

Carolien Huizing–Bruil
Mr. C. Huizing-Bruil is
rechter in opleiding in de
rechtbank Amsterdam en
lid van de redactie van
Trema.

BOEKBESPREKING

PROEFSCHRIFT

Billijkheids–uitzonderingen

“*Is it reasonable?*” Kennelijk stelde Earl Warren die vraag altijd na afloop van beraadslagingen over de toepassing van wetgeving in het *Supreme Court* in de VS. Als het antwoord daarop negatief was, vond hij dat de uitkomst moest wijzigen. Warren was zonder rechterlijke voorervaring *chief justice* geworden in de jaren 50 en 60 van de vorige eeuw. Wellicht dat zijn andere (politieke) achtergrond juist maakte dat hij de uiteindelijke redelijke uitkomst van groot belang achtte.

Floor Bakker heeft in Nederland onderzocht hoe rechters billijkheidsuitzonderingen toepassen. Haar proefschrift *Billijkheidsuitzonderingen, Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* verscheen in 2018. In haar onderzoek heeft zij met Aristoteles als inspiratiebron gekeken naar billijkheidsuitzonderingen. Die kunnen volgens haar nodig zijn, omdat wetgeving die gelet op de bewoording van toepassing is, op bepaalde praktijkgevallen niet is toegesneden omdat die in algemene termen is gesteld, terwijl een algemene uitspraak niet voor ieder geval juist kan zijn. Bakker beantwoordt in het boek de vragen welke ruimte er is voor billijkheidsuitzonderingen, welke aspecten bij de beslissing over uitzonderingen een rol spelen en of er alternatieven zijn en of die voldoen. Haar onderzoek bestrijkt het Nederlandse civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht.

In het tweede hoofdstuk beschrijft Bakker het billijkheidsdenken in de geschiedenis, te beginnen met dat van Aristoteles: inherent aan de rechterlijke taak om wetgeving toe te passen is de bevoegdheid om die in bijzondere gevallen buiten toepassing te laten. In de loop van de tijd hebben grote namen daarop voortgeborduurd, zoals Thomas van Aquino (“vergeleek een algemeen geformuleerd wettelijk voorschrift met een stelling dat een mens vijf vingers heeft – beide zijn normaal gesproken juist, maar niet altijd”), Hugo de Groot (“benadrukte het uitzonderingskarakter: alleen als toepassing van een wettelijk voorschrift in strijd is met het natuurrecht, is een uitzondering aangewezen.”) en Willem Molengraaff (“[Het is] de gemeenschappelijke taak van de wetgever en de rechter om ‘vast te stellen wat recht is’. De wetgever doet dit in algemene zin; de rechter in individuele gevallen.”)

In het derde hoofdstuk behandelt Bakker de staatsrechtelijke eisen aan billijkheidsuitzonderingen: een wettelijk voorschrift dat naar zijn bewoordingen voor een concreet geval geldt, dient in beginsel te worden toegepast, om te voorkomen dat wetgeving haar waarde verliest. Uit het Harmonisatiewet arrest¹ en het Zorgverzekeringswet arrest² volgt dat billijkheidsuitzonderingen op formele wetten zijn toegestaan, als niet-verdisconteerde omstandigheden strikte wetstoepassingen zozeer in strijd doen zijn met fundamentele

rechtsbeginselen, algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, dat toepassing achterwege moet blijven. Daarmee wordt voorkomen dat een rechter de juistheid van de wet beoordeelt. Verdisconteerde omstandigheden zijn volgens deze rechtspraak gevallen waarvoor de wetsbepaling nu juist is geschreven; verdisconteerd betekent in de afweging betrokken. Daarvoor dient de rechter de wetsgeschiedenis te onderzoeken. De kans dat een omstandigheid niet-verdisconteerd is, is volgens Bakker groter naarmate de wetgeving ouder is. Zij beschrijft als voorbeelden de aangenomen billijkheidsuitzonderingen voor het vertonen van een pornografische film in een bioscoop en de hulp bij zelfdoding door een arts.

Bakker relateert hoe strikt die eisen van verdisconteerde omstandigheden zijn en betoogt dat hoe specifiek de rechter de omstandigheden van de zaak omschrijft, des te meer ruimte hij zichzelf geeft voor het maken een uitzondering. Bovendien kunnen, met een beroep op gewijzigde heersende maatschappelijke opvattingen, omstandigheden eerder als niet-verdisconteerd worden beoordeeld. Voor lagere regelgeving geldt dat de rechter wél de geldigheid van het voorschrift mag beoordelen bij toetsing aan een fundamenteel of algemeen rechtsbeginsel, als dat maar terughoudend gebeurt. Voor toetsing via artikel 94 GW, kort gezegd aan bepalingen uit verdragen, heeft de rechter constitutioneel een veel vrijere rol: als de rechter toepassing van een voorschrift strijdig acht met een verdragsbepaling, moet hij het buiten toepassing laten, zelfs als de wetgever de omstandigheden van het geval voorzag en meende dat toepassing ook dan door de beugel kon, aldus Bakker.

In de praktijk kiezen rechters wel voor een corrigerende interpretatie van het voorschrift in plaats van daar een billijkheidsuitzondering op te maken, hetgeen tot dezelfde uitkomst kan leiden. Bakker is van mening dat billijkheidsuitzonderingen in sommige gevallen de voorkeur kunnen genieten, omdat die dan minder gekunsteld zijn en niet het gevaar in zich bergen dat de interpretatie te ver afwijkt van de bedoeling van de wetgever, terwijl volgens Bakker dezelfde eisen van verdiscontering (moeten) gelden.

In het vierde hoofdstuk belicht Bakker de billijkheidsuitzonderingen in het privaatrecht. Zij zet allereerst uiteen in welke uiteenlopende gevallen de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden toegepast. Zij illustreert dit – overigens door het gehele boek heen – met voorbeelden, zoals het Onwaardige deelgenootarrest³. In die zaak maakte iemand conform de wettelijke bepalingen aanspraak op het vermogen van zijn overleden echtgenote nadat hij voor de moord op haar was veroordeeld. Hij kreeg dat vermogen uiteindelijk niet toegewezen. Een tweede wettelijke grondslag die zij beschrijft, is misbruik van bevoegdheid op grond van artikel 3:13 BW. Een derde is het recht op een eerlijk proces. Billijkheidsuitzonderingen die op dat laatste punt voorkomen zien op rechtsmiddelenverboden (bij schending van hoor en wederhoor), rechtsmiddeltermijnen en het griffierecht. Bakker beschrijft ook wanneer de seinen op rood staan om een billijkheidsuitzondering te maken: mogelijke schade aan het algemeen belang en derdenbelangen, een dwingendrechtelijke bepaling, rechtszekerheid en een ieder verbindende verdragsbepaling.

In het strafrecht hebben billijkheidsuitzonderingen een beperktere rol dan in het civiele recht, zo blijkt uit het vijfde hoofdstuk. Reden daarvoor is volgens Bakker de interpretatie van wetsartikelen, zoals bijvoorbeeld het oordeel van de Hoge Raad dat een tongzoen geen verkrachting is, terwijl die gedraging wel voldoet aan de tekst van artikel 242 Sr waarin verkrachting strafbaar is gesteld. Andere redenen zijn de benutting van de rechterlijke straftoemingsvrijheid (bijvoorbeeld het rechterlijk pardon bij hennepsteelt onder bepaalde voorwaarden) en de vroegtijdige filtering van zaken door het OM in het kader van het opportuniteitsbeginsel. Bakker plaatst kanttekeningen bij deze 'praktische' oplossingen. Zo heeft het rechterlijk pardon als consequentie dat vanwege de aantekening in de justitiële documenten er niettemin gevolgen kunnen zijn voor de veroordeelde, terwijl een billijkheidsuitzondering (geen strafbaar feit) die gevolgen kan voorkomen. Bovendien worden vervolgingsbeslissingen door het OM genomen en niet door een onafhankelijke rechter.

Kritisch is Bakker ook op de rechterlijke doorbreking van het taakstrafverbod van artikel 22b Sr vanwege persoonlijke omstandigheden. De tekst van de wet moet namelijk worden toegepast, tenzij sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden en daarvan lijkt hier geen sprake. Ook de uitbreiding van het slachtofferspreekrecht naar ouders van slachtoffers oordeelt Bakker in strijd met het legaliteitsbeginsel.

In het bestuursrecht, beschreven in het zesde hoofdstuk, hebben billijkheidsuitzonderingen de meest beperkte rol. Wetgeving heeft in het bestuursrecht namelijk een centrale plaats. Het bestuursrecht kent geen wettelijke algemene uitzonderingsbevoegdheid. Voor de bestuursrechtelijke rechtsontwikkeling wordt wetgeving belangrijker geacht dan de rechtspraak. Billijkheidsuitzonderingen zijn wel mogelijk, maar komen voor wanneer niet (direct) derden zijn betrokken, zoals in het belastingrecht en het sociaalzekerheidsrecht. Veelal zijn hardheidsclausules dan de grondslag voor billijkheidsuitzonderingen. Procesrechtelijk worden weleens uitzonderingen gemaakt wanneer het gaat om de vraag of iemand belanghebbende is en dus als zodanig kan procederen. Dat gebeurde bijvoorbeeld in de zaak van appellanten die Zwarte Piet in strijd vonden met de Grondwet⁴.

In het zevende hoofdstuk concludeert Bakker dat het inherent is aan de taak van rechters om in bijzondere omstandigheden om billijkheidsredenen voorschriften buiten toepassing te laten, vanwege de noodzakelijke algemeenheid van wetgeving. Dat hoeft niet op een wettelijke grondslag te berusten, maar als de rechter dat wel wil doen, kan dat op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:2 lid 2 BW, ook als het andere rechtsgebieden betreft. Ze bepleit dat rechterlijke bewustheid nodig is van de ruimte voor uitzonderingen en van de manier waarop je dat kunt doen.

Ik zou iedere rechter aanbevelen dit proefschrift bij de hand te hebben bij het maken van beslissingen die niet strikt de tekst van de wet volgen. Bakker beschrijft namelijk stap voor stap op welke wijze rechters binnen de toepasselijke kaders tot rechtspraak met een billijke uitkomst kunnen komen. Ze schetst gelardeerd met veel voorbeelden uit de rechtspraak hoe rechters dat tot nu toe hebben aangepakt en wat daar volgens haar wel en niet goed aan is. Daarnaast is het, op enkele stijlvormen na, zeer lezenswaardig.

Nadeel van het behandelen van de verschillende rechtsgebieden in dit proefschrift is dat Bakker geneigd is ook alle basisbegrippen uit te leggen (zoals redelijkheid en billijkheid, overmacht, etc.). Dat is handig voor de leek, maar niet voor de ingevoerde lezer. De hoofdstukken per rechtsgebied zijn op zichzelf te lezen, maar heeft als nadeel dat bij het lezen van kaft tot kaft de lezer veel herhalingen tegenkomt.

Samengevat doet het betoog van Bakker mij denken aan wat mij jaren geleden bij de cursus Civiel vonnis werd geleerd: 'Als je weet wat je doet, kun je doen wat je wilt'. Dat leidt in de toekomst hopelijk tot nog meer rechtspraak met uitkomsten die *reasonable* zijn.

Proefschrift: F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen, Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Wolters Kluwer Nederland 2018, ISBN 9789013148411 (promotor: prof. mr. R.J.B. Schutgens).

¹ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *NJ* 1989, 469.

² HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, *JB* 2015,48.

³ HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0071, *NJ* 1991, 593.

⁴ Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 14 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117, *AB* 2015, 55.