk (2021, p. 93) wijst ook op de verwijzingen in het oude BW naar (plaatselijke) gewoonte, met voorbeelden uit de dissertatie van De Smidt (1954), zoals art. 1623 (oud) BWNL over stilzwijgende wederinhuur van een huis of vertrek, zie naar het huidige BW de algemene regeling, art. 7:230 BW: tenzij van een andere bedoeling blijkt, wordt de overeenkomst voor onbepaalde tijd verlengd.

73 Zie ook HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, NJ 2016/209, m.nt. H.J. Snijders.

74 Zie ook Valk 2021, p. 96, die wijst op de opkomst van nieuwe markten in de platformeconomie.

75 Zie bijvoorbeeld H.F. Munneke, ‘Customary Law and National Legal System in the Dutch-speaking Caribbean, With Special Reference to Suriname’, *European Review of Latin American and Caribbean Studies* 1991, p. 91-99 i.h.b. p. 93: ‘Legislation was generally not attuned to local culture’. Zie ook Klik 2018 over de begrippen ‘bezit’ en ‘houderschap’ in het kader van verjaring.



beeld, en of en hoe die voorbeelden moeten worden overgenomen? Wordt daarmee tekort gedaan aan de lokale situatie? Is het Nederlandse systeem op alle punten wel passend? Kunnen en moeten alle onderdelen worden overgenomen?<sup>76</sup> Lastig is dat vaak niet duidelijk en concreet is aan te geven of sprake is van een ‘onjuiste’ codificatie, maar het gebrek aan discussie hierover is in ieder geval opvallend. Een voorzichtigte conclusie uit de besproken jurisprudentie is dat een en ander soms ‘wringt’.

#### 4.4 *De rol van de rechter*

Voor de rechter is een belangrijke rol weggelegd bij het formuleren van gewoonterecht.<sup>77</sup> Dit leidt er soms zelfs toe dat gewoonterecht als rechtsbron in de context van de rechtspraak wordt geplaatst, met als argument dat gewoonterecht vooral in de rechtspraak als rechtsbron wordt gehanteerd.<sup>78</sup> Deze benadering lijkt onjuist, omdat gewoonterecht toch een andere ‘bron’ is, waaraan niet afdoet dat – voor zover de wetgever dit al niet gedaan heeft – het de rechter is die uiteindelijk de gewoonte formuleert.<sup>79</sup> Bij het vaststellen van gewoonterecht komt aan de rechter veel vrijheid toe, maar praktisch gezien zullen vooral de procespartijen de rechter moeten wijzen op het gewoonterecht.<sup>80</sup>

Voor wat betreft de inhoud heeft de rechter de nodige vrijheid om rekening te houden met gewijzigde maatschappelijke omstandigheden, zie een overweging van de Hoge Raad uit 2015:

‘Oude zakelijke rechten als dat van de dertiende penning worden, bij gebreke van een wettelijke regeling, beheerst door het gewoonterecht. Weliswaar moeten deze rechten krachtens art. 1 van de Wet van 16 mei 1829, Stb. 29, worden geëerbiedigd, maar dit betekent niet dat de sedertdien ingevoerde algemene regels van het Burgerlijk Wetboek ten aanzien van die rechten niet van belang zijn. Voorts lenen die rechten zich voor verdere ontwikkeling op grond van zich wijzigende maatschappelijke omstandigheden. Ingeval onzekerheid bestaat omtrent wat gewoonte is, kan aansluiting worden gezocht bij hetgeen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld met betrekking tot de daadwerkelijke uitoefening van het recht gedurende de meest recente periode (...).’<sup>81</sup>

76 Zie – bij wijze van voorbeeld – P. Klik, ‘Should the Netherlands Antilles and Aruba adopt the Dutch rule on a cooling-off period in the sale of residential property (article 7:2 Dutch BW)?’, in: V. Heutger & B. van der Velden (red.), *Finding the Law. Micro States and Small Jurisdictions*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 69-79.

77 Daarmee is overigens niet gezegd dat de regel pas verbindend wordt door de uitspraak van de rechter en dat de legitimatie van het gewoonterecht daarin te vinden is. Zie hierover bijvoorbeeld Taekema, Gaakeer & Loth 2013, p. 101 e.v., zie i.h.b. p. 106.

78 Verheugt e.a. 1994, hoofdstuk 4, paragraaf 10: in een voetnoot (voetnoot 19 op p. 123) wordt vermeld dat in het studieboek de gewoonte een plaats gekregen heeft in het hoofdstuk over de rechtspraak, omdat zij vooral in de rechtspraak als rechtsbron wordt gehanteerd.

79 Zie Valk 2021, p. 92-93. Zie verder Taekema, Gaakeer & Loth 2013, p. 106.

80 Zie ook Valk 2021, p. 93 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2022/383.

81 HR 20 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:395, r.o. 3.5.2, NJ 2016/209, m.nt. H.J. Snijders. Verwezen wordt naar HR 1 juli 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1414, NJ 1995/547 en HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2394, NJ 1999/302. Zie verder ook De Smidt 1954, p. XXV-XXVIII.

Mr. dr. P. Klik

Uit de rechtspraak over ‘huurgrond’ kunnen op dit punt ook weer lessen worden geleerd. Zo valt het in een vonnis van het Gemeenschappelijk Hof op dat het Hof zelf de ‘hier erkende (rechts)figuur van de grondhuur’ naar voren moest schuiven.<sup>82</sup> Onbekend maakt onbemind? Zie ook andere uitspraken van het Gemeenschappelijk Hof, zoals een vonnis inzake de toedeling van onverdeelde boedels<sup>83</sup> en een vonnis waarin geoordeeld wordt dat appellant zich ‘op een dergelijk gebruiksrecht’ niet voldoende duidelijk had beroepen.<sup>84</sup>

## 5. Conclusie

Veel gewoonrecht is in Nederland gecodificeerd, en daardoor als rechtsbron minder zichtbaar geworden. De beperktere rol van gewoonrecht als rechtsbron kan worden verklaard niet alleen door codificatie, maar ook door de opkomst van open normen in het privaatrecht. In plaats van het geldende gewoonrecht te articuleren en als rechtsbron te hanteren, wordt het gewoonrecht ingepast in open normen als redelijkheid en billijkheid en de verkeersopvattingen.

Hoe staat het met het gewoonrecht in het Caribisch deel van het Koninkrijk? In dit artikel is gezocht naar voorbeelden van Caribisch gewoonrecht op het terrein van het vermogensrecht. De resultaten van de zoektocht zijn mager. Horen alle eigen gewoontes tot het sociaal domein, en niet tot het juridische? Is er niet veel gewoonrecht in de Cariben, of is het buiten beeld gebleven? De auteur houdt zich aanbevolen voor voorbeelden van Caribisch gewoonrecht en het belang van ‘lokale context’ die hij over het hoofd heeft gezien.<sup>85</sup>

82 Zie GHvJ 14 mei 2019, ECLI:NL:OGHACMB:2019:80, CJB 2020, afl. 2, p. 169-177, m.nt. P. Klik.

83 GHvJ 30 januari 2018, ECLI:NL:OGHACMB:2018:46, r.o. 3.36 (*Rancho*) (genoemd wordt ‘het geval dat braakliggende grond is verhuurd, waarop door de huurder op eigen kosten een huis gebouwd is’).

84 GHvJ 1 september 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:99.

85 Reacties graag inzenden per e-mail: peterklik@hotmail.com.