

TBR 2010/20

Kraken en leegstand: genezen en voorkomen (I)

Mr. H. J. Moné en mr. N. Eeken¹

1. Inleiding

Vanaf de zestiger jaren van de vorige eeuw houdt het verschijnsel kraken de politieke en maatschappelijke gemoederen bezig. De bijbehorende rechtsontwikkeling lijkt daarbij op een soort estafetteloop tussen rechterlijke en wetgevende macht. Met het initiatief-wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand',² pakt de wetgevende macht in 2008 het stokje op. Voorgesteld wordt enerzijds om kraken van gebouwen als misdrijf strafbaar te stellen en anderzijds om gemeenten aanvullende bevoegdheden te verlenen ter bestrijding van langdurige leegstand van (vooral) kantoorgebouwen. Met het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009³ pakt de rechterlijke macht het stokje even terug. De Hoge Raad haalt een streep door de jarenlange praktijk van strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden gedurende het eerste jaar van leegstand wegens overtreding van art. 429 sexies Wetboek van Strafrecht. Inbreuk op een fundamenteel recht als het huisrecht, ook dat van een kraker, moet, zo overweegt de Hoge Raad, berusten op een in een formele wet voldoende precies omschreven bevoegdheid. Bij de strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden door de politie op last van het openbaar ministerie, ontbreekt deze wettelijke bevoegdheid, aldus onze hoogste rechter, die in dit verband mede verwijst naar het feit dat de initiatiefnemers van het wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand' bij een nota van wijziging een artikel hebben toegevoegd dat voorziet in de benodigde wettelijke bevoegdheid.⁴ In het persbericht dat de Hoge Raad op de dag van de uitspraak doet uitgaan, wordt overigens gemeld dat ontruiming op last van de burgemeester in verband met verstoring van de openbare orde⁵ en ontruiming krachtens een vonnis van de civiele rechter zonder meer mogelijk blijven.

De hierboven geschetste ontwikkelingen geven alle aanleiding om de huidige juridische stand van zaken rondom kraken en het voorkomen van leegstand op een rijtje te zetten. Daarbij staat het beantwoorden van de volgende drie vragen centraal. In de eerste plaats: welke mogelijkheden bestaan er om een gekraakt pand weer ontruimd te krijgen? In de tweede plaats: waarom zouden leegstand en kraken moeten worden tegengegaan? En in de derde plaats: hoe kan onnodige leegstand en daarmee het kraakrisico worden voorkomen?

Teneinde gekraakt eigendom weer ter beschikking te krijgen, kunnen zowel strafrechtelijke als bestuursrechtelijke en civielrechtelijke instrumenten worden ingezet. Na in zijn algemeenheid de verschijningsvormen van kraken te hebben besproken, zullen wij bovenstaande middelen achtereenvolgens de revue laten passeren. Wij zullen tevens stilstaan bij diverse procedurele aspecten. Daarna zullen wij bespreken waarom leegstand en kraak zouden moeten worden tegengegaan en welke preventieve maatregelen hiervoor zouden kunnen worden gebruikt. Wij zullen afronden met een samenvatting en onze eigen visie.

2. Verschijningsvormen

Kraken, het zonder toestemming van de eigenaar⁶ in gebruik nemen van onroerend goed in de vorm van een ongebruikt terrein, gebouw of ruimte, is wereldwijd een veel voorkomend verschijnsel. De schattingen over het aantal mensen dat in een gekraakt pand of op gekraakte grond leeft, lopen uiteen van tussen de 400 en 600 miljoen⁷ tot één miljard, met daarbij de schatting dat in 2030 dat aantal rond de twee miljard zal liggen en tegen 2050 rond de drie miljard.⁸ Bij deze cijfers gaat het voornamelijk

1 Henk Jan Moné is advocaat bij MHJ Legal te Rotterdam en Nathalie Eeken is advocaat-counsel bij Houthoff Buruma te Amsterdam. De auteurs danken Arnout van der Hilst voor zijn waardevolle bijdrage aan dit artikel.

2 Wetsvoorstel 31 560, ingediend door de kamerleden Ten Hoopen, Slob en Van der Burg.

3 HR 9 oktober 2009, RVDW 2009, 1155.

4 Kamerstukken II 2008/09, 31 560, nr. 9.

5 Art. 174a van de Gemeentewet.

6 Wij zullen telkens spreken over 'eigenaar', maar daaronder dient in dit artikel niet alleen de juridisch eigenaar te worden verstaan, maar ook degene die krachtens zakelijk of persoonlijk recht (een deel van) de bevoegdheden van de juridisch eigenaar rechtens mag uitoefenen.

7 A.B. Krueger, 'Economic Scene, A study looks at squatters and land titles in Peru', *The New York Times* 9 januari 2003.

8 R. Neuwirth, *Shadow Cities, A Billion Squatters, A New Urban World*, Routledge, ISBN 0415933196.

om huizen die illegaal worden gebouwd op grond die eigendom is van anderen. De grond wordt dan dus gekraakt. In Nederland gaat het bij kraken hoofdzakelijk om gebouwd onroerend goed.⁹ Een veelgebruikte Nederlandse definitie van kraken is: *'het zonder toestemming van de rechthebbende, en zonder enig juridisch recht, in gebruik nemen en/of houden van naar eigen oordeel niet in gebruik zijnde panden of delen ervan'*¹⁰ Een iets andere definitie kan worden ontleend aan art. 429 sexies Wetboek van Strafrecht (Sr): *'het wederrechtelijk in gebruik nemen van een woning of gebouw.'*

De omvang van het aantal Nederlandse kraakpanden of het aantal krakers laat zich moeilijk vaststellen. Niet alle eigenaren melden een kraak bij de politie, bijvoorbeeld omdat zij afspraken maken met de krakers of omdat de kraak plaatsvond na een jaar leegstand, zodat er geen sprake is van overtreding van art. 429 sexies Sr. Evenmin bestaat er een registratiesysteem van leegstaande of gekraakte panden op landelijk of regionaal niveau. In een onderzoeksrapport dat op verzoek van de minister van Wonen, Wijken en Integratie en de staatssecretaris van Economische Zaken is uitgebracht,¹¹ wordt, gebaseerd op de website krakengaatdoor.nl, het aantal kraakpanden in Amsterdam geschat op 200 tot 300 met 1500 tot 3000 krakers. Dat is vele malen meer dan in andere steden, waar aantallen tussen de nul en de twintig worden genoemd. Kraken in Nederland is daarmee, volgens de schrijver van het hiervoor genoemde onderzoeksrapport, vooral een typisch Amsterdams verschijnsel.

3. Strafrechtelijke middelen

3.1 Geen huisvredebreuk

Traditioneel treden eigenaren zowel langs civielrechtelijke als strafrechtelijke weg tegen krakers op. Strafrechtelijke basis voor het optreden tegen krakers vormde lange tijd een aangifte wegens het mis-

drijf van 'huisvredebreuk', zoals neergelegd in art. 138 Sr.¹² In 1971 ontstond commotie toen de Hoge Raad oordeelde dat het wederrechtelijk in gebruik nemen van een leegstaande woning niet het misdrijf van huisvredebreuk opleverde.¹³ Een bouwvakker en een student, die een leegstaande te koop staande woning hadden gekraakt, werden wegens overtreding van art. 138 Sr. vervolgd. Zij werden daarvoor in hoger beroep door het hof veroordeeld, maar volgens de Hoge Raad was het hof daarbij van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan door de woorden *'bij een ander in gebruik'* niet de betekenis toe te kennen van *'door een ander bewoond'*, maar de betekenis van *'waarover een ander de beschikking heeft'*. De Hoge Raad casseerde, waarbij hij overwoog: *'dat toch voormeld art. 138, voorzover op woningen betrekking hebbend, in het bijzonder beoogt het huisrecht te beschermen, in verband waarmede te dezen aanzien de woorden 'in gebruik - anders dan het Hof heeft geoordeeld - slechts kunnen worden verstaan als 'feitelijk als woning in gebruik' hetgeen met het normale spraakgebruik in overeenstemming is, (...).'* Eveneens in 1971 oordeelde de Hoge Raad dat het wederrechtelijk in gebruik nemen van een leegstaand pand evenmin het, ook in art. 138 Sr. strafbaar gestelde, misdrijf van 'lokaalvredebreuk' opleverde.¹⁴

3.2 Strafbaarstelling kraken

De hiervoor genoemde arresten uit 1971 vormden de aanleiding voor een voorstel voor de zogenaamde Anti-Kraakwet,¹⁵ dat voorzag in het strafbaar stellen van het niet op eerste verzoek van de rechthebbende ontruimen van een wederrechtelijk in gebruik genomen pand.¹⁶ Het voorstel voor de Anti-Kraakwet sneuvelde in 1981 in verband met de ontwerp-Leegstandwet.¹⁷ In laatstgenoemd ontwerp waren eveneens anti-kraak-bepalingen opgenomen.¹⁸ Het deel van de Leegstandwet dat uiteindelijk per 1 januari 1986 gedeeltelijk in werking trad,¹⁹ bood eigenaren, na verkrijging van

9 Het kraken van onbebouwd onroerend goed komt echter ook in Nederland voor. Een voorbeeld uit de rechtspraak waarbij daarvan sprake was, vormt Rb. Utrecht 26 juli 2002, KG 2002, 224.

10 M. Schuckink Kool, *De rechtspositie van krakers tegen de overheid*, Den Haag, juli 2001, p. 12.

11 PH. Renoëij, Eindrapport 'Kraken en leegstand', Amsterdam 2008, *Kamerstukken II* 2008/09 31 700 XVIII, nr. 57, p. 53 e.v.

12 Het eerste lid van het in 1881 ingevoegde art. 138 Sr. luidt: Hij die in de woning of het besloten lokaal of erf, bij een ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringt of, wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijderd, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie.

13 HR 2 februari 1971, *NJ* 1971, 385.

14 HR 16 november 1971, *NJ* 1972, 61. De Hoge Raad overwoog hier dat niet was bewezen dat het pand in gebruik was als kantooruimte, opslag of berging en dat daardoor de delictomschrijving niet was vervuld.

15 Wetsontwerp 12 305, ingediend op 7 maart 1973.

16 Centraal in dit wetsontwerp stond dat in het Wetboek van Strafrecht een art. 442b zou worden ingevoegd, luidende: Hij die een door hem wederrechtelijk in gebruik genomen woning of besloten lokaal niet op vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds ontruimt, wordt gestraft met een geldboete van ten hoogste tweehonderd gulden. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die, vertoevende in een door een ander wederrechtelijk in gebruik genomen woning of besloten lokaal, zich niet op de vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijderd.

17 Wetsontwerp 15 442, ingediend op 12 januari 1979.

18 *Kamerstukken I* 1980/81, 12 305, nr. 168.

19 Wet van 21 mei 1981, *Stb.* 337 (nadien nog herhaaldelijk gewijzigd).

een vergunning, de mogelijkheid om tot tijdelijke verhuur van woonruimte over te gaan, waarbij een aantal huurbeschermingsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is. Daarnaast werden enkele bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gewijzigd, waardoor bijvoorbeeld het anoniem dagvaarden van krakers mogelijk werd.²⁰ Het deel van de Leegstandwet dat voorzorg in strafbaarstelling van kraken, is niet in werking getreden. Pas op 1 juli 1993, bij de invoering van de Huisvestingswet,²¹ werd art. 429 sexies Sr. van kracht, dat voorzorg in strafbaarstelling van kraken in het eerste jaar nadat het gebruik van een pand is beëindigd. Art. 429 sexies luidt:

'1 Hij die een door hem wederrechtelijk in gebruik genomen woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende niet meer dan twaalf maanden voorafgaande aan die wederrechtelijke ingebruikname is beëindigd, op vordering van of vanwege de rechthebbende niet aanstonds ontruimt, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste vier maanden of geldboete van de derde categorie.

2. Met dezelfde straf wordt gestraft hij die, vertoevende in een wederrechtelijk in gebruik genomen woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende niet meer dan twaalf maanden voorafgaande aan die wederrechtelijke ingebruikname is beëindigd, zich op de vordering van of vanwege de rechthebbende niet aanstonds verwijderd.'

3.3 Strafrechtelijke ontruiming

Art. 429 sexies Sr. ligt in het verlengde van art. 138 Sr. en beoogt eigenaren, naast de (hierna te bespreken) mogelijkheden die het civiele recht hen biedt, extra bescherming te geven. De wetgever acht de in lid 1 genoemde termijn van een jaar voldoende voor de eigenaar om een nieuwe huurder, koper of eventueel een andere bestemming te vinden.

Met de invoering van art. 429 sexies Sr. nam de praktijk van de strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden een grote vlucht. Voor de eigenaar is het voordeel dat hij geen civiele procedure hoeft op te starten met bijbehorende procesrisico's en proces- en executiekosten. Nadat een pand is gekraakt, doet een eigenaar aangifte van overtreding van de artikelen 138 en 429 sexies Sr. Alvorens tot vervolging van de krakers over te gaan, zal de officier van justitie beoordelen of er sprake is van een redelijk vermoeden van overtreding van een van deze artikelen, waarbij zijn onderzoek zich vaak zal toespit-

sen op de vraag of het gebruik van het pand minder dan een jaar geleden is beëindigd. De eigenaar doet er daarom verstandig aan om bij de aangifte zoveel mogelijk bewijsstukken te overleggen, zoals huur- of gebruiksovereenkomsten, bankafschriften met huurbetalingen, schriftelijke verklaringen van getuigen, etc. Het primaire doel van de aangifte voor de eigenaar is uiteraard niet de strafvervolgning zelf, maar het daarmee samenhangende gebruik van de officier van justitie om in het kader van de strafvervolgning tevens aan de politie opdracht te geven om de krakers in het gekraakte pand aan te houden, het gekraakte pand te ontruimen en dit ontruimd aan de eigenaar ter beschikking te stellen. Het was dit gebruik dat krakers veelvuldig naar de kort geding rechter deed stappen om het vervolgingsrecht van de Staat, althans het gebruik om bij die vervolging tot ontruiming over te gaan, aan te vechten.

3.4 Aanvechten strafrechtelijke ontruimingsbevoegdheid

Een eerste wijze waarop krakers het vervolgingsrecht van de Staat (en daarmee tevens de ontruimingsbevoegdheid) aanvochten, was met de stelling dat niet aan alle delictsbestanddelen van art. 429 sexies Sr. was voldaan, bijvoorbeeld door te stellen dat het pand al meer dan een jaar niet werd gebruikt. Diverse feitelikheden werden daarvoor gebruikt: afgesloten water, geen verwarming, uiterste houdbaarheidsdata van in de koelkast aangetroffen levensmiddelen e.d. Een voorbeeld vormt de uitspraak van het Hof Amsterdam van 13 juni 2006.²²

3.5 Het huisrecht

Een ander argument waarmee de krakers de bevoegdheid van de Staat aanvochten om langs strafrechtelijke weg ontruimingsmaatregelen te treffen, was dat dit inbreuk zou maken op hun huisrecht, terwijl daarvoor geen voldoende omschreven wettelijke bevoegdheid bestond. Omdat dit argument uitgaat van de veronderstelling dat krakers een huisrecht hebben, zullen wij allereerst kernachtig bezien wat het huisrecht is en op welke wijze het huisrecht van een kraker ontstaat.

Het huisrecht is een op art. 12 lid 1 Grondwet en art. 8 lid 1 EVRM gebaseerd fundamenteel recht. Art. 12 lid 1 Grondwet bepaalt dat het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner alleen geoorloofd is in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens

²⁰ Zo werd aan art. 5, eerste lid sub 2 Rv (oud) toegevoegd: Indien het exploit een vordering tot ontruiming betreft van een gebouw onroerend goed of gedeelte daarvan door anderen dan gebruikers of gewezen gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk recht, wier naam en woonplaats in redelijkheid niet kunnen worden achterhaald, behoeft het deze naam en deze woonplaats niet te vermelden, noch de persoon aan wie afschrift van het exploit gelaten is. Indien deze gegevens niet worden vermeld, wordt het exploit gedaan op de wijze als bepaald in artikel 4, onder 12;.

²¹ Wet van 1 oktober 1992, *Stb.* 1992, 548.

²² Hof Amsterdam 13 juli 2006, *NJF* 2006, 521.

tens de wet zijn aangewezen. Bij het huisrecht gaat het vooral om het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.²³ Het huisrecht beschermt iedere feitelijke bewoner tegen huisvredebreuk, zoals strafbaar gesteld in art. 138 Sr. Het maakt daarbij niet uit of bewoners een pand rechtmatig bewonen of niet, zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 4 september 2007.²⁴ De vraag of een kraker zich kwalificeert als een feitelijke bewoner die de bescherming van het huisrecht geniet, zal moeten worden beantwoord door de feitenrechter. Hoewel aan het ontstaan van het huisrecht van een kraker geen al te hoge eisen worden gesteld, zal er wel op enigerlei wijze sprake moeten zijn van wonen. Enkel de intentie van een kraker om in een leegstaand pand te gaan wonen, zal niet voldoende zijn. De Hoge Raad liet in zijn arrest van 12 maart 2004²⁵ het oordeel van het hof in stand dat er geen huisrecht was ontstaan omdat de kraker al binnen enkele uren na de kraak door de politie was aangehouden en uit het pand was verwijderd. In zijn conclusie bij dit arrest gaat Huydecoper in op het ontstaan van een huisrecht van een kraker. In zijn visie bestaat er een verschil tussen het ontstaan van het huisrecht van enerzijds een gebruiker krachtens een legitieme titel en anderzijds een kraker wiens huisrecht alleen op feitelijkheden is gebaseerd. Bij de legitieme gebruiker kunnen, volgens Huydecoper, voorbereidingshandelingen om te gaan wonen, al vallen onder 'gebruik als woning', waardoor er op dat moment al een te beschermen huisrecht bestaat. Bij een kraker daarentegen, zal het 'wonen' in beginsel enige vorm en duur moeten hebben om de bescherming van het huisrecht te kunnen verkrijgen.²⁶

3.6 Voldoende kenbaar en voorzienbaar?

Als de rechter tot het oordeel is gekomen dat er sprake is van een huisrecht, is de volgende vraag of de politie niettemin bevoegd is om tot ontruiming over te gaan. Vooral na het zogenaamde Zwolsman-arrest van de Hoge Raad in 1995,²⁷ is regelmatig door krakers aangevoerd dat de inbreuk die een strafrechtelijke ontruiming maakt op het huisrecht, moet berusten op een in een formele wet neergelegde en daarin voldoende kenbaar en voorzienbaar omschreven bevoegdheid. Omdat een dergelijke grondslag zou ontbreken, zouden ontruiming bij strafvervolgung ex art. 429 sexies Sr onrechtmatig zijn. Tot het hierboven reeds kort aangestipte arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009, was de rechtspraak op dit punt verdeeld. Door de Staat werd, ter onderbouwing van de benodigde grondslag, op verschillende bepalingen een beroep gedaan, onder meer op het algemeen geformuleerde art. 124 Wet RO,²⁸ meestal in combinatie met art. 2 Politiewet.²⁹

De Voorzieningenrechter te Arnhem oordeelde dat genoemde bepalingen voldoende grondslag boden voor ontruiming bij vervolging in geval van verdenking van overtreding van artikel 429 sexies Sr.³⁰ Tot vergelijkbare oordelen kwamen onder meer het Hof Amsterdam in een uitspraak van 31 maart 2009³¹ en de Voorzieningenrechter te Utrecht op 21 november 2008.³² Aan de andere kant zijn er ook uitspraken te vinden waarbij de rechter deze grondslag niet voldoende duidelijk omschreven achtte. Een voorbeeld vormt het arrest van het Hof Amsterdam van 13 januari 2009.³³ Na te hebben overwogen dat de kraker een huisrecht toekwam, overwoog het hof dat zowel art. 124 Wet RO als art. 2 Politiewet onvoldoende grondslag vormden voor ontruiming. Dit omdat deze bepalingen niet voldeden aan de eisen van

23 *Kamerstukken II 1988/89*, 19 073, nr 5, p 12 (nr. 9, tweede volle alinea): 'Het doel van het huisrecht is de verzekering van de ongestoorde vrede voor een persoon die zich heeft teruggetrokken in een ruimte die bestemd is om hem en de zijnen geheel op zichzelf te laten zijn.'

24 HR 4 september 2007, *NJF* 2007, 491.

25 HR 12 maart 2004, L.J.N.: AO0967.

26 Huydecoper noemt een aantal bezigheden die tot 'wonen' gerekend kunnen worden, zoals: overnachten, de maaltijd bereiden en gebruiken, persoonlijke verzorging en verzorging van zijn bezittingen (wasgoed, eetgerei) verwezenlijken, persoonlijke bezittingen opbergen - maar ook: rusten in zijn 'eigen' stoel en zich vermaken met de televisie of de krant. Hij geeft aan dat men ook kan 'wonen' indien niet al deze faciliteiten beschikbaar zijn of daadwerkelijk worden benut (al meent hij dat het overnachten - dat niet noodzakelijkerwijs 's-nachts hoeft te gebeuren - wel een onmisbaar onderdeel van 'wonen' is). Hij verwijst ook naar Tak, *Het huisrecht*, diss. 1973, p. 13 - 15.

27 HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249.

28 Art. 124 Wet RO luidt: 'Het openbaar ministerie is belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken.'

29 Art. 2 Politiewet luidt: 'De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.'

30 Vzgnr. Rb. Arnhem 7 mei 2008, *NJF* 2008, 294.

31 Hof Amsterdam 31 maart 2009, *Gemeentestem* 2009, 68.

32 Vzgnr. Rb. Utrecht 21 november 2008, L.J.N.: BG6025.

33 Hof Amsterdam 13 januari 2009, L.J.N.: BH4117.

voldoende kenbaarheid en voorzienbaarheid om een inbreuk op een fundamenteel recht als neergelegd in artikel 12 Grondwet en artikel 8 EVRM te kunnen rechtvaardigen.³⁴

3.7 Arrest Hoge Raad 9 oktober 2009

Aan de verdeeldheid in de rechtspraak heeft de Hoge Raad nu een einde gemaakt.³⁵ Het betrof hier opnieuw een kort geding, aangespannen door een kraker tegen de Staat. De kraker vorderde dat het de Staat verboden zou worden om tot ontruiming over te gaan. In eerste aanleg oordeelde de Voorzieningenrechter te Groningen nog dat de kraker misschien wel een huisrecht had, maar dat dit een 'zwak' recht betrof waardoor er geen sprake zou zijn van een ongerechtvaardigde inbreuk.³⁶ De kraker is tegen deze uitspraak in hoger beroep gegaan, wat heeft geleid tot het arrest van het Hof Leeuwarden van 25 november 2008.³⁷ Het hof begint met de overweging dat er sprake is van inbreuk op het grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermd huisrecht (hetgeen ook wordt erkend door de Staat). Vervolgens gaat het hof in op de vraag of deze inbreuk door art. 124 Wet RO en art. 2 Politiewet gerechtvaardigd wordt. Dit is volgens het hof niet het geval omdat deze bepalingen dermate algemeen zijn geformuleerd, dat niet is voldaan aan het vereiste dat voldoende kenbaar en voorzienbaar is dat met deze bepalingen inbreuk kan worden gemaakt op een fundamenteel recht als het huisrecht. Daarnaast had de Staat nog een beroep gedaan op art. 55 lid 2 Sv.³⁸ Het hof onderkende de bevoegdheid van de Staat om binnen te treden om tot aanhouding over te kunnen gaan. Aan het aanhouden van de verdachte en hem meenemen voor verhoor werd door het hof echter niet het gevolg toegekend dat daarmee het huisrecht van de kraker was beëindigd. Het hof overwoog dienaangaande: *de tijdelijke afwezigheid van een bewoner leidt immers niet aanstands tot verlies van diens huisrecht*.³⁹ Op basis van die overwegingen vernietigde het hof de uitspraak van de voorzieningenrechter en verbood het de Staat om tot ontruiming over te gaan. De Hoge Raad laat dit arrest in stand. Er wordt met name vrij uitgebreid stilgestaan bij de parlementaire behandeling van de

nooit in werking getreden Anti-Kraakwet.³⁹ Volgens de Hoge Raad wordt hieruit duidelijk dat de regering er bij de behandeling van dat wetsvoorstel van uitging dat er (nog) geen voldoende grondslag was om inbreuk te maken op een huisrecht. Nu de wet die daarin zou voorzien nooit in werking is getreden, kan die bevoegdheid niet worden ontleend aan de eerder genoemde, algemeen geformuleerde, bepalingen. Hiermee is door de Hoge Raad (voorlopig) duidelijkheid gecreëerd: de officier van justitie heeft *niet* de bevoegdheid om (de politie last te geven om) tot ontruiming over te gaan indien de kraker zich kan beroepen op een huisrecht. Deze bevoegdheid is dientengevolge evenmin aanwezig indien het betreffende pand op het moment van kraken korter dan een jaar leeg stond. Of een pand ten tijde van de kraak langer of korter dan een jaar leegstond, maakt nu dus alleen nog maar uit voor de strafbaarheid van de verdachte.⁴⁰

3.8 Wetsvoorstel: algehele strafbaarstelling

In het initiatief-wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand'⁴¹ komt art. 429 sexies Sr te vervallen. In plaats daarvan wordt, na hernummering van het huidige art. 138a Sr tot art. 138ab Sr, een nieuw art. 138a ingevoegd, dat, in de bewoordingen zoals het wetsvoorstel op 15 oktober 2009 door de Tweede Kamer is aanvaard, luidt:

1. 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.
2. Indien hij bedreigingen uit of zich bedient van middelen geschikt om vrees aan te jagen, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
3. De in het eerste en tweede lid bepaalde gevangenisstraffen kunnen met een derde worden verhoogd, indien twee of meer verenigde personen het misdrijf plegen.

34 Opmerkelijk genoeg kwam ditzelfde hof, maar in een andere samenstelling, twee maanden later tot een oordeel dat hier lijnrecht tegenover staat: zoals volgt uit het hiervoor al aangehaalde arrest Hof Amsterdam 31 maart 2009. *Gemeentestern* 2009 68.

35 HR 9 oktober 2009, *RVDW* 2009, 1155.

36 Vzgnr. Rb. Groningen 7 november 2008, *NJF* 2008, 516.

37 Hof Leeuwarden 25 november 2008, LJN: BG5205.

38 Art. 55 lid 2 Sv. luidt: 'Zowel in geval van ontdekking op heeter daad als buiten dat geval kan iedere opsporingsambtenaar ter aanhouding van den verdachte, elke plaats betreden'.

39 Wetsvoorstel 12 305.

40 In Vzgnr. Rb. Arnhem 23 oktober 2009 (*NJF* 2009, 515), overwoog de voorzieningenrechter dat voorshands niet kon worden aangenomen dat het enkele aanhouden van krakers waarna de eigenaar het pand door een kraakwacht in gebruik deed nemen, op één lijn is te stellen met onrechtmatige strafrechtelijke ontruiming als in het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 bedoeld. Daarbij was van belang dat onvoldoende aannemelijk was geworden dat de politie het pand achteraf ter beschikking van de eigenaar had gesteld.

41 Wetsvoorstel 31 560.

Indien het wetsvoorstel wet wordt, maakt het voor de strafbaarstelling van kraken derhalve geen verschil meer of ten tijde van de wederrechtelijke in-gebruikneming méér of minder dan twaalf maanden zijn verstreken sinds het feitelijk gebruik door de rechthebbende is beëindigd. Daarnaast hebben de initiatiefnemers voorzien in de wettelijke bevoegdheid tot het verwijderen van de in het gekraakte pand aanwezige personen. Het wetsvoorstel beoogt deze bevoegdheid neer te leggen in een nieuw in te voegen art. 551a Sv. dat, opnieuw in de bewoordingen zoals het wetsvoorstel op 15 oktober 2009 door de Tweede Kamer is aanvaard, 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 die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen.'

Of dit wetsvoorstel uiteindelijk ook zal worden verheven tot wet is nog onzeker. Volgens Slaghekke zou het door de grote overeenkomsten met de Anti-Kraakwet geen verbazing wekken als dit voorstel een langzame dood sterft.⁴² Het wetsvoorstel is inmiddels ingediend bij de Eerste Kamer. Het is duidelijk dat de invoering niet zonder slag of stoot zal verlopen. Uit het voorlopige verslag van de vaste commissies voor Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu/Wonen, Wijken en Integratie en voor Justitie blijkt dat leden van diverse fracties kritische vragen hebben bij het wetsvoorstel.⁴³ Een deel van deze vragen is van principiële aard. Zo is de vraag opgeworpen of de bundeling van bevoegdheden - waarbij de uitvoerende macht zonder rechterlijk vonnis oordeelt dat er sprake is van een overtreding van artikel 138a Sr. en vervolgens op basis van dit oordeel kan acteren - niet in strijd is met de trias politica. En hoe verhoudt de omstandigheid dat het verbod ook van toepassing is op bestaande situaties van kraak zich met art. 1 Sr.?⁴⁴

4. Bestuursrechtelijke middelen

Naast de strafrechtelijke mogelijkheden, die - totdat het wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand' wet wordt - behoorlijk zijn ingeperkt, en de hierna te bespreken civielrechtelijke middelen, biedt (ook) het bestuursrecht een aantal mogelijkheden om op te treden tegen krakers. Wij zullen volstaan met het kort aanstippen van enkele mogelijkheden, nu de doelstelling van de bestuursrechtelijke regelgeving een andere is dan het beëindigen van kraak. Te den-

ken valt aan het tegengaan van buurtoverlast en het garanderen van veiligheid voor gebouwen en personen. Het ontruimen van een gekraakt pand en het ontruimd aan de eigenaar ter beschikking stellen is, anders gezegd, geen doel op zich voor de gemeente, doch hoogstens een mogelijk gevolg. De betreffende gemeentelijke bevoegdheden zijn van toepassing ongeacht wie de overtreder is. Zowel de kraker, die zonder toestemming van de rechthebbende het gebouw bewoont of gebruikt, als bijvoorbeeld de eigenaar of de huurder, kan dientengevolge in voorkomend geval met bestuursrechtelijke middelen uit een pand worden gezet.

4.1 Strijd Bouwbesluit, bouwverordening en/of redelijke eisen van welstand

Leegstaande panden verkeren veelal niet in optimale staat. Vaak zal er sprake zijn van ernstige gebreken, waardoor strijdigheid bestaat met het Bouwbesluit, de bouwverordening en/of de redelijke eisen van welstand. De gemeente kan in dat geval handhavend optreden. Indien er tevens sprake is van 'een bedreiging van de leefbaarheid of een gevaar voor de veiligheid of de gezondheid, en er een klaarblijkelijk gevaar is op herhaling van de overtreding', kunnen burgemeester en wethouders op grond van art. 97 van de Woningwet besluiten tot sluiting van het pand. Wel zal de overtreder op basis van art. 5:24 Awb in beginsel eerst de mogelijkheid moeten worden geboden om zelf een einde te maken aan de overtreding.

4.2 Strijd met de gebruiksbepalingen van het bestemmingsplan

De gemeente kan verder tegen een ieder, dus ook tegen krakers, optreden indien het gebruik van het (gekraakte) pand strijdig is met de gebruiksbepalingen van het vigerende bestemmingsplan, bijvoorbeeld omdat op het (door de krakers) als woonruimte gebruikte pand een kantoorbestemming rust. De gemeente heeft in dat geval de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen (art. 125 Gemeentewet). Ook kan ingevolge art. 5:32 Awb een last onder dwangsom worden opgelegd.

4.3 Artikel 174a Gemeentewet

Kraken kan gepaard gaan met buurtoverlast of verstoring van de openbare orde. Op grond van artikel 174a Gemeentewet kan de burgemeester besluiten een pand te sluiten, indien door gedragingen in dat

42 H.M. Slaghekke, 'Wetgeving over kraken en leegstand', in: *Frank en Vrij* (Thunnissen-Bundel). Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2009, p. 140.

43 *Kamerstukken I* 2009/10, 31 560, nr. B.

44 Noot: Art. 1 Sr. luidt: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.'

pand de openbare orde rond het pand wordt verstoord (of indien daarvoor ernstige vrees bestaat)

5. Civielrechtelijke middelen

De civielrechtelijke weg is een andere manier die een eigenaar ten dienste staat om tot ontruiming van een gekraakt pand te komen. Naar verwachting zal deze weg belangrijker worden zolang de strafrechtelijke weg grotendeels is afgesneden. Tot het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009, behoeft een eigenaar deze weg immers pas te volgen als de kraak had plaatsgevonden na een jaar leegstand

5.1 Zonder recht of titel

In een civielrechtelijke ontruimingsprocedure staat het eigendomsrecht centraal. Dit eigendomsrecht omvat mede het recht om van de eigendom gebruik te maken zoals het de eigenaar schikt, zolang dit gebruik geen inbreuk maakt op *'niet strijdt met rechten van anderen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht worden genomen'*.⁴⁵

De grondslag voor een eigenaar om een ontruiming te bewerkstelligen, ligt in de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW. Voor een geslaagd beroep op art. 6:162 BW moet er sprake zijn van een onrechtmatige gedraging die volgens lid 2 van dit artikel kan bestaan uit: *'een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'*. In vrijwel alle gevallen zal de slotsom zijn dat er sprake is van een onrechtmatige daad, nu een kraker 'zonder recht of titel' in het gebouw van de rechthebbende verblijft. Slechts in bijzondere situaties spelen bij het beantwoorden van de vraag of er in een concrete situatie sprake is van een onrechtmatige daad andere factoren een rol, zoals de verwijtbaarheid van de leegstand, hoe de krakers zich gedragen tegen de eigenaar en of er sprake was van een noodtoestand bij de krakers.⁴⁶

5.2 Voldoende belang

Er zijn in een civiele procedure verschillende mogelijke verweren van krakers die hier de aandacht verdienen. Op basis van art. 3:303 BW moet degene die een vordering instelt daar een 'voldoende belang' bij hebben. Een kraker kan zich verweren met de stelling dat een eigenaar geen voldoende belang heeft bij een ontruiming omdat het pand al geruime

tijd leegstaat en de eigenaar er de komende tijd toch niet (aantoonbaar) iets mee gaat doen. Een dergelijk verweer werd door de Rechtbank Zutphen in een bodemprocedure resoluut van de hand gewezen omdat het beëindigen van de onrechtmatige daad op zich al een voldoende belang opleverde.⁴⁷ Als er dus sprake is van een onrechtmatige daad jegens de eigenaar, is daarmee het belang van de eigenaar bij een ontruimingsvordering in beginsel gegeven.

5.3 Verjaring

Een ander potentieel verweer van krakers kan worden gevonden in het verjaringsleerstuk. Ingevolge art. 3:306 BW verjaart een rechtsvordering (dus ook een rechtsvordering tot ontruiming) na 20 jaar. Een geval waarin deze termijn was verstreken, leidde tot een arrest van het Gerechtshof Arnhem.⁴⁸ Het 'Katshuis' te Arnhem was reeds meer dan twintig jaar gekraakt. De krakers stelden door verkrijgende verjaring ex art. 3:105 BW eigenaar te zijn geworden,⁴⁹ aangezien de termijn als bedoeld in art. 3:306 BW inmiddels was verstreken.⁵⁰ De krakers hadden een notaris een verklaring ex art. 34 Kadasterwet laten opstellen, ter inschrijving van de verjaring. Omdat de bewaarder weigerde de verklaring in te schrijven, dagvaardden de krakers de bewaarder in kort geding en vorderden zij dat deze werd veroordeeld de verklaring in te schrijven. De koper van het pand (die het pand had aangekocht van degene die in het kadaster stond ingeschreven als eigenaar) verscheen eveneens in kort geding. Die koper vorderde in reconventie ontruiming. Onder afwijzing van de vordering in conventie, werd de vordering in reconventie toegewezen en het vonnis werd geëxecuteerd. De krakers tekenden hoger beroep aan, zich opnieuw stavend op de verjaringstermijn uit art. 3:306 BW. Daarnaast vorderden zij ongedaanmaking van de ontruiming. Het hof overwoog allereerst dat het pand, zij het door wisselende bewoners, gedurende meer dan 20 jaar gekraakt was geweest. Van stuiting van de verjaringstermijn was niet gebleken, zodat het hof tot de conclusie kwam dat de vordering tot ontruiming inderdaad was verjaard. Vervolgens ging het hof in op de vordering van de krakers tot ongedaanmaking van de ontruiming. Het hof wees dit gedeelte van de vordering af. Hoewel het voor verkrijgende verjaring ex art. 3:105 BW niet relevant is of de krakers te goede trouw waren, moet wel vaststaan dat zij *bezitter* waren en niet slechts houder. Het hof achtte het kader van een reconventie in kort geding ongeschikt om daarover een oordeel te geven.

45 Art. 5:1 lid 2 BW

46 Zie bv. Rb. Middelburg 1 oktober 1980 en 24 december 1980 *NJ* 1981, 374 en Rb. Alkmaar 13 november 1986. *WR* 1987, 20

47 Rb. Zutphen 21 mei 2008. *NJF* 2008, 454

48 Hof Arnhem 14 mei 2002, *WR* 2003, 68

49 Art. 3:105 lid 1 BW luidt: 'Hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw'

50 Art. 3:306 luidt: 'Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren'

Dat de vordering tot ontruiming na 20 jaar kan verjaren óók als het pand in die tijd (onafgebroken) door *verschillende* krakers is bewoond, volgt eveneens uit een uitspraak van het Hof Den Haag van 7 juli 2009. In de betreffende zaak kon de appellerende kraker, die zelf 18,5 jaar in het pand had gewoond, niet bewijzen dat het pand de anderhalf jaar direct daarvoor gelegen ook onafgebroken was gekraakt. Daarbij overwoog het hof dat de stelplicht en bewijslast rusten op degene die zich op verjaring beroept.

6. Procedurele aspecten

Er is een aantal procedurele aspecten dat onzes inziens bij het ontruimen van gekraakte panden in het bijzonder de aandacht verdient: het dagvaarden, de keuze voor een bodemprocedure of een kort geding, mede met het oog op het 'spoedeisend belang' en de werkingsduur van een uitspraak

6.1 Anoniem dagvaarden

Een specifiek probleem dat zich voor kan doen bij het dagvaarden van een kraker of, in nog hogere mate, van een groep krakers is dat (sommige van) die personen voor de eigenaar anoniem zijn. Hiervoor is in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv.) een aparte regeling gegeven. Op grond van art. 61 jo. 47 Rv. kan de eigenaar van een gebouw bij een vordering tot ontruiming de feitelijke bewoners (de wettekst spreekt over: *'anderen dan gebruikers of gewezen gebruikers krachtens een persoonlijk of zakelijk recht'*) daarvan dagvaarden door een exploit uit te laten brengen op dat adres (derhalve zonder dat de te dagvaarden personen afzonderlijk moeten worden vermeld), alsmede een afschrift daarvan te plaatsen in een landelijk of regionaal dagblad. Vervolgens kan de rechter verstek verlenen tegen de niet verschenen gedaagde(n). Een voorbeeld waaruit blijkt dat een eigenaar niet te lichtvaardig gebruik kan maken van de mogelijkheid die art. 61 Rv. biedt, volgt uit een uitspraak van het Hof Amsterdam.⁵¹ Een aantal bewoners dat gebruiksovereenkomsten met de eigenaar had gesloten, was tezamen met een aantal anonieme bewoners op de wijze van art. 61 Rv. in kort geding gedagvaard. De voorzieningenrechter weigerde verstek te verlenen tegen de bewoners met een gebruiksovereenkomst, die immers een persoonlijk recht hadden, en oordeelde de dagvaarding jegens hen nietig. Het hof liet dit oordeel in stand.

Bij het dagvaarden van meerdere (anonieme) personen, is voorts art. 140 Rv. relevant. Dat artikel biedt een eiser een bijzondere voorziening indien bij het dagvaarden van meer gedaagden slechts één (of

meerdere, maar niet alle) van hen verschijnt. Tegen de niet verschenen gedaagde(n) wordt dan verstek verleend en tussen de eiser en de verschenen gedaagde(n) wordt voortgeprocedureerd, waarbij één vonnis wordt gewezen dat tegen alle gedaagden als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd. Vereist is wel dat de aankondiging van deze gevolgen expliciet in de dagvaarding zijn opgenomen (vgl. art. 111 lid 2 aanhef en onder i jo. art. 120 Rv.). Voordeel voor de eigenaar is dat voor de niet verschenen gedaagde(n) geen verzet mogelijk is, maar, net als voor de verschenen gedaagde(n), uitsluitend hoger beroep open staat.

6.2 Kort geding of bodemprocedure

Een van de keuzes die een eigenaar moet maken, is tussen het entameren van een kort geding of een bodemprocedure. Voordeel van een kort geding is uiteraard de in beginsel relatief korte duur van de procedure, maar de eigenaar zal wel een voldoende spoedeisend belang aannemelijk moeten maken. Voordeel van een bodemprocedure is dat, anders dan in een kort geding, geen spoedeisend belang behoeft te worden gesteld of aangetoond, zodat een vordering tot ontruiming, behoudens bijzondere omstandigheden, in bijna alle gevallen zal worden toegewezen. Er is ons slechts één geval bekend waarin de rechter niet zonder meer aannam dat er sprake was van 'zonder recht of titel' verblijven in het pand.⁵² Daarbij waren wel bijzondere omstandigheden aan de orde. De rechter overwoog enerzijds dat relevant was of de eigenaar op een sociaal onverantwoorde manier gebruik maakte van zijn eigendomsrecht en of het kraken op sociaal verantwoorde wijze geschiedde. Hij lette anderzijds op bijzonderheden de kraker betreffende, waaronder het bestaan van een (aantoonbare) noodsituatie en de bereidheid om een vergoeding te betalen voor het gebruik. Omwille van de snelheid zal een kort geding doorgaans, alles afwegende, de voorkeur van een eigenaar hebben.

6.3 Spoedeisend belang

Voor de procedure in kort geding geldt, als gezegd, de aanvullende eis van het spoedeisende belang dat aan de zijde van de eiser aanwezig moet zijn. Er kunnen zeer uiteenlopende argumenten worden gebruikt door zowel de eiser om het spoedeisend belang aannemelijk te maken als de gedaagde om te trachten dit te weerleggen. Vanwege de veelal feitelijke argumenten is de rechtspraak op dit vlak zeer divers.

Zonder uitpuddend te zijn, zullen wij hieronder een aantal mogelijkheden noemen die de eigenaar heeft

⁵¹ Hof Amsterdam 10 november 2005. *NJF* 2006, 165.

⁵² Rb. Middelburg 1 oktober 1980 en 24 december 1980. *NJ* 1981, 374.

om het spoedeisend belang aannemelijk te maken. Een veelgebruikt argument is de onverzekerbaarheid van een pand zolang er krakers in zitten. Dit speelt met name voor de brandverzekering. Teneinde dit aan te tonen, is het voor de eigenaar vaak al voldoende om de verzekeringsvoorwaarden in te brengen waaruit blijkt dat de verzekeraar het zogenoemde krakersrisico uitsluit.⁵³ Ook uit het gegeven dat de eigenaar het pand nodig heeft voor eigen gebruik kan de spoedeisendheid worden opgemaakt. Dit deed zich bijvoorbeeld voor waar een eigenaar de gekraakte bedrijfspand wilde gaan gebruiken als directiekantoor.⁵⁴ Eigen gebruik kan eveneens bestaan uit de wens van de eigenaar om zo spoedig mogelijk te kunnen overgaan tot sloop teneinde nieuwbouw te kunnen realiseren.⁵⁵ Waardevermindering door de aanwezigheid van krakers in geval van verkoop kan eveneens spoedeisendheid opleveren.⁵⁶ Bij het oordeel over de spoedeisendheid kan daarnaast ook de opstelling van de krakers van belang zijn. In een zaak die in appel diende bij het Hof Leeuwarden⁵⁷ hadden de krakers het aanbrennen van een spandoek ten behoeve van de verhuur tegengewerkt en geweigerd mee te werken aan een aangekondigde bezichtiging van het pand. Op herhaalde verzoeken van de eigenaar om deze tegenwerking te staken, werd niet ingegaan. Het hof overwoog dat door die opstelling het vinden van gegadigden voor de voorgenomen verhuur 'in hoge mate' door de aanwezigheid van de krakers werd bemoeilijkt. Het is overigens ook mogelijk dat een ander dan de eigenaar van een pand een ontruimingsvordering instelt en daarvoor een spoedeisend belang heeft. Een huurder heeft vrijwel altijd contractueel de verplichting om het gehuurde bij het einde van de huur leeg en vrij van gebruik aan de eigenaar/verhuurder op te leveren en die verplichting kan voor de huurder een spoedeisend belang opleveren.⁵⁸ Een andere zaak waarin de contractuele huurverplichtingen een rol speelden bij de beoordeling van het spoedeisend belang, diende bij de Voorzieningenrechter te Utrecht.⁵⁹ De eigenaar stelde een spoedeisend belang te hebben bij ontruiming op korte termijn omdat hij anders zijn huurder niet tijdig het ongestoord huurgelot zou kunnen verschaffen. De voorzieningenrechter honoreerde dit en sprak de ontruiming uit.

Indien het tot een kort geding komt, zullen de gedaagde krakers vrijwel altijd het door de eigenaar gestelde spoedeisend belang betwisten. In de laatste hierboven aangehaalde zaak, probeerden de krakers het gestelde spoedeisend belang te pareren met de stelling dat de huurovereenkomst zou moeten worden aangemerkt als een schijnovereenkomst. Zij baseerden zich daarbij op het feit dat de huurovereenkomst was gesloten nádat het pand al was gekraakt. De voorzieningenrechter ging hier echter niet in mee: uit de enkele omstandigheid dat de huurovereenkomst was getekend ná de kraak van de onroerende zaak, kon, naar zijn voorlopig oordeel, niet worden afgeleid dat hier sprake is van een schijnovereenkomst.

Toch zijn er in de rechtspraak voorbeelden te vinden van uitspraken waarin de gedaagde krakers de spoedeisendheid van de zaak wél succesvol hebben betwist. In een zaak die diende voor de Voorzieningenrechter te Leeuwarden, was er eveneens een huurovereenkomst tot stand gekomen nadat het pand al was gekraakt. De krakers hebben het spoedeisend belang ook hier bestreden met het argument dat er sprake was van een schijnovereenkomst. In dit geval volgde de rechter de krakers wel. Vanwege de verwevenheid van de eigenaar met de huurder, de lage huurprijs en het niet blijken van een langer durend onderhandelingstraject, nam de voorzieningenrechter aan dat er sprake was van het creëren van een 'gelegenheidsargument'.⁶⁰ Een andere uitspraak waarbij het ontbreken van een spoedeisend belang aan de zijde van de eisende partij werd aangenomen, had betrekking op de (eveneens hierboven reeds besproken) verzekerbaarheid van het pand.⁶¹ Andere zaken waar de spoedeisendheid niet werd aangenomen, hadden betrekking op het feit dat de eiser niet kon aantonen dat hij snel wilde beginnen met bouwen en op het vermoeden dat de ontruiming tot nieuwe leegstand zou leiden.⁶² Vermeldenswaard is bovendien de constatering in hoger beroep dat het enkele feit dat de krakers zich zonder recht of titel in het pand bevonden onvoldoende was om een spoedeisend belang aan te nemen.⁶³

Een uitspraak die wij er nog uit willen lichten, is de uitspraak van de Voorzieningenrechter te Am-

53 Zie bv. Vzgnr. Rb. Arnhem 3 november 2005, *NJF* 2006, 193 en Vzgnr. Rb. Assen 21 november 2007, *PrG* 2008, 51.

54 Vzgnr. Rb. Zwolle 10 december 2008, L.J.N.: BH 3310.

55 Vzgnr. Rb. Breda 31 maart 2009, L.J.N.: BH9038.

56 Vzgnr. Rb. Den Haag 31 december 2008, L.J.N.: BH3310. Zie ook Vzgnr. Rb. Utrecht 2 september 2009 (L.J.N.: B J6871) waarin de voorzieningenrechter onder meer overwoog dat zij het aannemelijk achtte dat de aanwezigheid van de krakers potentiële kopers zou afschrikken.

57 Hof Leeuwarden 8 september 2009, L.J.N.: B J7614.

58 Zie bijv. Vzgnr. Rb. Amsterdam 16 december 2005, *WR* 2006, 30.

59 Vzgnr. Rb. Utrecht 20 februari 2009, L.J.N.: BH2758.

60 Vzgnr. Rb. Leeuwarden 15 april 2009, L.J.N.: BI3633.

61 Vzgnr. Rb. Zwolle 7 november 2001, *KG* 2002, 21.

62 Zie resp. Rb. Leeuwarden 14 oktober 2003, *NJF* 2004, 51; Rb. Amsterdam 1 juni 2006, *NJF* 2006, 419.

63 Hof Amsterdam 12 juni 2008, *NJF* 2008, 416.

sterdam van 24 september 2009⁶⁴ De rechter stelt voorop dat de krakers het pand zonder recht of titel bewonen en dat de vordering tot ontruiming in beginsel toewijsbaar is. Wel moet daartoe het spoedeisend belang van de eiser nog vast komen te staan. Het uitgangspunt hierbij is volgens de voorzieningenrechter dat er geen spoedeisend belang kan worden aangenomen als aannemelijk is dat de ontruiming tot *ongerechtvaardigde* leegstand leidt. Aan de hand van dit criterium worden de meeste argumenten ontkracht waarop eiser het gestelde spoedeisend belang baseerde. De krakers hadden het trappenhuis weer toegankelijk gemaakt en de door hen aangebrachte 'bont is moord'-posters overgeschilderd. Daarnaast zegden de krakers toe te zullen zorgen voor telefonische bereikbaarheid en zouden zij meewerken aan bezichtigingen. De voorzieningenrechter ging er verder van uit dat de krakers het pand netjes zouden bewonen en de ramen met gordijnen zouden afschermen. Het door de eigenaar gestelde argument van de (on)verzekeraarbaarheid werd ook weerlegd. De krakers stelden (onweersproken) dat de gekraakte staat op dit punt geen extra risico's meebracht nu dezelfde verzekeringsvoorwaarden ook golden bij leegstand. Vervolgens wees de rechter nog op de woningnood in Amsterdam om af te sluiten met de constatering dat er geen spoedeisend belang aanwezig was omdat, in geval van ontruiming, moet worden gevreesd voor ongerechtvaardigde leegstand.⁶⁵ De eis dat de ontruiming niet tot ongerechtvaardigde leegstand mag leiden, is al eerder geformuleerd door de Voorzieningenrechter te Amsterdam.⁶⁶ In deze zaak werd echter beslist dat de ontruiming niet tot ongerechtvaardigde leegstand zou leiden, waardoor het spoedeisend belang wel aanwezig werd geoordeeld. Het pand leeg van krakers te koop aan willen bieden, is gerechtvaardigde leegstand. Ook indien het pand tijdelijk zal worden bewoond door een kraakwacht, staat dit niet gelijk aan ongerechtvaardigde leegstand aangezien het pand dan wordt gebruikt voor huisvesting.

Uit het voorgaande blijkt dat de eiser diverse mogelijkheden heeft om zijn spoedeisend belang aan te tonen. In de eerste plaats door aannemelijk te maken dat ontruiming niet tot leegstand zal leiden, bijvoorbeeld vanwege de sloop van het gebouw of het bestaan van een huurovereenkomst. In de tweede plaats door te stellen dat ontruiming mischien wel (tijdelijk) tot leegstand leidt, maar dat deze leegstand te rechtvaardigen is, bijvoorbeeld

teneinde het pand makkelijker te kunnen verkopen. In alle gevallen geldt dat de eigenaar er verstandig aan doet zijn argumenten te onderbouwen door het overleggen van bijvoorbeeld getuigenverklaringen, een verzekeringspolis, een huurovereenkomst en/of correspondentie.

6.4 Ontruimingstermijn

In de door ons genoemde uitspraken waarin de ontruimingsvordering in kort geding werd toegewezen, zijn de krakers veroordeeld om het gebouw op (zeer) korte termijn te ontruimen. Deze termijn loopt uiteen van 'onmiddellijk' na betekening van de uitspraak⁶⁷ tot binnen een maand daarna.⁶⁸ Vaak volgt de rechter eenvoudigweg - zonder nadere motivering - de door de eiser gevorderde ontruimingstermijn, maar soms motiveert hij de termijn wel aan de hand van bijzondere omstandigheden zoals (ter rechtvaardiging van een wat langere termijn) dat de kraker kinderen heeft of juist (ter motivering van een korte termijn) dat de kraker direct andere woonruimte ter beschikking heeft. Als de ontruiming wordt toegewezen, kan de eiser dit vervolgens zelf bewerkstelligen met de hulp van een deurwaarder op de voet van art. 556 lid 1 Rv. De deurwaarder kan daarbij dan de hulp van de sterke arm van politie en justitie inroepen om de nakoming van de veroordeling af te dwingen. In dat geval is het echter de politie in samenspraak met de gemeente die bepaalt wanneer de ontruiming plaats zal vinden en niet de eigenaar of de deurwaarder. Het bestaande beleid van de gemeente Amsterdam, waarbij kraakpanden op gezette tijden tijdens een zogenaamde 'ontruimingsronde' worden ontruimd, brengt dan ook geen onrechtmatige daad van de gemeente jegens de eiser mee.⁶⁹ Dit is vanuit het oogpunt van de gemeente begrijpelijk, maar zorgt ervoor dat indien de eigenaar de hulp nodig heeft van de politie, hij, na de voor hem positieve uitkomst van de procedure, nog tot de volgende ontruimingsronde moet wachten om zijn recht te halen.

6.5 Art. 557a lid 3 Rv.

Nog een laatste processuele opmerking. Een eigenaar die een ontruimingsvonnis heeft verkregen, zal er weinig voor voelen om opnieuw naar de rechter te moeten stappen indien zijn pand kort na de gedwongen ontruiming wederom wordt gekraakt, maar nu door anderen dan de oorspronkelijke krakers. Voor die situatie heeft de wetgever de eige-

64 Vzgnr. Rb. Amsterdam 24 september 2009, LJN: BJ9760.

65 In gelijke zin oordeelde dezelfde rechter een maand later. Ook hier werd geoordeeld dat het spoedeisend belang ontbrak nu er een grote kans aanwezig werd geacht dat het pand na een eventuele ontruiming leeg zou komen te staan (Vzgnr. Rb. Amsterdam 29 oktober 2009, LJN: BK6078).

66 Vzgnr. Rb. Amsterdam 2 maart 2009, LJN: BH5947.

67 Vzgnr. Rb. Amsterdam 2 maart 2009, LJN: BH5194.

68 Vzgnr. Rb. Zwolle 10 december 2008, LJN: BH3310.

69 Vzgnr. Rb. Amsterdam 10 mei 2007, NJF 2007, 270.

naar in art. 557a lid 3 Rv. een bijzondere faciliteit verleend. Een rechter kan bepalen dat het ontruimingsvonnis, tot een jaar na de uitgesproken ontruimingsdatum, tevens ten uitvoer kan worden gelegd tegen een ieder die zich ten tijde van de gedwongen ontruiming in het pand bevindt of daar binnentreedt en telkens wanneer dat zich voordoet. Vereist is

dan wel dat dit bij dagvaarding uitdrukkelijk wordt gevorderd.

In deze bijdrage is het 'genezen' van kraken besproken. In een volgend nummer van dit tijdschrift komt (de noodzaak van) het voorkomen van leegstand en kraken aan de orde

TBR 2010/42

Kraken en leegstand: genezen en voorkomen (II)

Mr. H.J. Moné en mr. N. Eeken¹

1. Rechtvaardiging tegengaan leegstand en kraak

In deel 1 van dit artikel² hebben wij - kort gezegd - de drie verschillende manieren (strafrechtelijk, bestuursrechtelijk en civielrechtelijk) om tegen krakers op te treden, behandeld. Hierna zullen wij, indachtig het adagium 'voorkomen is beter dan genezen', vanuit het perspectief van de eigenaar bekijken wat de mogelijkheden zijn om kraak tegen te gaan in geval er sprake is van (dreigende) leegstand. Daaraan voorafgaand willen wij echter kort stilstaan bij de politiek beladen vraag *waarom* leegstand en kraak zouden moeten worden tegengegaan.

Uitgangspunt is dat een eigenaar vrij is zijn eigendom al dan niet daadwerkelijk te gebruiken. Een eigenaar van een gebouw zou er dus voor kunnen kiezen om dit niet te gebruiken, maar het leeg te laten staan. Toch wordt leegstand van een gebouw om verschillende redenen ongewenst geacht. Al bij de parlementaire behandeling van het wetsontwerp van de Anti-Kraakwet³ medio jaren 70 van de vorige eeuw, kwam de vraag naar voren op welke wijze leegstand van voor woonruimte geschikte gebouwen kan worden tegengegaan, omdat, vooral tegen de achtergrond van de toen heersende woning-schaarste, in het laten leegstaan een mogelijkheid tot het maken van misbruik van eigendomsrecht werd gezien.⁴ In de wetgeving die nadien tot stand kwam, werden de mogelijkheden van kraken weliswaar beperkt, maar (de dreiging van) kraken bleef een belangrijke rol vervullen als stok achter de deur voor eigenaren. Zo is kraken volgens het thans geldende art. 429 sexies Wetboek van Strafrecht (Sr.) uitsluitend strafbaar gedurende het eerste jaar na leegstand. In de ogen van de (toenmalige) wetgever vervullen krakers daarmee een belangrijke rol om ongewenste leegstand tegen te gaan. Indien de eigenaar zelf niet binnen een jaar een gebruik(er) vindt

voor zijn leegstaande pand, biedt het strafrecht hem geen soelaas meer.

De tijden zijn veranderd. Het initiatiefwetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand'⁵ heeft als doel zowel kraken als leegstand tegen te gaan. Niet alleen wordt een algehele strafbaarstelling van kraken als misdrijf voorgesteld (en dus niet langer, zoals met art. 429 sexies Sr. het geval is, als overtreding gedurende het eerste jaar na leegstand), maar ook krijgen gemeenten door aanpassingen van de Leegstandwet een nieuw instrumentarium om leegstand van (vooral) kantoorgebouwen tegen te gaan. Gemeenten krijgen de mogelijkheid tot het vaststellen van een leegstandsverordening, waarmee gemeenten actief de leegstand van niet-woningen kunnen beheren. De onderdelen van de verordening, die de initiatiefnemers voor ogen hebben, zijn een meldingsplicht van eigenaren van leegstand binnen zes maanden, een leegstandsoverleg tussen gemeenten, eigenaren en andere betrokkenen binnen drie maanden, uitmondend in een leegstandsbeschikking en eventueel een verplichtende voordracht van een huurder van een pand.

De initiatiefnemers noemen drie redenen waarom leegstand zou moeten worden tegengegaan.⁶ In de eerste plaats achten zij langdurige leegstand onwenselijk omdat hierdoor geen gebruik wordt gemaakt van panden terwijl daarmee wel in een maatschappelijke vraag kan worden voorzien. Zoals de initiatiefnemers het positief omschrijven: leegstand is ook een kans die niet onbenut mag blijven. Ten tweede gaat leegstand, volgens de initiatiefnemers, veelal gepaard met overlast en verloedering. Bij leegstaande panden is vaak sprake van ingegooide ramen, graffiti etc. en aan deze panden wordt in de regel ook minder onderhoud gepleegd, wat kan leiden tot verkrotting. Ook omliggende panden kunnen daardoor in waarde dalen en uiteindelijk zal de leefbaarheid van de gehele omgeving hierdoor

1 Henk Jan Moné is advocaat bij MHJ Legal te Rotterdam en Nathalie Eeken is advocaat-counsel bij Houthoff Buruma te Amsterdam. De auteurs danken Arnout van der Hilst voor zijn waardevolle bijdrage aan dit artikel.

2 TBR 2010/20, p. 128.

3 Wetsontwerp 12 305, ingediend op 7 maart 1973.

4 Kamerstukken II, 1978/79, 15 442, nr. 3, p. 7.

5 Wetsontwerp 31 560, ingediend door de kamerleden Ten Hoopen, Slob en Van der Burg.

6 Kamerstukken II 2008/09, 31 560, nr. 6.

worden aangetast.

Als derde argument tegen leegstand noemen de initiatiefnemers het risico dat een leegstaand pand wordt gekraakt

Het laatste argument doet vermoeden dat de initiatiefnemers weinig goeds zien in kraken. De initiatiefnemers noemen inderdaad een nog groter aantal redenen waarom kraken dan waarom leegstand moet worden tegengegaan.

Allereerst geven zij aan dat, naar hun mening, kraken te allen tijde onrechtmatig is. Kraken is een vorm van eigenrichting, waarbij het eigendomsrecht ernstig wordt geschonden. Andermans eigendom wordt niet alleen toegeëigend, maar in veel gevallen ook nog eens ernstig beschadigd en verwaarloosd, waarbij de eigenaar vaak voor de kosten opdraait. Als tweede argument noemen zij dat kraken een oneigenlijk middel is om leegstand tegen te gaan. Zij willen dit niet aan de willekeur van krakers overlaten, maar menen dat het tot de publieke taak behoort om leegstand te bestrijden.

Ten derde achten zij de termijn van een jaar leegstand, waarbinnen kraken op grond van art. 429 sexies Sr. strafrechtelijk kan worden aangepakt, niet meer van deze tijd. Destijds werd er bij de totstandkoming van dit artikel - op 1 juli 1993 met de invoering van de Huisvestingswet - van uitgegaan dat het voor eigenaren goed mogelijk was om binnen een jaar de leegstand van een pand tegen te gaan. Dit uitgangspunt is volgens de initiatiefnemers inmiddels achterhaald. Zo zou tien procent van de leegstaande kantoorpanden momenteel drie jaar of langer leegstaan. Krakers zouden de duur van de leegstand bijhouden en met kraken wachten totdat de termijn van een jaar is verstreken, zodat strafrechtelijk optreden niet meer aan de orde kan zijn.⁷ Ten vierde wijzen zij op bewijstechnische problemen met het huidige strafrechtelijke instrumentarium. Krakers zouden straffeloos in een pand kunnen verblijven indien de officier van justitie niet kan aantonen dat de krakers een vordering tot ontruiming hebben ontvangen of niet kan bewijzen dat het pand korter dan een jaar voor de kraak nog in gebruik was.

Ten vijfde stellen zij dat zowel in de persoon van de krakers als in hun motieven de afgelopen decennia verschuivingen hebben plaatsgevonden. Binnen 'de kraakwereld' zou niet meer worden gesproken over kraken als bestrijding van leegstand als maatschappelijk doel, maar eerder over goedkoop onderdak. Ook zouden de in Nederland actieve krakers in toenemende mate een buitenlandse nationaliteit hebben. Het zou gaan om zogeheten anti-globalisten,

seizoensarbeiders en 'toeristische' krakers.

Als zesde argument noemen zij het toenemen van criminele gedragingen, zoals geweld en intimidatie, onder een kleine groep krakers. Bij ontruiming zou de politie steeds vaker geconfronteerd worden met gewelddadige tegenwerking en gevaarstelling, bijvoorbeeld in de vorm van barricades en booby-traps.

Als zevende en laatste argument ten slotte, noemen de initiatiefnemers de overlast en verloedering die gepaard zou gaan met de aanwezigheid van kraakpanden. In veel gevallen zouden gekraakte panden zijn dichtgetimmerd, beklad of verwaarloosd. De bewonerssamenstelling zou frequent wisselen en de krakers zouden niet investeren in het onderhoud van de gekraakte panden. Ook zou er vaak geluidsoverlast voor de omwonenden zijn. Door deze verwaarlozing en overlast zou de kwaliteit en waarde van de omliggende panden afnemen en het woongenot voor de omwonenden worden aangetast. Hetgeen ook gevolgen heeft voor de leefbaarheid van de buurt. Ten onrechte wordt naar de mening van de initiatiefnemers kraken in de publieke discussie soms aangeduid als een middel om overlast en verloedering van leegstand tegen te gaan.

Het laatste argument bevestigt dat de initiatiefnemers kraken niet (langer) zien als een middel tegen leegstand, maar als een verschijnsel met (minimaal) dezelfde negatieve gevolgen als leegstand. Het terugkerende argument van de initiatiefnemers tegen zowel leegstand als kraken is immers dat het allebei leidt tot verloedering en verminderde leefbaarheid van de omgeving. Van verschillende zijden wordt aangegeven dat, indien het wetsontwerp wet wordt, weliswaar het kraken wordt tegengegaan maar de leegstand weleens zou kunnen toenemen.⁸

2. Preventieve maatregelen tegen leegstand en kraak

Een eigenaar van leegkomend c.q. leegstaand onroerend goed heeft diverse mogelijkheden om te trachten leegstand (en daarmee een verhoogd kraakrisico) tegen te gaan, welke hierna de revue zullen passeren. De meest gebruikte contractsvorm waarmee een eigenaar het gebruik van een pand (of delen daarvan) tijdelijk aan een ander verstrekt, is huur. Uitgangspunt in het navolgende is echter steeds dat de eigenaar geen 'reguliere' huurovereenkomst wil sluiten (met als gevolg huur- of ontruimingsbescherming van de huurder), omdat hij op

⁷ Als krakers inderdaad, zoals de initiatiefnemers stellen, al een eigen leegstandsregister hebben opgebouwd, dan is dat een voorbeeld van een efficiency waarbij de vrije (krakers)markt voorloopt op de overheid, die immers nog geen leegstandsregister heeft.

⁸ Kamerstukken I 2009/10 31 560 C

afzienbare tijd plannen met het pand heeft (verkoop, zelf in gebruik nemen, sloop en nieuwbouw etc.)⁹

Het is bij de analyse van mogelijke preventieve maatregelen van belang om een onderscheid te maken tussen woonruimte als gedefinieerd in art 7:233 BW, bedrijfsruimte als in art 7:290 lid 2 bedoeld en overige ruimte ex art 7:230a BW, gelet op de verschillende wettelijke regimes die bij de verhuur hiervan van toepassing zijn. Bij de verhuur van woonruimte zijn de bepalingen inzake huurbescherming het meest vergaand. Het is voor een verhuurder zeer lastig om, tegen de wens van de huurder in, een huurovereenkomst voor woonruimte te beëindigen, waardoor het voor de eigenaar van woonruimte die deze ruimte op korte termijn nodig heeft van wezenlijk belang is om niet terecht te komen in het reguliere regime voor de verhuur van woonruimte. Bij de verhuur van 290-bedrijfsruimte (middenstandsbedrijfsruimte) geldt eveneens een regime met vergaande (huur)bescherming van de huurder. In geval van verhuur van 230a-ruimte (zijnde een gebouwde onroerende zaak die geen woonruimte of 290-bedrijfsruimte is) heeft de huurder geen huurbescherming, doch (slechts) ontruimingsbescherming, welke totaal maximaal drie jaar kan bedragen¹⁰

Wij zullen hieronder eerst stilstaan bij de bruikleenovereenkomst, die uitkomst kan bieden ongeacht de aard van het object in kwestie. Daarna zullen wij achtereenvolgens ingaan op de mogelijkheden die er bestaan bij de verhuur van woonruimte (te weten: de huurovereenkomst op basis van de Leegstandwet en de verhuur van woonruimte naar zijn aard van korte duur)¹¹ en bij de verhuur van 290-bedrijfsruimte (namelijk de huurovereenkomst voor de duur van twee jaar of korter en de huurovereenkomst met

goedkeuring van de kantonrechter). Tot slot zullen wij stilstaan bij de (on)mogelijkheden bij de verhuur van 230a-ruimte.

2.1 De bruikleenovereenkomst

De eerste mogelijkheid om leegstand en daarmee het kraakrisico te voorkomen terwijl een eigenaar (in principe) wel op een door hem gewenst moment snel over zijn pand kan beschikken, biedt de bruikleenovereenkomst (wettelijk geregeld in de artikelen 7A:1777-1790 BW). Een bruikleenovereenkomst is immers in beginsel voor de eigenaar eenvoudig te beëindigen¹², waarbij wel geldt dat art. 7A:1787 BW bepaalt dat de 'uitlener' (d.w.z. de ingebruikgever) de zaak niet kan terugvorderen dan na verloop van de bepaalde tijd, of, bij gebreke aan een 'dusdanige bepaling', nadat de zaak tot het gebruik waartoe zij was uitgeleend, heeft gediend of kunnen dienen. Het is derhalve wel van belang om in de bruikleenovereenkomst heldere afspraken over het einde van de bruikleen te maken¹³. Art. 7A:1777 BW definieert de bruikleenovereenkomst als volgt:

'Bruikleen is eene overeenkomst, waarbij de eene partij aan de andere eene zaak om niet ten gebruike geeft, onder voorwaarde dat degene die deze zaak ontvangt, dezelve, na daarvan gebruik te hebben gemaakt, of na eenen bepaalden tijd, zal terug geven.'

De kenmerkende eigenschap waarmee de bruikleenovereenkomst zich aldus onderscheidt van de huurovereenkomst is dat er, anders dan in art. 7:201 lid 1 BW, geen 'tegenprestatie' voor het gebruik van de zaak verschuldigd is. Van belang daarbij is dat de tegenprestatie, volgens vaste jurisprudentie, niet be-

9 Het is - zeker in deze economisch moeilijke tijden - uiteraard ook mogelijk dat de eigenaar geen reguliere huurovereenkomst kan sluiten omdat hij geen huurder kan vinden die een (voor de eigenaar) acceptabele huurprijs wil of kan betalen.

10 Bij de verhuur van onbebouwde grond zijn alleen de algemene huurregels 7:201 t/m 230 en art. 7:231 BW van toepassing, welke niet voorzien in enige vorm van huur- of ontruimingsbescherming voor de huurder. Uitzonderingen daargelaten zijn er (behoudens andersluidende bepalingen in de huurovereenkomst) derhalve geen beletsels voor een eigenaar om de huur betreffende onbebouwde grond op te zeggen en vervolgens ontruiming daarvan af te dwingen.

11 Volledigheidshalve wijzen wij op art. 7:232 leden 3 en 4 BW waarin de toepasselijkheid van een belangrijk deel van de huurregelgeving is uitgesloten gedurende de eerste negen maanden van een zogenaamde 'hospitaverhuur' (inwonende verhuurder) respectievelijk indien er sprake is van "de huur van woonruimte in gebouwen, welke aan een gemeente toebehoren en ten tijde van het aangaan van de overeenkomst voor afbraak zijn bestemd".

12 Wel wordt (ook) de opzegging van een bruikleenovereenkomst (voor onbepaalde tijd) beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit brengt mee dat voor de beoordeling van de vraag of de eigenaar een redelijke opzegtermijn in acht heeft genomen, de wederzijdse belangen van partijen tegen elkaar moeten worden afgewogen. Zie bv. HR 21 april 1995 NJ 1995, 437 (Kakkenberg/Kakkenberg).

13 Art. 7A:1788 BW bepaalt, in aanvulling hierop, dat indien de ingebruikgever, gedurende de duur van de bruikleen, de zaak 'om dringende en onverwachts opkomende redenen' zelf nodig heeft, de rechter 'naar gelang der omstandigheden, den gebruiker (kan) noodzaken het geleende aan den uitlener terug te geven'.

hoeft te bestaan uit de betaling van een geldsom. Zo oordeelde de Hoge Raad reeds in 1975 dat er sprake was van een huurovereenkomst, hoewel de tegenprestatie niet werd voldaan in een geldsom maar bestond in de verzorging van de verhuurster en haar echtgenoot.¹⁴ Aan de andere kant kan de eigenaar wel met de bruiklener overeenkomen dat deze een bepaalde vergoeding voor onderhoud¹⁵ en nutsvoorzieningen¹⁶ verschuldigd is, zonder dat daardoor noodzakelijkerwijs sprake is van een huurovereenkomst. Van belang daarbij is echter wel dat het een reële kostenvergoeding betreft die de werkelijk door de eigenaar te maken kosten niet overschrijdt. De benaming die partijen aan de overeenkomst geven, is niet doorslaggevend.

Ingevolge art. 7A:1781 lid 1 BW is de bruiklener gehouden 'als een goed huisvader, voor de bewaaring en het behoud van de geleende zaak te zorgen'. Art. 7A:1785 BW bepaalt dat indien de gebruiker, om van de geleende zaak gebruik te kunnen maken, enige onkosten heeft gemaakt, hij deze niet kan terugvorderen.¹⁷ Verder regelt art. 7A:1790 BW dat indien de uitgeleende zaak zodanige gebreken heeft 'dat daardoor aan dengenen die zich van dezelve bedient nadeel zoude kunnen worden toegebracht' de uitlener voor de gevolgen verantwoordelijk is indien hij (1) de gebreken heeft gekend en (2) daarvan aan de gebruiker geen kennis heeft gegeven. Partijen zijn verder vrij om in de bruikleenovereen-

komst alles te regelen wat hen goeddunkt, overigens ook in afwijking van de artikelen 7A:1777 e.v. BW nu deze bepalingen van regelend recht zijn.¹⁸

Indien een bruikleenovereenkomst is gesloten, moet de eigenaar wel scherp blijven en vermijden dat er alsnog een huurovereenkomst tot stand komt, zoals zich voordeed in een aan de Rechtbank Utrecht voorgelegde zaak.¹⁹ De bruikleenovereenkomst waarover de Utrechtse rechter zich boog, was aangegaan voor de duur van twee jaar. Daarna is de bruiklener/huurder een vergoeding gaan betalen van enkele tientjes per maand. Deze vergoeding werd door beide partijen consequent aangeduid als 'huur'.²⁰ Dat de vergoeding in geen verhouding stond tot de werkelijke waarde van de woning (f900.000,-), vormde geen beletsel om de ontstane relatie als huur te kwalificeren.

Een belangrijk voordeel van de bruikleenovereenkomst is dat deze kan worden gesloten met betrekking tot ieder soort goed én dat, indien de eigenaar zich aan de 'spelregels' houdt (waarvan de belangrijkste is: geen tegenprestatie – ook geen verkapte – die een reële kostenvergoeding te boven gaat), hij nagenoeg zeker weet dat hij op het door hem gewenste moment weer over het object in kwestie kan beschikken. Verder heeft de ingebruikgever geen 'last' van de gebrekenregeling uit boek 7, titel 4, afd. 2 (art. 204 e.v.) BW, nu deze niet van toepas-

14 HR 16 mei 1975, NJ 1975, 437.

15 Zie bv. HR 10 juli 2009, LJN:BI4205. A-G Huydecoper gaat daarbij in de conclusie bij dit arrest onder meer in op de vraag in hoeverre een op de gebruiker van een zaak geleende onderhoudsplicht meteen leidt tot de kwalificatie huur: 'De inhoud en strekking van de in een concreet geval bestaande afspraak lijkt mij dan bepalend voor het antwoord op de vraag of er van een tegenprestatie mag worden gesproken, waarmee aan dat element uit de definitie van art. 7:201 lid 1 BW wordt voldaan. Wie een vervallen object in gebruik krijgt en de verplichting op zich neemt om daaraan binnen een bepaalde tijd dusdanig onderhoud te laten uitvoeren dat het object weer aan 'de eis van de tijd' voldoet, aanvaardt een verplichting die zeer wel als de in art. 7:201 lid 1 BW bedoelde tegenprestatie zou kunnen gelden. Wie een dergelijk object in gebruik krijgt met de afspraak dat hij het nodige onderhoud niet op de ingebruikgever zal kunnen verhalen (terwijl de omvang van de door de betrokkene daadwerkelijk aanvaarde onderhoudsverplichting niet duidelijk wordt omlind), neemt (hoogst)waarschijnlijk niet een tegenprestatie als bedoeld in art. 7:201 lid 1 BW op zich. Tussen de zojuist geschetste 'polen' zijn heel wat varianten denkbaar, die zich nu eens aan de ene kant van de grens die art. 7:201 BW markeert bevinden en dan weer aan de andere'.

16 Vgl. bv. Vzgnr Rb 's-Gravenhage 1 juni 2007, LJN: BA6179, waarvan de kernoverweging luidt: '3.2 Volgens [gedaagde] is er sprake van een huurovereenkomst. De voorzieningenrechter volgt hem echter niet in dit standpunt. De vergoeding van € 136,13 per maand, die [gedaagde] betaalt is zo laag, dat deze niet kan worden gekwalificeerd als de tegenprestatie bij een huurovereenkomst (artikel 7:201 BW). Van belang is in dit verband dat tussen partijen niet in geschil is dat niet [gedaagde] maar de gemeente (uiteindelijk) de kosten van water en elektriciteit draagt. Gelet hierop moet het er vooralnog voor worden gehouden dat hetgeen [gedaagde] aan de gemeente betaalt, een vergoeding inhoudt van de door de gemeente gemaakte werkelijke kosten in verband met het gebruik door [gedaagde] van het atelier. Dat in de nota's die de gemeente aan [gedaagde] stuurde in verband met de inning van de maandelijkse vergoedingen enige tijd 'Huurkosten' als omschrijving stond vermeld, maakt op zichzelf niet dat de vergoeding als huur moet worden aangemerkt. Het is immers vaste rechtspraak dat de naamgeving door partijen niet bepalend is voor de aard van hun rechtsverhouding'. Zie ook Vzgnr. Rb Rotterdam 22 mei 2007, LJN: BA6192.

17 In aansluiting hierop bepaalt art. 7A:1789 BW echter: 'Indien de gebruiker, gedurende de bruikleen tot behoud der zaak eenige buitengewone noodzakelijke onkosten heeft moeten maken, welke zoo dringende waren dat hij daarvan te voren aan den uitlener geene kennis heeft kunnen geven, is deze verplicht hem dezelve te vergoeden.'

18 Vgl. A.C. van Schaik, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijke recht, Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2004, p. 49, waarin is aangegeven dat 'in het algemeen' de wettelijke bepalingen met betrekking tot de overeenkomst van bruikleen van regelend recht zijn. Daarbij wordt aangetekend: 'Maar partijen kunnen natuurlijk niet derogeren aan de bepalingen die betrekking hebben op de kwalificatie van de overeenkomst ()'.

19 Rb. Utrecht 23 mei 2001, WR 2002, 11.

20 Indien partijen de betaalde vergoeding als 'gebruiksvergoeding' of iets dergelijks hadden aangemerkt, zou dit overigens naar alle waarschijnlijkheid niet tot een andere uitkomst hebben geleid. Nu het erom gaat dat er door de gebruiker een vergoeding wordt betaald (die de werkelijk door de eigenaar gemaakte kosten te boven gaat) en niet om de benaming hiervan.

sing is als er geen sprake is van 'huur' als in art. 7:201 BW bedoeld. Het grote nadeel van het sluiten van een bruikleenovereenkomst ligt in de financiële sfeer: de eigenaar krijgt gedurende de duur van de bruikleenovereenkomst geen enkel rendement meer uit zijn goed. Het is voor de ingebruikgever aan te bevelen in de bruikleenovereenkomst duidelijke bepalingen op te nemen over het einde van de bruikleen (en de ontruiming van het object in kwestie) en in de considerans de achtergrond van de bruikleen weer te geven.

2.2 De huurovereenkomst op basis van de Leegstandwet (Lw.)

De volgende 'preventieve' mogelijkheid om zonder gebondenheid aan de huurbeschermingsregels leegstand en kraak zoveel mogelijk te voorkomen, betreft de speciale voorziening die door de wetgever is gecreëerd in de Leegstandwet,²¹ waarbij het voor een eigenaar onder bepaalde omstandigheden mogelijk wordt gemaakt om een leegstaande ruimte te verhuren zonder dat de huurbeschermingsbepalingen van toepassing zijn. De centrale bepaling in deze wet is art. 15 lid 1, dat luidt:

'Burgemeester en wethouders kunnen de eigenaar²² vergunning verlenen tot het aangaan van

overeenkomsten van huur en verhuur van woonruimte op welke overeenkomsten de artikelen 206 lid 3, 232, 242, 269 lid 1 en 2, 270, 271 leden 4 tot en met 8, 272 tot en met 277, 278 leden 1 en 2 en 281 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn,²³ indien het gaat om: a. woonruimte in een gebouw²⁴; b. woonruimte in een voor de verkoop bestemde woning²⁵ ()²⁶ c. woonruimte in een voor de verhuur bestemde woning welke ten tijde van het aanvragen van de vergunning bestemd is voor afbraak of voor vernieuwbouw ()²⁷

Ingevolge art. 15 lid 3 Lw wordt de vergunning slechts verleend indien (kort gezegd): a. de woning c.q. het gebouw leegstaat;²⁸ b. van de eigenaar in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij de woning c.q. het gebouw op een andere wijze dienstbaar maakt aan de volkhuusvesting; c. de eigenaar aantoonde dat de te verhuren woonruimte, gelet op de omstandigheden en mogelijkheden, in voldoende mate zal worden bewoond; d. de eigenaar aantoonde dat de vernieuwbouw²⁹ van ingrijpende aard zal zijn en voorts dat de afbraak of de vernieuwbouw binnen een redelijke termijn zal plaatsvinden.³⁰ De vergunning kan ten aanzien van hetzelfde gebouw of dezelfde woning slechts eenmaal worden verleend en voor de duur van ten hoogste twee jaar. Op verzoek van de eigenaar kunnen burgemeester

21 Wet van 21 mei 1981, *Stb.* 337 (nadien nog herhaaldelijk gewijzigd)

22 In art. 1 Lw wordt de eigenaar gedefinieerd als: 'degene, die bevoegd is tot het in gebruik geven van een woning of een gebouw'

23 Het betreft hier, verkort weergegeven: het zelf door de huurder verhelpen van gebreken indien de verhuurder daarmee in verzuim is (art. 206 lid 3); de van toepassingverklaring van de afdeling van huur voor woonruimte (art. 232); het semi-dwingende karakter van een deel van de gebrekenregeling (art. 242); de bescherming van de onderhuurder van zelfstandige woonruimte (art. 269 lid 1 en 2); woningruil (art. 270); de opzegging van de huur van woonruimte (art. 271 leden 4 tot en met 8); de huurbescherming van de huurder van woonruimte (art. 272 tot en met 277); het eindigen van de onderhuurovereenkomst na rechterlijke beëindiging van de hoofdhurovereenkomst (art. 278 lid 1 en 2) en de ontbindingsregeling in verband met de verwezenlijking van een bestemmingsplan (art. 281).

24 'Gebouw' wordt in art. 1 Lw gedefinieerd als: 'een gebouwde onroerende zaak, die blijkens zijn constructie dan wel inrichting bestemd is voor doeleinden van groepsgewijze huisvesting, van verzorging of verpleging, van logieverschaffing, van administratie of van onderwijs of voor een samenstel van twee of meer van deze doeleinden'

25 'Woning' wordt in art. 1 Lw gedefinieerd als: 'een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan, die een zelfstandige woonegelegenheid vormt'

26 Mits is voldaan aan de nadere voorwaarden genoemd onder art. 15 lid 1 sub b ad 1 tot en met 3 Lw.

27 In de rechtspraak is bepaald dat de Leegstandwet niet van toepassing is op een standplaats nu dit 'weliswaar een gebouwde onroerende zaak [is] doch geen gebouwde onroerende zaak' (Rb Zwolle, sector kanton, locatie Zwolle 30 mei 2005, LJN: AT6458), noch op een onzelfstandige woonruimte (Vzgnr. Rb. Utrecht 15 januari 2008, WR 2008, 98 - vgl. ook de definitie van 'woning' in art. 1 Lw) noch op een woning verhuurd als 'wisselwoning' (Vzgnr. Rb Amsterdam 18 juni 2008, WR 2008, 126).

28 Leegstaan wordt in art. 1 Lw gedefinieerd als: 'het niet of niet krachtens een zakelijk of persoonlijk recht in gebruik zijn alsmede een gebruik dat de kennelijke strekking heeft afbreuk te doen aan de werking van deze wet.'

29 De Hoge Raad heeft op 3 juni 2005 (NJ 2006, 21) overwogen dat uit de parlementaire geschiedenis van de Leegstandwet blijkt dat voor het antwoord op de vraag of er sprake is van 'vernieuwbouw' niet beslissend is of de werkzaamheden al dan niet tijdens de bewoning kunnen worden uitgevoerd, maar of het gaat om ingrijpende werkzaamheden. De Hoge Raad verwerpt daarbij het middel waarin is bepleit dat van werkzaamheden van ingrijpende aard slechts sprake is, indien deze niet kunnen worden uitgevoerd zonder beëindiging van de huurovereenkomst. De Hoge Raad tekent daarbij aan dat de wetgever in het kader van de Leegstandwet niet dezelfde criteria heeft willen hanteren als die welke gelden in de renovatieregelingen in (thans) art. 7:220 leden 2 en 3 BW en art. 7:274 lid 3 onder a BW. Die laatste regelingen beogen, aldus de Hoge Raad, een juist evenwicht te bieden tussen de belangen van de zittende huurder en die van de verhuurder die tot renovatie wenst over te gaan, terwijl de regeling inzake de tijdelijke verhuur in de Leegstandwet beoogt te voorkomen dat de eigenaar van een leegstaande woning in afwachting van voorgenomen sloop of vernieuwbouw niet tot tijdelijke verhuur van de woning overgaat omdat hij vreest dat dan een beroep om de wettelijke huurbescherming het realiseren van zijn plannen onmogelijk maakt. Het Hof te Amsterdam heeft op 12 februari 2004 (WR 2005, 54) overwogen dat er ook sprake kan zijn van 'vernieuwbouw' indien de eigenaar de woning wil verbeteren en dit niet tijdens de bewoning kan worden uitgevoerd

30 Dit laatste vereiste sub d geldt alleen indien het gaat om woonruimte als bedoeld in art. 15 lid 1 sub c Lw

en wethouders deze duur vervolgens telkens met ten hoogste één jaar verlengen, met dien verstande echter dat de gehele duur van de vergunning ten hoogste vijf jaar kan bedragen. De huurovereenkomst eindigt ingevolge art. 16 lid 7 Lw. in elk geval op het tijdstip waarop de vergunning haar geldigheid verliest.

De Leegstandwet bevat veel formaliteiten die door de verhuurder in acht moeten worden genomen om in de eerste plaats voor een vergunning in aanmerking te komen, en in de tweede plaats te vermijden dat er alsnog een reguliere huurovereenkomst tot stand komt.³¹ Een voorbeeld van het tweede geval speelde zich af voor de Rechtbank Amsterdam in een zaak in hoger beroep.³² In deze zaak had de verhuurder niet alle formele vereisten uit de Leegstandwet in acht genomen. Meer specifiek het voorschrift van art. 16 lid 10 Lw., op basis waarvan in de huurovereenkomst vermeld had moeten worden dat er sprake was van een vergunning ex art. 15 lid 1 Lw., evenals het tijdvak waarvoor de vergunning is verleend en de daarin vermelde huurprijs. Nu de verhuurder deze vormvoorschriften niet in acht had genomen, vernietigde de rechtbank de eerdere uitspraak van de kantonrechter en kon de huurder zich 'gewoon' beroepen op alle huurbeschermingsbepalingen van het Burgerlijk Wetboek. Een ander gevaar schuilt, in feite op vergelijkbare wijze als bij de bruikleenovereenkomst, in het alsnog stilzwijgend tot stand komen van een huurovereenkomst na afloop van de vergunning. Zo overwoog het Hof Amsterdam dat een verlenging van een tijdelijke huurovereenkomst op grond van de Leegstandwet schriftelijk moet geschieden, bij gebreke waarvan de verhuurder zich niet kan beroepen op het buiten toepassing blijven van de huurbeschermingsbepalingen. Het hof merkte daarbij op dat het beroep op huurbescherming door de huurder niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, nu uit niets volgde dat de huurder ook na afloop van de tijdelijke overeenkomst had moeten beseffen dat de situatie van tijdelijke huur op basis van de Leegstandwet zou voortduren.³³

Voordelen van verhuur op basis van de Leegstandwet zijn dat, wederom indien de regels goed in acht worden genomen, dit voor de eigenaar een vrij zekere manier van tijdelijke ingebruikgeving is en dat de verhuurder tenminste nog enig rendement uit zijn eigendom haalt (waarbij wel geldt dat de verhuurder is gebonden aan de door burgemeester en wethouders in de vergunning vermelde huurprijs waartegen ten hoogste mag worden verhuurd³⁴). Nadeel is echter dat de nodige formaliteiten moeten worden vervuld. Niet alleen is dit tijdrovend, doch ook bestaan er voor de eigenaar risico's indien hij niet voldoende alert is. Naast de hierboven beschreven aandachtspunten, dient de verhuurder goed in gedachten te houden dat, als hij niet wil dat de gebrekenregeling van toepassing is, hij deze uitdrukkelijk moet uitsluiten. Ingevolge art. 15 lid 1 Lw. wordt namelijk niet de gebrekenregeling zelf buiten toepassing gesteld maar slechts art. 7:242 BW, dat de gebrekenregeling grotendeels van semi-dwingend recht maakt. Verhuur op grond van de Leegstandwet kan voorts slechts voor maximaal vijf jaar een oplossing bieden.

2.3 De huurovereenkomst naar aard van korte duur

Een derde (en voor de eigenaar van woonruimte laatste) mogelijkheid leegstand van woonruimte tegen te gaan (zonder met huurbescherming te worden geconfronteerd), is te vinden in art. 7:232 lid 2 BW:

'Deze afdeling is niet van toepassing op huur welke een gebruik van woonruimte betreft dat naar zijn aard slechts van korte duur is.'

De Kantonrechter te Utrecht heeft geoordeeld dat deze mogelijkheid bestaat *naast* de mogelijkheid die de Leegstandwet biedt, aangezien de Leegstandwet complementair is aan het Burgerlijk Wetboek.³⁵ De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam lijkt in een uitspraak uit 2002 een iets andere benadering te volgen.³⁶ De rechter overweegt dat de huurder zich in redelijkheid op huurbescherming kan beroepen, aangezien de verhuurder bewust niet

31 Zo moet de huurovereenkomst worden aangegaan voor ten minste zes maanden (art. 16 lid 3 Lw.); mag de opzeggingstermijn voor de huurder niet langer zijn dan een maand en voor de verhuurder niet korter dan drie maanden (art. 16 lid 4 resp. 5 Lw.) en moet de huurovereenkomst bij geschrifte worden aangegaan, waarbij melding moet worden gemaakt van de vergunning ex art. 15 lid 1 Lw. van het tijdvak waarvoor deze is verleend en van de daarin vermelde huurprijs (art. 16 lid 10 Lw.).

32 Rb. Amsterdam 9 april 2003, *WR* 2003, 58.

33 Zie Hof Amsterdam 24 februari 2005, *WR* 2005, 40. Zie in soortgelijke zin Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 22 juli 2004, *WR* 2004, 280. De kantonrechter overwoog dat de oorspronkelijk tijdelijke huurovereenkomst krachtens art. 16 lid 10 Lw. eindigde op het tijdstip waarop de vergunning haar geldigheid verloor. Deze geëindigde tijdelijke huurovereenkomst kon in het licht van het bepaalde in art. 16 lid 10 Lw. niet stilzwijgend als tijdelijke huurovereenkomst krachtens de Leegstandwet worden verlengd. Gevolg was dat de reguliere wetsbepalingen inzake (onder meer) opzegging wederom van kracht waren.

34 Vgl. art. 16 lid 9 Lw.

35 Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 19 november 2008, *WR* 2009, 30.

36 Vzgrn. Rb. Amsterdam 28 februari 2002, *KG* 2002, 119.

heeft gekozen om de weg van de Leegstandwet te volgen.

Reeds uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de 'naar aard voor korte duur' uitzondering restrictief dient te worden toegepast. Klassieke voorbeelden zijn de 'sloopwoning'³⁷ en de 'vakantiewoning'.³⁸ Volgens de minister moet het gaan om 'gevallen waarin voor iedereen duidelijk is dat er geen sprake kan en mag zijn van een beroep op huur bescherming'.³⁹ Deze lijn wordt ook in de rechtspraak gevolgd.⁴⁰

Uit de jurisprudentie komt voorts duidelijk naar voren dat hetgeen partijen hebben bedoeld op het moment van het tot stand komen van de overeenkomst een grote rol speelt. Hierbij kunnen verschillende intenties van belang zijn, zoals een voorgenomen sloop (binnen afzienbare termijn), verblijf in het buitenland van de verhuurder (met de kennelijke bedoeling tot terugkeer) en het treffen van een tijdelijke regeling indien in verband met de verkoop van

een woning nog een onduidelijkheid (bijvoorbeeld over vermeende bodemverontreiniging) moet worden opgelost.⁴¹ Indien partijen een overeenkomst van verhuur van woonruimte naar zijn aard van korte duur willen sluiten, is het dan ook raadzaam om deze intentie uitdrukkelijk vast te leggen in een considerans. Voor de Rechtbank Utrecht lijkt dit een zwaarwegend argument om te oordelen dat er inderdaad sprake is van verhuur van woonruimte naar zijn aard van korte duur.⁴² Uiteraard is echter, zoals het Hof 's-Hertogenbosch terecht overweegt, de enkele partijbedoeling niet voldoende om de uitzonderingsbepaling van kracht te doen zijn.⁴³

Anders dan de terminologie naar 'aard' van korte duur doet vermoeden, wordt er in de jurisprudentie niet altijd strikt de hand aan gehouden dat er alleen sprake kan zijn van huur die valt onder art. 7:232 lid 2 BW indien het gebruik van de woning naar aard van korte duur is. Zo overweegt de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem op 23

37 Zie echter Vzgnr. Rb. Amsterdam 28 februari 2002, KG 2002, 119, waarin is bepaald dat de tussen partijen (eigenaar en 'huishouder' van een slooppand) gesloten huurovereenkomst niet naar aard van korte duur is. De voorzieningenrechter overweegt onder meer: 'Dat het in deze gaat om een slooppand, betekent niet dat de overeenkomst tussen partijen per definitie een overeenkomst is die naar haar aard van korte duur is.'

38 Ook huren in een 'woonhotel' is in de jurisprudentie aangemerkt als zijnde naar aard van korte duur (vgl. Rb. Rotterdam, sector bestuursrecht 24 augustus 2009, WR 2010, 6). Het betrof de Wet op de huurtoeslag, doch verwezen wordt naar het begrip 'aard van korte duur' in art. 7:232 lid 2 BW.

39 *Handelingen II* 1978/79, 14 175, p. 5026.

40 Vgl. bv. HR 8 januari 1999, NJ 1999, 495, waarin de Hoge Raad, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, benadrukt dat uit de tekst van art. 7A: 1623a lid 1 BW (thans art. 7:232 lid 2 BW) en uit de parlementaire geschiedenis moet worden afgeleid dat terughoudendheid past bij bevestigende beantwoording van de vraag of zich het in het artikel bedoelde uitzonderingsgeval voordoet. Het betrof hier een zogenaamde 'tweede woning', die huurders van jaar tot jaar (sommigen al 38 jaar) huurden, maar allen woonden zij elders. De Hoge Raad oordeelde dat er van huur 'naar aard van korte duur' geen sprake was. Diezelfde terughoudendheid wordt ook in lagere jurisprudentie (vrijwel) steeds voorop gesteld. Zie bv. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 20 mei 2009, WR 2009, 96, waar het ging om verhuur aan buitenlandse studenten of gasten en in de huurovereenkomst zelf was benadrukt dat er sprake was van verhuur naar aard van korte duur. De kantonrechter concludeerde echter dat niet is voldaan aan art. 7:232 lid 2 BW, waarbij de kantonrechter in zijn afweging de meenam dat er geen sprake was van een uitwisselingsstudent, maar van een wetenschappelijk onderzoeker met een contract voor drie jaar, waarbij niet was uitgesloten dat verlenging van de overeengekomen huurtermijn van een jaar mogelijk was. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank te 's-Hertogenbosch stelt (ook) voorop dat de betreffende uitzondering terughoudend moet worden toegepast, waarbij het aankomt op de aard van het gebruik, de aard van de woning alsmede op hetgeen partijen omtrent de duur van het gebruik voor ogen heeft gestaan (Vzgnr. Rb. 's-Hertogenbosch 25 april 2007, WR 2007, 74). Niettemin komt de voorzieningenrechter tot de slotsom dat er sprake was van de verhuur van woonruimte naar zijn aard van korte duur, mede omdat uitdrukkelijk was vastgelegd dat de huurovereenkomst strekte ter voorkoming van kraak.

41 In deze zin: Vzgnr. Rb. Arnhem 15 september 2008, WR 2009, 52; Hof Amsterdam 20 september 2007, WR 2008, 79 en Rb. Zutphen, sector kanton, locatie Groenlo 23 juli 2007, WR 2008, 99. Een ander voorbeeld waar 'van aard naar korte duur' is aangenomen, is Hof Amsterdam 21 april 2009, WR 2009, 124. Het hof overwoog dat de huurovereenkomst een gebruik van woonruimte betrof dat naar zijn aard van korte duur was, te weten de resterende duur van het verblijf van verhuurder in Australië.

42 Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 15 januari 2008, WR 2008, 98.

43 Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2004, WR 2005, 18: 'Enkel de subjectieve partijbedoeling kan niet bewerkstelligen dat wordt afgeweken van de dwingendrechtelijke bepalingen van het huurrecht woonruimte. Daarbij komt dat de wetgever zelf een andere maatstaf aanlegt, namelijk de aard van het gebruik. Naar objectieve maatstaven gemeten, en niet naar de subjectieve bedoelingen van partijen of van de verhuurder, dient de aard van het overeengekomen gebruik van korte duur te zijn. De aard van het gebruik door huurders is zonder meer het gebruik voor woondoeleinden en wijkt op geen enkele wijze af van huur van een woning waarop de huurdersbeschermende artikelen betrekking hebben. Het enige bijzondere is dat er ten tijde van het aangaan van de huurovereenkomst bij de gemeente (voorbereidende) plannen bestonden waarbinnen de mogelijkheid van afbraak werd opgehouden. Dienaangaande is hiervoor reeds geoordeeld dat dit feit geen aanleiding kan geven om de huurders beschermende bepalingen opzij te zetten.'

oktober 2009 expliciet dat hij *'de aard van het gehuurde in deze zaak geen doorslaggevende rol vindt spelen'*⁴⁴ Een voorbeeld, waarin wel strikt naar de aard van het gehuurde werd gekeken, vormt het arrest van het Hof Amsterdam van 13 januari 2005⁴⁵ Het hof overweegt dat het voorkomt dat te verhuuren woonruimte één of meer - al dan niet fysieke - kenmerken bezit die van invloed zijn op de aard van het gebruik en op een daarbij passende duur, bijvoorbeeld de sloopwoning of een woning die aan renovatie toe is. Het betreft dan, aldus nog steeds het hof, veelal woningen die niet meer geschikt zijn voor een - naar hedendaagse maatstaven - normaal gebruik voor onbepaalde tijd. Het hof tekent aan dat van die kenmerken in de betreffende zaak niet is gebleken, maar daarentegen de huur was bedongen met het oog op verkoop en daarmee met het oog op soortgelijk gebruik als waarop de huurovereenkomst betrekking heeft. Het hof komt tot de slotsom dat er geen sprake is van verhuur 'naar aard' van korte duur en merkt daarbij op dat het enkele feit dat partijen een gebruik van korte duur wel voor ogen heeft gestaan en dat verhuurder huurder in een noodsituatie heeft geholpen te weinig specifiek is om een andere conclusie te rechtvaardigen.

Verder is de uiteindelijke duur van de verhuur niet altijd doorslaggevend. De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht verwoordt het als volgt:

*'Voor een absolute grens in tijd, zoals bepleit door gedaagden, is evenmin aanleiding. De stelling dat verhuring die langer dan een jaar heeft geduurd, niet van 'korte duur' is, is voorts een miskenning van de eigen, niet steeds te voorspellen dynamiek van nieuwbouwprojecten als de onderhavige'*⁴⁶

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Hertogenbosch oordeelde (eveneens) dat er sprake was van verhuur naar aard van korte duur, ondanks dat de huurders inmiddels ca. 3,5 jaar in de woning hadden gewoond.⁴⁷ Tot een zelfde oordeel kwam de Rechtbank Amsterdam in een zaak waarin er sprake was van een huurperiode van bijna vier jaar.⁴⁸

Het voordeel van deze vorm van verhuur is dat de afdeling ter zake de verhuur van woonruimte volledig buiten toepassing blijft, waardoor de verhuurder het gebruik van het gehuurde door de huurder makkelijk kan beëindigen en de gebrekenregeling - die voor woonruimte in beginsel semi-dwingend is - kan uitsluiten.⁴⁹ Daarnaast kan de verhuurder 'gewoon' een tegenprestatie krijgen voor het verschaffen van het gebruik van de zaak en niet alleen maar een vergoeding voor de werkelijk ten behoeve van de gebruiker gemaakte kosten, zoals bij de bruikleenovereenkomst. Keerzijde is echter dat de eigenaar (vrijwel) nooit de absolute zekerheid heeft dat een rechter de huurovereenkomst daadwerkelijk zal kwalificeren als huur naar zijn aard van korte duur. De jurisprudentie is wisselend en daarmee moeilijk voorspelbaar, met als gevolg weinig rechtszekerheid. Als de rechter de huurovereenkomst als een reguliere huurovereenkomst kwalificeert, zijn daarmee de huurbeschermingsbepalingen in beginsel integraal van toepassing. Verhuurder rest dan nog slechts de hoop dat, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, de rechter oordeelt dat het beroep van de huurder op huurbescherming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁵⁰ De verhuurder kan zijn kansen (op zowel de kwalificatie 'naar aard van korte duur' als op het oordeel dat een beroep van de huurder op huurbescherming naar maatstaven van redelijkheid

44 LJN: BK3219. Het betrof een geval *waarbij het onmiskenbaar ging om een tijdelijke bewoning van een voor de verkoop, althans terugkeer van de verhuurder, bestemde woning, die al passief in de verkoop stond.* Met de 'aard' van de woning was niets bijzonders aan de hand. De rechter achtte ook van belang dat de verhuurder geen woningcorporatie maar een particuliere verhuurder is én dat vanaf het begin de bedoeling zeer duidelijk is geweest en ook expliciet en uitgebreid in de overeenkomst is opgenomen zodat daaromtrent voor de huurder geen onduidelijkheid heeft kunnen bestaan.

45 WR 2005, 76.

46 Vzgnr Rb Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 15 januari 2008, WR 2008, 98.

47 Vzgnr. Rb. Den Bosch 8 januari 2007, WR 2007, 73. De voorzieningenrechter overweegt: *4.9 Uiteindelijk zal de bewoning door de huurders zo'n 3,5 jaar hebben geduurd, maar er is geen periode aan te wijzen gedurende welke de huurders in redelijkheid hebben kunnen menen dat zij definitief in de woning zouden kunnen blijven. Het is niet zo dat de huurders na jaren ongestoord huurgenoet zijn geconfronteerd met het feit dat Woonbedrijf hen weg wil hebben. 4.10 De huurders hebben bewust een sloopwoning gehuurd en genoeg genomen met een zwakke rechtspositie. Dat zij kennelijk met plezier en, achteraf gezien, wellicht langer dan bij bewoning van sloopwoningen veelal het geval is van de woning gebruik hebben kunnen maken, maakt niet dat het evident tijdelijk karakter aan de rechtsverhouding is ontvallen. Het is veeleer een meevaller.'*

48 Rb. Amsterdam 11 mei 2006, WR 2006, 102. Ook hier was de wetenschap van de huurder van belang: deze wist, toen hij de huurovereenkomst sloot, dat het de bedoeling was dat hij op zijn 27ste zou vertrekken én dat de verhuurder tot doel heeft het verschaffen van passende en betaalbare woonruimte.

49 Net als bij verhuur op grond van de Leegstandwet geldt dat dit niet automatisch gaat nu de gebrekenregeling zich niet bevindt in de door art. 7:232 lid 2 BW uitgesloten afd. 5, maar in afd. 2 van titel 4 van boek 7 BW.

50 Zie bv. Vzgnr. Rb. 's-Hertogenbosch 25 april 2007, WR 2007, 74 en Rb. Maastricht 12 april 1983, PRG 1984, 2174. Een voorbeeld van een uitspraak waar dit beroep niet werd gehonoreerd, vormt Rb. Alkmaar, sector kanton, locatie Alkmaar 14 maart 2007, rolnr.: 224717-06-5226 WG.

en billijkheid onaanvaardbaar is) vergroten door een heldere considerans waarin de plannen van de verhuurder zo duidelijk mogelijk worden omschreven alsmede expliciet wordt bepaald wanneer de huurovereenkomst (in ieder geval) eindigt en waarin de huurder zich tevens verbindt op dat tijdstip het gehuurde te ontruimen. Zeker indien de verhuurder de huurder van de ontwikkelingen van zijn plannen op de hoogte blijft houden, zal een beroep van de huurder op ontstane verwachtingen niet (snel) slagen

2.4 De huurovereenkomst voor de duur van twee jaar of korter

De wetgever heeft de verhuurder van 290-bedrijfsruimte⁵¹ twee mogelijkheden geboden om (deels) aan het semi-dwingende⁵² (en de huurder zeer beschermende) regime van de artikelen 290 e v BW te ontsnappen. Een eerste mogelijkheid is het sluiten van een huurovereenkomst voor de duur van maximaal twee jaar. Op basis van art. 7:301 lid 1 BW zijn de artikelen 7:291 tot en met 300 BW namelijk 'niet van toepassing op een overeenkomst van twee jaar of korter.' Hieronder vallen onder meer de bepalingen betreffende de duur van de huurovereenkomst en de beperkte opzeggingsmogelijkheden van de verhuurder.

Indien de eigenaar van 290-bedrijfsruimte het betreffende pand binnen een tijdspanne van twee jaar weer voor eigen gebruik nodig heeft, is dit een zeer voor de hand liggende werkwijze: veilig, efficiënt (anders dan bij de hierna te bespreken huurovereenkomst met goedkeuring van de kantonrechter hoeft er geen gerechtelijke procedure te worden doorlopen) en financieel aantrekkelijk (anders dan bij een bruikleenovereenkomst kan er een huurprijs in rekening worden gebracht). Nadelen zien wij eigenlijk niet, anders dan dat (ook hier) alertheid is gebo-

den, nu het van wezenlijk belang is dat de termijn van twee jaar (tussen dezelfde partijen) niet wordt overschreden (althans in ieder geval niet zonder dat partijen in actie komen door bijvoorbeeld alsnog een aanvullende huurovereenkomst met goedkeuring van de rechter te sluiten of een bruikleenovereenkomst). Op basis van art. 7:301 lid 2 BW wordt een huurovereenkomst in een dergelijk geval anders namelijk geconverteerd in een huurovereenkomst van vijf jaar⁵³ (waarbij alle huurbeschermingsbepalingen van kracht worden). Dat strak wordt vastgehouden aan de termijn van twee jaar blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch waarin partijen welgeteld één dag te laat waren met de indiening van het goedkeuringverzoek bij de kantonrechter.⁵⁴

2.5 De huurovereenkomst met door de kantonrechter goedgekeurde bedingen

De tweede methode die partijen bij de verhuur van 290-bedrijfsruimte ten dienste staat, is het op basis van art. 7:291 lid 2 BW verzoeken om goedkeuring aan de kantonrechter voor bepalingen die ten nadele van de huurder afwijken van de artikelen 7:290 e v BW.⁵⁵

Een dergelijk aan de kantonrechter gericht verzoek tot goedkeuring van afwijkende bedingen is echter zeker geen hamerstuk (meer⁵⁶). De rechter kan zijn toestemming namelijk op grond van art. 7:291 lid 3 BW slechts verlenen indien

'het beding de rechten die de huurder aan deze afdeling ontleent, niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijking met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling in redelijkheid niet behoeft.'

51 Te denken valt bv. aan winkelruimte en een café/restaurant.

52 Vgl. art. 7:291 lid 1 BW: 'Van de bepalingen van deze afdeling kan niet ten nadele van de huurder worden afgeweken.'

53 De reeds verstreken twee jaar worden hierop in mindering gebracht. Na vijf jaar wordt de huurovereenkomst (behoudens rechtsgeldige beëindiging) verlengd met wederom vijf jaar.

54 Hof den Bosch 8 juni 2004, L.JN:AQ5813. Vgl. ook Hof Amsterdam 22 september 2005, WR 2006, 55. Aanvankelijk was een huurovereenkomst voor 23 maanden gesloten. Doordat de verhuurder (die meende dat de huur van rechtswege zou eindigen) niet rechtsgeldig had opgezegd, was de huurovereenkomst geconverteerd in een 'reguliere' huurovereenkomst. Het (subsidiäre) beroep van de verhuurder dat het beroep van de huurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, werd niet gehonoreerd. Het hof achtte daarbij relevant dat het niet alleen in het belang van huurder, maar ook in het belang van verhuurder was dat huurder het gehuurde zo lang mogelijk zou blijven gebruiken, enerzijds wegens de voortgezette huurbetalingen en anderzijds om leegstand en een eventueel kraakrisico uit te sluiten.

55 Alleen van art. 7:307 BW (dat voorziet in het recht van huurder om onder voorwaarden indeplaatsstelling af te dwingen) kan, ook met goedkeuring van de rechter, niet worden afgeweken. Evenmin kan goedkeuring worden verzocht voor een afwijking van art. 7:231 BW (waarvan het eerste lid, kort gezegd, inhoudt dat ontbinding van een huurovereenkomst betreffende een gebouwde onroerende zaak op de grond dat de huurder is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, slechts door de rechter kan geschieden). nu dit artikel niet is opgenomen in de betreffende afdeling 6 'Huur van bedrijfsruimte'.

56 Naar het vóór 1 augustus 2003 geldende huurrecht was dit anders en werd een verzoek om goedkeuring van afwijkende bedingen vrijwel standaard toegewezen.

Probleem bij de eerste goedkeuringsgrond is dat een inperking van de huurbeschermingsregels vrijwel per definitie de rechten van de huurder wezenlijk aantast. Zo geeft het Hof Amsterdam bij arrest van 27 september 2007 geen toestemming aan de voorgelegde afwijking. Het hof overweegt daarbij:

'De kantonrechter heeft vastgesteld dat [franchisenemer] een kleine ondernemer is voor wie de beschermende regels van het huurrecht nu juist zijn opgesteld.'⁵⁷

Een voorbeeld van toepassing van de tweede goedkeuringsgrond is te vinden in de uitspraken van de Rechtbank Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht van 25 februari resp. 31 maart 2008⁵⁸: geoordeeld werd dat de maatschappelijke positie van Esprit Europe B.V. resp. Cortefiel SA, in het bijzonder in vergelijking met die van Vroom & Dreesmann Warenhuizen B.V., zodanig is dat zij de betreffende bescherming in redelijkheid niet behoeven. Daarbij werd doorslaggevend geoordeeld: de hoogte van de omzet, de aard c.q. omvang van de ondernemingen en het meer dan voldoende 'financieel incassingsvermogen'.

Partijen hebben diverse malen betoogd dat huurders er niet mee zijn geholpen indien de goedkeuring wordt onthouden, omdat dan in het geheel geen huurovereenkomst met hen zal worden gesloten (veelal wordt een huurovereenkomst met van de wet afwijkende bedingen gesloten onder de opschortende voorwaarde dat de vereiste goedkeuring door de rechter zal worden verleend). Rechters lijken hierin echter niet mee te gaan. Zo overwoog de Kantonrechter te Utrecht:⁵⁹

'De kantonrechter heeft in de beoordeling betrokken dat IPIC heeft aangegeven de huurovereenkomst niet te willen voortzetten indien de bedingen niet goedgekeurd worden. Gegeven de omstandigheden van het onderhavige geval acht de kantonrechter dit laatste belang onvoldoende

om de afwijkende bedingen niettemin goed te keuren. Daarbij wordt overwogen dat dergelijke bedingen ook niet op goedkeuring kunnen rekenen als ze deel uitmaken van andere overeenkomsten met andere, vergelijkbare, huurders waarmee IPIC wenst te contracteren. Bij het voorgaande is nog in aanmerking genomen dat de wetgever zich blijkens de wetsgeschiedenis bewust is geweest van de mogelijkheid dat zonder goedkeuring afgezien wordt van het sluiten van een overeenkomst als de onderhavige, maar dat zij daaraan geen (doorslaggevende) betekenis heeft gehecht.'

Voordeel voor de verhuurder van het bewandelen van deze weg is dat, indien de goedkeuring door de kantonrechter wordt gegeven, de verhuurder (mogelijk zeer uitzonderlijke situaties daargelaten) de absolute zekerheid heeft dat de huurbeschermingsbepalingen niet van toepassing zijn. Daarnaast kan een marktconforme huurprijs in rekening worden gebracht.⁶⁰ Het nadeel van deze vorm is echter dat partijen altijd langs de rechter moeten en dat het lang niet zeker is of de kantonrechter zijn goedkeuring zal geven.

2.6 De (on)mogelijkheden in geval van 230a-ruimte

Opvallend is dat, anders dan voor woonruimte en 290-bedrijfsruimte, door de wetgever niet is voorzien in modaliteiten ter zake de tijdelijke verhuur van 230a-ruimte. Dit heeft het - in onze ogen vreemde en ongewenste resultaat - dat enerzijds de bescherming van de huurder van woonruimte en 290-bedrijfsruimte (aanzienlijk) verder gaat dan die van 230a-ruimte, maar dat anderzijds de bescherming van de huurder van 230a-ruimte absoluut is. Zelfs indien ten tijde van het sluiten van de huurovereenkomst al door de verhuurder is voorzien dat hij het gehuurde weer op korte termijn nodig heeft (en huurder hier volledig mee bekend is en ook mee instemt), bestaat er geen wettelijk gereguleerde manier voor de verhuurder om de 230a-ruimte te

57 Hof Amsterdam 27 september 2007, L.J.N. BC0334. Andere voorbeelden van uitspraken waarin de toestemming (grotendeels) niet werd verleend, zijn: Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 24 juni 2008, L.J.N. BD5878; Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 10 december 2008, L.J.N. BG9117; Rb. Zwolle-Lelystad, sector kanton, locatie Zwolle 23 april 2009, L.J.N. BI4058 en Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 10 oktober 2008, *WR* 2009, 101. In grote lijnen luidde het oordeel steeds dat de bedingen in kwestie (die, grof gezegd, de huurder de mogelijkheid ontnamen om de beëindiging door de rechter te laten toetsen) een (te) vergaande aantasting van de rechten van de huurder opleverden. Uitspraken waarin het voorgestelde beding wel werd goedgekeurd, zijn bv.: Rb. Assen, sector kanton, locatie Emmen 23 juli 2008, *WR* 2009, 48 (een huurperiode van vijf jaar is in dit specifieke geval geen wezenlijke aantasting van de rechten van de huurder aangezien de huurder nagenoeg niet hoeft te investeren en er aan de exploitatie slechts beperkte risico's zijn verbonden); Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 14 augustus 2008, L.J.N. BE9749 (het koppelen van het einde van de huur aan een andere huurovereenkomst waar alle de huurder beschermende bepalingen van kracht zijn, is geen wezenlijke aantasting van de belangen van de huurder); Hof Arnhem, nevensittingsplaats Leeuwarden 22 september 2008, *WR* 2009, 100 (in tegenstelling tot de kantonrechter, keurt het hof het beding waarbij de looptijd van de huurovereenkomst gekoppeld wordt aan de samenwerkingsovereenkomst wel goed, nu de huurder niet vooraf heeft behoeven te investeren en bij beëindiging voldoende wordt gecompenseerd voor eventuele investeringen).

58 L.J.N.: BD0227 resp. L.J.N.: BD0229.

59 Rb. Utrecht, sector kanton, locatie Utrecht 24 juni 2008, L.J.N.: BD5878.

60 Aangevend zij daarbij dat indien een lage huurprijs in rekening wordt gebracht dit dienstbaar kan zijn in het kader van de eerste goedkeuringsgrond. Bepleit kan dan immers worden dat de rechten van de huurder niet wezenlijk worden aangetast nu tegenover een verminderde huurbescherming ook een lagere huurprijs staat.

verhuren met de zekerheid hier op het door hem gewenste moment wederom over te kunnen beschikken. In de praktijk leidt dit veelvuldig tot praktische problemen⁶¹, ook omdat het een veel voorkomende categorie betreft. Zo valt bijvoorbeeld kantoorruimte en opslagruimte eronder. Wij zijn er groot voorstander van dat de huurregelgeving zodanig wordt aangepast, dat ook de verhuurder van 230a-ruimte, onder voorwaarden, de mogelijkheid heeft om op een voor hem veilige manier de 230a-ruimte voor korte duur aan de - goed geïnformeerde - huurder te verhuren. Dit zou bijvoorbeeld kunnen worden bereikt door de goedkeuringsbepaling ex art. 7:291 lid 2 BW aldus aan te passen dat het óók mogelijk is om een afwijking van de ontruimingsbescherming ex art. 7:230a BW ter goedkeuring aan de kantonrechter voor te leggen.⁶² Daarnaast zou art. 7:301 lid 1 BW zodanig kunnen worden uitgebreid dat ook de ontruimingsbeschermingsregeling van art. 230a niet van toepassing is indien een huurovereenkomst wordt gesloten voor de duur van twee jaar of korter. Uiteraard zou een en ander, behalve door uitbreiding van de artikelen 7:291 en 7:301 BW, ook kunnen worden geregeld door het toevoegen van leden aan art. 7:230a BW of door het invoegen van een nieuw art. 7:230b BW.

Totdat de wetgever het absolute en onpraktische karakter van de 230a-regeling heeft aangepast, dient de verhuurder van dergelijke ruimte te 'roeien met de riemen die hij heeft'.⁶³ Voor de verhuurder van 230a-ruimte, die op korte termijn wederom over het gehuurde wenst te kunnen beschikken (doch die niet voor een bruikleenovereenkomst wenst te kiezen, aangezien hij zijn goed niet gratis ter beschikking van de gebruiker wenst te stellen), is het in de eerste plaats aan te bevelen om een uitvoerige considerans op te nemen, waarin de plannen van de verhuurder met het gehuurde nauwgezet zijn omschreven en waarin tevens is opgenomen dat de huurder zich

er volledig van bewust is dat hij slechts voor korte duur over het gehuurde zal kunnen beschikken alsmede dat hij bij het einde van de huur het gehuurde geheel ontruimd ter beschikking van de verhuurder zal stellen, zonder een beroep te doen op ontruimingsbescherming. Mogelijk wordt het beroep van een huurder op ontruimingsbescherming onder die omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht en/of heeft het invloed op de belangenafweging die de kantonrechter ex art. 7:230a lid 4 BW⁶⁴ verricht bij het vaststellen van de duur van de verlenging van de ontruimingsbescherming.

Daarnaast zou de verhuurder ervoor kunnen kiezen om, bij aanvang van de huur, aan de huurder (gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval) een lage huurprijs in rekening te brengen en daarbij te bepalen dat, indien de huurder na een bepaalde datum (of na een bepaald moment), het gehuurde nog zou gebruiken, de huurprijs zeer fors wordt verhoogd (een alternatief is om juist van meet af aan een heel hoge huurprijs overeen te komen, maar hierop tot een bepaalde datum een zeer aanzienlijke huurkorting te geven). Dit zou een rem voor de huurder kunnen opleveren om het gehuurde na die huurprijsverhoging toch nog in gebruik te houden (en, afhankelijk van de omstandigheden, mogelijk een 'troost' voor de verhuurder indien de huurder dit toch doet). Het is voor de verhuurder zaak om te trachten een evenwicht te bereiken tussen enerzijds een huurprijs die voldoende hoog is om voor de huurder afschrikwekkend te werken, maar anderzijds niet zodanig hoog dat dit in feite neerkomt op een verkapte boete op het maken van aanspraak door de huurder op de ontruimingsbescherming die hem semi-dwingendrechtelijk toekomt, aangezien dit anders vermoedelijk leidt tot nietigheid van de bepaling.⁶⁵

61 Aldus ook T.H.G. Steenmetser: 'Ook de hele ontruimingsbescherming van art. 7:230a BW is onpraktisch. De regeling is dwingend. [bedoeld zal zijn semi-dwingend] Afwijking, ook al zou iemand dat willen, is onmogelijk. De regeling zorgt voor onzekerheid aan de kant van alle partijen.' (TvHB 2008, nr. 6, p. 215-219)

62 Reeds in 2002 bepleitte N. Eeken om art. 7:291 lid 2 BW zodanig aan te passen dat het ook van toepassing is op 230a-ruimte (Advocatenblad 2002, nr. 22, p. 976-978).

63 J.M. de Bruin tekent daarbij, naar onze mening terecht, aan dat nu art. 7:230a BW van semi-dwingend recht is, verzonnen constructies die kennelijk geen ander doel hebben dan de ontruimingsbescherming te ontlopen, in de meeste gevallen bakzeil zullen halen (TvHB 2009, nr. 4, p. 132-137).

64 Art. 7:230a lid 4 BW luidt: 'Het verzoek wordt slechts toegewezen indien de belangen van de huurder en van de onderhuurder aan wie bevoegdlijk is onderverhuurd, door de ontruiming ernstiger worden geschaad dan die van de verhuurder bij voortzetting van het gebruik door de huurder. Het verzoek wordt niettemin afgewezen, indien de verhuurder aanmerkelijk maakt dat van hem wegens onbehoorlijk gebruik van het verhuurde, wegens ernstige overlast, de medegebruikers dan wel hemzelf aangedaan, of wegens wanbetaling niet geveerd kan worden dat de huurder langer het recht op het gebruik van de zaak of gedeelte daarvan behoudt.'

65 Volledigheidshalve zij aangetekend dat art. 7:230a lid 6 BW bepaalt dat indien partijen het niet eens zijn over de som die de huurder gedurende de termijn waarmee de verlenging heeft plaatsgevonden voor het gebruik van de zaak moet betalen, de rechter deze som vaststelt op een, gezien het huurpeil ter plaatse, redelijk bedrag. In het licht hiervan is de vraag of het zin heeft om in de huurovereenkomst te bepalen dat gedurende de duur van een eventuele ontruimingsbescherming van de huurder, de (gewezen) huurder een bepaald (hoog) bedrag betaalt. De huurder zou in dat geval immers in het kader van een procedure tot verlenging van de ontruimingsbescherming aan de kantonrechter kunnen verzoeken de vergoeding, in afwijking hiervan, vast te stellen op een 'redelijk bedrag' als in art. 7:230a lid 6 BW bedoeld. Verhuurder zou dan kunnen betogen dat zich hier niet de situatie voordoet dat partijen het 'niet eens zijn over de som die de huurder gedurende de

Vaststaat dat het, gelet op lid 9 van art. 7:230a BW, waarin is neergelegd dat van art. 7:230a BW niet ten nadele van de huurder kan worden afgeweken, niet mogelijk is om rechtsgeldig in de huurovereenkomst overeen te komen dat de huurder bij het einde van de overeengekomen huurperiode het gehuurde daadwerkelijk zal verlaten zonder aanspraak te maken op (verlenging) van de ontruimingsbescherming. Ingevolge art. 7:230a lid 2 BW komt de ontruimingsbescherming ex art. 7:230a BW echter niet toe aan de huurder die uitdrukkelijk in beëindiging van de huur heeft toegestemd⁶⁶ (hetgeen dus niet reeds in de huurovereenkomst kan geschieden). Een eigenaar van een pand die, op grond van sloopplannen voorziet het gehuurde over vier jaar nodig te hebben, zou daarom kunnen overwegen om een huurovereenkomst te sluiten voor een veel kortere duur, bijvoorbeeld twee jaar (of voor onbepaalde tijd), en die huurovereenkomst vervolgens met inachtneming van de overeengekomen opzeggingstermijn van bijvoorbeeld zes maanden tegen het einde van die twee jaar op te zeggen. Aansluitend kan dan met de huurder in onderhandeling worden getreden over het nog gedurende enige tijd voortzetten van de huur, waarbij onderdeel van de afspraken is dat de huur aan het einde van de aan de huurder gegunde 'extra' periode eindigt, zonder dat de huurder alsdan aanspraak zal maken op ontruimingsbescherming. Verwezen zij in dit verband nog naar het arrest van de Hoge Raad van 17 januari 1969⁶⁷, waarin de Hoge Raad heeft overwogen:

'O. dat mitsdien terecht de Rb. heeft geoordeeld dat, toen tijdens de loop van die voortgezette huurverhouding op voorstel van Koomen pp over-

eenkwamen dat de huur tot slechts 1 aug 1967 zou worden verlengd en Koomen mededeelde voor of op die datum de woning te zullen verlaten, Koomen rechtsgeldig afstand deed van een recht op huurbescherming dat hem in beginsel - na de beëindiging van de bepaalde tijd waarmede de huurverhouding was verlengd - toekwam, en dat hij na de beëindiging van die huurverhouding was een 'gewezen huurder die uitdrukkelijk in de beëindiging van de huurovereenkomst heeft bewilligd' in de zin van art. 18 lid 1 van de wet, aan wie uit dien hoofde geen beroep op huurbescherming meer toekomt;⁶⁸

Indien de huurder weigert aan het maken van een dergelijke afspraak medewerking te verlenen, heeft de verhuurder (in ons voorbeeld) nog een periode van twee jaar en zes maanden (gerekend vanaf het moment van de opzegging) om het gehuurde ontruimd te krijgen. Weliswaar bedraagt de totale ontruimingsbescherming die een huurder kan worden gegund in totaal drie jaar⁶⁹, doch het is zeker geen vanzelfsprekendheid dat de huurder deze maximale termijn toegewezen krijgt.⁷⁰ De kansen van de verhuurder dat de huurder aanzienlijk minder tijd wordt gegund, zijn groot, zeker indien de verhuurder reeds in de oorspronkelijke huurovereenkomst in de considerans zijn plannen aan de huurder kenbaar heeft gemaakt (en de huurder in de loop van het traject ook met enige regelmaat van de voortgang op de hoogte heeft gesteld) en de huurder zich bij voorbaat had verbonden aan de ontruiming medewerking te verlenen. Illustratief op dit punt is de uitspraak van de Kantonrechter Eindhoven van 16 juni 1995,⁷¹ waarin bij het oordeel van de kantonrechter dat de belangen van de verhuurder

termijn waarmee de verlenging heeft plaats gevonden moet betalen, aangezien partijen daar nu juist expliciet afspraken over hebben gemaakt in de huurovereenkomst. Huurder zou echter op zijn beurt weer kunnen stellen dat een dergelijke stellingname in strijd is met de ratio van het semi-dwingendrechtelijke karakter van art. 7:230a BW (waaronder ook lid 6) en dat het erom gaat dat partijen het op dat moment niet (meer) eens zijn over wat een redelijke vergoeding is.

66 Ingevolge lid 2 komt ook geen ontruimingsbescherming toe aan de huurder die zelf de huur heeft opgezegd en aan de huurder die is veroordeeld tot ontruiming wegens niet nakoming van zijn verplichtingen

67 NJ 1969, 155

68 Dat het voor de verhuurder niet altijd goed gaat blijkt bv. uit het vonnis van de Rb. Zwolle van 18 februari 1987 (NJ 1987, 897). De rechtbank stelt voorop dat het dwingendrechtelijke karakter van de wettelijke bepalingen met betrekking tot de huur van (middenstands)bedrijfsruimte er niet aan in de weg staat dat partijen een overeenkomst tot beëindiging van een ingegane huurovereenkomst afsluiten. In dit concrete geval is de rechter echter van oordeel dat er veeleer sprake is van een overeenkomst tot wijziging van de huurovereenkomst dan van een situatie waarin partijen een relatie verbreken omdat zij van elkaar af willen. Het is, aldus de rechtbank, (slechts) die laatste vorm van beëindiging die blijktens de wetsgeschiedenis kan worden onttrokken aan de rechterlijke toets ter zake de huurbescherming.

69 Art. 7:230a lid 5 BW luidt: 'De verlenging kan worden uitgesproken voor een termijn van ten hoogste een jaar na het eindigen van de overeenkomst. Deze termijn kan op verzoek van de huurder nog tweemaal telkens met ten hoogste een jaar worden verlengd. (...)'; Volledigheidshalve zij aangetekend dat, hoewel aldus staat aangegeven dat de verlenging kan worden uitgesproken voor een termijn van ten hoogste een jaar 'na het eindigen van de overeenkomst' algemeen wordt aangenomen dat hier wordt bedoeld een termijn van een jaar na de datum waartegen de ontruiming is aangezegd. Zie bv. Palstra, *Huurrecht* (losbl.), art. 7:230a, aant. 108.

70 Zie voor een overzicht van jurisprudentie (gesplitst in uitspraken ten gunste van de huurder en ten voordele van de verhuurder) Asser/Abas, Deventer: Kluwer 2007, negende druk, p. 80

71 WR 1995, 101

dienden te prevaleren boven die van de huurder van (doorslaggevend) belang was dat de huurder (Foto-shot) reeds geruime tijd wist:

'dat het contract zou eindigen en, door zich niet op andere kandidaten voor een contract of andere markten te richten, doch uitsluitend over overname van haar bedrijf te onderhandelen, zich zelf in de positie heeft gebracht waarin aan ingrijpende beslissingen, met name ten laste van haar werknemers, niet meer ontkomen kan worden'

Van belang is verder dat in art 7:230a lid 4 BW is bepaald dat het verzoek tot verlenging van de ontruimingsbescherming slechts wordt toegewezen indien de belangen van de huurder 'ernstiger' worden geschaad dan die van de huurder. Hieruit kan worden opgemaakt dat bij gelijke belangen, de belangen van de verhuurder prevaleren. Het is ook vaste jurisprudentie dat alsdan doorslaggevende betekenis aan de eigendom wordt gegeven.⁷²

In zijn arrest van 12 juli 1994⁷³ oordeelde het Hof Arnhem dat het beroep van de huurder in kwestie op ontruimingsbescherming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Dragend voor dit oordeel was dat tijdens de bespreking voorafgaand aan het sluiten van de huurovereenkomst ('medegebruikersovereenkomst' genoemd) aan de huurder uitdrukkelijk was medegedeeld dat het gebruik van de gehuurde lokalen en nevenruimte slechts van korte duur zou zijn in verband met het voornemen van de verhuurder om het betreffende schoolgebouw te verkopen en/of slopen, terwijl bovendien de huurder voorwaardelijk had ingestemd met de ontruiming. Noemenswaardig is ook de uitspraak van de Vzgr Rb 's-Hertogenbosch van 7 februari 1972,⁷⁴ waarin de rechtbank overwoog dat het beroep op ontruimingsbescherming van de huurder (van 230a-ruimte) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moest worden geacht (in de terminologie van toen: 'niet te goeder trouw'). Kernoverweging van de rechtbank luidt:

'O dat wij op grond van het voorgaande met eiseres van mening zijn, dat de onderhavige huurovereenkomst een uitgesproken tijdelijk karakter had, immers beperkt was tot de tijd die met de verbouwing van Vorstendom 6 gemoeid was, hetgeen meebrengt dat als bovenbedoeld een beroep op ontruimingsbescherming te dezen niet als te goeder trouw kan worden gedaan.'⁷⁵

3. Conclusie

In het voorgaande hebben wij een beeld proberen te geven van de ontwikkelingen op het gebied van het kraken. Daarbij zijn wij ingegaan op de drie verschillende wijzen waarop eigenaren de ontruiming van een gekraakt pand kunnen verkrijgen, op de vraag waarom leegstand en kraak onwenselijk zouden zijn en op hoe leegstand en het daarmee samenhangende kraakrisico kunnen worden voorkomen

In de eerste plaats is er de strafrechtelijke weg die, gedurende het eerste jaar van leegstand, een veelgebruikt middel was om tot ontruiming te komen. Op 9 oktober 2009 heeft de Hoge Raad echter een streep gehaald door deze praktijk. Nu er met een gedwongen ontruiming inbreuk wordt gemaakt op een fundamenteel recht van de krakers, namelijk het huisrecht, dient er een formele wettelijke bevoegdheid te bestaan, die op dit moment nog ontbreekt. De verwachting is dat na dit arrest van de Hoge Raad, in ieder geval tot het wetsvoorstel 'Kraken en leegstand', waarin in een dergelijke wettelijke bevoegdheid wordt voorzien, (mogelijk) in werking treedt, krakers niet of nauwelijks meer via het strafrecht zullen worden ontruimd.

De tweede mogelijkheid, ontruiming van gekraakte panden met behulp van bestuursrechtelijke middelen, onderscheidt zich van de strafrechtelijke en civielrechtelijke weg doordat daarmee altijd een ander doel wordt nagestreefd dan specifiek het ontruimen van krakers, bijvoorbeeld veiligheid en handhaving van de openbare orde. Het ligt in de rede dat, nu de strafrechtelijke weg (vooralsnog) grotendeels is afgesneden door de

72 Zie bv. Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam 27 april 2005 (WR 2006, 70): 'Geen van partijen heeft aangetoond dat haar belang zwaarder weegt dan het belang van de ander bij het kunnen gebruiken van de parkeerplekken. Nu dit het geval is, dient de belangafweging in het voordeel van de verhuurder, derhalve Jolly Hotels, uit te pakken.' Zie ook Ktr. Zaandam 1 april 1993 (WR 1995, 8) waarin de kantonrechter onder meer overweegt: 'Beide partijen staan zogezegd met de rug tegen de muur, waarbij het redelijk is voorrang te geven aan het belang van verweerder, om wiens eigendom het tenslotte gaat.' Zie tot slot Ktr. Amersfoort 23 november 1994 (WR 1995, 19) 'De kantonrechter is van oordeel dat de belangen van partijen elkaar niet zo veel ontlopen. (...) In dat geval dient de eigendom van doorslaggevende betekenis te zijn en zal het tot ontruiming moeten komen, zij het dat onder de gegeven omstandigheden aan Steenhoff een redelijke termijn dient te worden gegeven om naar andere bedrijfsruimte om te zien. Derhalve zal de termijn van schorsing worden verlengd tot 1 februari 1995.' Het had overigens, gelet op de overwegingen van de kantonrechter, naar onze mening in dit laatste geval meer in de rede gelegen dat de kantonrechter het verzoek om verlenging van de ontruimingsbescherming zou hebben afgewezen, met bepaling van een lange ontruimingstermijn tot 1 februari 1995, in plaats van de verlenging tot die datum toe te wijzen. aangezien dit de huurder de mogelijkheid geeft een nieuw verlengingsverzoek in te dienen

73 WR 1995, 42.

74 NJ 1972, 440.

75 Zie voor een ander vb. waar een beroep op ontruimingsbescherming door de huurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht: Vzgr Rb Utrecht 18 februari 1999. PRG 1999 5149.

Hoge Raad, het gebruik van de derde weg, de civielrechtelijke, fors zal toenemen. In veel gevallen zal de eigenaar van een gekraakt pand daarbij voor een kort geding kiezen, nu de duur van de procedure hiermee aanzienlijk wordt verkort. De eigenaar zal dan wel een spoedeisend belang aan zijn zijde dienen aan te tonen. De rechtspraak dienaangaande is zeer verdeeld en alle omstandigheden van het geval spelen een rol. In het bijzonder kunnen van belang zijn: of de eigenaar het pand op korte termijn nodig heeft voor eigen gebruik (daaronder begrepen verkoop van het pand of het ter beschikking kunnen stellen van het pand aan een huurder), wat de opstelling van de krakers is ('zorgen' zij goed voor het pand, zijn zij al dan niet coöperatief bij bijvoorbeeld door de eigenaar gewenste bezichtigingen van het pand en zijn zij al dan niet bereid zich te verbinden om op een bepaald moment het pand weer te verlaten) en of de gekraakte toestand invloed heeft op de verzekerbaarheid van het pand.

De initiatiefnemers van het wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand' noemen dreigende verloedering en aantasting van de leefbaarheid van de omgeving als gemeenschappelijke motieven om zowel leegstand als kraken te bestrijden. Als belangrijkste argument voor het tegengaan van kraken, noemen zij dat kraken ten alle tijden een onrechtmatige inbreuk op eigendom is.

De mogelijke preventieve maatregelen verschillen al naar gelang de aard van het object in kwestie (woonruimte, middenstandsbedrijfsruimte of 230a-ruimte). Voor leegstaande (of leegkomende) woonruimte waarover de eigenaar op korte termijn

weer wil/moet kunnen beschikken, kan worden gedacht aan verhuur op basis van de Leegstandwet en verhuur van woonruimte voor een gebruik naar aard van korte duur. Indien er sprake is van 290-bedrijfsruimte, kunnen de huurovereenkomst voor de duur van maximaal twee jaar en de huurovereenkomst met door de kantonrechter goedgekeurde van de wet afwijkende bedingen uitkomst bieden. De bruikleenovereenkomst kan tot slot altijd worden gebruikt, ongeacht de aard van het object in kwestie. De verschillende constructies hebben ieder hun eigen voor- en nadelen in de sfeer van juridische zekerheid, rendabiliteit en efficiency.

Naar onze mening vertoont de wet een lacune voor wat betreft de tijdelijke verhuur van 230a-ruimte, nu er geen wettelijk geregelde mogelijkheden zijn om af te wijken van de ontruimingsbeschermingsregeling van art. 7:230a BW. Dit betekent dat er, zelfs indien de huurder volledig geïnformeerd is over de plannen van de eigenaar van de 230a-ruimte en ook expliciet instemt met de tijdelijke verhuur, voor de eigenaar op dit moment geen manier bestaat om de ruimte te verhuren met de zekerheid het gehuurde na afloop van de overeengekomen termijn weer terug te krijgen. Wat ons betreft, zou het voorzien in een regeling hiervoor, analoog aan de mogelijkheden die er bestaan bij de verhuur van 290-bedrijfsruimte, voor de wetgever de grootste prioriteit moeten hebben. Dit kan mede bijdragen aan een verminderde leegstand van kantoorruimte, wat nu juist een van de belangrijkste doelstellingen is van het wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand'. En verminderde leegstand betekent uiteraard ook weer een verminderd risico op kraak.

TBR 2012/4

Kraken en leegstand: genezen en voorkomen - nawoord

Mr. H. J. Moné en mr. N. Eeken¹

1. Inleiding

Een arrest van de Hoge Raad van 9 november 2009,² dat een streep haalde door de tot dan toe gangbare praktijk van strafrechtelijke ontruimingen, én het (toen nog) wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand',³ dat kraken als misdrijf strafbaar stelde, vormden aanleiding voor ons om in te gaan op de rechtsontwikkelingen omtrent het verschijnsel kraken.⁴ Inmiddels is de Wet kraken en leegstand in werking getreden,⁵ maar dat heeft allerminst geleid tot een stilstand in de rechtsontwikkeling. Na de inwerkingtreding is namelijk opnieuw discussie ontstaan over de rechtmatigheid van de strafrechtelijke ontruimingen, aan welke discussie (voorlopig) een einde is gemaakt door een arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011.⁶ Kernachtig weergegeven, heeft de Hoge Raad strafrechtelijke ontruimingen op basis van de Wet kraken en leegstand gefiatteerd, mits het Openbaar Ministerie bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden de door hemzelf opgestelde en in een beleidsbrief neergelegde regels in acht neemt.⁷ Met het meest recente arrest van de Hoge Raad is echter het laatste woord over deze kwestie zeker nog niet gezegd.

In dit 'nawoord' zullen wij allereerst een korte chronologische beschrijving geven van de ontwikkelingen sinds de publicatie van deel II van ons artikel tot het arrest van de Hoge Raad van

28 oktober 2011. Vervolgens zullen wij het arrest analyseren, waarna wij de huidige stand van zaken zullen beschrijven. Ten slotte zullen wij een blik in de toekomst werpen, waarbij wij zullen pleiten voor de invoering van een toets van strafrechtelijke ontruimingen bij de (straf)raadkamer.⁸

2. Korte chronologische beschrijving

2.1 Inwerkingtreding Wet kraken en leegstand

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 'Wet kraken en leegstand' wees de Hoge Raad het bovengenoemde arrest van 9 november 2009. In dat arrest overwoog de Hoge Raad onder meer dat voor een strafrechtelijke ontruiming van krakers een formele wettelijke bevoegdheid diende te bestaan, aangezien daarmee inbreuk werd gemaakt op het grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermde huisrecht van (ook) de kraker.⁹ Teneinde in die wettelijke bevoegdheid, die op dat moment nog ontbrak, te voorzien, hebben de initiatiefnemers het wetsvoorstel aangepast en is bij de Wet kraken en leegstand art. 551a Sv ingevoerd.¹⁰

Met de inwerkingtreding per 1 oktober 2010 van de Wet kraken en leegstand is tevens een nieuw art. 138a Sr ingevoerd, dat een algehele strafbaar-

¹ Henk Jan Moné is advocaat bij MHJ Legal te Rotterdam en Nathalie Eeken is advocaat-counsel bij Houthoff Buruma te Amsterdam. De auteurs danken Lumine van Uden voor haar werkzaamheden ten behoeve van dit artikel.

² HR 9 november 2009, L.J.N.: BJ1254; NJ 2010, 213.

³ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandswet, en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand). *Kamerstukken II 2007/08-2009/10*, 31 560.

⁴ *TBR 2010/20*, p. 128 en *TBR 2010/42*, p. 245.

⁵ Wet van 24 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandswet, en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand). *Stb. 2010*, 320. In werking getreden op 1 oktober 2010.

⁶ HR 28 oktober 2011. L.J.N.: BQ9880.

⁷ *Stcr* 2010, nr. 19500.

⁸ In dit nawoord zullen wij niet ingaan op de wijzigingen die bij de Wet kraken en leegstand in de Leegstandswet zijn doorgevoerd. Voor de geïnteresseerde lezer verwijzen wij naar E. A. Minderhoud en D. B. Stadig, 'Enkele beschouwingen over het bestuursrechtelijk instrumentarium van de Wet kraken en leegstand', *TBR 2011/161*, p. 884 e.v.

⁹ Art. 12 Grondwet en art. 8 EVRM.

¹⁰ Art. 551a Sv luidt: 'In geval van verdinking 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 wederrrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen.'

stelling van kraken bevat.¹¹ Voordien was alleen (ex art. 138 Sr) huisvredebreuk strafbaar en (ingevolge het bij de Wet kraken en leegstand vervallen art. 429 sexies Sr) het kraken van woningen en gebouwen die korter dan een jaar leegstonden

2.2 Mening in de politiek

Al tijdens de parlementaire behandeling van de Wet kraken en leegstand zijn verschillende vragen gesteld over de rechtmatigheid van ontruiming met gebruikmaking van het nieuwe instrumentarium van de Wet kraken en leegstand. Onder meer in de Eerste Kamer stelden leden zich op het standpunt dat het grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermde huisrecht van de kraker onaantastbaar is totdat de rechter heeft vastgesteld dat er sprake is van een strafbaar feit. Het ontruimen op basis van enkel een *verdenking* van het plegen van een strafbaar feit werd in strijd geacht met de trias politica omdat de uitvoerende macht zonder rechterlijk vonnis oordeelt dat sprake is van overtreding van art. 138a Sr en op basis van dit oordeel kan acteren.¹²

Deze en vergelijkbare standpunten werden door de initiatiefnemers¹³ (en uiteindelijk ook door de wetgever) verworpen. Zij verwezen naar de jarenlange praktijk waarin kraakpanden op strafvorderlijke titel werden ontruimd. Daarnaast wezen zij erop dat, bij een aangekondigde ontruiming, op initiatief van de krakers in een kort geding voorafgaande toetsing door de rechter zou kunnen plaatsvinden. Volgens de initiatiefnemers vloeit uit de trias politica ook niet voort dat dwangmiddelen die een beperking opleveren van een grondrecht alleen met voorafgaand verloop van een rechter mogen worden ingezet. Ook wezen de initiatiefnemers erop dat de strafvorderlijke ontruimingsbepalingen aan de Raad van State waren voorgelegd en dat uit zijn advies niet van grondwettelijke of verdragsrechtelijke bedenkingen tegen deze bepalingen is gebleken.¹⁴

2.3 Lagere jurisprudentie

Het beeld dat na de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand uit de lagere rechtspraak naar voren komt, is dat door de krakers grotendeels

werd teruggегреpen op kritiek die al gedurende de parlementaire behandeling werd geuit. De meeste voorzieningenrechtshouders waren hier aanvankelijk niet gevoelig voor.¹⁵ Op 8 november 2010 wees het Hof Den Haag¹⁶ echter een arrest waarin het de Staat werd verboden om tot strafrechtelijke ontruiming over te gaan omdat de door art. 13 EVRM vereiste rechtsbescherming in geval van inbreuk op het fundamentele en verdragsrechtelijk beschermde huisrecht ontbrak. Nadien oordeelde het Hof Amsterdam bovendien dat met een strafvorderlijke ontruiming inbreuk werd gemaakt op art. 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, doordat bij een ontruiming goederen die eigendom waren van de krakers werden meegenomen.¹⁷

3 Arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011

3.1 Casus

De krakers in de zaak die tot het arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011 leidde, hebben zich, zoals de Hoge Raad het omschrijft, '*metter woon*' in panden in Amsterdam, Den Haag, Utrecht en Leeuwarden gevestigd. Zij vermoedden dat zij door het Openbaar Ministerie als verdachten van overtreding van art. 138a Sr werden aangemerkt en mogelijk met ontruiming op grond van art. 551a Sv zouden worden geconfronteerd. De Staat heeft dit vermoeden niet weersproken.

3.2 Vordering en grondslagen

De krakers hebben in kort geding, kort samengevat, gevorderd dat de ontruiming wordt verboden, althans totdat zij deze zaak tot in hoogste instantie aan de rechter hebben kunnen voorleggen en/of de strafrechter in hoogste instantie bewezen heeft verklaard dat hun verblijf in de bewuste panden wederrechtelijk is. Zij hebben aan hun vordering de volgende stellingen ten grondslag gelegd:

(i) de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv treedt eerst in als de strafrechter bewezen heeft verklaard dat het verblijf wederrechtelijk is; de enkele verdenking van wederrechtelijk verblijf is

11 Art. 138a lid 1 Sr luidt: *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.*

12 Kamerstukken I 2009/10, 31 660, C, p. 21 e.v.

13 Te weten: de kamerleden Ten Hopen, Slob en Van der Burg.

14 Zie vorige noot.

15 Zie bv. Vzgr. Rb. Amsterdam 22 oktober 2010. L.JN: BO1533 en Vzgr. Rb. Den Haag 29 oktober 2010. L.JN: BO2919 en L.JN: BO2936.

16 Hof Den Haag 8 november 2010. L.JN: BO3682.

17 Hof Amsterdam 1 maart 2011, NJF 2011, 219; L.JN: BP6209. Zie voor een bloemlezing van de sinds de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand verschenen (lagere) jurisprudentie, het lezenswaardige commentaar van B.N. Cammelbeek bij de uitspraak Hof Amsterdam 1 maart 2011, TvHB 2011, 13, p. 193 e.v. Zie voorts, zeer recentelijk, bv. Vzgr. Rb. Amsterdam 18 maart 2011, L.JN: BQ7644; Vzgr. Rb. Assen 2 maart 2011. L.JN: BP6603; Vzgr. Rb. Amsterdam 27 juni 2011. L.JN: BQ9704 en Vzgr. Rb. Amsterdam 28 juni 2011. L.JN: BQ9558.

onvoldoende; (ii) de Staat heeft zijn 'margin of appreciation' overschreden omdat art. 551a Sv zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen; (iii) de inbreuk die door ontruiming op het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht van de krakers wordt gemaakt, is niet gerechtvaardigd, omdat het gebruik dat van deze bevoegdheid wordt gemaakt niet wordt voorafgegaan door een toetsing door de onafhankelijke rechter; de rechtsbescherming die de 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 zelf een kort geding moeten aanspannen op gespannen voet staat met het non-incrimatiebeginsel en de onschuldpresumptie; (iv) aangezien het verblijf van de krakers in de panden is aangevangen vóór 1 oktober 2010, de datum waarop de Wet kraken en leegstand in werking is getreden, is sprake van verboden strafbaarstelling met terugwerkende kracht, die niet tot ontruiming kan leiden.

3.3 Uitspraken van voorzieningenrechter en hof

De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen¹⁸. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de Staat verboden over te gaan tot ontruiming van de door de krakers bewoonde panden.¹⁹ Het hof heeft de hierboven omschreven grondslag (iii) sub (a) gegrond geoordeeld, waartoe het hof heeft verwezen naar de bescherming van het huisrecht van de krakers in art. 8 EVRM en naar de relevante rechtspraak van het EHRM. Alle andere hiervoor vermelde grondslagen van de vordering heeft het hof verworpen.

Tegen het oordeel van het hof heeft de Staat cassatie ingesteld. De krakers hebben incidenteel beroep ingesteld.

3.4 Arrest Hoge Raad

De Hoge Raad geeft in rov. 3.5.4 aan dat de kern van het geschil is *'of de kraker die met ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt bedreigd (steeds) in de gelegenheid moet zijn deze maatregel aan de rechter voor te leggen voordat de ontruiming wordt geëffectueerd'*.

Ten aanzien van art. 551a Sv tekent de Hoge Raad aan dat deze bepaling, mede gelezen in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis, duidelijk maakt dat de wetgever heeft beoogd de voorheen bestaande praktijk van strafrechtelijke ontruiming te kunnen continueren door ontruiming op strafvorderlijke titel van een wettelijke basis te voorzien. De Hoge Raad overweegt voorts dat art. 551a Sv voldoet aan de eisen van voldoende kenbaarheid, voorzienbaarheid en nauwkeurigheid. De wettelijke bevoegdheid tot ontruiming van art. 551a Sv bestaat, aldus de Hoge Raad, onmiskenbaar slechts bij verdenking van kraken en kan slechts in zodanig geval worden uitgeoefend, zodat voor eenieder duidelijk is wanneer met ontruiming rekening moet worden gehouden. De Hoge Raad merkt daarbij nog op dat de bepaling niet onduidelijk is omdat Openbaar Ministerie en politie van deze bevoegdheid feitelijk een onjuist gebruik zouden kunnen maken. Het gaat erom of die bepaling duidelijk maakt onder welke voorwaarden deze bevoegdheid bestaat, zodat de rechtsgenoten hun gedrag daadwerkelijk op de gestelde normen kunnen afstemmen.

Alvorens tot beantwoording van de geschetste kernvraag over te gaan, stelt de Hoge Raad voorop dat het in art. 8 EVRM opgenomen huisrecht óók aan krakers toekomt. De Hoge Raad onderbouwt dit door erop te wijzen dat het begrip 'woning' in art. 8 lid 1 EVRM een feitelijke inhoud heeft en *'does not depend on the lawfulness of the occupation under domestic law'*, zoals vaste rechtspraak is van het EHRM.²¹ Een tweede door de Hoge Raad genoemd uitgangspunt is dat ontruiming een zeer ernstige aantasting vormt van het huisrecht en dat eenieder die het risico loopt op een dergelijke zeer vergaande inmenging in de uitoefening van zijn huisrecht in beginsel de mogelijkheid moet hebben de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechter met het oog op beantwoording van de vraag of deze inbreuk in concreto voldoet aan de eisen van art. 8 EVRM.

De Staat had zich op het standpunt gesteld dat een nadere afweging van belangen in het kader van de krachtens art. 8 lid 2 EVRM voorgeschreven concrete proportionaliteitstoets overbodig is, aangezien in art. 551a Sv die afweging reeds is gemaakt doordat de wetgever het belang van de eigenaar van het pand heeft laten prevaleren. Als sprake is van wederrechtelijk verblijf is ontruiming steeds proportioneel te achten, aldus de Staat. De Hoge Raad bepaalt dat deze opvatting van de Staat in zijn

¹⁸ Zie Vzgnr. Rb. Den Haag 29 oktober 2010, LJN: BO2919 en LJN: BO2936.

¹⁹ Hof Den Haag 8 november 2010, LJN: BO3682.

²⁰ Het arrest van de Hoge Raad is bijzonder uitvoerig gemotiveerd. De Hoge Raad onderkent dit zelf ook en overweegt bv. in rov. 3.5.10: *'In verband met de betekenis van de beslissingen in de onderhavige zaak voor andere gevallen van strafrechtelijke ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt nog het volgende opgemerkt'*.

²¹ Bv. McCann tegen het Verenigd Koninkrijk, nr. 19009/04, EHRM 13 mei 2008, punt 46.

algemeenheid niet kan worden aanvaard: *Weliswaar zal het doorgaans zo zijn dat in het concrete geval het belang van de eigenaar het zwaarst zal wegen, maar niet kan worden uitgesloten dat gelet op de zeer ernstige inbreuk op het huisrecht en de onomkeerbare gevolgen van een ontruiming, het belang van de kraker in het concrete geval, bijvoorbeeld voor beperkte tijd, toch zwaarder weegt*. De Hoge Raad overweegt daarbij dat aan de omstandigheid dat het verblijf wederrechtelijk is, niet de gevolgtrekking kan worden verbonden dat een kraker geen verdedigbare klacht²² kan hebben over de (dreigende) schending van zijn huisrecht. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof dat de gevolgen van een ontruiming onomkeerbaar zijn in stand en onderstreept dat het hof bij zijn oordeel in aanmerking heeft kunnen nemen *'dat bij een strafrechtelijke ontruiming een civielrechtelijke titel voor verblijf zal ontbreken waardoor terugkeer in de woning niet voor de hand ligt'*. Dat het Openbaar Ministerie alvorens tot ontruiming te besluiten, zal hebben na te gaan of de wederrechtelijkheid van het verblijf buiten redelijke twijfel staat, vormt voorts, aldus de Hoge Raad, geen toereikende waarborg van de desbetreffende belangen van de kraker. Aan de onafhankelijke rechter is voorbehouden te onderzoeken of de in abstracto door de wetgever gegeven voorrang aan het belang van de openbare orde, het beëindigen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van derden boven het huisrecht van de kraker, in het concrete geval (in zijn ogen) de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Die belangenafweging kan alleen plaatsvinden als de kraker feiten of omstandigheden aanvoert en aannemelijk maakt die in het concrete geval tot een andere dan de door de wetgever gemaakte afweging nopen, waarbij als uitgangspunt zal hebben te gelden dat een eigenaar het recht heeft om over zijn pand te beschikken zoals hij wil.

De Hoge Raad komt tot de slotsom dat het oordeel van het hof dat, gelet op de bedoelde ernst van de

inbreuk en de onomkeerbaarheid van de gevolgen, de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing vooraf dient te bestaan, tevergeefs wordt bestreden. Ook de nadere invulling hiervan door het hof acht de Hoge Raad juist:

- ontruiming van krakers kan in beginsel slechts plaatsvinden nadat krakers het oordeel van de voorzieningenrechter in eerste aanleg over de rechtmatigheid van de ontruiming hebben kunnen inroepen;
- het Openbaar Ministerie moet wel de uitkomst daarvan afwachten, maar niet de uitkomst van een eventueel daartegen door de krakers ingesteld hoger beroep;
- voor de effectiviteit van het rechtsmiddel is vereist dat, behoudens bijzondere omstandigheden, de ontruiming op een zodanig tijdstip wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken;
- bij gebreke van een regeling terzake in de Wet kraken en leegstand, bieden slechts nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het Openbaar Ministerie een voldoende waarborg dienaangaande

4. Huidige stand van zaken

4.1 Beleidsregels

Reeds naar aanleiding van het arrest van het Hof Den Haag van 8 november 2010,²³ heeft het College van procureurs-generaal een beleidsbrief opgesteld over het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming.²⁴ In de brief is aangegeven dat het beleid geldt tot nader bericht van het College en dat het College het beleid zal herbezielen nadat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan. Nu de Hoge Raad het arrest van het hof in stand laat én expliciet overweegt dat de in de brief vervatte, op art. 551a Sv gebaseerde,²⁵ beleidsregels voldoen aan de door het hof geformuleerde (en door de Hoge Raad gesanctioneerde) eisen,²⁶ lijkt de verwachting gerechtvaardigd dat de beleidsregels

22 Naar vaste rechtspraak van het EHRM volstaat voor de aanspraak op een *effective remedy* in het kader van art. 13 EVRM niet dat een persoon stelt dat zijn door het EVRM gewaarborgde recht dreigt te worden geschonden, maar dient het te gaan om een verdedigbare klacht (*'arguable claim'* of *'arguable complaint'*; vgl. onder meer A tegen Nederland, nr. 4900/06, EHRM 20 juli 2010, punt 155, en Conka tegen België, nr. 51564/99, EHRM 5 februari 2002, punt 76).

23 L.J.N.: BO3682

24 *Stcr.* 2010, nr. 19500

25 Dit zijn de bewoordingen van de Hoge Raad (zie rov. 3.5.10). Hoewel de betreffende beleidsregels inderdaad voortbouwen op art. 551a Sv, komt het ons voor dat zij hierop niet gebaseerd zijn, nu art. 551a Sv zelf niet voorziet in de noodzaak tot nadere uitwerking.

26 De Hoge Raad heeft in rov. 3.5.10 geoordeeld dat deze beleidsregels kunnen worden aangemerkt als *'bij de wet voorzien'* als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM, al zijn deze niet in een wet in formele zin vastgelegd. Dat laatste is niet nodig aangezien men ook zonder dat van de beleidsregels kan kennisnemen en zijn gedrag daarop met voldoende zekerheid kan afstemmen. Langemeijer wijst er in zijn conclusie bij HR 9 november 2009 (L.J.N. BJ1254, *NJ* 2010, 213) op dat de rechtspraak van het EHRM, die ook rekening houdt met Angelsaksische rechtsstelsels, niet zo ver gaat dat steeds een uitdrukkelijke bepaling in een wet in formele zin nodig is. Behalve uit *'statutory law'* kan de juridische grondslag voor de inbreuk ook kenbaar voor de rechtzoekenden zijn door bestendige en gepubliceerde *'case law'*. Wel stelt het EHRM kwaliteitseisen aan de toegankelijkheid: de precisie en de consistentie van de nationale rechtsregel: *"it refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and that it is compatible with the rule of law"* (Citaat ontleend aan EHRM 17 juli 2003, nr. 63737/00, *NJ* 2006, 40, m.nt. E. J. Dommering (Perry/Verenigd Koninkrijk), rov. 45).

voorlopig ongewijzigd zullen blijven²⁷ De beleidsregels houden onder meer het volgende in:

- het kraakverbod zal door politie en Openbaar Ministerie onverkort worden gehandhaafd;
- krakers hebben de mogelijkheid om tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen;
- ontruiming op basis van art. 551a Sv zullen in beginsel aan de bewoners van een kraakpand worden aangekondigd;
- in beginsel zal worden gewacht met ontruimen totdat de voorzieningenrechter zich over een voorgenomen ontruiming heeft uitgelaten;
- een ontruiming wordt door of namens het Openbaar Ministerie in beginsel schriftelijk bij de bewoners van het te ontruimen pand aangekondigd;
- in de aankondiging wordt vermeld dat de ontruiming zal plaatsvinden binnen acht weken na de aankondiging (eventueel, maar niet noodzakelijk, met vermelding van de precieze voorgenomen ontruimingsdatum), doch niet binnen de eerste zeven dagen van die termijn, teneinde de krakers in de gelegenheid te stellen binnen die zeven dagen een kort geding aanhangig te maken door middel van het uitbrengen van een dagvaarding tegen de Staat met daarin een datum en tijd van behandeling;
- indien (tijdig) van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, zal het vonnis van de voorzieningenrechter worden afgewacht;
- indien (en zodra) zich een of meer bijzondere omstandigheden voordoen, kan het wederrechtelijk bewoonde pand terstond - en dus zonder dat een eventueel kort geding wordt afgewacht - worden ontruimd. Dit betreft de volgende situaties:
 - * de krakers worden verdacht van huisvredebreuk (art. 138 Sr) waarbij het huisrecht van een ander wordt geschonden;
 - * de krakers worden verdacht van andere strafbare feiten, tengevolge waarvan de rechthebbende van het pand ernstig wordt getroffen (bijvoorbeeld: een bedrijf kan door de kraak niet meer functioneren of er worden ernstige vernielingen aangericht);
 - * door de wederrechtelijke bewoning ontstaat een gevaarlijke situatie of blijft deze in stand voor de krakers zelf, voor hun omgeving (bijvoorbeeld brandgevaar of instortingsgevaar) of voor bij ontruiming betrokken personen (bijvoorbeeld door het barricaderen van panden

of het aanbrengen van boobytraps);

* er is sprake van (ernstige vrees voor) verstoring van de openbare orde en veiligheid door de krakers, in het wederrechtelijk bewoonde pand of in de omgeving daarvan.

4.2 Gevolgen voor de praktijk

Het arrest van de Hoge Raad en de door het College van procureurs-generaal, op basis van het daaraan voorafgaande arrest van het Hof Den Haag, geformuleerde beleidsregels hebben de nodige duidelijkheid geschept. Ondanks de per 1 oktober 2010 in werking getreden Wet kraken en leegstand, die in art. 551a Sv voorziet in een wettelijke grondslag voor ontruiming, is een oordeel van 'de onafhankelijke rechter' nodig alvorens het Openbaar Ministerie tot strafrechtelijke ontruiming mag overgaan. Daarbij is het voldoende indien krakers de mogelijkheid hebben om de zaak in één instantie, in kort geding, voor te leggen.²⁸

De mogelijkheden voor krakers om zich (uiteindelijk) succesvol te verzetten, lijken overigens marginaal. De belangrijkste afweging dat kraken niet mag (en daarmee dat het belang van de eigenaar in beginsel dient te prevaleren), is al door de wetgever gemaakt. De voornaamste winst die krakers derhalve lijken te kunnen behalen, is tijd. Dit blijkt ook wel uit de terughoudende formulering van de Hoge Raad in rov. 3.5.7, waarin de Hoge Raad benadrukt dat doorgaans het belang van de eigenaar het zwaarste zal wegen, maar dat niet *uitgesloten* is dat het belang van de kraker in het concrete geval, bijvoorbeeld voor *beperkte tijd*, toch zwaarder weegt.

Het arrest van de Hoge Raad laat overigens de andere twee in deel 1 van ons artikel beschreven ontruimingsmethoden (civielrechtelijk en bestuursrechtelijk) onaangeroerd. De algehele strafbaarstelling van kraken versterkt ons inziens zelfs de positie van de eigenaar in een door hem geëntameerde civiele procedure. Immers kan moeilijk worden volgehouden dat de eigenaar een strafbaar feit moet tolereren.

5. Blick in de toekomst

In onze eerste bijdrage over kraken en leegstand schreven wij dat de rechtsontwikkeling op het gebied van kraken lijkt op een estafetteloop tussen wetgevende en rechterlijke macht. Het arrest van de Hoge Raad van 28 november 2011 als reactie op de

²⁷ Bij navraag bij het College van procureurs-generaal op 21 december 2011 werd aangegeven dat de beleidsregels in de huidige vorm blijven bestaan, mogelijk met een kleine aanpassing. Het College verwacht nog eind december 2011 - na sluiting kopijdatum - hierover een officieel bericht uit te vaardigen.

²⁸ Zoals ook in rov. 3.5.9 van het arrest van de Hoge Raad naar voren komt, werd in de praktijk, om reden van proportionaliteit, niet zelden reeds een ontruiming aangezegd, de uitkomst van een kort geding afgewacht en een redelijke ontruimingstermijn gelaten. Vast en algemeen beleid van het Openbaar Ministerie ontbrak echter waardoor de krakers geen zekerheid hadden.

inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand, vormt daarvan opnieuw een illustratie. Niet uitgesloten is dat de wetgever het stokje weer overneemt. Vooralsnog heeft de minister, naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad, echter slechts Kamervragen behoeven te beantwoorden. Uit de antwoorden van de minister lijkt te volgen dat hij de wedstrijd voorlopig nog even vanaf de reservebank volgt.²⁹

Hoewel de toetsing van het uitoefenen van een strafrechtelijke bevoegdheid door de civiele rechter geen onbekend fenomeen is,³⁰ lijkt er ons veel voor te zeggen om in het Wetboek van Strafvordering een artikel op te nemen op grond waarvan een voorgenomen ontruiming ex art. 551a Sv, na een daartoe strekkend verzoek van de krakers (aan wie een bepaalde termijn na aankondiging van de ontruiming moet worden gegund om een dergelijk

verzoek te doen), door de (straf)raadkamer kan worden getoetst.³¹ Nog los van een wetsystematische reden, namelijk dat het ons logisch voorkomt dat een strafrechtelijke bevoegdheid binnen het strafrecht wordt geregeld, heeft de raadkamerprocedure naar onze mening het voordeel dat de officier van justitie zelf kan optreden, zodat vertraging en kosten vanwege het inschakelen van een advocaat voor de Staat worden voorkomen. Bedacht moet voorts worden dat in de raadkamerprocedure ook een toets plaatsvindt van andere, op fundamentele rechten ingrijpende, strafrechtelijke bevoegdheden, zoals de gevangenhouding ex art. 65 lid 1 Sv en de verlengingsprocedure van de TBS ex art. 509s Sv.³² Ten slotte geldt dat de raadkamer regelmatig, in ieder geval wekelijks, zittingen houdt, zodat zaken snel kunnen worden geagendeerd.

29 *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12 nr. 661.

30 Te denken valt bijvoorbeeld aan de toetsing van de rechtmatigheid van preventief fouilleren (Rb. Breda 3 maart 2004. LJN: OA4770).

31 Binnen het strafrecht staat het rechterlijke beslissingsschema van art. 348 en 350 Sv centraal. Niet altijd kan men echter het oordeel van de zittingsrechter afwachten. De wetgever heeft hierin voorzien door rechterlijke tussenkomst buiten de zitting om mogelijk te maken, de zogenaamde raadkamerprocedure (G. J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafproces*, Deventer: Kluwer 2011, p. 237). Vgl. art. 21 Sv: *'In alle gevallen waarin niet de beslissing door het rechterlijke college is voorgeschreven of aldaar ambtshalve wordt genomen, geschiedt de behandeling door de raadkamer. Echter geschieden op de terechtzitting onderzoek en beslissing omtrent alle vorderingen, verzoeken of voordrachten, aldaar gedaan.'* Uit art. 22 lid 1 Sv volgt dat voorgeschreven kan worden dat de behandeling door de raadkamer in het openbaar plaatsvindt, terwijl art. 24 Sv bepaalt dat de beschikking van de raadkamer met redenen is omkleed en de vereisten geeft waaraan de beschikking dient te voldoen. De vergelijking met een civielrechtelijk kort geding dient zich derhalve aan.

32 Zie Valkenburg 2011 (*T&C Strafvordering*), afd. 6, aant. 2, voor een overzicht van verschillende raadkamerprocedures.