

Hoge Raad der Nederlanden

zitting van 11 maart 2011

Schriftelijke toelichting van Mr G. Snijders

inzake:

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

1 Inleiding; Inzet van dit kort geding

- 1.1 Op 1 oktober 2010 is de Wet kraken en leegstand in werking getreden, een wet die stand is gekomen op initiatief van de Tweede Kamer.¹ Deze wet bevat in een nieuw art. 138a Sr een algehele strafbaarstelling van kraken. Voorheen was alleen - ingevolge art. 138 Sr, dat op 1 oktober 2010 van kracht is gebleven - huisvredebreuk strafbaar (dus - onder andere - kraken van in gebruik zijnde woningen en gebouwen) en - ingevolge het bij de Wet kraken en leegstand vervallen verklaarde art. 429sexies Sr - het kraken van woningen en gebouwen die korter dan een jaar leegstaan. Het nieuwe art. 138a lid 1 Sr bepaalt:

"Hij die in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk

¹ Wet van 24 juli 2010, Stb. 320, Kamerstuk 31 560.

aldaar vertoeft, wordt, als schuldig aan kraken, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie".

De nieuwe wet definieert kraken dus als 'het wederrechtelijk binnendringen of het wederrechtelijk vertoeven in een woning of gebouw'. In die zin zullen de begrippen 'kraken', 'kraker', 'krakers' en 'kraakpanden' ook in deze toelichting worden gebruikt. 'Wederrechtelijk' verwijst in de context van het artikel uiteraard naar 'zonder (enig) recht jegens de eigenaar'.

- 1.2 Zoals Uw Raad bekend is uit de zaak die nog maar kort geleden beslist is in HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213, worden in Nederland sedert jaar en dag kraakpanden ontruimd door justitie en politie op basis van de algemene taak van het OM en van de politie tot handhaving van de wetten in het algemeen en van de strafrechtelijke rechtsorde in het bijzonder (art. 124 RO, voorheen art. 4 RO, en art. 2 Politiewet 1993). Tijdens de behandeling van het Initiatiefwetsvoorstel dat tot de Wet kraken en leegstand heeft geleid, is in de rechtspraak twijfel ontstaan over de vraag of deze praktijk, wat betreft ontruiming op basis van art. 429sexies Sr, een voldoende wettelijke basis had, gelet op het huisrecht dat krakers die metterwoon gevestigd zijn in een kraakpand, toekomt ingevolge art. 8 EVRM en art. 12 Grondwet. Zekerheidshalve is daarom door de Initiatiefnemers van het wetsvoorstel een bepaling daaraan toegevoegd die de politie de bevoegdheid geeft om in het geval van verdenking van huisvredebreuk en kraken een woning of gebouw te betreden tegen de wil van de bewoner en om degenen die wederrechtelijk in de woning of het gebouw vertoeven te verwijderen, tezamen met de voorwerpen die ter plaatse worden aangetroffen.² Zij wensten daarmee uitdrukkelijk de bestaande praktijk te bestendigen.³ Bedoelde bepaling is neergelegd in een nieuw art. 551a Sv, dat luidt:

"In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht kan iedere opsporingsambtenaar de desbetreffende plaats betreden. Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen

² Deze bepaling is aan het Initiatiefvoorstel toegevoegd bij de tweede nota van wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 560, nr. 9. Na het advies van de Raad van State en advies van het College van procureurs-generaal is de formulering van de bepaling verbeterd. Zie de derde nota van wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 560, nr. 11. De bepaling vindt een verre voorganger in het art. 551a Sv dat in de jaren '70 van de vorige eeuw is voorgesteld in Kamerstuk 12 305. Zie daarvoor de conclusie P-G voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213, achter 2.20.

³ Zie bijvoorbeeld de aankondiging van de toevoeging in de nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 560, nr. 8, p. 18, tweede volle alinea, de toelichting in de tweede nota van wijziging en de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 560, C, p. 21 derde volle alinea.

die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen."

- 1.3 Met deze bepaling is, naar de bedoeling van de wetgever, alsnog een specifieke wettelijke basis geschapen voor de bevoegdheid van het OM en de politie tot ontruiming van kraakpanden, welke basis volgens het tijdens het vervolg van de parlementaire behandeling van het initiatiefvoorstel gewezen HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213 vereist is.⁴ Bij de totstandkoming van de wet hebben zowel overwegingen van openbare orde en openbare veiligheid een rol gespeeld, als de bedoeling om de onroerend goed eigenaar te beschermen. Vergelijk bijvoorbeeld de volgende uitspraak uit de memorie van toelichting van het initiatiefvoorstel:

"Ten slotte onderstrepen wij met dit wetsvoorstel de norm dat kraken te allen tijde onrechtmatig is. Naar onze mening is het dan ook onwenselijk dat de eigenaar na het eerste jaar leegstand alleen nog door middel van een civielrechtelijke (kort geding) procedure de ontruiming van zijn pand kan realiseren, waarbij op de eigenaar als eisende partij de stelplicht en bewijslast drukt ten aanzien van zowel de spoedeisendheid als de belangenafweging. Daar komt nog bij dat voor een eigenaar geen kosten verbonden zijn aan een strafrechtelijke ontruimingsprocedure, terwijl dat wel het geval is voor een civielrechtelijke ontruimingsprocedure (verplichte procesvertegenwoordiging door advocaat)."

Dezelfde overwegingen - bescherming eigenaar, openbare orde en openbare veiligheid - lagen ook ten grondslag aan de ontruimingspraktijk zoals die bestond voordat HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213 gewezen werd.

- 1.4 Mr Schuckink Kool, de advocaat van c.s. in zowel feitelijke instanties als thans in cassatie (en eerder ook advocaat in feitelijke instanties en cassatie in de zaak van die geleid heeft tot 9 oktober 2009, NJ 2010, 213), heeft zich in de periode kort voordat de Wet kraken en leegstand in werking trad per fax gewend tot hoofdofficieren van justitie van arrondissementsparketten en verzocht duidelijkheid te verschaffen over de handhaving van de nieuwe wet en het beleid dat terzake gevoerd zou worden. Op deze faxen is namens het OM gereageerd door het College van procureurs-generaal, het hoogste orgaan van het OM, bij brief van 28 september

⁴ Bij het wijzen van zijn arrest was Uw Raad van het initiatiefvoorstel en de daarin voorgestelde ontruimingsbevoegdheid op de hoogte (de derde nota van wijziging dateert van 3 september 2009). In rov. 3.3.2 van het arrest wordt hier met zoveel woorden naar verwezen, onder vermelding van genoemde reden dat de initiatiefnemers met de voorgestelde ontruimingsbevoegdheid de bestaande praktijk wensen te bestendigen.
⁵ Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 560, nr. 3, p. 6.

2010.⁶ Het College vermeldt in deze brief dat het OM geen algemene toezegging wil doen over het aankondigen van de ontruiming van kraakpanden en over het afwachten van de uitkomst van tegen ontruimingen aangespannen kort gedingen. Per geval wordt beoordeeld of een ontruiming wordt aangekondigd en of de uitkomst van een kort geding wordt afgewacht, aldus de brief.

- 1.5 OM en politie - de laatste handelend onder verantwoordelijkheid van het OM - gaan normaal gesproken alleen tot ontruiming van kraakpanden over na aangifte door de eigenaar van huisvredebreuk of overtreding van - vroeger - art. 429sexies Sr dan wel - thans - art. 138a Sr. De eigenaar zal de aangifte ulteraard moeten onderbouwen. De politie verifieert de juistheid van de aangifte. Desgevraagd geeft de politie informatie over de vraag of aangifte is gedaan en ontruiming wordt overwogen. De bewoners van het pand - de krakers - kunnen dan een kort geding aanspannen tegen de ontruiming. In Amsterdam werd de uitkomst van zo'n kort geding in het verleden in beginsel afgewacht. In een arrondissement als Utrecht gebeurde dat niet.⁷
- 1.6 Thans verweerders in cassatie c.s. zijn bewoners van door hen in de inleidende dagvaarding met name genoemde panden in en
Zij zeggen te 'vermoeden' - om redenen die zij in dit geding niet willen mededelen - dat zij door het OM worden aangemerkt als kraker en dat zij om die reden door het OM zullen worden ontruimd op basis van het genoemde nieuwe art. 551a Sv. Zij vorderen in dit kort geding, kort gezegd, een verbod op ontruiming.
- 1.7 Grondslagen van de vordering van c.s. zijn, naar de in cassatie niet bestreden vaststelling van het hof in rov. 1.3 van het in cassatie bestreden arrest:
(i) de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv treedt eerst in als de strafrechter bewezen heeft verklaard dat het verblijf in het betrokken pand wederrechtelijk is, de enkele verdenking van wederrechtelijk verblijf is onvoldoende;
(ii) de Staat heeft de 'margin of appreciation' die hem bij de beoordeling ex art. 8 lid 2 EVRM toekomt, overschreden omdat de wet (art. 551a Sv) zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen;

⁶ Zie de brief die door c.s. in eerste aanleg is overgelegd als productie 14. In de brief heeft het College wat betreft het beleid verwezen naar de uitspraken terzake van de minister van Justitie in de Tweede Kamer in juni 2010; zie nader de brief.

⁷ Zie HR 11 januari 2002, NJ 2002, 167, rov. 3.5 waarin deze praktijk aan de orde was en als zodanig niet onrechtmatig werd geoordeeld door Uw Raad.

⁸ Vergelijk voor de vaststaande feiten rov. 1.1 tot en met 1.5 van de vonnissen in eerste aanleg, waarnaar het hof in rov. 1.1 van het in cassatie bestreden arrest verwijst, alsmede rov. 1.2 van het in cassatie bestreden arrest.

(iii) de inbreuk die door een ontruiming ex art. 551a Sv op het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht van krakers wordt gemaakt, is niet gerechtvaardigd, omdat het gebruik dat van deze bevoegdheid wordt gemaakt, niet vooraf wordt gegaan door een toetsing door de onafhankelijke rechter; de rechtsbescherming die krakers zouden kunnen ontleen aan een door hen aan te spannen kort geding is onvoldoende, aangezien (a) het maar de vraag is of zij in de gelegenheid zullen worden gesteld het kort geding tijdig in te stellen, (b) het kort geding slechts een beperkte bescherming biedt (omdat daarin alleen een voorlopig oordeel kan worden gegeven) en (c) de eis dat de krakers een kort geding aanspannen, op gespannen voet staat met het non-incriminatiebeginsel en de onschuldpresumptie;

(iv) het verblijf van c.s. in de door hen bewoonde panden is aangevangen vóór 1 oktober 2010, de datum waarop de Wet kraken en leegstand in werking is getreden; daarom is sprake van een verboden strafbaarstelling met terugwerkende kracht, die niet tot ontruiming kan leiden.

2 Procesverloop; oordeel voorzieningenrechter en hof; inzet cassatieberoep

- 2.1 c.s. hebben deze kort gedingen ingeleid bij dagvaardingen van 5 oktober 2010 (om onduidelijk redenen hebben Vlasblom en De Vries, thans in cassatie verweerders sub 1 en 2, in eerste aanleg een afzonderlijke dagvaarding uitgebracht, die overigens gelijklopend is aan die van de andere verweerders in cassatie, zodat in eerste aanleg sprake was van twee kort gedingen). De kort gedingen zijn in eerste aanleg gezamenlijk behandeld.
- 2.2 Bij - nagenoeg identieke - vonnissen van 29 oktober 2010 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag de vorderingen afgewezen. De voorzieningenrechter achtte alle hiervoor in 1.7 genoemde grondslagen van de vorderingen ondeugdelijk.
- 2.3 Van deze vonnissen hebben c.s. bij één dagvaarding hoger beroep ingesteld bij het hof Den Haag.⁹ Zij hebben het hof verzocht de zaak te behandelen als een zogenaamd (turbo)spoedappel, wat het hof heeft gedaan. De appeldagvaarding, met de grieven, dateert van (donderdag) 4 november 2010 en de behandeling van het appel vond plaats op (maandag) 8 november 2010. Nog op 8 november heeft het hof uitspraak gedaan (zij het dat de motivering van de uitspraak pas op 11 november 2010 op schrift beschikbaar was).

⁹ Van de dertien oorspronkelijk eisers in eerste aanleg hebben er vier geen appel ingesteld, zodat er slechts sprake was van negen appellanten, te weten thans verweerders in cassatie en (over wie hierna in de tekst meer).

- 2.4 Bij zijn - thans in cassatie bestreden - arrest van 8 november 2010 heeft het hof de vonnissen van de voorzieningenrechter, voorzover gewezen tussen thans verweerders in cassatie en de Staat, vernietigd en opnieuw rechtdoende de Staat verboden over te gaan tot ontruiming van de door thans verweerders in cassatie bewoonde panden. Het vonnis van de voorzieningenrechter voor zover gewezen tussen appellant en de Staat heeft het hof bekrachtigd.
- 2.5 In zijn arrest heeft het hof, kort gezegd, de hiervoor in 1.7 sub (iii) achter (a) vermelde grondslag gegrond geoordeeld. Daarvoor heeft het hof verwezen naar de bescherming van het huisrecht van de krakers in art. 8 EVRM en naar de relevante rechtspraak van het EHRM (rov. 4.1 t/m 4.8). Alle andere - hiervoor in 1.7 vermelde - grondslagen van de vordering heeft het hof verworpen (rov. 2 t/m 3.2 en 4.9 t/m 5.2). Beersma is door het hof in het ongelijk gesteld wegens gebrek aan belang, omdat naar aanleiding van de desbetreffende grief van is gebleken dat hij toestemming heeft van de eigenaar van het door hem bewoonde pand om aldaar te verblijven en de Staat, na verificatie van de juistheid van die mededeling, heeft laten weten (dus ook) niet tot ontruiming van dat pand te zullen overgaan (rov. 7.1).
- 2.6 Namens de Staat wordt tegen het arrest van het hof opgekomen met een middel van cassatie dat uiteenvalt in vier onderdelen. Het middel keert zich tegen juist genoemde onderschrijving door het hof van genoemde grondslag van de vordering van c.s. De Staat heeft zijn cassatieberoep - uiteraard - niet gericht tegen , zodat deze in cassatie niet langer partij is.
- 2.7 c.s. - die zich in cassatie laten bijstaan door maar liefst vier verschillende advocaten¹⁰ - hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. Namens hen wordt een vier onderdelen tellend middel aangevoerd waarin de hiervoor in 1.7 weergegeven grondslagen die het hof in zijn arrest heeft verworpen, opnieuw aan de orde worden gesteld.
- 2.8 In het navolgende wordt eerst het middel van de Staat toegelicht. Daarna wordt het middel van c.s. besproken.

3 Toelichting middel Staat

¹⁰ Waarom is niet duidelijk. Twee van de vier advocaten (namelijk Mrs Schuckink Kool en Van Hulst) traden ook al in feitelijke instanties voor Vlasblom c.s. op.

- 3.1 Het hof verwijst voor zijn door de Staat bestreden oordeel naar de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het in art. 8 EVRM beschermde huisrecht en het recht op een effectief rechtsmiddel van art. 13 EVRM, met name de uitspraken *McCann/UK*, *Zehentner/Oostenrijk*, *A./Nederland en Conka/België*. In rov. 4.3 tot en met 4.5 van zijn arrest leidt het hof uit die rechtspraak af dat een aantasting van het huisrecht door uitzetting niet mogelijk is zonder dat degene die met de uitzetting wordt bedreigd, de gelegenheid heeft zijn zaak aan de rechter voor te leggen voordat de ontruiming wordt geëffectueerd. Daarbij neemt het hof in aanmerking, in rov. 4.4, dat na ontruiming van een kraakpand herstel in oude toestand niet tot de mogelijkheden behoort.

Dat krakers een kort geding kunnen aanspannen tegen een ontruiming, acht het hof in rov. 4.6 van zijn arrest onvoldoende wegens het ontbreken van voldoende waarborgen dat dit een effectief rechtsmiddel is. Volgens het hof is voor dit laatste vereist dat een ontruiming op zodanige termijn wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is een kort geding aanhangig te maken en dat, indien van die gelegenheid gebruik wordt gemaakt, niet tot ontruiming wordt overgegaan voordat de voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. Volgens het hof dienen ten minste nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM te bestaan waarin dit geregeld wordt. Hier voegt het hof in rov. 4.7 aan toe dat dit niet anders is in gevallen dat gelegenheid heeft bestaan een kort geding aan te spannen en het oordeel van de kort geding rechter af te wachten, zoals in de zaken die aan het hof zijn voorgelegd.

Op de verplichting tot het vooraf aankondigen van ontruiming en het afwachten van de uitkomst van een kort geding kan volgens het hof in rov. 4.8 slechts onder zeer bijzondere omstandigheden een uitzondering worden gemaakt, zoals bijvoorbeeld indien de openbare veiligheid daartoe noodzaakt. Te maken uitzonderingen zullen volgens het hof echter eveneens nauwkeurig in beleidsregels moeten zijn vastgelegd, wil aan de eisen van art. 8 en 13 EVRM zijn voldaan.

- 3.2 Naar de Staat meent, en zijn middel aan de orde stelt, berust het oordeel van het hof op een onjuiste lezing van de rechtspraak van het EHRM. Op zichzelf is juist dat krakers die zich metterwoon in een kraakpand hebben gevestigd het huisrecht toekomt, zoals het hof als in confesso zijnde voorop stelt in rov. 4.2 van zijn arrest. Het EHRM gaat uit van een feitelijk inhoud van het begrip 'home' of 'woning' in art. 8 EVRM.¹¹ Dat krakers het huisrecht toekomt op grond van dat artikel staat dan ook wel

¹¹ Zie bijvoorbeeld de overweging in paragraaf 46 van de uitspraak inzake *McCann/UK* (uitspraak van 13 mei 2008, application no. 19009/04) die het hof aanhaalt in rov. 4.5 van zijn arrest. Zoals het hof in rov. 4.5 overweegt, betreft dit oordeel vaste rechtspraak van het EHRM. Zie bijvoorbeeld ook de uitspraak *Buckley/UK*,

vast en is ook, zoals hiervoor in 1.2 al aangestipt, met zoveel woorden beslist in HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213. Een inbreuk moet dus (onder andere) voldoen aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM.¹²

- 3.3 Uit de rechtspraak van het EHRM volgt echter niet dat een (ernstige) aantasting van het huisrecht (als de ontruiming van de woning) steeds vooraf door de rechter getoetst moet zijn. De overweging van de uitspraken *McCann/UK* en *Zehentner/Oostenrijk* die het hof in dit verband in rov. 4.3 van zijn arrest aanhaalt - dat een ieder die zijn woning wordt uitgezet, recht heeft op een rechterlijke toetsing van de vraag of deze inbreuk op zijn huisrecht voldoet aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM -,¹³ ziet blijkens de overwegingen van die uitspraken onmiskenbaar daarop dat bij de nationale rechter aan de orde moet kunnen worden gesteld of de inbreuk die in het betrokken geval op het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht wordt gemaakt, in concreto voldoet aan de eisen die art. 8 lid 2 EVRM stelt aan het mogen maken van die inbreuk. In een aantal uitspraken heeft het EHRM - begrijpelijk - de staf gebroken over uitspraken van nationale rechters waarin ontruiming van woningen werden toegestaan, louter op basis van de inhoud van het nationale recht, zonder dat werd nagegaan of de ontruiming in concreto de toets van art. 8 lid 2 EVRM kon doorstaan. De uitspraak inzake *McCann/UK* is een van die uitspraken. Vandaar dat het EHRM daarin, in zijn door het hof in rov. 4.3 van zijn arrest aangehaalde overweging, overweegt dat voor betrokkene een aanspraak op rechterlijke toetsing aan art. 8 lid 2 EVRM bestaat "notwithstanding that, under domestic law, his right of occupation has come to an end".¹⁴ Met dat laatste heeft immers nog geen toetsing aan art. 8 lid 2 EVRM plaatsgevonden.

- 3.4 Genoemde overweging heeft dus geen betrekking op het gegeven dat de toetsing aan art. 8 EVRM steeds vooraf zou moeten plaatsvinden. Over de vraag of steeds een voorafgaande toetsing zou moeten plaatsvinden, laat het EHRM zich in de genoemde uitspraken niet uit. Voor zover de Staat heeft kunnen nagaan, zijn er ook geen andere uitspraken waarin het EHRM zich hierover uitlaat in verband met art. 8 EVRM. Uit de ook door het hof zelf aangehaalde uitspraak van het EHRM inzake *Zehentner/Oostenrijk* volgt echter dat de toetsing aan art. 8 EVRM eventueel ook achteraf kan geschieden. In die zaak was betrokkene, *Zehentner*, opgenomen geweest

waarnaar het EHRM t.a.p. in de uitspraak *McCann/UK* verwijst, en paragraaf 52 van *Zehentner/Oostenrijk* (uitspraak van 16 juli 2009, application no. 20082/02).

¹² 'Onder andere': de inbreuk moet ook voldoen aan de eis van art. 12 Grondwet dat daarvoor een formeelwettelijke basis bestaat. Dat met art. 551a 5v (zonder meer) aan die eis wordt voldaan, wordt in dit geding echter niet van de zijde van *Vlasblom c.s.* betwist.

¹³ Zie paragraaf 50 van de uitspraak inzake *McCann/UK* (uitspraak van 13 mei 2008, application no. 19009/04) en paragraaf 59 van *Zehentner/Oostenrijk* (uitspraak van 16 juli 2009, application no. 20082/02).

¹⁴ Zie voor andere recente uitspraken in deze zin *Paulic/Kroatië*, uitspraak van 22 oktober 2009, application no. 3572/06, paragrafen 42 t/m 45, *Cosic/Kroatië*, uitspraak 15 januari 2009, application no. 28261/06, paragrafen 21 t/m 23 en *Kay and others/UK*, uitspraak van 21 september 2010, application no. 37341/06, paragrafen 73 en 74.

in een psychiatrisch ziekenhuis en daardoor niet in staat geweest haar belangen waar te nemen. Dientengevolge had zij haar schulden onbetaald gelaten en daarom was door haar schuldeisers, tot verhaal van die schulden, het haar toebehorende appartement, waarin zij woonde, executoriaal bestagen en verkocht. Tegen de tijd dat een inmiddels aangestelde curator ('guardian') zich om haar belangen bekommerde, waren, naar het toepasselijke Oostenrijkse recht, alle termijnen om op te komen tegen de veroordelingen tot betaling van de schulden en tegen de executoriale verkoop van het appartement verstreken. Het EHRM oordeelde het in het kader van de toetsing aan het hulsrecht van art. 8 EVRM disproportioneel dat Zehentner en haar curator, door het absolute karakter van de termijnen, die ook doorliepen terwijl Zehentner door haar psychische ziekte niet in staat was haar belangen waar te nemen en nog geen curator had, niet in staat was de ontruiming (achteraf) aan de eisen art. 8 lid 2 EVRM te laten toetsen.¹⁵

- 3.5 In het kader van art. 13 EVRM en het daarin neergelegde recht op een 'effective remedy' (effectief rechtsmiddel) in het geval van een (dreigende) schending van een door het verdrag beschermd recht - in welk kader die vraag thuishoort -, heeft het EHRM zich wel uitgelaten over de vraag of een rechterlijke toetsing moet plaatsvinden vóórdat een inbreuk op een als zodanig door het EVRM beschermd recht kan worden gemaakt. Het hof verwijst in het in cassatie bestreden arrest in dit verband in rov. 4.4 naar een tweetal uitspraken van het EHRM, A./Nederland en Conka/België, waarin volgens hem is beslist dat indien de gevolgen van de inbreuk onomkeerbaar zijn, een rechtsmiddel dient te bestaan dat die inbreuk kan voorkomen. In dat verband neemt het hof vervolgens in aanmerking dat na ontruiming van een kraakpand herstel in oude toestand niet tot de mogelijkheden behoort.
- 3.6 Het is juist dat het EHRM soms een voorafgaande rechterlijke toets eist in gevallen dat de gevolgen van de inbreuk onomkeerbaar zijn.¹⁶ Wil art. 13 EVRM van toepassing zijn, dan moet echter volgens vaste rechtspraak van het EHRM wel een 'arguable claim' bestaan dat sprake is van een niet gerechtvaardigde inbreuk op een van de in EVRM beschermde rechten.¹⁷ Dit laatste lijkt het hof bij zijn oordeel in rov. 4.3 tot en met 4.5

¹⁵ Zie paragrafen 52 t/m 65, i.h.b. 62 t/m 65 van de uitspraak.

¹⁶ Zie paragraaf 79 van de door het hof genoemde uitspraak inzake Conka/België (uitspraak van 5 februari 2002, application no. 51564/99) en paragraaf 157 van de uitspraak inzake A./Nederland (uitspraak van 20 juli 2010, application no. 4900/06), beide met vermelding van eerdere uitspraken, waaraan toe te voegen de uitspraak inzake Gebramedhin/Frankrijk (uitspraak van 26 april 2007, application no. 25389/05), paragraaf 58.

¹⁷ Zie reeds in deze zin Klass and others, uitspraak van 6 september 1978, Series A no. 28, paragraaf 64, nadien herhaald in onder andere Silver and others/UK, uitspraak van 25 maart 1983, Series A no. 61, paragraaf 113 (a), Leander/Zweden, uitspraak van 26 maart 1987, Series A no. 116, paragraaf 77 (a), de al genoemde uitspraak Conka/België, paragraaf 76, Shamayev and others/Georgië en Rusland, uitspraak van 12 april 2005, application no. 36378/02, paragraaf 444 en A./Nederland, paragraaf 155.

over het hoofd te hebben gezien. Het hof ziet immers in zijn arrest in het geheel niet de vraag onder ogen of krakers wel een 'arguable claim' hebben onder art. 8 EVRM ingeval van een dreigende ontruiming op basis van art. 551a Sv.

- 3.7 Deze laatste vraag - hebben krakers in het kader van een ontruiming die plaatsvindt op basis van art. 551a Sv een 'arguable claim' onder art. 8 EVRM? - is door de wetgever evident ontkennend beantwoord bij de totstandkoming van art. 138a Sr en art. 551a Sv (zie hiervoor in 1.3). Dat antwoord komt niet in strijd met art. 8 lid 2 EVRM, naar de Staat meent. 'Kraken', zoals gedefinieerd in art. 138a Sr en art. 551a Sv (zie hiervoor in 1.1. en 1.2), is per definitie een *onrechtmatige* inbreuk op het recht van de eigenaar. Beide bepalingen elken immers een "wederrechtelijk binnendringen of vertoeven", hetgeen verwijst naar 'zonder (enig) recht jegens de eigenaar'. Van 'kraken' is dus eerst sprake als de betrokken bewoner - in dat geval dan dus 'de kraker' - geen enkel recht en geen enkele aanspraak op bewoning kan doen gelden jegens de rechthebbende van de woning (de eigenaar dus), uit welke hoofde ook.
- Naar de Staat meent, kan - daargelaten nog de overwegingen van openbare orde en openbare veiligheid die bij de totstandkoming van art. 138a Sr en art. 551a Sv mede een rol hebben gespeeld¹⁸ - de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv bij de toetsing aan art. 8 lid 2 EVRM gedragen worden door de bescherming van het recht van de eigenaar, overeenkomstig de eisen van dat artikelid. Het recht van de eigenaar is een recht van een ander als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. De bescherming van dat recht tegen kraken - als gezegd: een onrechtmatige inbreuk op dat recht - kan, naar de Staat meent, zonder meer worden aangemerkt als in een democratische samenleving (rechtsstaat) noodzakelijk ter bescherming van dat recht als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. Vaste rechtspraak van het EHRM is dat van zo'n noodzaak sprake is in het geval van een "pressing social need".¹⁹ Bij de vraag of sprake is van een "pressing social need" komt de nationale staten een zekere beleids- en beoordelingsvrijheid toe (een "margin of appreciation"). Gelet op het feit dat eigendom zonder meer een te beschermen recht betreft - dat door art. 1 Eerste Protocol EVRM zelfs zélf uitdrukkelijk beschermd wordt als een Europees mensenrecht - en gelet op het feit dat 'kraken', als al gezegd, (bij de wettelijke betekenis die dat begrip door de wetgever in art. 138a Sr en art. 551a Sv is gegeven) per definitie een *onrechtmatige*

¹⁸ Zie daarvoor onder andere de memorie van toelichting bij het initiatief wetsvoorstel, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 560, nr. 3.

¹⁹ Vergelijk bijvoorbeeld Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel I, hoofdstuk 4, nr. 50 e.v. en Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Van Dijk a.o., paragraaf 5.2.4. Zie in verband met art. 8 EVRM bijvoorbeeld de hiervoor al genoemde uitspraak inzake Buckley/UK, uitspraak van 29 september 1996, application no. 20348/92, paragraaf 74.

inbreuk op het recht van de eigenaar betreft, heeft de wetgever, naar de Staat meent, zeer wel tot de onderhavige regeling kunnen komen.²⁰

3.8 Het vorenstaande wordt pas anders als enig recht of enige aanspraak op bewoning of gebruik zou bestaan jegens de eigenaar, bijvoorbeeld als sprake zou zijn van een overeenkomst of (enigerlei) toestemming met of van de eigenaar. In dat geval is dan echter geen, of, in elk geval, niet meer zonder meer, sprake van 'kraken' als bedoeld in genoemde bepalingen. Het element van de 'wederrechtelijkheid' zal dan immers ontbreken of niet meer duidelijk genoeg aanwezig zijn. In dat geval zal dan dus ook niet op grond van art. 551a Sv ontruimd kunnen worden.

3.9 Van een 'arguable claim' onder art. 8 EVRM is bij ontruiming ex art. 551a Sv wegens kraken dus in beginsel geen sprake. In het eventuele geval dat wel een 'arguable claim' bestaat, zal een recht of aanspraak bestaan jegens de eigenaar. Zoals hiervoor in 1.5 opgemerkt, wordt, voorafgaand aan een ontruiming, door het OM en de politie steeds eerst naar behoren nagegaan of inderdaad sprake is van kraken. Daarover dient - uiteraard - geen twijfel te bestaan. In de praktijk is het doorgaans volstrekt duidelijk dat van kraken sprake is: de eigenaar doet daarvan aangifte en in de regel valt eenvoudig vast te stellen of betrokkenen inderdaad zonder recht of titel in het gekraakte pand verblijven (als gezegd: als en zolang daarover twijfel bestaat, vindt geen ontruiming door het OM plaats). Dat een pand ten onrechte door het OM als een kraakpand wordt aangemerkt en ontruimd, is in de praktijk dan ook niet voorgekomen.²¹

Zou desalniettemin toch eens een keer een onterechte ontruiming mogen plaatsvinden - door fouten of vergissingen -, dan zal de bewoner eenvoudig kunnen eisen, indien nodig onmiddellijk in kort geding, dat hij weer tot de woning wordt toegelaten. Hij heeft immers in dat geval een recht of aanspraak op gebruik jegens de eigenaar en kan het respecteren daarvan dus in rechte afdwingen.²²

3.10 Kortom: als een 'arguable claim' onder art. 8 EVRM bestaat (en die claim ook daadwerkelijk gegrond is), zijn de gevolgen van een rechtsinbreuk niet onomkeerbaar.

²⁰ Vanuit het perspectief van het EVRM bezien, is de situatie hier niet anders dan als de eigenaar zelf zou ageren. Vergelijk in dit verband de recente uitspraak van het EHRM inzake *Sud Est Réalisations/Frankrijk*, uitspraak van 2 december 2010, application no. 6722/05, EHRC 2011, 24 m.nt. Tjepkema, waarin het EHRM het niet-uitvoeren van de daadwerkelijk ontruiming van een gekraakt kantoorpand in strijd met art. 1 Eerste Protocol EVRM oordeelde.

²¹ En dat zegt wat: ontruiming door het OM vinden sinds ongeveer 1980 met grote regelmaat plaats. Vergelijk bijvoorbeeld de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213, achter 2.19, 2.26 en 2.28/29.

²² Voorts zal hij uiteraard aanspraak kunnen maken op volledige schadevergoeding wegens de - in dat geval - grove inbreuk op zijn rechten.

Op basis van zijn recht of aanspraak zal betrokkene immers in beginsel herstel in oude toestand kunnen verlangen. Een onterechte ontruiming van een kraakpand zal dus, anders dan het in hof in rov. 4.4 van zijn arrest in aanmerking neemt, in beginsel ongedaan gemaakt kunnen worden.

3.11 Uit het vorenstaande volgt dat de gedachtegang van het hof onjuist is. De artt. 8 en 13 EVRM dwingen er niet toe de uitoefening van de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv afhankelijk te stellen van een *voorafgaande* rechterlijke toetsing. Voldoende is dat een (volledige) rechterlijke toetsing mogelijk is (van de vraag of in concreto voldaan is aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM). Waar naar Nederlands recht steeds een kort geding tegen de overheid aanhangig gemaakt kan worden, waarin het optreden van de overheid volledig aan de orde kan worden gesteld (dus ook wat betreft genoemde vraag), is aan die eis voldaan. Ter illustratie zij in dit verband gewezen op de uitspraak van het EHRM in de zaak *Keegan/UK*.²³ Daarin ging het om een huiszoeking bij de verkeerde persoon doordat de politie had verzuimd te controleren of de verdachte nog op het betrokken adres woonde. Het Europese Hof achtte de huiszoeking, hoewel een inbreuk op het huisrecht van de nieuwe bewoners, geheel in overeenstemming met de eisen van art. 8 EVRM, ongeacht of van een rechterlijk huiszoekingsbevel sprake was of van een huiszoeking krachtens de eigen bevoegdheid van de politie naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.²⁴ Slechts in verband met het feit dat de politie verzuimd had om een behoorlijke adrescontrole uit te voeren voorafgaande aan de huiszoeking, oordeelde het Hof dat in kwestie sprake was een inbreuk op art. 8 EVRM.²⁵ Het hof oordeelde dat tevens sprake was van een schending van art. 13 EVRM. Dat was opnieuw niet vanwege het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke toetsing, maar vanwege het feit dat het recht van het Verenigd Koninkrijk slechts aanspraak gaf op schadevergoeding in het geval dat sprake was geweest van kwaad opzet van de betrokken agenten ('malice') en niet ook een vorm van redres mogelijk maakte in het geval dat de inbreuk niet voldeed aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM.²⁶ Ook uit deze uitspraak komt dus het beeld te voorschijn dat het Europese Hof geen voorafgaande rechterlijke toetsing eist, maar alleen dat bij de nationale rechter - eventueel achteraf - een (daadwerkelijke) toetsing aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM mogelijk is.

²³ Uitspraak van 18 juli 2006, application no. 28867/03, EHRC 2006, 119.

²⁴ Vergelijk paragraaf 32 van de uitspraak.

²⁵ Zie paragraaf 32 van de uitspraak: "Het nalaten van de basale stap van het verifiëren van het verband tussen het adres en de verdenking kan niet worden aangemerkt als proportioneel".

²⁶ Zie paragraaf 42 van de uitspraak.

- 3.12 In de gevallen dat het EHRM wel een voorafgaande rechterlijke toetsing eist, gaat het om uitlevering naar een land waarin betrokkene een onmenselijk behandeling staat te wachten, in strijd dus met art. 3 EVRM, waarbij naar zijn aard achteraf geen redres meer mogelijk is en die dus een inbreuk betreft die in die zin onomkeerbaar is.²⁷ Ook in het geval dat het EHRM een voorafgaande rechterlijke toetsing noemt als een *mogelijke* procedurele waarborg in het kader van de beperking van het betrokken mensenrecht, zoals is gebeurd door de Grote Kamer van het EHRM in de door het hof in rov. 4.7 van zijn arrest aangehaalde uitspraak in de zaak *Sanoma/Nederland*, gaat het om een geval in deze trant, waarin na een inbreuk geen daadwerkelijk redres meer mogelijk is, namelijk het schenden van het journalistieke brongehelm (waardoor bekend wordt wat geheim had moeten blijven, met het bekende "chilling effect").²⁸ Bij de ontruiming van kraakpanden is van een geval in deze zin, als al gezegd, geen sprake.

Overigens laat de uitspraak in de zaak *Sanoma/Nederland* opnieuw zien dat volgens het EHRM niet per se een voorafgaande rechterlijke toetsing behoeft te bestaan. Het gaat er in die uitspraak slechts om dat er een voldoende procedurele waarborg bestaat dat de aan de orde zijnde ruime bevoegdheid niet gebruikt wordt (kan en/of zal worden) in gevallen waarin deze niet gebruikt mag worden volgens de regels van het EVRM (het betrof in casu de ruime algemene strafvorderlijke bevoegdheid tot inbeslagneming naar Nederlands recht en, als gezegd, het door art. 10 EVRM beschermde journalistieke brongehelm). Het is in dat verband dat het EHRM in de uitspraak een voorafgaande onafhankelijk toets eist. Bij art. 551a Sv bestaat deze mogelijkheid van 'ongerechtvaardigd gebruik' als zodanig niet, doordat de bevoegdheid van het artikel uitdrukkelijk is beperkt tot het geval dat sprake is van "wederrechtelijk vertoeven" (kraken dus), het geval dus waarin van die bevoegdheid, overeenkomstig de eisen van art. 8 lid 2 EVRM, gebruik gemaakt mag worden.²⁹

- 3.13 Voldoende is dus dat een kort geding kan worden aangespannen waarin de toetsing aan art. 8 lid 2 EVRM aan de orde kan worden gesteld. Zoals hiervoor opgemerkt, pleegt een strafrechtelijke ontruiming alleen plaats te vinden na aangifte van de eigenaar. Desgevraagd geeft de politie informatie over de vraag of aangifte is gedaan en ontruiming wordt overwogen (zie hiervoor in 1.5). Wie meent dat een ontruiming ten onrechte zou plaatsvinden, heeft daardoor de mogelijkheid een kort geding aan te spannen. Uw Raad heeft zich in het verleden al twee keer uitgelaten over de vraag of

²⁷ Zie de hiervoor in 3.6 aangehaalde uitspraken.

²⁸ Uitspraak van 14 september 2010, application no. 38224/03, paragraaf 88-100. Zie voor het feit dat een voorafgaande rechterlijke toets slechts als een mogelijke waarborg wordt genoemd de paragrafen 88 en 90 van de uitspraak.

²⁹ Vergelijk ook Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel 1, hoofdstuk 4, nr. 43/44 en hierna in deze toelichting in 4.8.

de overheid gehouden is de uitkomst van zo'n kort geding af te wachten, namelijk in HR 7 januari 1994, NJ 1997, 183 en HR 11 januari 2002, NJ 2002, 167. De eerste zaak betrof de sloop van een winkelcentrum door een gemeente, de tweede zaak de ontruiming van een kraakpand door het OM. Uw Raad overwoog in het eerste arrest, met een principiële motivering, dat in dit verband niet geabstraheerd kan worden van het antwoord op de vraag of het voorgenomen handelen onrechtmatig is en hoe groot de kans is dat de kort geding rechter een verbod zal uitspreken. Het enkele feit dat de gevolgen van het voorgenomen handelen onomkeerbaar zijn, achtte Uw Raad onvoldoende om genoemde verplichting voor de overheid aan te nemen.³⁰ In het tweede arrest oordeelde Uw Raad dat het oordeel van het hof in die zaak dat de officier van justitie niet de uitkomst van het kort geding behoeft af te wachten, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting, mede gelet op het oordeel van het hof dat de grondslag van de vordering om de ontruiming te verbieden, ondeugdelijk was.³¹

Volgens Uw Raad bestaat dus niet zonder meer de verplichting om een kort geding af te wachten, maar hangt dat mede af van de kans van slagen van de eventuele vordering. Blijkens de overweging in het arrest dat op zichzelf bevorderd dient te worden dat "indien op goede gronden gerede twijfel bestaat ten aanzien van de rechtmatigheid van voorgenomen handelen, (...) een *effectieve* mogelijkheid ter beschikking staat (...) een spoedvoorziening uit te lokken", heeft Uw Raad bij deze rechtspraak mede gelet op art. 13 EVRM.³² Naar de Staat meent, sluit de benadering van Uw Raad goed aan bij de hiervoor in 3.6 al genoemde rechtspraak van het EHRM dat alleen aanspraak bestaat op "effective remedy" als bedoeld in art. 13 EVRM als "an arguable claim" bestaat onder het EVRM. Zoals hiervoor al opgemerkt, is de rechtspraak van het EHRM sedertdien niet gewijzigd en is er dus geen reden voor Uw Raad om terug te komen van zijn arresten uit 1994 en 2002.

- 3.14 Het vorenstaande betekent dat de Staat in beginsel niet verplicht is een kort geding tegen een voorgenomen ontruiming ex art. 551a Sv af te wachten. Als er daadwerkelijk sprake is van een kraakpand, dan kan de ontruiming de toets van art. 8 lid 2 EVRM doorstaan en is deze rechtmatig. Een verplichting een kort geding af te wachten bestaat pas als van de zijde van de bewoner(s) behoorlijke argumenten zouden worden aangevoerd waarom de ontruimingsbevoegdheid in het gegeven geval niet rechtmatig kan worden uitgeoefend. Daarbij valt dan dus met name te denken aan de betwisting van het - uit de aangifte en het onderzoek van de politie blijkende - feit dat geen recht of aanspraak bestaat op gebruik van het betrokken pand.

³⁰ Zie rov. 3.3 van het arrest.

³¹ Zie rov. 3.6 van het arrest.

³² Dat ligt ook bepaald voor de hand, alleen al om de reden dat het eerste arrest is gewezen onder voorzitterschap van Martens, die van 1988 t/m 1996 tevens lid was van het EHRM.

Mocht het OM een kort geding niet willen afwachten dan kan de voorzieningenrechter overigens eventueel de behandeling van het kort geding vervroegen of, vooruitlopende op de behandeling en beslissing, de ontruiming voorlopig verbieden.³³

- 3.15 Mutatis mutandis bestaat, naar de Staat meent, evenmin een verplichting om een kort geding vooraf aan te kondigen. Krakers verblijven onrechtmatig in een kraakpand en art. 551a Sv geeft de bevoegdheid hen te ontruimen. Geëist mag worden, en dat is dan ook de praktijk - de Staat herhaalt dat -, dat het OM en de politie zorgvuldig nagaan of inderdaad sprake is van kraken. Het gaat echter te ver om enkel voor het eventuele geval dat dit onderzoek niet zorgvuldig zou worden uitgevoerd en/of daarbij fouten worden gemaakt de verplichting op te leggen van een voorafgaande aankondiging. Mocht een pand - onverhoopt - ten onrechte worden aangezien voor een kraakpand, dan is de ontruiming onrechtmatig en kan herstel in oude toestand en schadevergoeding worden gevorderd. Voorts kunnen krakers, zoals hiervoor al opgemerkt, zelf bij de politie navraag doen of aangifte van kraken is gedaan en ontruiming wordt overwogen.

Overigens zij opgemerkt dat in de praktijk een ontruiming nogal eens wordt aangekondigd (met name in Amsterdam was dat in het verleden in de regel het geval). Het OM wil echter de mogelijkheid hebben om in voorkomend geval - ter voorkoming van rellen, om krakers aan te kunnen houden en meer van dergelijke redenen - zonder aankondiging te kunnen ontruimen. Overigens vonden aankondigingen van ontruimingen in het verleden niet plaats op de formele wijze die het hof thans kennelijk bij zijn oordeel voor ogen staat. In de regel ging een agent bij het kraakpand langs met de mededeling dat aangifte gedaan was en dat ontruiming zou volgen.

- 3.16 Naar de Staat meent, is de bestreden opvatting van het hof dus in al zijn onderdelen onjuist.
- 3.17 Bij het vorenstaande komt nog dat in dit geval door betrokkenen, c.s. dus, in het geheel niet aan hun vordering ten grondslag is gelegd dat van kraken in hun geval geen sprake zou zijn of dat hun een recht toekomt op bewoning of gebruik van het kraakpand waarin zij zeggen te wonen. In dit geval is dus een (mogelijke) schending van art. 8 EVRM in het geheel niet aan de orde gesteld en is er dus geen reden voor rechtsbescherming (met uitzondering van het in 2.5 genoemde geval van oorspronkelijk eiser Beersma, die in hoger beroep alsnog heeft aangevoerd dat hij

³³ Als gezegd: de Staat lijkt dit allemaal nogal theoretisch, nu in de praktijk weinig onduidelijkheid pleegt te bestaan met betrekking tot de vraag of sprake is van kraken.

toestemming heeft van de eigenaar van het pand waar hij woont - wat inderdaad zo bleek te zijn - die dus niet ontruimd zal worden en die dan ook inmiddels geen partij meer is in deze procedure).

Hier komt bovendien dan nog bij dat c.s. hun zaak in deze procedure in twee instanties aan de rechter hebben kunnen voorleggen en de toetsing die volgens hen zou hebben moeten plaatsvinden, dus in twee instanties hebben kunnen laten uitvoeren. Het hof overweegt hieromtrent - voor zover hier, na het vorenstaande nog van belang, en slechts inhoudelijk weergegeven - dat deze procedure, naar het begrijpt, een proefprocedure is, waarin het enkel zou gaan om de vraag of de regeling van art. 551a Sv voldoet aan de eisen van de artt. 8 en 13 EVRM en dat de vraag of ontruiming in het geval Vlasblom terecht is, dus niet aan de orde zou zijn.

Dat het - onderhand - *de facto* inderdaad om een proefprocedure gaat, kan de Staat - inmiddels - niet (meer) ontkennen. Door hem is echter nimmer een afspraak gemaakt dat het in dit geding enkel zou gaan om genoemde vraag en niet aan de orde zou zijn Vlasblom c.s. thans ontruimd zouden kunnen worden. Dat is in dit geding ook niet op behoorlijke wijze gesteld of gebleken. Integendeel, de Staat heeft er juist uitdrukkelijk op gewezen dat dit geding, wat hem betreft, de enige gelegenheid voor c.s. is om hun standpunt naar voren te brengen met betrekking tot de door hen bewoonde kraakpanden. Zie de pleitnotities van de advocaat van de Staat in feltelijk instanties, Mr Ten Broeke, achter 4.3.:

"Afwijzing van de primaire vordering in deze kort gedingen maakt de weg vrij voor ontruiming van de panden die het vandaag betreft. Er bestaat geen grond om de Staat - bij afwijzing van de vordering - niettemin te verbieden tot ontruiming over te gaan, bijvoorbeeld totdat nog een keer een kort geding is gevoerd naar aanleiding van een concrete aanzegging van de ontruiming. Eisers lijken dat te bedoelen in hun petitum. Eisers hebben vandaag hun *day in court* en er is geen reden om dit kort geding nog eens over te doen als - bij wijze van spreken - de ME op de stoep staat."

- 3.18 Al het vorenstaande wordt in het middel van de Staat aan de orde gesteld. De klachten daarvan mogen na het vorenstaande voor zich spreken.³⁴
- 3.19 Naar aanleiding van het arrest van het hof heeft het College van procureurs-generaal, het hoogste orgaan van het OM, beleidsregels uitgevaardigd in de zin zoals het hof die

³⁴ Opgemerkt zij nog dat in subonderdeel 1b abusievelijk een aantal keren naar art. 8 lid 2 EVRM wordt verwezen waar bedoeld is te verwijzen naar art. 8 EVRM (als geheel). Dat gebeurt bijvoorbeeld al in de eerste twee zinnen van het subonderdeel. Uit de context van het onderdeel moge duidelijk zijn naar welke onderdelen van het artikel bedoeld is te verwijzen.

in zijn arrest eist, teneinde, in afwachting van het arrest van Uw Raad in deze zaak, door te kunnen gaan met de ontruiming van kraakpanden. Deze door het College vastgestelde regels houden in dat een ontruiming schriftelijk wordt aangekondigd op een termijn van maximaal acht weken, bij voorkeur met vermelding van de ontruimingsdatum. De krakers wordt een termijn gelaten van zeven dagen om een kort geding aan te spannen. De uitkomst van het kort geding wordt afgewacht (alleen de eerste aanleg). In een viertal nauwkeurig in de regels omschreven gevallen wordt afgeweken van het beleid en kan onaangekondigd ontruiming plaatsvinden, bijvoorbeeld als sprake is van huisvredebreuk in de zin van art. 138 Sr (dus het kraken van een bij een ander in gebruik zijnde woning of bedrijfsruimte).³⁵

- 3.20 Het OM heeft er bezwaar tegen aan regels als deze gebonden te zijn. Zij werken, zoals hiervoor al opgemerkt, belemmerend en vertragend op een slagvaardig ontruimingsbeleid. Het OM acht het niet wenselijk dat het *verplicht* zou zijn om steeds op voorhand een ontruiming aan te kondigen en om steeds de uitkomst van een kort geding te moeten afwachten (ook ongeacht op welke termijn het kort geding wordt geïntimeerd en op welke termijn uitspraak wordt gedaan). Naar het OM meent, bestaat, zoals hiervoor betoogd, onvoldoende grond voor de formele regels die het hof heeft geëist. Het OM wijst er in dit verband nog op dat op dit moment sprake is van een zeer groot aantal kort gedingen tegen voorgenomen ontruimingen van kraakpanden. Het aanspannen van een kort geding heeft voor krakers in de huidige situatie alleen al zin in verband met de extra tijd die daarmee wordt gewonnen.

4 Bespreking middel c.s.

- 4.1 Het incidentele cassatiemiddel van c.s. bevat vier onderdelen, die ieder op hun beurt zijn onderverdeeld in diverse subonderdelen. Zoals hiervoor al opgemerkt, bevatten de onderdelen een herhaling van vier door c.s. in feitelijke instanties al ingenomen standpunten, die hiervoor in 1.7 al zijn vermeld en die de voorzieningenrechter en hof beide hebben verworpen in feitelijke instanties. De onderdelen/standpunten worden hierna besproken in de volgorde van het middel en het arrest van het hof.

Onderdeel 1

- 4.2 Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen de verwerping door het hof in rov. 2 van zijn arrest van het standpunt van c.s. dat de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv eerst bestaat als de strafrechter bewezen heeft verklaard dat het verblijf

³⁵ De beleidsregels zijn gepubliceerd in Staatscourant 2010, nr. 19500.

in het betrokken onroerend goed wederrechtelijk is. Het onderdeel richt zijn pijlen in de eerste plaats op de overweging van het hof dat de ontruimingsbevoegdheid reeds bestaat bij een verdenking van kraken (welke overweging het hof herhaalt in rov. 3.2, welke dan ook mede door het onderdeel wordt aangevallen). Hiernaast betoogt het onderdeel (in 1.2 slot en in 1.3) dat de wederrechtelijkheid van art. 551a Sv slechts door de strafrechter vastgesteld zou kunnen worden.

- 4.3 Het onderdeel faalt. Zoals hiervoor in 1.2 en 1.3 al opgemerkt, is met de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv beoogd de voorheen bestaande ontruimingspraktijk te continueren.³⁶ Die praktijk was gebaseerd op art. 2 Politiewet 1993 en art. 124 RO en de daarin te lezen bevoegdheid van OM en politie om aan strafbare feiten een einde te maken. Die bevoegdheid veronderstelt dat met een grote mate van zekerheid vaststaat dat van een toestand sprake is die als een strafbaar feit kan worden aangemerkt.³⁷ In de kort gedingen die tegen ontruimingen werden aangespannen ging het zonder uitzondering over de vraag of van die toestand sprake was (met name - als de ontruiming op art. 429sexies Sr berustte - of het betrokken pand korter dan een jaar leegstond dan wel - als de ontruiming op art. 138 Sr berustte - of de woning nog bij een ander in gebruik was). Een veroordeling door de strafrechter was en is bij die bevoegdheid niet nodig omdat het om een eigen bevoegdheid van OM en politie gaat, die niet afhankelijk is van een veroordeling door de strafrechter. De burgerlijke rechter kan en kan toetsen of aan de eisen voor het uitoefenen van die bevoegdheid is voldaan.

Deze zelfde bevoegdheid is beoogd in het leven te roepen met art. 551a Sv. Voor de uitoefening ervan is blijkens de wettekst slechts vereist dat betrokkene wederrechtelijk in het betrokken onroerend goed verblijft. Net zo min als de bevoegdheid van de politie om in het kader van de daadwerkelijke handhaving van de strafrechtelijke rechtsorde ex art. 2 Politiewet een einde te maken aan strafbare feiten, is de uitoefening van de bevoegdheid van art. 551a Sv afhankelijk gesteld van een voorafgaande veroordeling door de strafrechter. Of voldaan is aan de eisen van het artikel (het wederrechtelijke vertoeven in het onroerend goed) kan naar de bedoeling van de wetgever getoetst worden door de kort geding rechter, net als voorheen.³⁸ Geen rechtsregel schrijft tot slot voor dat de "wederrechtelijkheid" die in dit verband is vereist, alleen zou kunnen worden getoetst door de strafrechter in het kader van een

³⁶ Zie de Tweede nota van wijziging bij het initiatief voorstel waarbij het oorspronkelijke artikel is voorgesteld, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 560, nr. 9, ook aangehaald in HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213, rov. 3.3.2.

³⁷ Zie over genoemde bevoegdheid het overzicht in de conclusie P-G voor HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213, achter 2.4 t/m 2.15.

³⁸ Vergelijk bijvoorbeeld uitdrukkelijk de Memorie van antwoord aan de Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 560, C, p. 21, derde volle alinea.

strafvervolgning. Het begrip "wederrechtelijk" is synoniem met onrechtmatig en laat zich uitstekend beoordelen door de burgerlijke rechter, eventueel in kort geding.

- 4.4 Wat betreft de klacht dat de enkele verdenking van overtreding van art. 138, 138a of 139 Sr in dit verband niet volstaat, refereert de Staat zich aan het oordeel van Uw Raad. De tekst van art. 551a Sv eist inderdaad voor ontruiming dat sprake is van wederrechtelijkheid en niet dat (slechts) sprake is genoemde verdenking. In de praktijk staat de wederrechtelijkheid echter steeds vast bij ontruiming en vormt bovendien uitgangspunt dat hierover geen twijfel dient te bestaan (zie hiervoor in 3.9). Hiervoor en in het middel van de Staat is er dan ook van uitgegaan dat de wederrechtelijkheid vast dient te staan. In de praktijk, ook vóór 2009 onder het 'oude recht' - en ook in de stukken van de Staat - wordt soms echter wel gesproken van enkel een verdenking, zoals in dit geval ook door voorzieningenrechter en hof is gebeurd. Soms is dat een kwestie van onvast taalgebruik, soms van de gedachte dat een verdenking al genoeg is.

Wat betreft de Staat kan echter de hierop gerichte klacht van het onderdeel, indien inhoudelijk gegrond, niet tot cassatie leiden. De bestreden overweging van het hof is immers niet in enig opzicht dragend voor diens beslissing. Uw Raad kan die overweging dan ook verbeterd lezen of verbeteren zonder het arrest van het hof te vernietigen.

Onderdeel 2

- 4.5 Onderdeel 2 keert zich tegen de verwerping door het Hof in rov. 3.2 van zijn arrest van het standpunt van c.s. dat de Staat de 'margin of appreciation' die hem bij de beoordeling ex art. 8 lid 2 EVRM toekomt, heeft overschreden omdat de wet (art. 551a Sv) zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen. Het onderdeel stelt tevens - buiten het gebied van de desbetreffende appelgrief van e.s. die voor het hof (en de Staat) de grens van de rechtsstrijd in appel heeft gevormd - andere aspecten aan de orde van de toetsing van art. 551a Sv aan art. 8 lid 2 EVRM. Volgens het onderdeel voldoet de bevoegdheid van het artikel, kort gezegd, op geen van die aspecten aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM.
- 4.6 Ook dit onderdeel is ongegrond. Hiervoor in 3.7 werd al ingegaan op de eisen van art. 8 lid 2 EVRM dat de beperking van het recht van dat artikel een legitiem doel dient (in dit geval dus de bescherming van het recht van de eigenaar) en dat de wetgever heeft kunnen oordelen dat sprake is van een "pressing sociaal need" (een 'dringende maatschappelijk behoefte', zoals de vertaling van deze term doorgaans luidt) om tot de onderhavige regeling te komen. Aan beide eisen is voldaan, zoals hiervoor in 3.7 al aangevoerd. Het betoog in dit verband in 2.2 tweede alinea van het onderdeel - dat het bij kraken maar om een 'klein stukje' van het eigendomsrecht zou gaan - ziet eraan voorbij dat het gebruik en het genot van het goed een van de belangrijkste aspecten van het eigendomsrecht betreft (en kraken dan ook een grote inbreuk op dat

recht betreft, die de kern daarvan raakt). Het in 2.2 derde alinea van het onderdeel ingeroepen feit dat er in sommige grote steden een tekort is aan sociale huurwoningen (door de grote vraag die daarnaar in die steden bestaat en/of het zogeheten gebrek aan doorstroming van de bewoners daarvan), kan niet rechtvaardigen dat eigenmachtig en naar willekeur in dat tekort wordt voorzien door willekeurige particulieren.

Anders dan c.s. willen - en anders dan krakers op dit moment in de diverse kort gedingen die tegen de Staat worden aangespannen, steeds willen - staat het huisrecht van de kraker ook niet min of meer op gelijke hoogte met het recht van de eigenaar. Het huisrecht beschermt slechts tegen willekeurige inbreuken, zoals het binnentreden van de woning tegen de wil van de bewoner, zonder dat daarvoor een toereikende wettelijke grondslag bestaat. De eigenaar kan er echter in beginsel zonder meer aanspraak op maken dat krakers zijn pand verlaten en hij kan dat op de in de wet aangegeven wijze afdwingen met behulp van de sterke arm.³⁹ Art. 551a Sv beoogt enkel en alleen een extra bescherming voor de eigenaar te zijn.

- 4.7 Het EHRM pleegt bij beperkingen op de rechten van het EVRM te eisen dat deze voldoende kenbaar, voorzienbaar en nauwkeurig omschreven zijn. Daarbij gaat het in wezen om wat in Nederland pleegt te worden aangeduid als het beginsel van formele en materiële rechtszekerheid.⁴⁰ Naar de Staat meent, voldoet art. 551a Sv ook zonder meer aan deze eisen, zoals het hof ook heeft geoordeeld in rov. 3.2 van zijn arrest. De bevoegdheid tot ontruiming bestaat immers slechts bij 'kraken', dat wil zeggen het 'wederrechtelijk vertoeven', oftewel het zonder recht of titel, en dus onrechtmatig, verblijven in een onroerend goed. Wanneer voor ontruiming valt te vrezen is dus volstrekt duidelijk en blijkens de omschrijving van het artikel (alleen bij 'wederrechtelijk vertoeven') bestaat die bevoegdheid alleen, en kan deze dus alleen uitgeoefend worden, in het specifieke geval waarvoor die bevoegdheid is gegeven en waarin die uitoefening ook overeenkomstig art. 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd is. Ook het betoog in 2.3 van het onderdeel is dus ongegrond.
- 4.8 Doordat de bevoegdheid van art. 551a Sv zeer specifiek is omschreven (zij kan en mag alleen worden uitgeoefend bij 'wederrechtelijk vertoeven') is aan specifieke procedurele waarborgen geen behoefte bij het artikel. Dergelijke waarborgen hebben immers als functie te voorkomen dat niet een ruimer gebruik wordt gemaakt van de

³⁹ Zie in deze zin ook A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 9 oktober 2009, NJ 2009, 213, achter 3.14 slot.

⁴⁰ Zie reeds EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. EAA (Sunday Times), sedertdien vele malen herhaald. Vergelijk Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel 1, hoofdstuk 4, nr. 37-44, en Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Van Dijk a.o., paragraaf 5.2.2.

bevoegdheid dan gerechtvaardigd wordt door het (overeenkomstig het EVRM) toegestane doel ervan.⁴¹ Overigens kan steeds een kort geding worden aangespannen tegen de uitoefening van de bevoegdheid van art. 551a Sv. In die context kan, indien nodig (maar dat doet zich bij kraken niet voor), een belangenafweging plaatsvinden op individueel niveau om te bezien of ook op dat niveau aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM is voldaan. Dat kwam hiervoor in 3.9 tot en met 3.15 al aan de orde. Anders dan het onderdeel achter 2.5 wil, gaat het bij die afweging niet om een open afweging van de belangen van eigenaar en kraker (de eigenaar heeft er immers in beginsel zonder meer recht op dat de krakers zijn pand verlaten). Ook de subonderdelen 2.4 en 2.5 van het middel gaan dus niet op.

- 4.9 Uit het vorenstaande volgt dat hetzelfde geldt voor de klachten van subonderdeel 2.6, die een herhaling vormen van hetgeen eerder in het onderdeel is aangevoerd.

Onderdeel 3

- 4.10 Het derde onderdeel van het middel van Vlasblom c.s. keert zich tegen de verwerping door het hof in rov. 4.9 en 4.10 van zijn arrest van hun standpunt dat de rechtsbescherming die krakers zouden kunnen ontlenen aan een door hen aan te spannen kort geding onvoldoende is omdat (a) het kort geding slechts een beperkte bescherming biedt (omdat daarin alleen een voorlopig oordeel kan worden gegeven en het daarom geen effectief rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM betreft) en (b) de eis dat de krakers een kort geding aanspannen, op gespannen voet staat met het non-incriminatiebeginsel en de onschuldpresumptie.
- 4.11 Ook dit onderdeel faalt. Het hof heeft terecht, en op juiste gronden, in rov. 4.9 van zijn arrest overwogen dat het kort geding een effectief rechtsmiddel als bedoeld in art. 13 EVRM oplevert.⁴² Uit de in 3.1 van het onderdeel aangehaalde uitspraken van het EHRM volgt niet iets anders. In de daar genoemde uitspraak in de zaak X/UK ging het om een detentie die in de gevolgde speedprocedure ('habeas corpus proceedings') niet volledig op zijn merites kon worden getoetst en daarom niet in overeenstemming met

41 Zie de al genoemde uitspraak in de zaak Sanoma/Nederland, paragraaf 88-100, en hetgeen daarover hiervoor in 3.12 tweede alinea werd opgemerkt. Zie meer uitvoerig Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel 1, hoofdstuk 4, nr. 43/44 met vermelding van meer voorbeelden waaronder de door Vlasblom c.s. genoemde uitspraak in de zaak van Malone/UK, van 2 augustus 1984, Series A, vol. 82 ("adequate rechtsbescherming tegen willekeurige inmenging"). Zie voor een ander voorbeeld EVRM 16 april 2002, application nr. 37971/97, NJ 2003, 452.

42 Vergelijk Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel 2, Volume II, art. 13 EVRM, nr. 30 e.v. en 50 e.v., en Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Van Dijk a.o., paragrafen 32.4 en 32.5.4. Vergelijk ook het door het hof aangehaalde HR 19 februari 1993, NJ 1993, 624 (toetsing aan art. 8 EVRM in kort geding). Anders dan het hof overweegt in rov. 4.9, is overigens niet vereist dat het rechtsmiddel de schending kan voorkomen, maar slechts dat herstel kan worden geboden ('appropriate relief', eventueel in de vorm van schadevergoeding). Vergelijk Vande Lanotte en Haeck t.a.p.

art. 5 EVRM was.⁴³ Een heel ander geval dus, waarin de uitspraak geen betrekking heeft op art. 13 EVRM of het kort geding. In de voorts in het onderdeel genoemde uitspraak in de zaak Moura Carreira e.a./Portugal gaat het om een niet-ontvankelijkverklaring van een klacht door het EHRM.⁴⁴ In de motivering ervan wordt overwogen dat, volgens vaste rechtspraak van het Hof, art. 6 EVRM niet van toepassing is op "proceedings for interim relief". Ook deze beslissing bevat dus geen oordeel over art. 13 EVRM. Ook de uitspraak Sanoma/Nederland, waarop hiervoor al werd ingegaan, bevat geen uitspraak over het kort geding of over art. 13 EVRM.

- 4.12 Achter 3.2 klaagt het onderdeel dat het hof niet is ingegaan op de stelling van c.s. dat de verwijdering van voorwerpen waarin art. 551a Sv voorziet bij een ontruiming van een kraakpand in strijd komt met art. 1 Eerste Protocol EVRM. Het subonderdeel vermeldt echter niet waar deze stelling is aangevoerd, zodat het niet voldoet aan de eisen die aan een cassatieklacht zijn te stellen. Overigens valt bedoelde strijd niet in te zien. Wie zonder toestemming zijn eigendommen achter laat in het onroerend goed van een ander, kan zich er immers niet over beklagen dat deze verwijderd worden. Overigens wordt door OM en politie zorgvuldig met verwijderde voorwerpen omgegaan. Deze worden opgeslagen en gedurende enige tijd bewaard voor de rechthebbende.⁴⁵
- 4.13 Terecht heeft het hof ook het beroep op het non-incriminatiebeginsel en de onschuldpresumptie verworpen. Zoals hiervoor in 4.3 al opgemerkt, is de inzet van een kort geding tegen een ontruiming op basis van art. 551a Sv of voldaan is aan de eis van dat artikel dat sprake is van "wederrechtelijk vertoeven". Over de vraag of sprake is van de misdrijven van art. 138, 138a of 139 Sr wordt in een kort geding geen uitspraak gedaan. Het antwoord op die vraag is, zoals hiervoor in 4.3 al opgemerkt, voor de uitoefening van de bevoegdheid van art. 551a Sv niet relevant. Net zo min als de toewijzing van een revindicatieactie het antwoord impliceert op de vraag of sprake is van een strafbare diefstal als bedoeld in art. 310 Sr, betekent de afwijzing van een kort geding vordering tegen een ontruiming op basis van art. 551a Sv dan ook dat zonder meer sprake zou zijn van strafbaarheid op grond van art. 138, 138a of 139 Sr. Het non-incriminatiebeginsel en de onschuldpresumptie zijn dus, anders dan in 3.1 en 3.3 van het onderdeel wordt betoogd, niet in het geding.

43 Uitspraak van 5 november 1981, application no. 7215/75, paragraaf 57.

44 Beslissing van 6 juli 2000, application no. 41237/98.

45 Het is dan ook de vraag of überhaupt van een inbreuk op de eigendom gesproken kan worden. Zo ja, dan wordt ook deze zonder meer gerechtvaardigd door het recht van de eigenaar van het onroerend goed.

- 4.14 Achter 3.4 en 3.5 klaagt het onderdeel dat het hof voldoende heeft geoordeeld dat regels ter zake van de uitoefening van de bevoegdheid van art. 551a Sv worden neergelegd in beleidsregels. Volgens het onderdeel zou een en ander in de wet moeten worden geregeld.

Ook deze klacht faalt. Daargelaten dat, zoals in het principaal cassatieberoep betoogd, in het geheel geen nadere regels nodig zijn, geldt dat het EHRM uitgaat van een ruim begrip 'wet'. Aan te nemen valt dat beleidsregels, waaraan naar Nederlands recht zonder meer gebondenheid bestaat voor het bestuur (vergelijk art. 4:84 Awb dat een uitwerking vormt van zowel het gelijkheids- als het vertrouwensbeginsel), voldoende zijn in dit verband.⁴⁶

- 4.15 Subonderdeel 3.6 bouwt voort op de voorafgaande klachten van het onderdeel en moet tot daarvan dus delen.

Onderdeel 4

- 4.16 Het vierde en laatste onderdeel van het middel van c.s. stelt tot slot opnieuw hun standpunt aan de orde dat sprake zou zijn van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht, die niet tot ontruiming kan leiden, nu de Wet kraken en leegstand onmiddellijke werking is gegeven en dus ook geldt en kan worden toegepast op krakers die voor 1 oktober 2010 hun woning gekraakt hebben, zoals - naar hun eigen zeggen - c.s.
- 4.17 Ook dit onderdeel faalt. Ook hier valt er weer op te wijzen dat voor uitoefening van de bevoegdheid van art. 551a Sv voldoende is dat sprake is van een "wederrechtelijk vertoeven". Dat geldt vanaf 1 oktober 2010. Van terugwerkende kracht is dus geen sprake. Evenmin kan worden gezegd - maar daar klaagt het onderdeel niet over - dat sprake is een aantasting van de rechtszekerheid van betrokkenen. Voor 1 oktober 2010 had de kraker immers al te vrezen voor ontruiming door de eigenaar. Art. 551a Sv is, als al gezegd, alleen een extra bescherming voor de eigenaar in gevallen dat duidelijk geen enkel recht op gebruik van het onroerend goed bestaat.
- 4.18 Overigens zij voor de goede orde nog opgemerkt dat van een strafbaarstelling met terugwerkende kracht evenmin sprake is. De ingevoerde strafbaarstelling heeft slechts onmiddellijke werking. Van een de facto terugwerkende kracht zoals aan de orde in de uitspraak van EHRM in de zaak Veeber/Estland is evenmin sprake.⁴⁷ Krakers hebben immers alle tijd en gelegenheid gehad voor 1 oktober 2010 door hen bewoonde

⁴⁶ Zie opnieuw reeds EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. EAA (Sunday Times). Vergelijk overigens Vande Lanotte en Haack, Handboek EVRM, Deel 1, hoofdstuk 4, nr. 38, met vermelding van latere uitspraken.
⁴⁷ Uitspraak van 21 januari 2003, application no. 45771/99.

kraakpanden te verlaten.⁴⁸ Zij zijn enkel en alleen strafbaar voor zover zij na die datum genoemde artikelen overtreden. De periode ervoor wordt niet op een of andere manier meegenomen, zoals in de zaak Veeber/Estland.

5 Hof Amsterdam 1 maart 2011

- 5.1 Vlak voor deze schriftelijke toelichting gegeven werd, heeft het Gerechtshof Amsterdam zich op 1 maart 2011 ook uitgesproken over art. 551a Sv.⁴⁹ Dit hof is weer een andere richting ingeslagen dan het hof Den Haag in deze zaak.⁵⁰ Dit hof heeft geoordeeld dat het huisrecht van de krakers meebrengt dat zij er tijdig van op de hoogte moeten worden gesteld dat zij het gekraakte moeten ontruimen, opdat zij tijdig maatregelen terzake kunnen nemen, en dat ook uit het recht op eigendom van art. 1 Eerste Protocol EVRM voortvloeit dat zij zelf in de gelegenheid moeten worden gesteld om hun eigendommen te verwijderen uit het gekraakte. Volgens het hof moet dit deugdelijk in regels zijn vastgelegd. Hoewel in het voorgelegde geval de ontruiming op voorhand was aangekondigd - reeds op 29 september 2010 - acht het hof in verband met het ontbreken van die regels ten tijde van die aankondiging de ontruiming onrechtmatig. Over hetgeen geldt sedert de bekendmaking van de hiervoor in 3.19 genoemde beleidsregels, heeft het hof zich niet willen uitlaten.⁵¹

- 5.2 Naar de Staat meent, is ook het oordeel van hof Amsterdam niet juist. Het hof maakt van het huisrecht van de kraker een recht dat weliswaar zonder meer voor het eigendomsrecht van de eigenaar moet wijken, maar wel aanspraak geeft op een voldoende ontruimingstermijn, met wat daarbij hoort. Het hof heeft hier kennelijk gedacht aan hetgeen in het algemeen in het huurrecht geldt na beëindiging van de huur, namelijk dat de gewezen huurder een termijn moet worden gelaten om het gehuurde te verlaten.

Kraken valt echter niet gelijk te stellen met huur of en andere gebruiksovereenkomst. Zoals hiervoor al diverse malen opgemerkt, betreft kraken juist ab initio een onrechtmatige inbreuk op het recht van de eigenaar, die deze in beginsel in het geheel niet behoeft te dulden. Degene die de inbreuk maakt, zal er dan

⁴⁸ Aan de wet Kraken en leegstand is als bekend veel publiciteit besteed. Zij is op 24 juli 2010 vastgesteld en in augustus 2010 in het Staatsblad geplaatst. Diezelfde maand is ook het inwerkingtredingsbesluit in het Staatsblad geplaatst. Zie Stb. 2010, nrs. 320 en 321.

⁴⁹ Gerechtshof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BP6209, hoger beroep van Pres. Rb Amsterdam 22 oktober 2010, RJJF 2010, 443, LJN BO1553.

⁵⁰ Zie reeds aldus het persbericht dat dit hof op dezelfde datum heeft geplaatst op de actualiteitenpagina van www.rechtspraak.nl. Vergelijk ook uitdrukkelijk rov. 3.8 van het Amsterdamse arrest.

⁵¹ Zie voor een en ander rov. 2.1 sub (iv) en rov. 3.4.4 t/m 3.6.2 van het arrest.

ook rekening mee hebben te houden dat onmiddellijk een einde aan die inbreuk kan worden gemaakt. Dat is nu eenmaal, kan men zeggen, het risico van kraken.

- 5.3 Over het vorenstaande valt wellicht anders te denken in het geval - en dat is misschien ook het geval waar het hof aan heeft gedacht bij zijn oordeel - dat het kraken al lange tijd gedoogd is door de eigenaar (in de praktijk veelal omdat hij nog geen nieuwe bestemming voor het pand heeft en voorlopig ook niet denkt te hebben). Een dergelijk geval begint te lijken op het geval dat er wel sprake is (geweest) van een overeenkomst. Door geen actie te ondernemen brengt de eigenaar de kraker immers na verloop van de tijd in de waan dat vooralsnog geen ontruiming plaatsvindt. Deze zal er dan ook in de praktijk niet altijd meer rekening mee houden dat een ontruiming onmiddellijk kan plaatsvinden.

In dit laatste geval zal echter niet zo snel een ontruiming door het OM plaatsvinden. Als de eigenaar zelf geen actie onderneemt, is een optreden door het OM en de politie immers weinig opportuun. Mocht in een dergelijk situatie toch tot ontruiming worden overgegaan, dan kan, naar de Staat meent, een redelijk beleid meebrengen dat de ontruiming tijdig wordt aangekondigd. In zoverre kan de Staat het dus wel met het Amsterdamse hof eens zijn.⁵² Naar de Staat meent, is er echter geen grond om te eisen dat dit redelijke beleid, dat enkel geldt voor het hier bedoelde specifieke soort van geval, op voorhand schriftelijk is vastgelegd, zoals het Amsterdamse hof in navolging van het Haagse hof heeft gedaan, laat staan om het OM in verband hiermee *in het geheel* niet meer tot ontruiming bevoegd te oordelen, dus ook niet in het bijvoorbeeld evidente geval dat het betrokken pand nog maar net gekraakt is en dat het de bedoeling is om de krakers tevens aan te houden ter vervolging.

- 5.4 Het hof verwijst als gezegd voor zijn oordeel naar art. 8 EVRM en art. 1 Eerste Protocol EVRM. In die artikelen en in de rechtspraak daarop van het EHRM vindt het oordeel van het hof echter geen steun, zoals hiervoor al bleek. Verwezen zij naar hetgeen hiervoor al werd opgemerkt in 3.7 tot en met 3.17 en 4.6 tot en met 4.8 (met betrekking tot art. 8 EVRM) en in 4.12 (met betrekking tot art. 1 Eerste Protocol EVRM).

- 5.5 Overigens zij er nog op geattendeerd dat het hof in zijn arrest uitdrukkelijk vaststelt dat in de praktijk bij een ontruiming inderdaad, zoals hiervoor in 4.12 opgemerkt,

⁵² Als de eigenaar zelf ontruiming zou vorderen, zal de rechter de kraker in een dergelijk geval waarschijnlijk ook een termijn voor ontruiming laten.

zorgvuldig met de verwijderde eigendommen wordt omgegaan door het OM en de politie.⁵³

6 Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 2 maart 2011

- 6.1 Voor de goede orde wordt in deze toelichting tevens nog ingegaan op een tevens vlak voor de datum van deze schriftelijke toelichting gewezen vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 2 maart 2011, LJN BP6243. Hierin is een ontruiming verboden omdat het OM en de politie onvoldoende onderzoek zouden hebben gedaan naar de wederrechtelijkheid van het verblijf van betrokkene in het betrokken pand.

- 6.2 De Staat hecht eraan op te merken dat in de zaak van deze uitspraak wel degelijk voldoende onderzoek heeft plaatsgevonden. Wat er in deze zaak is gebeurd, is dat van de zijde van de eiser bij de mondeling behandeling van het kort geding is aangevoerd dat de eigenaar (de gemeente), die aangifte gedaan had van kraken, inmiddels zou hebben ingestemd met het verblijf van betrokkene in het pand dat door hem - naar vaststond - was gekraakt, in verband met de slechte staat waarin dat pand bleek te verkeren en het feit dat de beoogde gebruiker van het pand inmiddels in verband met die slechte staat zou zijn afgehaakt. Deze - eerst op de zitting - aangevoerde stelling is door de Staat bij gebrek aan wetenschap ontkend (de aangifte was niet ingetrokken). Kennelijk - heel begrijpelijk is het wat betreft de Staat niet - heeft de voorzieningenrechter daarom geconcludeerd dat onvoldoende onderzoek was gedaan.

Inmiddels is echter gebleken dat de eigenaar in het geheel niet alsnog toestemming heeft gegeven voor het verblijf in het pand en dat de beoogde gebruiker ook in het geheel niet is afgehaakt. De Staat zal dan ook op korte termijn de ontruiming van het pand opnieuw aanzeggen.

- 6.3 Kennelijk is de proceshouding van de betrokken eiser ingegeven door het feit dat het betwisten van de wederrechtelijkheid onder art. 551a Sv de enige mogelijkheid is om aan ontruiming te ontkomen.

7 De uitspraak door Uw Raad

- 7.1 Zoals hiervoor in 3.20 opgemerkt, is er op dit moment sprake van een groot aantal kort gedingen tegen ontruiming. Dat vreesde de Staat al en daarom is zijnerzijds in

⁵³ Zie rov. 3.5.3 van het arrest van het hof.

november al om een spoedbehandeling verzocht. Dat verzoek heeft Uw Raad (gelukkig) ingewilligd, ondanks het (felle) verzet daartegen van Vlasblom c.s.

7.2 In bedoelde kort gedingen worden telkens zowel dezelfde als weer nieuwe vragen opgeworpen van de zijde van de krakers. Vermoedelijk zal in volgende kort gedingen ook een beroep worden gedaan op het juist genoemde arrest van het hof Amsterdam van 1 maart 2011. Voorts zal vermoedelijk worden betoogd - mede nu het hof Amsterdam zich daarover niet heeft willen uitlaten in genoemd arrest - dat de hiervoor in 3.19 genoemde beleidsregels van het OM niet door de beugel kunnen.

7.3 Gelet op het vorenstaande verzoekt de Staat Uw Raad om in het door hem te wijzen arrest zoveel mogelijk duidelijkheid te scheppen omtrent de bevoegdheid van art. 551a Sv, opdat verdere procedures, zoveel als mogelijk is, worden voorkomen.

8 Conclusie

De Staat handhaaft zijn reeds bij dagvaarding geformuleerde eis tot vernietiging van het bestreden arrest in het principale cassatieberoep en zijn reeds bij antwoord in het incidentele beroep bereikte conclusie tot verwerping van dat beroep.

Bijlage

Aangehaalde jurisprudentie

EHRM 2 december 2010 inzake Sud Est Réalisations/Frankrijk, application no. 6722/05, EHRC 2011, 24 m.nt. Tjepkema;
 EHRM 21 september 2010 inzake Kay and others/UK, application no. 37341/06;
 EHRM 14 september 2010 inzake Sanoma/Nederland, application no. 38224/03;
 EHRM 20 juli 2010 inzake A./Nederland, application no. 4900/06, paragraaf 155 en 157;
 EHRM 22 oktober 2009 inzake Paulic/Kroatië, application no. 3572/06, paragrafen 42 t/m 45;
 EHRM 16 juli 2009 inzake Zehentner/Oostenrijk, application no. 20082/02;
 EHRM 15 januari 2009 inzake Cosic/Kroatië, application no. 28261/06, paragrafen 21 t/m 23;
 EHRM 13 mei 2008 inzake McCann/UK, application no. 19009/04;
 EHRM 26 april 2007 inzake Gebramedhin/Frankrijk, application no. 25389/05, paragraaf 58;
 EHRM 18 juli 2006 inzake Keegan/UK, application no. 28867/03, EHRC 2006, 119;
 EHRM 12 april 2005 inzake Shamayev and others/Georgië en Rusland, application no. 36378/02, paragraaf 444;
 EHRM 21 januari 2003 inzake Veeber/Estland, application no. 45771/99;
 EHRM 16 april 2002, application no. 37971/97, NJ 2003, 452;
 EHRM 5 februari 2002 inzake Conka/België, application no. 51564/99, paragraaf 76 en 79;
 EHRM 6 juli 2000 inzake Moura Carreira e.a./Portugal, application no. 41237/98;
 EHRM 29 september 1996 inzake Buckley/UK, application no. 20348/92;
 EHRM 26 maart 1987 inzake Leander/Zweden, Series A no. 116, paragraaf 77 (a);
 EHRM 2 augustus 1984 inzake Malone/UK, Series A, vol. 82;
 EHRM 25 maart 1983 inzake Silver and others/UK, Series A no. 61, paragraaf 113 (a);
 EHRM 5 november 1981 inzake X/UK, application no. 7215/75, paragraaf 57;
 EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. EAA (Sunday Times);
 EHRM 6 september 1978 inzake Klass and others, Series A no. 28, paragraaf 64;

HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 213;
 HR 11 januari 2002, NJ 2002, 167;
 HR 7 januari 1994, NJ 1997, 183;
 HR 19 februari 1993, NJ 1993, 624;

Hof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BP6209;

Rb. Utrecht 2 maart 2011, LJN BP6243;
 Rb. Amsterdam 22 oktober 2010, NJF 2010, 443, LJN BO1553;

Aangehaalde parlementaire stukken

Kamerstukken I, 2009-2010, 31 650, C, p. 21 derde volle alinea;

Kamerstukken II, 2008-2009, 31 650, nr. 3, p. 6;

Kamerstukken II, 2008-2009, 31 650, nr. 8, p. 18;

Kamerstukken II, 2008-2009, 31 650, nrs. 9 en nr. 11;

Aangehaalde literatuur

Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel 1, hoofdstuk 4, nr. 37-44 en nr. 50 e.v.;

Vande Lanotte en Haeck, Handboek EVRM, Deel 2, Volume II, art. 13 EVRM, nr. 30 e.v. en 50 e.v.;

Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Van Dijk a.o., paragraaf 5.2.2, 5.2.4, 32.4 en 32.5.4.