

Rechterlijke discretie voor de privaatrechtelijke reactie op ongewenst gedrag

*Prof. mr. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai**

1 Inleiding

Voor dit themanummer ben ik gevraagd om een meer bespiegelende beschouwing te geven over ongewenst gedrag in het privaatrecht. Het privaatrecht geeft immers op diverse punten een reactie of sanctie op ongewenst gedrag.

Een filosoof vraagt dan: waarom zou een reflectie hierop zinvol zijn? Het recht staat bol van de sancties. Een belangrijk deel van het privaatrecht kan men beschouwen als bedoeld om sancties, in de zin van rechtsvorderingen, mogelijk te maken voor de benadeelde partij. Dat ook daarbuiten dan diverse reacties aanwezig zijn op ongewenst gedrag zou weinig verwondering hoeven te wekken. Het verzoek om hierop te reflecteren lijkt te veronderstellen dat dit niet een volkomen voor de hand liggende kwestie is. En dat betekent dat we eerst moeten achterhalen waar de verwondering in het hoofd van de jurist vandaan komt. Dit is meestal het gevolg van tegenstrijdige beginselen of uitgangspunten.

Ik zal beginnen met het onderscheiden van twee manieren waarop men kan zeggen dat iets 'ongewenst' is: het is 'slecht' of 'kwaad'. Daarna zal ik ingaan op de vraag in hoeverre recht en moraal gescheiden zijn. Dit mondt uit in een driedeling van motieven op grond waarvan het recht kan reageren op bepaald gedrag, wat invloed heeft op de criteria voor zo'n reactie en de soort reactie die passend zou zijn. Dit zal ik toepassen op verschillende rechtsregels, waarmee ik hoop het thema van dit nummer te kunnen plaatsen.

2 'Slecht' versus 'kwaad'¹

In zijn pamflet *Zur Genealogie der Moral* (1881) maakte Nietzsche een onderscheid tussen een moreel stelsel waarin goed is afgezet tegen slecht, en een stelsel waarin goed staat tegenover

kwaad. Dit onderscheid is – in andere termen – ook in de moderne filosofie in grote lijnen bevestigd.²

In de klassieke Griekse filosofie leefden nog deels de homerische opvattingen voort, waarin slecht gedrag vooral beschouwd wordt als slecht gelukt gedrag. Dit staat tegenover goed, uitmuntend gedrag. Slecht gedrag is een mislukte poging om een doelpunt te scoren; goed gedrag is een doelpunt, of beter nog, een magistraal uitgevoerde score. Goed gedrag is dan ook uitzonderlijk: 'al het goede is moeilijk'.³ De meeste mensen gedragen zich niet uitmuntend; alleen de goden zijn in staat tot perfect gedrag. Het is onwenselijk dat gedrag 'slecht' is, maar ook onvermijdelijk.

Daartegenover stelt Nietzsche de christelijke moraal, waarin goed wordt afgezet tegen kwaad.⁴ Goed gedrag betekent: gedrag volgens de door God opgelegde wetten. Iedereen zou deze wetten moeten kunnen naleven. Het niet naleven van de regels is dan ook moedwillig; het is alleen verklaarbaar vanuit een kwade wil (een begrip dat de oude Grieken vreemd was). Goed gedrag, als dat wat van iedereen verwacht wordt en verwacht kan worden, is dan ook gemakkelijk. Wie daaraan niet voldoet, is 'kwaad', heeft een kwade gezindheid. Hoewel er verschillende opvattingen zijn over de onvermijdelijkheid van het 'kwade', lijkt wel verondersteld te worden dat het kwade idealiter moet worden uitgeroeid.

Dit kleine stukje ideeënhistorie is relevant omdat wij moderne juristen diep doordrenkt zijn van de christelijke moraal, die immers als kader heeft gefungeerd waarbinnen de ons overgeleverde rechtsregels tot stand zijn gekomen. We zien dit in sommige uitgangspunten van ons recht: de gedachte dat

* Prof. mr. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai is hoogleraar privaatrecht aan Tilburg University en onderzoeker bij het Tilburgs Instituut voor Privaatrecht (TIP).

1. Omdat dit een juridische en geen filosofische tekst is, zal ik hier tamelijk beknopt ontwikkelingen beschrijven, terwijl een filosofisch adequate beschrijving tientallen voetnoten en nuanceringen zou vereisen. Ik laat dit achterwege, niet (alleen?) uit luiheid, maar vooral omdat ik vrees dat een filosofisch acceptabele argumentatie voor de juridische lezer ontoegankelijk zou zijn. De filosofisch beter onderlegde lezer moedig ik aan de primaire bronnen zelf te raadplegen en te analyseren.

2. Zie bijv. A. MacIntyre, *A Short History of Ethics*, Londen/New York: Routledge & Kegan Paul 1966; A.W.H. Adkins, *Merit and Responsibility*, Oxford: Clarendon 1960; vgl. B. Williams, *Shame and Necessity*, Berkeley: University of California Press 1993. De dialogen van Plato bevinden zich op een keerpunt van de oude homerische moraal naar een meer op schuld gebaseerde ethiek.

3. In de befaamde frase uit Plato's *De staat*, boek VI, 497d: 'τὰ καλὰ τῶ ὄντι χαλεπὰ'. De vertaling is overigens niet exact; de frase draait om het typisch Griekse begrip 'schoon-goede' (τὰ καλὰ).

4. 'Böse' in het Duits: tegenwoordig noemen we dat in het Nederlands weer 'slecht' omdat 'kwaad' inmiddels de betekenis heeft van 'boos' in de zin van 'woedend', niet 'boosaardig'.

schuld is vereist (dat wil zeggen, een boos opzet) voor strafbaarheid en de gedachte dat iedereen in staat moet zijn de regels na te leven (al is dit wat betreft de ‘maatman’ niet geheel correct: dat is echter een discussie voor een andere gelegenheid). Tegelijk hebben we gaandeweg ingezien dat het onwenselijk is om te strikt vast te houden aan deze uitgangspunten. We hebben daarom inmiddels geaccepteerd dat we kunnen werken met een neutrale toerekenbaarheid die geen schuld vereist, met risicoaansprakelijkheden die geen fout meer veronderstellen.

3 ‘Slecht’ in het recht

Hoe vertaalt zich dit in het recht? ‘Slecht’ heeft in het Nederlands de dubbele betekenis van ‘inadequaaf’ en ‘kwaad’. ‘Slecht’ gedrag kan zijn tekortschietend, maar ook bewust boosaardig. Die dubbele betekenis zien we terugkeren als we kijken naar reacties op zulk gedrag. Bij winstafdracht (art. 6:104 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) zien we dat de Hoge Raad enerzijds vasthoudt aan alleen het foutvereiste, maar anderzijds toelaat dat de rechter rekening houdt met een eventueel bewust, opzettelijk (‘verwijtbaar’) karakter van de fout.⁵

Die tweeslachtigheid leidt tot spanningen doordat er verschillende contradictoire uitgangspunten zijn in het hedendaagse Nederlands recht. Als we uitgaan van ‘kwaad’ gedrag zou voor een sanctie nodig zijn dat er sprake is van ‘opzet’, ‘schuld’, en dat het mogelijk was om anders te handelen. De sanctie zou afschrikwekkend moeten zijn. Als we daarentegen uitgaan van ‘slecht’ (inadequaaf) gedrag zou een sanctie veeleer gericht zijn op het objectieve gedrag, waarbij schuld niet vereist is (dus veel eerder een ‘risico’-aansprakelijkheid) en het niet nodig is dat anders zou kunnen worden gehandeld. Dan zou de reactie vooral moeten draaien op herstel, niet op straf.

De eerste benadering lijkt op gespannen voet te staan met de gedachte dat recht losstaat van moraal. De tweede gedachte daarentegen lijkt weer op gespannen voet te staan met de gedachte dat er sprake moet zijn van schuld, opdat een straf kan worden opgelegd. Deze spanningen komen voort uit incoherentie van de uitgangspunten van het hedendaagse recht. Vriendelijker gezegd: de basisbeginselen van ons recht conflicteren soms. Dat is inherent aan beginselen.

4 Recht versus moraal

Maar hoe staat het dan met de relatie tussen recht en moraal? Het wordt wel verdedigd dat recht los zou staan van moraal.⁶ Het is ontegenzeggelijk juist dat het recht niet op dezelfde wijze functioneert als moraal en daarom ook niet precies dezelfde regels kent. Het recht wordt gekenmerkt door institutionele verankering en vormen van handhaving. Anders dan bij moraal is er bij het recht een manier waarop bindend wordt vastgesteld wat de collectief geldende regels zijn; bij moraal kan iedereen er een eigen opvatting op na houden. Je kunt een

privémoraal hebben, maar het is onzin om te spreken over een privérechtsstelsel.⁷

Dit alles betekent niet dat rechtsregels niets te maken hebben met moraal. Integendeel, men zou kunnen betogen dat het recht voor een deel geïnstitutionaliseerde moraal is. Voor een deel: er bestaan ook vele regels waar geen duidelijke morele opvattingen over bestaan, zoals de vraag of een causaal of abstract stelsel van levering moet worden aanvaard. Wel moreel getint lijken de elementaire beginselen van aansprakelijkheidsrecht en contractenrecht: wie schade veroorzaakt, moet die vergoeden, en wie iets belooft, moet dat doen. Zulke morele regels zijn algemeen aanvaard.

Toch lijkt het privaatrecht moeite te hebben met al te sterk moreel getinte reacties. Dit gaat verder dan de tweedeling ‘slecht’ versus ‘kwaad’. Privaatrecht is voor een groot deel regulerend recht, waar niet direct een morele bedoeling achter zit. Men wordt alleen goed jurist door enigszins afstand te nemen van een primair morele reactie op casuïstiek. Deze kleurloze, objectiverende blik ziet men bijvoorbeeld in de *common law*-benadering van wanprestatie: de primaire remedie is schadevergoeding, terwijl nakoming (*specific performance*) relatief zelden werd en wordt toegewezen.⁸ Dit wekt de indruk dat een contract dat naar de letter een prestatie beloofde, in de rechtspraktijk neerkwam op niet meer dan de belofte een betaling te verrichten als een zekere prestatie uitbleef. In de woorden van Holmes: ‘the duty to keep a promise at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else’.⁹ Holmes bestreed dan ook de ‘confusion between legal and moral ideas’.¹⁰ Het recht zou het beste kunnen worden beschreven vanuit het perspectief van de ‘bad man’, degene die zich nergens aan gebonden acht en alleen wordt weerhouden van ongewenst gedrag door de gevolgen die daaraan worden verbonden.¹¹ Deze benadering leidde tot de Amerikaanse school van *Legal Realism*.

Die aarzeling om het recht als instrument van moraal te beschouwen is niet beperkt tot *common law* of *Legal Realism*. In veel landen zien we terughoudendheid tegenover punitieve elementen in het privaatrecht. Boetebedingen zijn in verschillende jurisdicties verboden,¹² en in Nederland komen zij ook voor matiging in aanmerking, voor zover de boete de werkelijke schade overstijgt (art. 6:94 BW). ‘Punitive damages’ ont-

5. HR 18 juni 2010, NJ 2015/33 (Setel/AVR).

6. Bijv. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Harvard Law Review (71) 1958, afl. 4, p. 593-629.

7. Wel kunnen er binnen groepen specifieke regels gelden: private regelgeving.

8. V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods*, Hart: Oxford 2009; D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), 2009, p. 27.

9. O.W. Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review (10) 1897, p. 457 e.v., op p. 462.

10. Holmes 1897, p. 462.

11. Holmes 1897, p. 459.

12. Bijv. Engeland en België: H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004. Zie recent *Cavendish Square Holding v. Talal El Makkessi* [2015] UKSC 67 en de discussie in ERPL 2017, afl. 1.

moeten sterke weerstand.¹³ Het privaatrecht zegt vaak niet: dit mag niet, maar alleen: als dit, dan dat. Wie niet tijdig stuit, kan zijn recht niet geldend maken, maar daarmee is er geen verplichting om te stuiten.

Deze terughoudendheid kan – voor zover zij afstand neemt van een te moralistische benadering van het recht – op zichzelf positief zijn: een meer zakelijke benadering helpt om over historische fouten heen te stappen en een herstelgerichte benadering maakt een toekomstige relatie weer mogelijk. De verabsolutering van zogeheten aangedaan onrecht lijkt op een fixatie op ‘kwaad’ die weinig helpt, omdat men nu eenmaal nooit het historische onrecht als zodanig kan laten verdwijnen.

Maar deze terughoudendheid kan te ver gaan en daardoor belangrijke aspecten van het recht missen. Dit blijkt als we die afzetten tegen een benadering gebaseerd op ‘slecht’ gedrag. In een klassieke benadering vereist slecht gedrag óók een reactie: dat er geen kwaad aan ten grondslag ligt, doet er niet aan af dat de kosmische balans moet worden hersteld. De reactie moet passend zijn, zoals het gehele klassieke denken was doortrokken van een streven naar balans, het juiste midden, het vermijden van extremen.

In moderne termen kunnen we dit aldus vertalen: onwenselijk gedrag kan, indien een passende reactie uitblijft, ertoe leiden dat het maatschappelijk systeem minder goed werkt. Het is dan in het belang van de gehele rechtsorde als op ‘slecht’ gedrag een vanuit dit oogpunt passende reactie volgt. Een te neutrale benadering is dan onwenselijk.

Concluderend kan men kiezen uit drie benaderingen:

- een neutrale ‘realistische’, waarin het recht slechts kleurloze gevolgen verbindt aan zekere gedragingen;
- een streng morele, waarin het recht sancties stelt op absoluut onwenselijke, ‘kwade’ gedragingen; en
- een tussenliggende, waarin het recht kwalitatief gebrekkig ‘slecht’ gedrag van een reactie voorziet om het gebrek te redresseren.

5 Het belang van interpretatie

Deze driedeling valt te illustreren aan de hand van de oneigenlijke boete.¹⁴ Dit is een beding waarbij de schuldenaar zich verplicht tot een prestatie (meestal een betaling) voor het geval hij een zekere andere prestatie (die ook kan bestaan uit een niet-doen) zal verrichten, zonder dat hij tot die andere prestatie is verplicht. Een dergelijk oneigenlijk boetebeding kan ook worden gematigd als ware het een gewoon boetebeding (waarbij de schuldenaar wel is verplicht tot het verrichten van de andere prestatie). Dit lijkt logisch omdat anders de regeling voor matiging van boetebedingen zou kunnen worden omzeild.

Toch lijkt hier een extra impliciet vereiste aanwezig, namelijk dat het beding een aansporende (of afschrikwekkende)

strekking heeft. Naar de letter zou een oneigenlijk boetebeding namelijk ook gelden voor andere gevallen waar het duidelijk niet voor bedoeld is. Als de makelaar slechts recht heeft op loon wanneer de koopovereenkomst is getekend, lijkt dit naar de letter ook hieronder te vallen: de klant is immers niet verplicht die overeenkomst te tekenen. Maar het is duidelijk dat het recht op loon niet is bedoeld om de klant te weerhouden van ondertekening.

Een ander voorbeeld: een hotel brengt bij zijn gast drie bedragen in rekening voor respectievelijk het gebruik van de minibar, het meenemen van een badjas en het per ongeluk beschadigen van de televisie op de kamer. Het is mogelijk dat in de eerste twee gevallen de bedragen hoger liggen dan de marktwaarde van de desbetreffende goederen, terwijl het derde bedrag lager ligt dan de schade aan de televisie.¹⁵ Toch lijkt duidelijk dat het in het eerste en misschien het tweede geval niet gaat om een boete, terwijl het derde geval wel eerder een afschrikwekkende bedoeling heeft.¹⁶

Dit voorbeeld laat zien dat onwenselijkheid niet is vast te stellen zonder je te verdiepen in de (kenbare) bedoeling van de wederpartij. Het hotel wil graag dat je de minibar gebruikt: dit is een nevendienst die liefst winstgevend is, wat alleen kan bij voldoende omzet (dus voldoende gebruik). Het hotel wil misschien niet dat je badjassen meeneemt, maar wil ook niet de gasten van diefstal betichten en kwalificeert het inpakken dus vriendelijk als ‘koop’: het bedrag is dan een redelijke koopprijs. Maar schade aan de televisie is duidelijk ongewenst: het bedrag kan bedoeld zijn als afschrikwekkend, of ten minste als gedeeltelijke compensatie (en genoegdoening).

Hieruit blijkt wat het probleem is met de ‘realistische’ visie van Holmes: deze laat niet toe om te onderscheiden tussen een contractsverplichting, een garantie en een verzekering. Ook het interne gezichtspunt moet bij de reactie worden meegewogen.

Het interne gezichtspunt is ook van belang om te beoordelen of er aanleiding is om te matigen. Bij schadevergoeding lijkt matiging logischer als de tekortkoming niet opzettelijk of roekeloos is ontstaan.¹⁷

6 De rechterlijke reactie op ongewenst gedrag

Het voorbeeld van het oneigenlijk boetebeding laat ook iets anders zien. Het gedrag waarop een ‘boete’ was gesteld, was naar de letter niet verplicht, en kon daarom ook niet als absoluut (buitenjuridisch) onwenselijk worden gezien op de wijze

13. Hierover L. Meurkens, *Punitive damages* (diss. Maastricht), 2014.

14. Zie HR 16 september 2011, NJ 2012/56 (Subat/Kost) en mijn annotatie hierbij, waar het hiernavolgende op teruggrijpt.

15. Dit bedrag zou lager kunnen liggen dan de werkelijke schade omdat het hotel het onwenselijk vindt om een hoog bedrag in rekening te brengen voor iets wat waarschijnlijk een ongelukje is.

16. Zie ook het bekende onderzoek van Uri Gneezy en Aldo Rustichini, *A Fine Is a Price*, *Journal of Legal Studies* (29) 2000, p. 1-17, over een crèche die ouders die hun kind te laat ophaalden een boete liet betalen, waardoor dit gedrag juist erger werd omdat ouders de boete als afkoopsom beschouwden.

17. Over de relevantie van opzet bij wanprestatie: M. van Kogelenberg, *Motive Matters!* (diss. Rotterdam), Intersentia: Antwerpen 2013.

waarop bijvoorbeeld diefstal dat wel is. Het gedrag was alleen onwenselijk binnen de juridische context van het contract.

En dat maakt het mogelijk om de vraag te beantwoorden waar ik mee begon. Op zichzelf zijn er in het recht veel gevallen waar bepaald gedrag (of afwezigheid daarvan) tot bepaalde juridische gevolgen leidt. De aanvaarding van een aanbod leidt tot contractuele gebondenheid (art. 6:217 lid 1 BW). Hier is niets onwenselijks aan. Het gaat hier echter om gevallen waar een bepaald gedrag wordt verwacht of gevraagd en het achterwege blijven daarvan tot een zekere juridische reactie leidt. Het feitelijke gedrag is ongewenst, maar dat is alleen zo in deze juridische context.

Een voorbeeld is de waarheidsplicht in de procedure (art. 21 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). Buiten de procedure heeft deze waarheidsplicht (in het bijzonder de plicht om volledig voor te lichten over zekere feiten) geen gelding. Binnen de procedure echter is zij van groot belang, nu zij het mogelijk maakt over de volledige relevante gegevens te beschikken, de ‘waarheid’. Wat als een partij nu de verzochte gegevens niet inbrengt? Men kan dan de ‘realistische’ benadering kiezen en dit zien als een kleurloos gedrag, waar men naar geloven op kan reageren. Maar dit is te zwak of te sterk, afhankelijk van wat er aan de hand is. Als de gegevens niet worden overhandigd omdat zij gewoonweg niet bestaan, buiten de schuld van de partij, lijkt een omkering van de bewijslast te streng. Dus die consequentie zou niet als regel kunnen worden gevolgd. Maar als komt vast te staan dat de gegevens opzettelijk niet zijn ingebracht, lijkt een omkering van de bewijslast wel een passende reactie.

Een tekortkoming ten aanzien van de informatieplicht kan men dus bezien als ‘kwaad’ gedrag dat morele boosheid en een punitieve reactie rechtvaardigt, maar ook als ‘slecht’ gedrag waar wel een reactie op moet komen, maar dan een die passend is bij de aard van de tekortkoming, wat kan zijn dat bij gebreke van voldoende gegevens de zaak een andere wending neemt. Het is niet goed mogelijk hier een duidelijke objectieve regel voor te geven, aangezien het om verschillende gevallen gaat. Daarom zal de rechter enige vrijheid moeten hebben om de reactie te bepalen: de rechter kan hier de gevolgen aan verbinden die hij geraden acht (art. 22 Rv).¹⁸ De spaak die in de machinerie werd gestoken, blijft zo zonder gevolgen, doordat het gebrek aan gegevens niet de toewijzing van de vordering van de wederpartij belet.¹⁹

Dit suggereert dat het typerende van ongewenst juridisch gedrag is dat het een reactie vereist die sterker is dan de ‘realistische’; niet louter een neutraal gevolg, maar ofwel een punitieve (vanuit het ‘kwaad’ gedacht), ofwel een restauratieve (vanuit ‘slecht’ gedrag gedacht) reactie. Dat betekent vermoedelijk ook dat de rechter in dergelijke gevallen een belangrijke mate van discretie toekomt om de reden van dit gedrag te achterha-

len en daar de passende reactie bij te zoeken. Het lijkt hierbij steeds te gaan om gevallen van gedrag dat in de juridische context ongewenst is, maar niet op zichzelf verplicht.²⁰ Juridisch noemt men dergelijke ‘normen’ ook wel (naar de Duitse doctrine) *Obliegenheiten*.²¹ Daarvoor gelden in het Duits recht zwakkere sancties, zoals het verlies van een gunstiger rechtspositie of ander rechtsnadeel voor diegene tot wie zich de *Obliegenheit* richt.²²

Een paar voorbeelden laten ditzelfde patroon zien. Zo is er de voortijdige opzegging van de opdracht. Dit kan opzettelijk zijn gedaan om te ontkomen aan de betaling van loon bij ‘no cure, no pay’. In dat geval kan toch het volledig loon zijn verschuldigd ondanks de opzegging, maar dit is geen harde regel omdat het afhangt van de omstandigheden.²³

Een ander voorbeeld is de vervulling van een wilsafhankelijke (potestatieve) voorwaarde. Art. 6:23 lid 1 BW bepaalt:

‘Wanneer de partij die bij de niet-vervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.’²⁴

Opnieuw een open norm, opdat de rechter kan beoordelen of het gaat om opzettelijk, ongewenst gedrag of alleen een toevaligheid.

Een derde voorbeeld is HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1581, NJ 2007/371 (gem. Eindhoven/Allianz). De gemeente had in een geschil met een derde een onvoorzichtige koers gevaren, kennelijk in de wetenschap dat de aansprakelijkheidsverzekering eventuele schade toch zou dekken. De rechter stak hier een stokje voor (r.o. 4.2.1):

‘Uit hetgeen het hof in rov. 4.3.5 heeft overwogen, volgt dat het van oordeel was dat onder die omstandigheden van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW sprake kan zijn indien bij de besluitvorming door de Gemeente het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering een factor van gewicht is geweest. Dit laatste kan het geval zijn als de Gemeente, zich bewust van het bestaan van een verzekering, uit de mogelijke alternatieven die weg kiest, die de grootst mogelijke kans op schade voor Allianz schept en tegelijkertijd voor de Gemeente zelf het meest voordelig is. Aan ’s hofs oordeel ligt kennelijk de gedachte ten grondslag dat met een aansprakelijkheidsverzekering niet wordt beoogd dekking te bieden tegen het risico dat de verzekerde aansprakelijk wordt als gevolg van een gedraging die het resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen. Dit een

20. Als het gedrag absoluut verplicht is, lijkt het om een morele norm te gaan.
21. Asser/Sieburgh 6-I 2016/11.
22. K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (9de druk), München: Beck 2004, p. 235.
23. Art. 7:411 BW, zie HR 28 januari 2005, NJ 2008/41 (Van Vulpen/Debetz).
24. Hierover HR 9 december 2011, NJ 2012/5 (Tom-Tom). Art. 6:23 lid 2 BW bepaalt het omgekeerde.

18. Vgl. HR 15 december 2006, NJ 2007/203 (NNEK/Mourik).

19. Zie bijv. HR 26 maart 2004, NJ 2009/340 en HR 20 januari 2006, NJ 2006/78.

en ander geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, noch is het onbegrijpelijk.’

7 Consequenties

Het gaat in de hier besproken gevallen niet zozeer om absoluut moreel onjuist gedrag,²⁵ maar om gedrag dat binnen de juridische context, het ‘spel’, onwenselijk is. Het gaat om spelverstorend gedrag. Daar kan men verschillend op reageren. Als bij het schaken bijvoorbeeld een onmogelijke zet wordt gedaan, is de logische reactie het stuk terug te zetten en verder te spelen: de onjuistheid heeft gewoon geen effect. Als bij voetbal daarentegen sprake is van ‘hands’, wordt het spel stilgelegd en bijvoorbeeld een vrije trap toegewezen: het is niet wenselijk de overtreding gewoon te negeren, nu niet duidelijk is in hoeverre die gevolg heeft. Misschien dat in zo’n geval een punitief element onvermijdelijk is. In sommige gevallen kan zelfs de neutrale ‘realistische’ benadering op haar plaats zijn.

De gevallen besproken in paragraaf 6 lijken op een onjuiste zet die het beste gecorrigeerd kan worden door er een correct gevolg voor in de plaats te stellen. In andere gevallen, waar het gaat om ‘kwaad’ gedrag dat niet zomaar hersteld kan worden, zou een afschrikwekkende sanctie beter lijken. Bij ongewenst gedrag is er dus niet één vaste reactie altijd adequaat.

Het is daarom noodzakelijk dat de rechter enige *discretie* toekomt om te kunnen onderscheiden naar het soort gedrag. De rechter probeert in het hoofd te kijken om het relevante onderscheid te maken. Hoewel lastig, is dit niet onmogelijk. Zie bijvoorbeeld de zaak gem. Eindhoven/Allianz, en ook de wijze waarop opzet of bewuste roekeloosheid wordt vastgesteld aan de hand van objectieve omstandigheden.²⁶

Daarnaast is discretie nodig voor het vaststellen van de relevante reactie. Dit zal afhangen van de strekking van de regel, de juridische context, het soort gedrag, de mate en wijze waarop het gedrag onwenselijk is, en ook de intentie. Misschien is het mogelijk hier soms wat aanwijzingen voor te geven, maar het lijkt lastig om een uitputtende regeling vast te stellen. Van belang lijkt mij vooral dat we ons realiseren dat we op drie manieren naar ongewenst gedrag kunnen kijken, en dat dit van in vloed is op de soort reactie die we passend vinden. Dit kan ook van belang zijn voor de vraag of matiging of een andere vorm van proportionaliteit op zijn plaats is.

Tot slot merk ik op dat het in elk geval gewenst is dat er enige reactie volgt op ongewenst gedrag. Als men hier geen gevolg aan verbindt, wordt zulk gedrag de facto aangemoedigd of ten minste gedoogd. De rechter zou de onwenselijkheid ontkennen, wat in strijd is met de gedachte dat de rechter het recht moet bevorderen: de onwenselijkheid waar we het hier over hebben, heeft immers betrekking op een deel van het juridische systeem.

25. Daarvoor bestaan de gewone remedies van schadevergoeding e.d.

26. HR 30 maart 2007, NJ 2008/64.