

139. Kraken – Kroniek 2018

MR. G.I. BEIJ

De wetgeving en rechtspraak rondom kraken heeft recentelijk opnieuw in de belangstelling gestaan vanwege de geruchtmakende zaken rondom de groep WE ARE HERE, bestaande uit (o.a.) uitgeprocedeerde asielzoekers die een onderkomen zoeken. Daarnaast zijn er meer interessante uitspraken gedaan die de juridische aspecten van het kraken, acht jaar na de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand, verder vormgeven. In deze kroniek wordt een overzicht gegeven van enige interessante ontwikkelingen rondom het kraken van het laatste jaar (t/m 30 september 2018).

Inleiding – Drie wegen naar ontruiming

Om de hierna te bespreken jurisprudentie goed in perspectief te kunnen plaatsen, eerst nog een beknopte weergave van de ontwikkelingen sinds het ingaan van de Wet kraken en leegstand.

Strafrechtelijke ontruiming

Het is inmiddels acht jaar na de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand op 1 oktober 2010. De bedoeling van die wet was onder meer om een expliciete wettelijke basis te creëren voor strafrechtelijke ontruiming in het geval van kraken. Daarnaast vonden de Kamerleden die dit initiatiefwetsvoorstel destijds indienden ook dat de norm moest worden bijgesteld in die zin dat kraken altijd strafbaar zou moeten zijn en de strafbaarheid daarvan verhoogd (van overtreding naar misdrijf).

Voor de inwerkingtreding van die wet was het kraken van een niet in gebruik zijnd pand strafbaar wanneer het gebruik door de rechthebbende niet meer dan twaalf maanden voortgaande aan de kraakactie was beëindigd (art. 429^{sexies} Sr). Als een pand derhalve meer dan een jaar leeg stond, was kraken niet (meer) strafbaar. Bij kraken binnen een jaar na leegstand kon justitie het pand ontruimen en de krakers arresteren. De Hoge Raad oordeelde echter in het arrest van 9 oktober 2009¹ dat er een onvoldoende wettelijke basis was voor deze strafrechtelijke ontruiming. De Hoge Raad overwoog dat de strafrechtelijke ontruiming een inbreuk is op het huisrecht van de kraker die krachtens de Grondwet² en het EVRM³ is beschermd. Deze inbreuk dient te berusten op een wettelijke, voldoende kenbare en

voorzienbare omschreven bevoegdheid. Dit was onder het oude wettelijke regime niet het geval, aldus de Hoge Raad.⁴

De rechter zal steeds een afweging maken of de belangen van de eigenaar noodzaken dat de kraker dient te ontruimen

De Wet kraken en leegstand diende dus om die lacune op te vullen. Het voornemen om een wettelijke basis te creëren leek echter snel na het ingaan van de wet spaak te lopen. Hof Den Haag oordeelde op 8 november 2010⁵ dat een strafrechtelijke ontruiming in beginsel niet kon plaatsvinden zonder dat een kraker de mogelijkheid heeft om voor een rechterlijke instantie te laten toetsen of de inbreuk op zijn rechten (het huisrecht maar ook het eigendomsrecht ten aanzien van zijn zaken in het pand) proportioneel is. Het hof bood echter ook een uitweg, door te overwegen dat kenbare en gepubliceerde beleidsregels door het Openbaar Ministerie, waarin een mogelijkheid tot toetsing werd opgenomen, dit gebrek zouden kunnen verhelpen. Het OM heeft vervolgens beleidsregels gepubliceerd⁶, die onder meer omvatten dat een strafrechtelijke ontruiming zal worden aangekondigd. In die aankondiging wordt opgenomen dat de ontruiming binnen acht weken zal plaatsvinden, maar niet binnen zeven dagen na de aankondiging. In die zeven dagen is er dan de mogelijkheid voor de

1 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ1254.

2 Art. 12 Gw, zie ook het aloude arrest HR 14 december 1914 *NJ* 1915 p. 368-370.

3 Art. 8 EVRM; zie ook EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (*McCann/UK*).

4 Zie verder uitgebreid over (de inbreuk op) het huisrecht de eerder in de HIP verschenen artikelen hierover t.w. N.F.H. van Eijk, 'Het kraak- en ontruimingsverbod nader bezien' *HIP* 2011/1, p. 16 e.v. en J.M. de Bruin, 'Kraak onder invloed van Europese regelgeving', *HIP* 2012/8, p. 196 e.v.

5 Hof Den Haag 8 november 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3682.

6 Strct. 2010, nr. 19500.

kraker om middels een kort geding de proportionaliteit van de ontruiming te laten toetsen. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat deze beleidsregels afdoende zijn om de toetsing van de rechten van de krakers te waarborgen.⁷

Civilrechtelijke ontruiming

Naast de strafrechtelijke is er ook de civilrechtelijke weg om tot ontruiming te komen. De eigenaar of rechthebbende ageert dan rechtstreeks tegen de kraker vanwege een inbreuk op het eigendomsrecht (of ander subjectief recht zoals opstal- of erfpachtrecht). Bij een procedure op civilrechtelijke basis zal de rechter een afweging dienen te maken in hoeverre de belangen van de eigenaar noodzaken dat de kraker dient te ontruimen. Indien het, zoals meestal, gaat om een kort geding zal de eigenaar dienen aan te tonen dat er op korte termijn plannen zijn met het pand waardoor ontruiming van de krakers geboden is. Bij de bespreking van de jurisprudentie zal hier verder op worden ingegaan. Het nadeel van de civilrechtelijke weg is dat de kosten daarvan voor de eigenaar komen, terwijl bij de strafrechtelijke ontruiming deze door de Staat worden gedragen. Het voordeel is weer dat de eigenaar het in eigen hand heeft wanneer een civilrechtelijke actie te beginnen. Bij het doen van aangifte is de eigenaar afhankelijk van het OM of er daadwerkelijk tot ontruiming wordt gekomen.⁸

Bestuursrechtelijke ontruiming

Naast de hiervoor genoemde opties tot ontruiming is er nog een derde weg die in de literatuur doorgaans wat onderbelicht blijft maar nochtans ook effectief kan zijn. Indien het gekraakte pand niet (meer) de planologische bestemming wonen heeft, is het kraken in strijd met het bestemmingsplan. De gemeente heeft dan de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen en het pand te ontruimen. Hoewel de eigenaar bij deze mogelijkheid niet zelf ontruimt, kan er wel degelijk invloed op worden uitgeoefend door een verzoek tot handhaving in te dienen. Indien de gemeente handhaving weigert, kan dit weigeringsbesluit worden aangevochten. Volgens standaardrechtspraak heeft de gemeente een beginselplicht tot handhaving⁹, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Onder die omstandigheden vallen concreet zicht op legalisering of als de handhaving onevenredig is in verhouding tot de met de belangen die met de handhaving gediend zijn. Een gemeente kan dus niet zo maar afzien van handhaving. Niettemin zal ook bij deze weg de belangen van de krakers moeten worden meegenomen, zij het dat het een andere afweging is dan bij de hiervoor genoemde mogelijkheden, zoals hierna aan bod zal komen.

Evaluatie Wet kraken en leegstand

Inmiddels is er in 2015 een rapport¹⁰ verschenen in opdracht van het kabinet waarbij de Wet kraken en leegstand is geëvalueerd. Uit de evaluatie kan worden opgemaakt dat de strafrechtelijke handhaving van het kraakverbod beter verloopt dan onder de oude wet, onder meer omdat niet meer bewezen hoeft te worden hoe lang een pand leeg stond voordat het gekraakt werd. Het aantal strafrechtelijke ontruiming is dan ook toegenomen ten opzichte van de civilrechtelijke. Niettemin geven vastgoedeigenaren wel aan dat de strafrechtelijke ontruiming meestal langer duurt dan de civilrechtelijke vanwege de afhankelijkheid van het OM. Het OM beslist namelijk zelfstandig – vaak aan de hand van ontruimingsbeleid – of er tot ontruiming wordt overgegaan. Dit kan een reden zijn om alsnog voor de civilrechtelijke weg te kiezen.¹¹

Procesrecht

Om te beginnen twee uitspraken over procesrechtelijke aspecten, beiden over de vraag of de krakers ontvankelijk zijn.

Identiteit appellant pas in hoger beroep bekend; ontvankelijk?

In deze procedure bij Hof Arnhem-Leeuwarden speelde dat de kraker die in hoger beroep zich in eerste aanleg niet had gesteld. Hij roerde zich pas in hoger beroep. De vraag werd dan ook opgeworpen of hij wel ontvankelijk was. Het hof oordeelde van wel en overwoog:

‘R.o. 5.1 [geïntimeerde] heeft zich allereerst op het standpunt gesteld dat [appellant 2] niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in zijn hoger beroep omdat hij zich in eerste aanleg niet heeft gesteld als procespartij en dus geen procespartij is. Het hof volgt [geïntimeerde] niet in dit betoog. [geïntimeerde] heeft in eerste aanleg naast [appellant 1] alle personen die zich zonder recht of titel bevinden in de gebouwde onroerende zaken aan de [adres] gedagvaard. Bij conclusie van antwoord heeft [appellant 2] zich als bewoner van (één van) die panden bekend gemaakt. Vervolgens zijn [appellant 1] en de overigen die verblijven in de onroerende zaak aan de [adres] nummer [huisnummer] en [huisnummer] door de voorzieningenrechter veroordeeld om de panden te ontruimen. [appellant 2] is als ‘overige die in de onroerende zaak aan de [adres] nummer [huisnummer] bevindt’ gedagvaard. Hij is vervolgens als zodanig ook veroordeeld. Hij is daarom aan te merken als procespartij en dus ontvankelijk in het hoger beroep.’¹²

7 HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9880.

8 Zie hierover uitgebreider M. Voorrips, ‘Kraken gaat door. Een analyse van recente kraakjurisprudentie’, *TvHB* 2018/2, p. 84 e.v.

9 Zie o.m. ABRvS 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:31.

10 RIGO Research en Advies, ‘Van ontruimen naar inruimen. Evaluatie van de Wet kraken en leegstand’ 8 juli 2015.

11 Zie over de evaluatie uitgebreider K.A. Wilms ‘Kraken: de actualiteit’, *HIP* 2017/3 nr. 65 en het eerder aangehaalde artikel van M. Voorrips, ‘Kraken gaat door. Een analyse van recente kraakjurisprudentie’, *TvHB* 2018/2, p. 84 e.v.

12 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7994.

Gedagvaard na de termijn van zeven dagen van het OM; ontvankelijk?

In één van de zaken rondom krakerscollectief ‘We Are Here’¹³ kwam de vraag aan de orde of de krakers ontvankelijk waren omdat de kortgedingdagvaarding tegen de strafrechtelijke ontruiming niet binnen zeven dagen na de aankondiging van de ontruiming was uitgebracht.

In de literatuur blijft onderbelicht dat er ook een bestuursrechtelijke weg is naar ontruiming

Zoals hiervoor omschreven betreft die zeven dagen de termijn waarin het OM na de aankondiging nog niet ontruimt, om de krakers gelegenheid te geven de proportionaliteit te laten toetsen in kort geding. Maar wat is de consequentie als de dagvaarding pas na die zeven dagen wordt uitgebracht? Volgens de rechtbank is er dan geen sprake van niet-ontvankelijkheid. De rechtbank overweegt onder meer:

‘De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9880, NJ 2013/153, kort gezegd geoordeeld dat met de in deze brief genoemde beleidsregels, voldoende wordt voorzien in een effectieve rechtsbescherming van het huisrecht van de krakers. Indien tijdig een kort geding aanhangig wordt gemaakt, zal in beginsel het vonnis van de voorzieningenrechter moeten worden afgewacht. Uit het arrest van de Hoge Raad valt echter niet af te leiden dat de in dit verband door het OM te stellen termijn fataal is in die zin dat na ommekomst daarvan, niet meer kan worden opgekomen tegen de aangekondigde ontruiming. De gewenste effectieve bescherming van het huisrecht van de krakers wordt immers niet bereikt door het OM de bevoegdheid te geven om de krakers een fatale (dagvaardings)termijn te stellen waarin de wet voorziet. Die bevoegdheid is weggelegd voor de wetgever, niet voor het OM. Het verweer van de Staat dat [eiser] te laat was met het uitbrengen van de inleidende dagvaarding, wordt daarom gepasseerd.’

Het is begrijpelijk dat de rechtbank oordeelt dat de termijn uit de beleidsregels geen niet-ontvankelijkheid tot gevolg kan hebben, aangezien die termijn niet op de wet is gebaseerd. Tegelijkertijd geldt m.i. wel dat indien er niet binnen zeven dagen gedagvaard wordt, het OM dan de mogelijkheid heeft om de ontruiming door te zetten. De essentie van de uitspraak van de Hoge Raad van 28 oktober 2011 was nu juist dat met die termijn voldoende gelegenheid werd gegeven om de proportionaliteit te laten toetsen.¹⁴ Als die termijn ongebruikt blijft, staat dit ontruiming m.i. niet in

de weg, omdat anders getraineed kan worden. Overigens zijn in de beleidsregels ook situaties opgenomen dat er direct – zonder zeven dagen af te wachten – ontruimd kan worden, bijvoorbeeld bij vrees voor ernstige versterking van de openbare orde.

Definitie Kraken

Een interessant tweeluik vormen de uitspraken van de Hoge Raad van 27 maart 2018¹⁵ over onder meer de vraag wat in de wettelijke delictomschrijving van kraken in artikel 138a Sr wordt begrepen onder ‘gebouw’ en wanneer er sprake is van wederrechtelijk vertoeven. Het betreffende artikel luidt:

‘Art. 138a, lid 1, Sr – Hij die in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk aldaar vertoeft, wordt, als schuldig aan kraken, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.’

In deze zaken betrof het de kraak van twee loodsen met een buitenruimte. Eén van de krakers werd aangetroffen in een caravan op het buitenterrein. De andere werd aangetroffen op een zgn. kraaiennest op één van de loodsen. De vraag was of deze plaatsen geacht worden deel uit te maken van het gebouw. Het Hof oordeelde over beide gevallen dat de krakers zich bevonden in een deel van het gebouw en dat er derhalve voldaan werd aan de strafrechtelijke definitie. De Hoge Raad casseerde dit echter in het geval van de kraker in de caravan en overwoog:

‘2.7. Het Hof heeft vastgesteld dat ‘het Pand’ aan de a-sstraat 1 te Den Haag bestaat uit twee loodsen en een buitenruimte en dat de verdachte is aangehouden in een caravan die gelegen was op het terrein van ‘het Pand’. Vervolgens heeft het Hof overwogen dat ieder onderdeel van ‘het Pand’ en derhalve ook de genoemde caravan moeten worden beschouwd als (een deel van) een ‘gebouw’ in de zin van art. 138a, eerste lid, Sr. Hierin ligt als het oordeel van het Hof besloten dat de enkele omstandigheid dat de caravan was gelegen in de buitenruimte met zich brengt dat die caravan heeft te gelden als een deel van een ‘gebouw’ als bedoeld in art. 138a, eerste lid, Sr. Dit oordeel getuigt — mede gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 6.3 geciteerde wetsgeschiedenis — van een onjuiste rechtsopvatting.’

Over het kraaiennest oordeelde de Hoge Raad dat daar dus wel sprake was van een gebouw:

‘Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte heeft vertoeft in een zogenoemd kraaiennest dat zich bevond op en was verbonden met het dak van één van de te ontruimen loodsen die deel uitmaakten van ‘het Pand’. 's Hof's oordeel dat

¹³ Rechtbank Amsterdam 25 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4723.

¹⁴ Ik ben daaromtrent overigens van mening dat er niet binnen die zeven dagen ook een uitspraak dient te zijn, als de zaak maar wel aanhangig is gemaakt binnen die termijn.

¹⁵ Hoge Raad 27 maart 2018, NJ 2018/186 en 187.

de verdachte aldus heeft vertoefd ‘in een gebouw’, geeft – mede gelet op voornoemde strekking van de strafbaarstelling van art. 138a Sr – niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk.’

Daarnaast speelde in dit geval dat de krakers oorspronkelijk rechtmatig gebruik maakten van het pand middels een bruikleenovereenkomst. Deze was echter opgezegd en zij weigerden te vertrekken. Volgens de krakers zou er alleen sprake zijn van wederrechtelijk vertoeven als zij ook wederrechtelijk het pand waren binnengedrongen, wat niet het geval is. Het hof wees dit echter af door erop te wijzen dat uit de tekst van de wet viel op te maken dat ook zonder wederrechtelijk binnendringen er sprake kan zijn van wederrechtelijk vertoeven, een oordeel dat de Hoge Raad in stand hield.

Afweging (spoedeisende) belangen eigenaar versus (huis-) recht krakers

De kern van de kraakzaken betreft logischerwijs de afweging van de belangen van de eigenaar afgezet tegen de rechten van de kraker. Zoals hiervoor aangegeven zal de eigenaar meestentijds moeten aangeven dat er concrete plannen zijn met het pand om de belangenafweging naar zijn kant te doen overslaan. Het valt op in de recente jurisprudentie dat rechters steeds meer soepelheid betrachten wat betreft hoe concreet en realiseerbaar die plannen moeten zijn. Hieronder een aantal uitspraken.

Rechtbank Amsterdam 13 september 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6445 (Tijdelijke woonruimte in afwachting van verbouwing hotel)

In dit geval speelde dat de eigenaar het pand wilde laten ombouwen tot hotel. Het was echter nog lang niet zeker of dat zou gaan lukken. De aanvraag voor de omgevingsvergunning was afgewezen alsmede moest er nog toestemming worden verkregen van de VvE voor het wijzigen van de splitsingsakte. In de tussentijd wenst de eigenaar echter tijdelijk te verhuren om intussen de hotelplannen verder vorm te geven. De rechter achtte dit voldoende om de ontruiming gerechtvaardigd te achten.

Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7994 (Verbouwing tot woonruimte; leegstand tijdens bouwproces aanvaardbaar?)

In deze uitspraak betrof het ook bouwplannen die wel redelijk concreet waren. Interessant aan deze zaak was dat wel duidelijk was dat na een eventuele ontruiming het pand alsnog enige tijd leeg zou staan en het terrein braak zou komen te liggen. Dit was echter geen reden voor het hof om de ontruiming niet toe te staan. Het hof overwoog onder meer:

‘5.5 [appellanten] hebben zich voorts nog op het standpunt gesteld dat het op dit moment reeds leegmaken en afbreken van de panden met nummers [huisnummer] en [huisnummer], zal leiden tot ongewenste langdurige braakligging van het terrein. Het hof merkt in dit kader op dat

voldoende aannemelijk is dat de intentie van [geïntimeerde] is de herontwikkeling van het gebied voortvarend te realiseren. Dat daarbij op enig moment sprake kan zijn van leegstand of braakligging gedurende een periode is inherent aan het bouwproces en is niet onnodig of onaanvaardbaar.’

Hof Arnhem-Leeuwarden 11 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:8145 (Beperken aanwezigheid beschermde diersoorten belang tot ontruiming?)

Interessant aan deze uitspraak was dat de krakers een beroep deden op de Wet natuurbescherming. Er waren namelijk beschermde diersoorten op het terrein waarvoor geen compenserende maatregelen waren getroffen. Volgens de krakers was er daarom geen (spoedeisend) belang tot ontruiming. De rechter oordeelde dat er wel voldoende belang was voor ontruiming. Wel hield de rechtbank rekening met de tijd die nodig was om compenserende maatregelen te treffen en gaf daarom een langere ontruimingstermijn.

‘Bij gebreke van een uitgewerkt plan van aanpak om compenserende maatregelen te nemen is op dit moment voldoende aannemelijk dat [geïntimeerde 1] voorlopig nog niet met de verdere ontwikkeling van het perceel aan de slag kan. Zij zal eerst in kaart moeten brengen wat haar in het kader van de Wnb te doen staat. Hierin ziet het hof aanleiding om in het kader van de afweging van de belangen van [geïntimeerden] en [appellanten], de ontruimingstermijn te verlengen tot 90 dagen na het wijzen van dit arrest.’

Rechtbank Overijssel 9 augustus 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2888 (Asbest)

In deze uitspraak komt goed naar voren dat de veiligheid van krakers en omwonenden een belangrijke reden kan zijn om de ontruiming toe te wijzen. In dit geval was het pand in dusdanig bouwvallige staat dat dit gevaar opleverde en er dreigde tevens asbest vrij te komen.

Rechtbank Amsterdam 12 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2441, Burgerlijk recht (We are Here I)

Bij zaken die gaan over verbouwplannen van het pand wordt het steeds lastiger voor krakers om ontruiming te voorkomen. Als er andere maatschappelijke belangen dan alleen het huisrecht van de krakers tegenover staan, is de rechter wel meer geneigd om de belangenafweging in het voordeel van de krakers te doen uitvallen. Zo ook in de zaak omtrent de groep We Are Here. De rechtbank overwoog onder meer:

‘4.5. Aan eisers (en de overige in de panden verblijvende personen) dient nog een korte termijn te worden gegund om andere woonruimte te vinden. Daarbij is in aanmerking genomen dat eisers behoren tot een kwetsbare groep uitgeprocedeerde asielzoekers met een uitzichtloos bestaan in Nederland, waarvan aannemelijk is dat die na de ontruiming (wederom) op straat zal komen te staan. De bij de groep betrokken hulpverlener [naam 1] heeft ter zitting een verklaring afgelegd over de prangende situatie waarin

de groep verkeert en ook in een door eisers in het geding gebrachte verklaring van de bij de groep betrokken organisatie ‘Dokters van de Wereld’ wordt aandacht gevraagd voor de problemen die bij de groep zijn ontstaan als gevolg van het steeds opnieuw moeten zoeken naar onderdak. De Staat heeft weliswaar gesteld dat voor deze groep opvang bestaat in een vrijheidsbeperkende locatie (VBL), maar eisers hebben betwist dat zij daar terecht kunnen en hebben gesteld dat dit geen goed alternatief is. Daarnaast hebben eisers gesteld dat opvang in de vorm van de bed-bad-brood regeling (BBB) geen optie is, nu de onderhavige groep mensen juist is ontstaan door verwijdering uit de BBB vorig jaar, omdat zij niet voldeden aan de voorwaarden voor toelating.’

In de zaak van Rechtbank Amsterdam van 21 maart 2018 werd een gelijksoortige afweging gemaakt.¹⁶

Rechtbank Amsterdam 25 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4723, Burgerlijk recht (We Are Here II)

In het geval van het We Are Here collectief werd uiteindelijk toch tot ontruiming gekomen. Doordat het collectief ging rondtrekken en steeds nieuwe panden kraakte, kwam er steeds meer verzet tegen en dit leidde tot verstoringen van de openbare orde. In een volgende uitspraak gaf de rechtbank derhalve aan dat nu wel tot ontruiming over moest worden gegaan. Het geeft aan hoe lastig de afweging in dit verband is om te maken. Veel uitgeprocedeerde asielzoekers kunnen nergens terecht, wat zou kunnen pleiten voor een verbod op ontruiming. Tegelijkertijd is daarmee geen structurele oplossing geboden en kan het leiden tot openbare ordeverstoringen, waardoor zo een verbod tot ontruiming slechts een tijdelijk doekje voor het bloeden is dat dan ook nog eens ten koste gaat van de eigenaar. Dit aspect komt ook duidelijk naar voren in de beoordeling van de rechter.

‘De Staat/het OM dient op te komen voor het belang van de openbare orde. In dit geval is aannemelijk dat de openbare orde is verstoord, niet alleen door deze kraakactie zelf en de wijze waarop deze is uitgevoerd, maar ook door het ruimere patroon van kraakacties dat de We are here-groep hanteert. Aan deze kraakactie zijn immers twee zogenoemde ‘vergiskraken’ vooraf gegaan, waarbij sprake was van huisvredebreuk. De openbare orde komt daardoor in de knel, hetgeen onrust veroorzaakt, mede door (voorzienbare) tegenacties van derden.

Tevens worden door de aangekondigde ontruiming de rechten van de eigenaren van het gekraakte pand beschermd. Aan de zijde van de krakers is het volgende van belang. Zij kunnen zich met name beroepen op hun huisrecht, dat juist voor (mensen uit) deze groep zwaar weegt. De afweging van deze belangen leidt tot het oordeel dat het belang van de Staat, en dan met name het openbare orde aspect, prevaleert boven dat van [eiser] /de krakers.

Voldoende aannemelijk is dat deze kraakactie deel uitmaakt van een breder patroon waarbij de We are here-groep al krakend en huisje-over-springend door de agglomeratie Amsterdam trekt, mogelijk erop rekenend dat de rechter, als eenmaal een huisrecht is gevestigd, haar een extra termijn zal gunnen op grond van zijn uitzonderingsbevoegdheid. Zo’n bevoegdheid mag echter niet worden gebruikt als instrument of element om een woonmodel van de groep te onderhouden door zich jarenlang in een reeks van kraakpanden te handhaven.

De werkwijze na het laatste kort geding van eind april 2018 is daarvoor illustratief. De We are here-groep heeft geen gebruik gemaakt van de bestaande opvangmogelijkheden, zoals de Havenstraat, maar is opnieuw overgegaan tot kraak met de daarbij behorende wanordelijkheden. Dat is ongewenst uit een openbare orde-oogpunt. Bovendien gaat het hier inmiddels om een patroon, dus niet (meer) om een incident. Gelet daarop zal [eiser] thans in het ongelijk worden gesteld.’

De conclusie is wat mij betreft dan ook dat het verbieden van de ontruiming wellicht in zeer schrijnende gevallen voor een korte periode kan, maar in het algemeen niet van eigenaren gevegd kan worden dat zij de gevolgen onder vinden van een probleem dat in wezen de politiek dient te adresseren.

Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2124 (Plannen te vaag)

De proportionaliteitstoets valt dus meestal uit in het voordeel van de eigenaar. Deze uitspraak is een voorbeeld dat het ook nog steeds mis kan gaan als naar het oordeel van de rechter onvoldoende concreet is wat de plannen zijn en of die uitvoerbaar zijn. In dit geval speelde dat er wel bouwplannen waren. Naar het oordeel van het hof was echter onvoldoende onderbouwd dat er belangstelling was van potentiële kopers. Ook waren offertes voor het slopen van het pand niet overgelegd. Verder werd ten nadele van de eigenaar overwogen dat er geen overeenkomst tot sloop of koopovereenkomst was gesloten desnoods onder de voorwaarde dat het pand eerst ontruimd zou moeten worden. Het hof oordeelde daarom dat de plannen te vaag waren en ongerechtvaardigde leegstand niet kon worden uitgesloten.

De termijn van zeven dagen uit de beleidsregels van het OM is geen ontvankelijkheidstermijn

Een apart geval waarin ook niet tot ontruiming werd besloten was de zaak van Rechtbank Oost-Brabant van 1 december 2017.¹⁷ In die zaak werd vermoed dat het pand gebruikt zou gaan worden voor criminele doeleinden (drugshandel), reden om de ontruiming niet toe te wijzen.

¹⁶ Rechtbank Amsterdam 21 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2340.

¹⁷ Rechtbank Oost-Brabant 1 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6795.

Bestuursrechtelijke ontruiming

Het is zoals hiervoor opgemerkt dus onder omstandigheden ook mogelijk om via bestuursrechtelijke weg tot ontruiming te komen. Twee interessante uitspraken verschenen daarover de laatste tijd in dit verband.

Rechtbank Midden-Nederland 19 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3493

In deze uitspraak kwam aan bod hoe zwaar het huisrecht weegt in het kader van de bestuursrechtelijke toetsing. In het bestuursrecht geldt een beginselplicht tot handhaving, waarvan geen gebruik dient te worden gemaakt als de handhaving onevenredige gevolgen heeft voor de overtreder. Dat is echter een uitzonderings situatie en heeft een ander karakter dan een afweging van de belangen tussen partijen. Dit blijkt ook uit deze uitspraak waarin de rechter overweegt:

‘In bestuursrechtelijke procedures waar de beginselplicht tot handhaving aan de orde is, maakt een verworven huisrecht deel uit van de totale belangenafweging van verweerder bij zijn keuze om wel of niet handhavend op te treden. Vanwege de beginselplicht tot handhaving legt het verworven huisrecht in dat geval dus een ander, al dan minder niet zwaar, gewicht in de schaal dan wanneer een dergelijke beginselplicht niet speelt, zoals in de (privaatrechtelijke) procedures waar verzoekers op wijzen. Het beoordelingskader in deze procedures is naar het oordeel van de voorzieningenrechter dan ook niet een-op-een toepasbaar in onderhavige zaak. Vraag die voorligt is of verweerder het huisrecht van verzoekers op juiste wijze heeft afgewogen tegenover het algemeen belang dat is gediend met handhaving. Verweerder is overgegaan tot handhavend optreden met het oog op beëindiging van de overtreding van het bestemmingsplan vanwege de ongeschiktheid van de schoolgebouwen voor bewoning, de plannen om de schoolgebouwen anti-kraak te laten verhuren (geen bewoning) in afwachting van de uitvoering van de definitieve plannen voor de panden en tot slot vanwege de maatschappelijke onrust die door de kraak is ontstaan. Het belang van verzoekers heeft verweerder daartegenover van mindere zwaarte bevonden.’

Raad van State 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2525

Deze zaak betrof de ontruiming van het ADM-terrein dat al jaren werd bewoond door een groot aantal mensen. Interessant was dat hierbij eerst een civielrechtelijke ontruimings-titel was verzocht, die niet was verkregen. Hoewel de toets in het kader van het bestuursrecht anders is (zie hiervoor) moet dat aspect wel worden meegewogen:

‘De Afdeling stelt vast dat het college bij de belangenafweging in het kader van de vraag of in dit geval van handhaving behoorde te worden afgezien, uitdrukkelijk heeft betrokken dat het handhavingsverzoek is ingegeven door de wens van Amstelimmoo en Chidda Vastgoed om als eigenaren te kunnen beschikken over een ontruimd terrein. De rechtbank heeft naar het oordeel van de Afdeling niet

onderkend dat het college in verband hiermee in redelijkheid van belang heeft kunnen achten dat Amstelimmoo en Chidda Vastgoed ten tijde van het besluit van 21 maart 2016 zonder succes hadden gepoogd om een civielrechtelijke ontruimingstitel voor het ADM-terrein te verkrijgen.’

In dit geval werd uiteindelijk wel tot ontruiming besloten omdat de plannen inmiddels zo vergevorderd waren dat er voldoende concreet belang was om ontruiming toe te kunnen wijzen.

Varia

Hof Arnhem-Leeuwarden 4 september 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7979 (Aansprakelijkheid gemeente voor gekraakt pand?)

Deze zaak betreft een interessante invalshoek op de kraakproblematiek. In dit geval had een eigenaar medewerking verzocht aan de gemeente om een pand, dat geen planologische woonbestemming had, toch te mogen gebruiken voor tijdelijke anti-kraak. Dit werd toegestaan door de gemeente waarmee de strijd met de bestemming werd gedoogd. Toen de eigenaar echter een verlenging vroeg, weigerde de gemeente dit en ging uiteindelijk zelfs over tot bestuursdwang toen de anti-kraak werd voortgezet. Vervolgens gebeurde waar de eigenaar voor vreesde, namelijk dat het pand werd gekraakt.

De eigenaar heeft de gemeente aansprakelijk gesteld voor het feit dat er gekraakt kon worden, meer specifiek voor het weigeren van medewerking voor verlenging van de anti-kraak. Deze vordering is inhoudelijk echter niet beoordeeld, omdat het hof oordeelde dat de brief waarin de weigering werd meegedeeld een bestuursrechtelijk besluit was waartegen bezwaar ingesteld had moeten worden.

Wel beoordeelde de rechter de vordering van de eigenaar dat de gemeente aansprakelijk is voor de schade vanwege de bestuursdwang. Die vordering werd afgewezen. Uit de overwegingen van het hof valt ook wel op te maken dat waarschijnlijk de eerste vordering zou zijn afgewezen, omdat het hof het meer vindt passen bij de verantwoordelijkheid van de eigenaar om te voorkomen dat er gekraakt wordt.

‘5.8. Van onrechtmatig handelen van de Gemeente is naar het oordeel van het hof geen sprake. Gelet op het ontbreken van een woonbestemming voor het pand en het feit dat was besloten niet nogmaals tijdelijke huur toe te staan (bij besluit van 26 juni 2006 waaraan formele rechtskracht moet worden toegekend), lag het in de rede dat de Gemeente uitvoering aan dat (rechtmatige) besluit gaf door aan te sturen op beëindiging van de verhuur tot bewoning toen zij ontdekte dat het pand feitelijk nog steeds aan bewoners werd verhuurd. Het gedogen van illegale situaties is niet te rijmen met de beginselplicht tot handhaving zoals deze in het bestuursrecht geldt. Dat een uitzondering hierop had moeten worden gemaakt – bijvoorbeeld omdat legalisering spoedig te verwachten was of omdat er een concrete dreiging was van het opnieuw gekraakt worden van het

gebouw – is gesteld noch gebleken, terwijl niet is gebleken dat [appellant 1] B&W heeft verzocht haar medewerking te verlenen aan het vanaf enig tijdstip na 1 november 2006 opnieuw gedogen en/of vergunnen van antikraakbewoning wegens een nieuwe dreiging van kraken. Bovenal is het aan de eigenaar van een pand waarvoor een wettelijk woonverbod geldt, om de nodige maatregelen te treffen die kraken verhinderen, waarbij gedacht kan worden aan bewaking van het pand, onmiddellijk optreden tegen krakers nog voordat bij hen een huisrecht was ontstaan en het optreden tegen krakers op de grond dat het pand door hen wordt uitgewoond en ernstig wordt beschadigd. Dat [appellant 1] er niet in is geslaagd een huurder voor het pand te vinden, voordat de krakers erin kwamen (zomer 2007 (volgens [appellant 1]) of december 2007 (volgens de Gemeente)) komt in de verhouding tot de Gemeente voor haar risico.’

Naar mijn mening heeft de eigenaar echter wel een punt. De eigenaar in dit geval zat vast omdat – ook door de gemeente – een herontwikkeling op zich liet wachten en er geen huurders voor de bedrijfsruimte waren te vinden. Om kraak te voorkomen was anti-kraak praktisch de enige mogelijkheid, maar daarvoor was de hulp van de gemeente nodig. Permanente bewaking is m.i. niet realistisch. Het zou interessant zijn als nog eens aan bod komt in hoeverre overheden (mede)verantwoordelijk kunnen worden gehouden als zij onvoldoende mogelijkheden ter beschikking stellen aan een eigenaar om kraak te voorkomen zoals in dit geval.

Conclusie

De jurisprudentie rondom het kraken heeft acht jaar na de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand een duidelijke richting gekregen. De strafrechtelijke ontruiming

wordt meer en meer toegepast en de aanvankelijke hinderenissen zijn effectief weggewerkt door de beleidsregels. De proportionaliteitstoets valt ook steeds vaker uit in het voordeel van het OM c.q. de eigenaren.

Bij de civielrechtelijke ontruiming valt de belangenafweging ook steeds vaker uit in het voordeel van de eigenaren. Rechters lijken bereid om ontruiming toe te staan, ook als er nog de nodige juridische obstakels zijn om de beoogde bestemming van het pand te realiseren. Dit kan wel invloed hebben op de ontruimingstermijn.

Als het kraken tevens strijdig is met het bestemmingsplan kan ook via bestuursrechtelijke weg tot ontruiming gekomen worden. De gemeente heeft een beginselplicht tot handhaving, die afgaande op de rechtspraak een zwaar gewicht in de schaal legt ten opzichte van de krakersbelangen.

**Open vraag is nog in hoeverre
overheden aansprakelijk kunnen zijn
als er niet voldoende medewerking is
verleend om kraken te voorkomen**

De lijn in de jurisprudentie is dus steeds meer in het voordeel van de eigenaren. Niettemin is de praktijk weerbarstig en blijft het voor eigenaren essentieel om goed te onderbouwen wat de plannen en verdere belangen zijn ten aanzien van het pand alvorens een traject tot ontruiming te beginnen.

Over de auteur

Mr. G.I. Beij

Advocaat bij M2 Advocaten te Amsterdam en lid van de redactie van *HIP*.