



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijkeverkoop-regulerende bepalingen (II)

Stolker, C.J.J.M.

### Citation

Stolker, C. J. J. M. (1982). Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijkeverkoop-regulerende bepalingen (II). *Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 197-201. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4881>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4881>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

**WPNR** – Uitgave van de  
Koninklijke Notariële  
Broederschap 't Hoenstraat 5  
2596 HX 's-Gravenhage  
Postbus 96827  
2509 JE 's-Gravenhage  
Telex 32419 KNB NL

**Eredacteur**  
mr. Ph. A. N. Houwing

**Redacteurs**  
mr. J. M. Polak,  
mr. H. Drion,  
prof. mr. A. G. Lubbers,  
mr. J. van Soest,  
W. Heuff,  
J. J. M. de Vries,  
prof. mr. W. G. de Vries,  
mr. J. H. Linders,  
prof. mr. H. C. F. Schoordijk,  
prof. mr. P. van Schilfgaarde

**Redactie-secretaris**  
mr. P. C. T. Hengeveld

**Bureau-redacteur**  
Mw. M. L. T. Snelder

**Redactie-adres/Notariële  
personeelsadvertenties**  
postbus 96827,  
2509 JE 's-Gravenhage  
telefoon 070-469697\*  
telex 32419 KNB NL

**Advertentie-exploitatie,  
abonnementen  
en losse nummers**  
Uitgevers Wyt & Zonen b.v.,  
Pieter de Hoochweg 111  
3024 BG Rotterdam  
Postbus 268  
3000 AG Rotterdam  
telefoon 010-762566\*  
aangesloten op telecopier  
post 21403  
postgiro 58458  
Jaarabonnement  
f 147,- incl. BTW  
Losse nummers  
f 4,75 incl. BTW

**Vormgeving en druk**  
Drukkerij Wyt & Zonen b.v.

**ISSN 0165-8476**

#### Inhoudsopgave

- 201 Mr. C. J. J. M. Stolker: Een  
civielrechtelijke benadering  
van de gemeentelijke ver-  
koopregulerende bepalingen  
(II, slot)
- 205 Mr. G. Verdoes Kleijn: Waar-  
neming van een notariskan-  
toor (II, slot)
- 208 Mr. H. G. van der Werf: Boek-  
bespreking 'Consumentenkre-  
diet', door mr. N. J. H. Huls
- 213 Wetgeving
- 213 Rechtsvragenrubriek
- 214 Mededelingen
- 216 Benoemingen, overlijden, enz.
- 216 Vakaturenstaat notariaat

# Een civielrechtelijke benadering van de gemeentelijke verkoop- regulerende bepalingen

MR. C. J. J. M. STOLKER

(II, slot)

## III. Geldigheidsvragen (2)

### A. Wetsontduiking

14. Kan het langs privaatrechtelijke weg bewerkstelligen van wat langs publiekrechtelijke weg bewerkstelligd had moeten worden als wetsontduiking worden beschouwd?<sup>42</sup>

Ofschoon de literatuur daarover zwijgt, zou men wellicht het volgen van de privaatrechtelijke weg daar waar de publiekrechtelijke weg is voorgeschreven als wetsontduiking kunnen zien. Kakebeeke- van der Put onderscheidt twee gevallen: de wetgever die een bepaalde weg verbiedt en de wetgever die een bepaald resultaat verbiedt.<sup>43</sup> In ons geval zou het om het eerste geval gaan: de wetgever verbiedt het via de privaatrechtelijke overeenkomst bereiken van een resultaat dat bereikt had moeten worden via het publiekrecht, terwijl overigens het resultaat (nagenoeg) gelijk is. Het kan ook om het resultaat gaan, namelijk dan wanneer het beding inhoudelijk in strijd komt met de WRW.

Naar mijn mening evenwel zal ons het verbod van wetsontduiking in casu niet veel verder helpen. In de eerste plaats al zal men niet gauw wetsontduiking aannemen als het gaat om een verbod om een bepaalde weg te volgen, terwijl het resultaat geoorloofd is. In de tweede plaats kan men zich afvragen of men het gemeentelijk privaatrechtelijk handelen wel kan aanmerken als een *gekunstelde wijze* waarop een bepaalde toestand in het leven wordt geroepen: Kakebeeke spreekt eerder in haar boek van *machinaties*.<sup>44</sup> En in de derde plaats is het nog maar de vraag wat het rechtsgevolg van een dergelijke wetsontduiking zal zijn.<sup>45</sup> Dat zal toch afhangen van de aard van de ontboden regel, in dit geval veelal het volgen van een niet toegestane weg. Tot nietigheid zal men dan niet snel konkluderen.

### B. Strijd met de goede zeden: de zelfbewoningsplicht

15. Behalve in geval van strijd met de wet kan een overeenkomst ongeldig zijn wanneer er sprake is van een oorzaak strijdig met de goede zeden of openbare orde.<sup>46</sup> Anders dan het vorenstaande heeft hetgeen hierna volgt een *algemene strekking*; niet meer van belang is of het gaat om verkoopregulerende bedingen met betrekking tot woningen die al dan niet onder de beperkingen van WRW (kunnen) vallen. Wat de goede zeden zijn en wanneer een overeenkomst ongeoorloofd is wegens strijd met de goede zeden, is moeilijk te zeggen. Rutten geeft een overzicht van soorten van overeenkomsten die in strijd zouden zijn met de goede zeden; in de jurisprudentie komen wat gevallen voor van onzedelijke overeenkomsten met betrekking tot huwelijk en echtscheiding en omtrent andere onvervreembare rechten.<sup>47</sup>

42. Er is sprake van wetsontduiking – aldus Kakebeeke-van der Put – wanneer gepoogd wordt buiten toepassing van een dwingend wettelijk voorschrift te blijven door middel van op zich geoorloofde handelingen, waardoor op gekunstelde wijze een toestand in het leven wordt geroepen, die weliswaar valt buiten de omschrijving van een door een dwingend wettelijk voorschrift voorziene toestand, maar zo weinig van die toestand afwijkt, dat doel en strekking der wet zouden worden verijdeld indien het ontweken wettelijk voorschrift ten aanzien van de verrichte handelingen buiten toepassing zou blijven; diss. 1962 p. 136. Zie over wetsontduiking in het algemeen de literatuur en rechtspraak in Contractenrecht III (Wuisman) nos. 101 v.

43. Kakebeeke-van der Put, t.a.p. p. 41 en 46.

44. Kakebeeke-van der Put, t.a.p. p. 136.

45. Contractenrecht III (Wuisman) no. 109.

46. art 1373 BW. Strijd met de openbare orde 'sec' komt nauwelijks voor, vgl. Rutten II p. 203/4.

47. Rutten II, p. 197.

In een van de casus over verkoopregulerende bedingen die aan de rechter werden voorgelegd, werd een beroep gedaan op strijd met de goede zeden.<sup>48</sup> Het ging om een overeenkomst waarbij de gemeente *Alkemade* aan een inwoner van die plaats een perceel grond verkocht. Er was een beding opgenomen, waarin de burger zich verplichtte de woning gedurende tien jaren zelf te bewonen en bovendien de woning niet binnen tien jaren te vervreemden of te verhuren (e.d.) zonder toestemming van de gemeente. Die toestemming zou in elk geval worden gegeven wanneer de nieuwe gegadigde gedurende drie jaren economisch of sociaal aan de gemeente zou zijn gebonden. De eigenaar van de woning nu, vond dat deze beperkingen in strijd waren met de goede zeden. Maar de President van de Rechtbank Den Haag oordeelde anders, overwegende dat de gemeente *Alkemade*, zoals vele andere gemeenten, voornoemde handelingen verricht ten behoeve van haar woningzoekende ingezetenen of economisch aan haar gebonden. In gelijke zin maar evenmin vrij breed gemotiveerd oordeel het Hof Amsterdam in de zaak van de gemeente *Doorn*,<sup>49</sup> hier ging het onder meer om een zelfbewoningsverplichting van 5 jaren. Het Hof overwoog:

'Reeds omdat de Gemeente zelf eigenaresse blijft van grote stukken gebouwd en ongebouwd onroerend goed in de meerdere of mindere nabijheid van het verkochte behoeft het haar niet onverschillig te laten door wie het pand wordt bewoond en binnen welke tijd opvolging en bewoning zal plaats vinden. Het is haar bevoegdheid als eigenares en slechts onder zekere voorwaarden de eigendom over te dragen en daarbij een continue bewoning van het overgedragene althans gedurende zekere tijd te handhaven; (. . .)'

Op deze zelfbewoningsplicht wil ik nader ingaan.

16. In koopovereenkomsten tussen gemeente en burger wordt vaak het beding opgenomen dat de koper de woning *zelf* zal bewonen, meestal gedurende een aantal jaren.

Op het eerste gezicht lijkt het beding geen problemen op te leveren; maar bij nadere bestudering blijkt dat anders te zijn. Men kan zich immers de vraag stellen of de burger zich via zo'n zelfbewoningsbeding niet bindt op een terrein waar hij eigenlijk vrij behoort te zijn. Hij ontnemt zich immers de vrijheid om te gaan wonen waar hij wil, de vrijheid om een nieuwe woonplaats te kiezen. Een dergelijk recht heeft zijn neerslag gevonden in een aantal internationale verdragen. Als men dit recht als onvervreemdbaar zou willen beschouwen en ik zou dat willen doen, dan levert dat nietigheid op van het beding waarmee inbreuk op dat recht wordt gemaakt. Daaraan doet niet af dat de burger zich maar gedurende een bepaalde tijd bindt.

Toch zou ik nog een nuancering willen aanbrengen. Naar mijn mening bestaat er niet zozeer bezwaar tegen het zich verbinden om ergens te wonen, maar veeleer tegen het beding om een gekochte woning binnen zekere tijd niet meer te *verlaten*. Pas dan wordt inbreuk gemaakt op het recht van eenieder om te gaan wonen waar hij wil. Deze nuance is niet zonder belang: het betekent dat zelfbewoningsbedingen wel oirbaar zijn als er maar steeds de mogelijkheid van *ontheffing* van de verplichting bestaat. Als die ontheffing, op verzoek van de verplichte, te allen tijde wordt verleend, staat er immers aan de eigenaar geen belemmering meer in de weg elders te gaan wonen! Het lijkt misschien het ei van Columbus, maar het is het niet. Want we schuiven mijns inziens met deze redenering

het probleem voor ons uit. De moeilijkheid zit hem in het '*te allen tijde*'. Een beding met een ontheffingsmogelijkheid die te allen tijde moet worden verleend is nagenoeg zinloos geworden. Voorwaarden kunnen er immers niet aan worden verbonden, want die zouden de burger weer belemmeren in zijn recht een nieuwe woonplaats te kiezen. En als er geen voorwaarden aan de ontheffing kunnen worden gesteld, zal de lust van de gemeente om dergelijke bedingen op te nemen wel spoedig verdwijnen. / Kortom: zelfbewoningsbedingen zijn naar mijn oordeel hetzij in strijd met de goede zeden en dus nietig, dan wel geldig maar van iedere kracht ontdaan.

De gemeente zal zich moeten behelpen met bedingen waarin de eigenaar wordt beperkt in zijn mogelijkheden het goed te vervreemden of anderszins aan anderen in gebruik te geven. Tegen dergelijke bedingen bestaat immers veel minder bezwaar. Daarmee kan veel worden bereikt, niet evenwel dat de eigenaar de woning verlaat en haar leeg laat staan. Daartoe staat de gemeente de weg open om langs publiekrechtelijke weg de leegstaande woning te vorderen.

Ik wil tenslotte benadrukken dat het ten aanzien van de zelfbewoningsverplichtingen niet om een paar theoretische gevallen gaat. Uit een enquête uitgevoerd onder een aantal gemeenten blijkt – volgens de minister die de enquête liet uitvoeren – dat een (absolute) zelfbewoningsverplichting veelvuldig wordt overeengekomen.<sup>49A</sup> De schaarse rechtspraak terzake oordeelt, zo bleek hiervoor, mild over deze bedingen.

17. Is het nog van belang dat het vrijelijk kunnen kiezen *waar* men wil wonen een *grondrecht* is, al is het dan niet in de Grondwet opgenomen? In elk geval is het als grondrecht wel opgenomen in enkele internationale verdragen als '*freedom to choose (his) residence*'.<sup>50</sup> Een en ander kan tot de slotsom leiden dat een beding dat inbreuk maakt op dit grondrecht, in strijd is met de goede zeden, de openbare orde en/of artikel 14 AB.<sup>51</sup> Los daarvan kan men zich afvragen of er geen strijd is met het verdragenrecht hetgeen bij horizontale werking der grondrechten gevolgen zou kunnen hebben.<sup>52</sup> Nu zijn er twee vormen van horizontale werking van grondrechten: die in de *relatie tussen burgers* en die in alle *privaatrechtelijke relaties* (dus ook die tussen gemeente en burger). Ten aanzien van beide vormen wordt betwist of bedoelde werking bestaat. De bedoeling van de nieuwe Grondwet – waarvan

48. President Rechtbank Den Haag 31 maart 1977, *NJ* 1978, 445.

49. Hof Amsterdam 24 juni 1976 *NJ* 1977, 302, evenals de Rechtbank Arnhem 30 november 1975 (rolnummer 1975/16 – ongepubliceerd). Het ging hier om een eigenaar die binnen de termijn van drie jaar de woning verliet. De Rechtbank oordeelde het beding geldig, maar wees de vordering van de gemeente *Stolwijk* tot betaling van een boete af, nu onder deze omstandigheden (huwelijksmoeilijkheden speelden een rol) een beroep op het beding in strijd kwam met de goede trouw.

49a. Zie de brief van de Minister en Staatssecretaris van Volkshuisvesting en Ruimtelijke ordening van 9 februari 1979, Zitting Tweede Kamer zitting 1978-1979, 15481.

50. art. 13 Universele Verklaring van de rechten van de mens impliciet en art. 2 lid 1 van het 4e Protocol bij het Verdrag van Rome. Vgl. mijn bijdrage in *NJB* 1981 p. 765 v.

51. vgl. HR 31 oktober 1969, *NJ* 1970, 57 GJS, Contractenrecht III (Wuisman) no. 118 en bijv. A. A. H. Struycken, Het Staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden, 2e dr. blz. 167.

52. zie Contractenrecht I (den Tonkelaar) no. 141, III (Wuisman) no. 118, J. Boesjes, *NJB* 1973, blz. 905 e.v., M. B. W. Biesheuvel, *NJCM*-bulletin 1981, blz. 147 e.v. en 205 e.v. en de door hen genoemde literatuur en (schaarse) rechtspraak.

de eerste lezing inmiddels is aanvaard<sup>53</sup> – is dat de bedoelde grondrechten in beginsel horizontale werking hebben in relaties tussen burgers.<sup>54</sup> A fortiori geldt dat dan voor de privaatrechtelijke relatie overheid-burger.<sup>55</sup>

### C. Misbruik van omstandigheden

18. Aan de geoorloofde oorzaak is in de jurisprudentie een uitbreiding gegeven in de vorm van misbruik van omstandigheden<sup>56</sup>: een overeenkomst gesloten onder misbruik van omstandigheden is nietig.<sup>57</sup> Voorwaarde voor een beroep op misbruik van omstandigheden is een rechtens relevante omstandigheid, bijvoorbeeld afhankelijkheid of noodtoestand. Er moet van die omstandigheid misbruik zijn gemaakt en er moet sprake zijn van een zekere benadeling. Tenslotte moet het zo zijn dat de benadeelde partij, als zij niet in de bedoelde omstandigheid zou hebben verkeerd, de overeenkomst niet of althans onder andere voorwaarden zou hebben gesloten, wegens de daaraan verbonden nadelen.

In dit artikel gaat het steeds om een gemeente die bij overeenkomst met een burger bepaalde voorwaarden stelt; welke omstandigheden zouden in zo'n geval van belang kunnen zijn. Veelal zal het zo zijn dat de burger in een *zekere* afhankelijkheidspositie verkeert; het is voor hem slikken of stikken. En de gemeente zal zich veelal in een positie bevinden die enigszins lijkt op een monopoliepositie.<sup>58</sup> Het zal doorgaans niet een echte monopoliepositie zijn, zoals dat bijvoorbeeld wél het geval is bij het afgeven van vergunningen door een gemeente (vergelijk het al eerder genoemde Krusemanarrest.<sup>59</sup> En zelfs al zóu de gemeente vanuit een positie van monopolist handelen, dan nog levert dat niet automatisch *misbruik* van omstandigheden op. In het BOVAG II-arrest sprak de Hoge Raad van een onevenredig grote last die de benadeelde partij heeft aanvaard onder de druk der omstandigheden waarvan zijn medekontraktant misbruik maakte. Die eis van een onevenredig grote last is inmiddels in rechtspraak en literatuur afgezwakt,<sup>60</sup> zodat het ten deze met name aankomt op de vraag of de gemeente bij het sluiten van de koopovereenkomst misbruik maakte van de omstandigheid dat haar wederpartij in een afhankelijkheidspositie verkeerde.

In de jurisprudentie is deze vraag al eens aan de orde geweest: de gemeente Doorn<sup>61</sup> was met v.d. S. in de koopovereenkomst van een stuk grond overeengekomen dat – kort gezegd – v.d. S. de (nog te stichten) woning gedurende vijf jaren niet zou vervreemden of aan anderen in gebruik zou geven, zonder toestemming van de gemeente; v.d. S. moest zelf in de woning blijven wonen. Bij niet nakoming van de overeenkomst verbeurt v.d. S. een boete van f 23.000 aan de gemeente. In verband met detachering in Londen verzocht v.d. S., na ruim vier jaar, toestemming tot vrije verkoop. Die toestemming werd hem verleend, wanneer hij bijna f 5000 aan de gemeente zou betalen. V.d. S. deed dat maar vorderde na de toestemming te hebben verkregen de f 5000 terug. V.d.S. stelde onder meer dat de gemeente misbruik maakte van haar monopoliepositie. Nadat de Rechtbank op andere gronden de vordering van v.d.S. had toegewezen, wees het Hof haar af, overwegend dat van

'misbruik van omstandigheden (machtspositie) geen sprake (is) omdat B. en W. aan v.d.S. toestemming hebben verleend tot verkoop van zijn huis – welke toestemming zij niet gehouden waren te geven – omdat voorts met de belangen van v.d. S. (. . .) rekening is gehouden door het toestemming te verlenen tot verkoop zonder inachtneming

van de eerste gestelde voorwaarde (niet vervreemden binnen vijf jaren – C.S.), zulks evenwel onder de (tweede) voorwaarde dat als dan door hem een boete zou worden betaald welke bij voorbaat werd gesteld op een bedrag dat op een redelijke wijze was verlaagd en aldus aangepast aan de omstandigheden van het geval.'

Geén misbruik van omstandigheden dus, ofschoon de redenering wat merkwaardig is, nu het Hof zich niet beperkt tot de *totstandkoming* van de overeenkomst – daar immers moet men de problematiek van de misbruik van omstandigheden situeren – maar met name de '*uitvoeringskant*' van de overeenkomst beziet, en aldus in feite een 'goede trouwoordeel' geeft.

*Resumerend*: van misbruik van omstandigheden door de gemeente zal niet gauw sprake zijn, enerzijds omdat de gemeente doorgaans geen monopolist zal zijn terzake van de verkoop van woningen en daarvan dus ook geen misbruik kan maken; en anderzijds omdat de burger doorgaans niet in een voldoende afhankelijkheidspositie zal verkeren.

### IV. Uitvoeringsvragen

19. Hiervoor werd onderzocht of overeenkomsten, waarin verkoopregulerende bedingen voorkomen, geldig zijn. Er nu van uitgaande dat dat het geval is, dan rijst in elk geval nog de vraag of de overheid haar wederpartij steeds aan het overeengekomene kan houden. Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. De beperkende werking die de goede trouw op overeenkomsten kan uitoefenen, speelt ook op het gebied van overeenkomsten met de overheid. In de eerste plaats is daar het arrest Saladin/HBU.<sup>62</sup> Daarin werd overwogen dat het antwoord op de vraag of op een exoneratiebeding een beroep kan worden gedaan

'afhankelijk is van de waardering van tal van omstandigheden, zoals de zwaarte van de schuld mede in verband met de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, . . .'

Men mag gevoeglijk aannemen dat dit arrest ook buiten het gebied van de exoneratieklausules van grote betekenis is, niet in het minst op het onderhavige.<sup>63</sup>

53. Zie voor de behandeling van de tweede lezing en het antwoord van de Regering: Handelingen der Tweede Kamer zitting 1980-1981, 16905-16938, nr. 4 en 5.

54. M. B. W. Biesheuvel, a.w. blz. 161.

55. vgl. idem blz. 162. Zie ook uitvoerig: R. M. Schutte/J. B. M. Vranken, preadvies Notariële Broederschap 1981, p. 78 v.

56. Naar Nieuw BW een wilsgebrek, met als belangrijk gevolg vernietigbaarheid van de overeenkomst (art. 3.2.10).

57. Zie voor een overzicht Contractenrecht III (Wuisman) no. 138a e.v.

58. HR 13 april 1962 *NJ* 1964, 366 (HB).

59. Zie daarover J. Spier diss. p. 115 v. en 131 v.

60. Vgl. Contractenrecht t.a.p. no. 143.

61. Hof Amsterdam 24 juni 1976, *NJ* 1977, 302; zie ook uitvoerig Contractenrecht VIII (Spier) no. 65.

62. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 G.J.S.

63. vgl. A. R. Bloembergen, Contracten met de overheid, p. 34 e.v. en Contractenrecht VIII (Spier) no. 105.

In een aantal gevallen zal de beperkende werking van de goede trouw de wederpartij van de overheid kunnen helpen.<sup>64</sup> Te denken valt aan het volgende geval: opgenomen is een verplichting tot bewoning gedurende een aantal jaren, terwijl betrokkene vóór het verstrijken van die tijd elders (ver weg) een betere baan kan krijgen; of aan het geval dat de gemeente heeft bedongen dat de woning alleen mag worden vervreemd aan een 'gekwalificeerde' gegadigde, terwijl zo iemand zich niet meldt. Wellicht ook kan men denken aan het geval dat het de eigenaar-bewoner niet langer mogelijk is de (sterk gestegen) hypotheeklasten te dragen, terwijl hij krachtens een beding nog vele jaren in de woning moet blijven zitten. Telkens kan de vraag gesteld worden: mag de gemeente haar wederpartij in zo'n geval aan de overeenkomst houden? Men kan van mening zijn dat met al deze gebeurtenissen rekening gehouden had moeten worden, zodat de overeenkomst gewoon moet worden nagekomen, maar een zodanige benadering zal niet steeds kunnen bevredigen. Of de overheid op een kontraktueel beding te goeder trouw een beroep kan doen zal dus van geval tot geval moeten worden bekeken.

Zoveel is zeker, het beding is geldig (daarvan gingen we immers uit), zodat de burger in beginsel is gebonden. Onder omstandigheden kan dat anders zijn. In de hierboven door mij verzonnen situaties, waarvan de derde zich vaak zal voordoen kunnen mijns inziens de omstandigheden van het geval zeer wel leiden tot niet of beperkte toepassing van het beding. In sommige gevallen zullen de bedingen ten dele buiten toepassing gelaten kunnen worden, hetgeen het geval kan zijn bij kontraktuele boetes of bij de verplichting om aan een bepaalde categorie van gegadigden te vervreemden (welke verplichting wellicht in tijd kan worden beperkt).<sup>65</sup>

#### *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

20. Kunnen misschien de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de wederpartij van de gemeente baat brengen?<sup>66</sup> Dat kan natuurlijk alleen wanneer de burgerlijke rechter bereid is daaraan te toetsen, en dat is een omstreden vraag. Enerzijds wordt uit het arrest *Zijpe en Hazepolder/Hervormde gemeente*<sup>67</sup> wel afgeleid dat de Hoge Raad aan de beginselen toetst;<sup>68</sup> anderzijds wijst volgens velen het arrest *Sögüt*<sup>69</sup> in een andere richting: slechts een marginale toetsing.<sup>70</sup> H. Drion, vice-president in de Hoge Raad, heeft onlangs op een vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging de koers van de Hoge Raad ten deze uiteengezet. Het Kollege toetst slechts marginaal, maar of het nu marginaal toetst of rechtstreeks, het is— aldus Drion— lood om oud ijzer. Want hoe zou de administratie in redelijkheid tot een bepaalde beslissing hebben kunnen komen als zij in haar handelen in een algemeen beginsel zou schenden? Daargelaten of dit juist is, de stelling dat de Hoge Raad beoogt aan de beginselen rechtstreeks te toetsen is niet gewaagd. De lagere rechterlijke kolleges toetsen trouwens al geruime tijd aan de beginselen.<sup>71</sup> Ik herhaal mijn eerder opgeworpen vraag: kan de wederpartij der gemeente baat hebben bij toetsing aan de algemene beginselen? Men hoede zich er in ieder geval voor hun betekenis te overschatten, óók als men niet gelooft in een hoge mate van congruentie met de privaatrechtelijke goede trouw.

De beginselen kunnen met name op twee terreinen betekenis hebben: op het terrein van de geldigheid (totstandkoming) en op dat van de uitvoering van overeenkomsten. Systematisch zouden die beginselen die een rol kunnen spelen op het gebied van de geldigheid, eerder in

dit artikel een plaats hebben moeten vinden. Voor de duidelijkheid behandel ik ze evenwel bij elkaar. In de totstandkomingsfase is daar allereerst het verbod van *détournement de pouvoir*: het gebruik van een bevoegdheid tot een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is gegeven. Gevallen van *détournement* zijn zeldzaam. Men zou op het terrein van de woonruimteverdeling kunnen denken aan bepalingen die een gemeente via de WRW aan de burger oplegt, maar waarvoor de WRW helemaal niet is bedoeld. In de privaatrechtelijke sfeer zou men— met enige fantasie wellicht— het beroep dat een inwoner van de gemeente Alkemade deed als een op *détournement* de *pouvoir* kunnen beschouwen.<sup>72</sup> Zijn stelling was dat de reaktie van een vervreemdingsverbod met een daaraan gekoppeld boetebeding slechts was gericht op verbeurte van de boete en niet op nakoming van de overeenkomst. Een beroep op *détournement* werd niet gedaan, maar ik zou staande durven houden dat een gemeente die haar bevoegdheid (het eisen van een boete) gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het bedoeld was (het nakomen van de overeenkomst), namelijk om de gemeentekas te spekken, zich schuldig maakt aan *détournement* de *pouvoir*.

In de tweede plaats het gebod van *fair play*. Het beginsel vertoont enige verwantschap met het vorige. Van Wijk/Konijnenbelt omschrijft het beginsel zo, dat de overheid aan de burger geen mogelijkheden uit handen mag nemen om voor zijn belang op te komen, overigens wellicht op een formeel wettelijk juiste manier.<sup>73</sup> Ofschoon het beginsel slechts weinig wordt gehanteerd kan het mijns inziens in een aantal gevallen liggend in het grensgebied van privaatrecht en publiekrecht in stelling worden gebracht. Immers, hiervoor zagen we dat de overheid soms met behulp van het privaatrecht een publiekrechtelijke regeling omzeilt, terwijl die publiekrechtelijke weg openstaat of wellicht zelfs is voorgeschreven. Ofschoon het op het terrein van de woonruimteverdeling niet speelt, kunnen overeenkomsten de burger bepaalde waarborgen uit handen nemen, hem publiekrechtelijk gegeven mogelijkheden ontnemen om voor zijn belang op te komen, terwijl formeel-wettelijk wellicht niets op het handelen van de gemeente valt aan te merken. Het *fair-play* beginsel zou misschien de wederpartij van de burger (of een derde) baat kunnen brengen.<sup>74</sup>

Tot zover de rol die de beginselen in de totstandkomingsfase kunnen spelen. Een belangrijker rol kunnen zij nog spelen in de uitvoeringsfase. Het duidelijkst is dat

64. zie ook *Contractenrecht* t.a.p. no. 118 en L. G. A. Bleumer van der Klein en M. M. A. Spliet AA 1980 p. 160 e.v.

65. Aldus geschiedde ook in het geval beslecht door Hof Amsterdam, 26 juni 1976, NJ 1977, 392 (Doorn).

66. In algemene zin bijv. In 't Veld, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, 2e dr., P. de Haan c.s., a.w. p. 35 e.v., HR 22 december 1978, NJ 1979, 289 A.R.B.; zie daarover nog J. Spier, HNJV 1980 II p. 21 en diens diss. (1981) p. 12 v. Verder W. M. Kleyn preadvies p. 54 v.

67. HR 22 december 1978, NJ 1979, 289 A.R.B.

68. Bloembergen in NJ-noot onder *Zijpe Hazepolder*; zie ook uitvoerig J. Spier, diss. no. 8.

69. HR 25 april 1980, NJ 1981, 416 M.S., AB 1980, 482 F. H. vd. B.

70. bijv. F. H. vd. Burg in zijn AB-noot onder *Sögüt* en ook Willem Konijnenbelt, HNJV 1980 II p. 52/3.

71. zie uitvoerig *Onrechtmatige Daad VII* (de Planque) no. 150b e.v.

72. Pres. Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1977, NJ 1978, 445.

73. Van Wijk-Konijnenbelt, a.w. p. 86.

74. vgl. dissertatie J. Spier no. 60 en 67 en m.b.t. tot het recente Duitse recht no. 64.