

Hoge Raad der Nederlanden

zitting van 25 maart 2011

Nota van repliek van Mr G. Snijders

inzake:

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie)/

De schriftelijke toelichting van Mrs Schuckink Kool, Van Hulst, Van den Brûle en Hulsman geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen:

Afweging in concreto?

- 1 Achter 12 van de toelichting namens c.s. wordt andermaal verwezen naar de afweging die in het concrete geval bij de toetsing aan art. 8 EVRM gemaakt dient te worden. c.s. doen in dit verband een beroep op het zeer recent gewezen arrest van hof Amsterdam van 1 maart 2011 - dat in de toelichting namens de Staat in 5.1 t/m 5.5 al is besproken - en op de rechtspraak van het EHRM.¹ Volgens c.s. zou bij iedere ontruiming van een kraakpand steeds weer opnieuw in concreto een afweging gemaakt moeten worden.
- 2 Die stelling gaat, zoals in de namens de Staat gegeven toelichting al aangevoerd, niet op. Kraken is door de wetgever gedefinieerd als het "wederrechtelijk binnendringen of

1 Bij het arrest van het hof Amsterdam hebben c.s. kennelijk het oog op rov. 3.3.3 daarvan.

vertoeven" in een woning of gebouw van een ander. Door deze maatstaf is, als het gaat om kraken, ook de afweging in concreto al verricht: er dient immers *in concreto* sprake te zijn van wederrechtelijkheid. Uit de rechtspraak van het EHRM waarnaar

c.s. op dit punt achter 12 van hun toelichting verwijzen, volgt niet dat op dat punt iets anders zou gelden. In de zaken Buckley/UK en Chapman/UK die Vlasblom c.s. noemen, ging het om zigeuners die leefden in woonwagens en om redenen van ruimtelijk ordening geen standplaats mochten innemen op eigen grond. Bij beide speelde een tekort aan standplaatsen voor woonwagens en de kwetsbaarheid van zigeuners als bevolkingsgroep die in woonwagens leeft, maar in de meeste gemeentes niet of slechts beperkt welkom is.² Dat betreft dus een wezenlijk ander geval dan kraken. Voorstelbaar is dat in de gevallen van deze zigeuners, anders dan bij kraken, de afweging in concreto, in het kader van de proportionaliteitstoets van art. 8 lid 2 EVRM - het kader waar het hier om gaat -, anders uitvalt onder sommige omstandigheden.

In de derde zaak die c.s. noemen, Cosic/Kroatië, ging het om een onderwijzeres die sinds 1984 woonde in een door haar school van het leger gehuurde flat. Het huurcontract eindigde door tijdsverloop in 1990 en in 1991 ging de eigendom van de flat over van het (Joegoslavische volks)leger naar de (Kroatische) staat. De school verzocht om verlenging van de huur, maar kreeg daarop geen reactie van de staat. Cosic betaalde intussen huur aan de staat (die deze betalingen kennelijk zonder meer accepteerde). In 1999 vorderde de staat plotseling op grond van zijn eigendom en het ontbreken van een huurcontract in rechte ontruiming van de flat. De nationale rechter wees die vordering zonder meer toe, zonder te toetsen of de beëindiging van de bewoning door Cosic voldeed aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM.³ Ook dit betreft een wezenlijk ander geval dan kraken. Ook hier is voorstelbaar dat de afweging in concreto in het kader van de proportionaliteitstoets van art. 8 lid 2 EVRM anders uitvalt.

- 3 Het hof Amsterdam is in zijn arrest van 1 maart 2011 op het onderhavige punt niet helemaal duidelijk. Het overweegt terecht in rov. 3.3.3 daarvan dat een afweging in concreto dient plaats te vinden in het kader van de proportionaliteitstoets van art. 8 lid 2 EVRM. Vervolgens neemt het in aanmerking (in rov. 3.3.4) dat in de hem voorgelegde zaak niets door de eisers is aangevoerd waardoor de afweging in hun voordeel zou uitvallen (wat juist is omdat de eisers in die zaak de wederrechtelijkheid van het verblijf in het kraakpand niet hebben bestreden). Dit is (tot zover) in overeenstemming met hetgeen de Staat in deze zaak aanvoert. Het hof overweegt

² Zie de beide uitspraken, respectievelijk EHRM 29 september 1996, application nr. 20348/92, en EHRM 18 januari 2001, application nr. 27238/95.

³ EHRM 15 januari 2009, application nr. 28261/06.

echter letterlijk in rov. 3.3.3. van zijn arrest dat een afweging zou moeten plaatsvinden tussen de bescherming van de openbare orde en/of de rechten van derden en het huisrecht van de krakers. Dat is als zodanig niet juist, naar de Staat meent, nu die afweging, als gezegd, al heeft plaatsgevonden.⁴

- 4 De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam heeft juist genoemde overweging van het hof Amsterdam in een zestal gelijklopende vonnissen van 18 maart 2011, waarvan er een is gepubliceerd onder LJN BP8115, aldus begrepen dat steeds nog een afweging in concreto tussen de belangen van eigenaar en krakers moet worden gemaakt.⁵ Weliswaar gaat ook de voorzieningenrechter ervan uit dat de belangen van de eigenaar in beginsel steeds het zwaarste wegen, maar met deze benadering wordt, naar de Staat meent, eraan voorbij gezien dat de proportionaliteitstoets als het ware al in het begrip wederrechtelijk van art. 551a Sv zit ingebakken: als sprake is van een wederrechtelijk verblijf is ontruiming als zodanig steeds proportioneel te achten, want zonder meer gerechtvaardigd door alleen al het belang van de eigenaar, terwijl in het geval dat twijfel bestaat aan de proportionaliteit van de ontruiming, dat in feite steeds twijfel betreft aan de wederrechtelijkheid van het verblijf. Kortom, zoals al eerder betoogd in de toelichting namens de Staat: de krakers hebben geen "arguable claim" onder art. 8 EVRM. Hun huisrecht beschermt slechts tegen willekeurige inbreuken. Bij art. 551a Sv is van een willekeurige inbreuk geen sprake.
- 5 De zienswijze van c.s., de Amsterdamse voorzieningenrechter en mogelijk ook het Amsterdamse hof is dan ook niet juist, naar de Staat meent. Overigens zij verwezen naar hetgeen al in 3.7 en 4.8 van de toelichting van de Staat is aangevoerd. Uit een en ander volgt dat ook geen behoefte bestaat aan een voorafgaande rechterlijke afweging of rechterlijke toets van een afweging. Voldoende is dat getoetst kan worden of inderdaad sprake is van kraken. Zoals in de toelichting namens de Staat al uitvoerig aangevoerd, is een voorafgaande toetsing in dat kader niet verplicht op grond van EVRM.
- 6 Voor goede orde zij opgemerkt dat de Staat bij het vorenstaande betoog niet het oog heeft op, kort gezegd, de wijze van ontruimen van kraakpanden. Zoals aangegeven in de toelichting van de Staat, kan er onder omstandigheden reden zijn, onder andere om redenen van proportionaliteit, om onder andere een ontruiming aan te zeggen en ook de uitkomst van een eventueel kort geding af te wachten. Hier zal, net als in het

⁴ Het is de vraag of het hof het inderdaad zo bedoeld heeft en niet slechts bedoeld heeft te verwijzen naar het gegeven dat in concreto voldaan moet zijn aan de proportionaliteitstoets.

⁵ Zie rov. 4.15 t/m 4.17 van het op rechtspraak.nl gepubliceerde vonnis.

verleden in met name Amsterdam, vaak voor gekozen kunnen worden. Evenzeer kan er onder omstandigheden reden zijn, om de reden vermeld in 5.3 van de toelichting van de Staat (opnieuw mede om redenen van proportionaliteit), om een redelijke ontruimingstermijn te laten. Dit alles is echter een kwestie van een redelijk beleid. Er is, naar de Staat meent, geen reden om te eisen dat dit beleid op voorhand schriftelijk is vastgelegd. Naar Nederlands recht bestaat geen verplichting tot een dergelijke 'zelfregulering' voor het bestuur. Evenmin bestaat er reden, naar de Staat meent, om met het oog op de mogelijkheid van toetsing van dit beleid in concreto, het OM en de politie te verplichten tot een formele procedure met de mogelijkheid van een voorafgaande rechterlijke toets op de wijze zoals het Haagse hof in deze zaak heeft gedaan met het oog op de toetsing aan art. 8 lid 2 EVRM. Voldoende is ook hier dat de mogelijkheid van een kort geding bestaat.

Geen behoorlijk onderzoek OM en politie?

- 7 Achter 23 en verder van hun toelichting stellen c.s. dat door OM en politie in de praktijk geen behoorlijk onderzoek zou worden gedaan naar de vraag of daadwerkelijk sprake is van kraken. Die stelling is niet juist. Verwezen zij naar hetgeen in 1.5, 3.9, 3.13 en 6.1 t/m 6.3 van de toelichting namens de Staat is opgemerkt. De beweringen van Vlasblom c.s. missen ieder fundament.

Schade door kraken

- 8 Zoals in de namens de Staat gegeven toelichting al aangevoerd, gaat het bij de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv in de eerste plaats om de bescherming van de eigenaar. In dit verband kan worden geciteerd uit een van de twee publicaties die c.s. aanhalen achter 54 van hun toelichting, te weten het rapport "Leegstand en kraken" van P. Renooy, dat is opgesteld in opdracht van de Ministeries van VROM en EZ en dat is gebaseerd op met name interviews van alle betrokkenen. Daarin wordt gerapporteerd:

- "De eigenaren hebben gemeen dat zij veelal aanzienlijke overlast ervaren van het kraken van hun pand. Zonder uitputtend te zijn, noemen we:
- het gekraakte pand wordt niet zelden verwaarloosd of zelfs vernield; het opknappen kost tijd en geld;
 - de schade aan het pand is vaak niet te verhalen in verband met het anoniem opereren van krakers;
 - er kunnen brandgevaarlijke situaties ontstaan;
 - het kost tijd om de krakers uit het pand te krijgen via gerechtelijke procedures;
 - in geval van civielrechtelijke procedures kost het geld (advocaat, proceskosten) om de krakers uit het pand te krijgen;
 - het wachten op de ontruiming kost wederom tijd;
 - een gekraakt pand is moeilijk verkoopbaar en daalt zo in waarde;
 - het feit dat het pand is gekraakt, maakt het moeilijker concrete plannen te maken, wat de gang naar de civiele rechter belemmert;
 - het pand is nauwelijks verzekeraar;

- niet zelden wordt de eigenaar in een kwaad daglicht gesteld als speculant, huisjesmelker of witwasser.”⁶

- 9 Een slagvaardig ontruimingsbeleid - dat evident door de wetgever is gewenst - kan deze schade en overlast beperken c.q. voorkomen.

⁶ Zie sub 7.4 van het rapport (blz. 66).