

Per e-mail: m.vtoorenborg@tweedekamer.nl en d.koerhuis@tweedekamer.nl

Tweede Kamer der Staten-Generaal

t.a.v. mevrouw M. van Toorenborg en de heer D. Koerhuis

Den Haag, 28 augustus 2019

dossiernummer: 107431

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 65

e-mail: e.vandenbosch@advocatenorde.nl

Betreft: Initiatiefwet handhaving kraakverbod

Geachte mevrouw Van Toorenborg, geachte heer Koerhuis,

De Nederlandse orde van advocaten (NOvA) heeft kennis genomen van de initiatiefwet handhaving kraakverbod dat aan uw Kamer is voorgelegd.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie strafrecht. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

Bezoekadres

Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: adviescommissie strafrecht
Datum	: 22 augustus 2019
Betreft	: Initiatiefwet handhaving kraakverbod

SAMENVATTING

Conclusie

Het wetsvoorstel beoogt een civielrechtelijke beoordeling, te weten de afweging van het huisrecht van de kraker tegenover het eigendomsrecht van de eigenaar van het gebouw, door de rechter-commissaris in strafzaken te laten plaatsvinden. Dat is in strijd met het uitgangspunt van het strafrecht als ultimum remedium. De praktische implicaties daarvan worden bovendien niet besproken. De beoogde bespoediging houdt onvoldoende rekening met de eisen die het EVRM aan die procedure stelt.

Kernpunten

- *Het wetsvoorstel gaat onvoldoende uit van het strafrecht als ultimum remedium. Kraken kan – naast strafrechtelijk – ook civielrechtelijk en bestuursrechtelijk worden bestreden. Dit wordt in het wetsvoorstel niet behandeld.*
- *De oorzaak van kraken is leegstand van gebouwen. Dat hierop nieuw beleid in ontwikkeling is, wordt in het wetsvoorstel expliciet buiten beschouwing gelaten.*
- *Het wetsvoorstel maakt – onder meer door een gebrek aan bronvermelding – niet duidelijk waarom op basis van de huidige regelgeving en het daarop gebaseerde beleid kraken onvoldoende kan worden bestreden.*
- *Het wetsvoorstel beoogt een civielrechtelijke beoordeling door de rechter-commissaris in strafzaken te laten plaatsvinden, te weten de afweging van het huisrecht van de kraker tegenover het eigendomsrecht van de eigenaar van het gebouw.*
- *De praktische implicaties daarvan worden niet besproken. Om te voldoen aan de eisen die de artikelen 6 (recht op een eerlijk proces) en 8 (recht op privéleven) van het EVRM aan die procedure stellen, zal de beoogde versnelling van de procedure verdwijnen.*

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

Art. 12 Grondwet beschermt de woning, dat wil zeggen: de plek waar men feitelijk woont, tegen binnentreden. Dit geldt ook als de bewoner ten onrechte aan deze woning is gekomen, bijv. een lokaal is binnengedrongen en daar 'woning' vestigt. Ook de eigenaar van het pand mag in deze woning niet binnendringen: de woning heeft hij of zij als zodanig niet in gebruik. Het recht van 'woning' wordt dus ontleend aan feitelijke bewoning: het strekt niet tot bescherming van de eigendom.¹ Bezien vanuit *'the right to respect (...) for his home'* in art. 8 EVRM geldt hetzelfde: dit is *'not limited to those premises which are lawfully occupied or which have been lawfully established.'*²

Bij kraken (en huis-, erf- en lokaalvredebreuk) gemoeide belangen

Bij kraken spelen derhalve conflicterende, maar elkaar niet-uitsluitende belangen: het eigendomsrecht van de eigenaar van het gebouw tegenover het recht van 'woning' van de kraker.

De vraag, wanneer na het vestigen van 'woning' aanspraak kan worden gemaakt op de bescherming van 'woning', is blijkens de rechtspraak afhankelijk van de feitelijke omstandigheden. Het criterium lijkt te zijn dat men, om bedoelde aanspraak te kunnen maken, zich ongestoord in de nieuwe woonomgeving moet hebben gesetteld.³ Wie van meet af aan in zijn verblijf door de politie wordt gehinderd, vestigt nog geen huisvrede.⁴

Aanpak van kraken

De aanpak van kraken vindt plaats binnen de randvoorwaarde dat de leegstand hierdoor niet toeneemt.⁵ In de Wet kraken en leegstand, die in 2010 van kracht werd, is een bestuursrechtelijk instrumentarium ontwikkeld om leegstand tegen te gaan, kort gezegd door gemeenten een leegstandsverordening te laten vaststellen, die jegens eigenaren van leegstaande panden met uiteindelijk bestuurlijke boetes en bestuursdwang kan worden gehandhaafd.⁶ Aangezien het onderhavige wetsvoorstel dergelijk leegstandsbeleid integraal buiten beschouwing laat, is reeds om die reden sprake van een eenzijdige beschouwing.

Kraken kan bovendien behalve met het strafrecht ook worden bestreden met het bestuursrecht⁷ en met name ook met het civiele recht.⁸ De eigenaar van het gebouw kan ontruiming vorderen in kort

¹ Kamerstukken II 1984-1985, 19 073, nr. 3, pag. 20. Daardoor is de vraag of bewoning geschiedt krachtens enig recht, niet van belang, aldus reeds HR 21 december 1914, NJ 1915, p. 368-370 (vgl. ook bijv. HR 4 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4943).

² EHRM 25 september 1996, nr. 20348/92 (Buckley tegen het Verenigd Koninkrijk); EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (McCann tegen het Verenigd Koninkrijk).

³ Vgl. gerechtshof Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5117: '(D)egenen die zich op het huisrecht kunnen beroepen, (zijn) de personen (...) die zich metterwoon in een pand hebben gevestigd en het pand feitelijk als woning in gebruik hebben'. Het hof toetste aan de vraag of 'ongestoord woongenot' was 'opgebouwd'.

⁴ Vgl. gerechtshof Amsterdam 22 januari 1975, NJ 1975, 256.

⁵ Kamerstukken II 2008-2009, 31 560, nr. 6, pag. 1.

⁶ Kamerstukken II 2008-2009, 31 560, nr. 6, pag. 20/21.

⁷ Zo kan op gemeentelijk niveau een woning worden gesloten indien door gedragingen in de woning de openbare orde rond de woning wordt verstoord (art. 174a Gemeentewet) of de woning een bedreiging van de leefbaarheid of een gevaar voor de gezondheid of de veiligheid vormt (art. 17 Woningwet).

⁸ Vgl. Kamerstukken II 2008-2009, 31 560, nr. 8, pag. 5.

geding (civielrechtelijke ontruiming). De rechter dient in dat geval een belangenafweging te maken tussen het eigendomsrecht van de eigenaar en het huisrecht van de krakers. Een civielrechtelijke ontruiming wordt tenuitvoergelegd door de deurwaarder, die daartoe de hulp kan inroepen van de burgemeester, die op zijn beurt weer de politie kan inschakelen.⁹

Het huidige beleid en de uitzonderingen daarop

Het wetsvoorstel heeft betrekking op artikel 551a Sv. Deze bepaling is in 2010 van kracht geworden en geeft opsporingsambtenaren de bevoegdheid om in geval van verdenking van huis-, lokaal, en ervredebreuk en kraken de desbetreffende plaats te betreden en alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven (en alle voorwerpen die daar worden aangetroffen) te verwijderen.

Destijds is over het hoofd gezien dat artikel 13 EVRM een *effective remedy* eist tegen inbreuken op onder meer art. 8 EVRM. Om die reden is na de introductie van art. 551a Sv uiteindelijk door het openbaar ministerie beleid geformuleerd, neergelegd in een beleidsbrief, op grond waarvan een strafrechtelijke ontruiming moet worden aangekondigd zodat krakers een kort geding kunnen aanspannen. Indien dat binnen zeven dagen na de aankondiging gebeurt, zal de uitkomst van dat kort geding worden afgewacht alvorens wordt ontruimd.¹⁰ In een dergelijk kort geding zal de voorzieningenrechter een belangenafweging maken tussen het huisrecht van de krakers en het eigendomsrecht van de eigenaar.

In wezen komt de bevoegdheid van art. 551a Sv dus neer op een uitgekade civielrechtelijke ontruimingsbevoegdheid.

Het beleid maakt onmiddellijke strafrechtelijke ontruiming mogelijk indien de krakers het huisrecht van een ander schenden, zij worden verdacht van andere strafbare feiten ten gevolge waarvan de rechthebbende van het pand ernstig wordt getroffen, door de bewoning een gevaarlijke situatie ontstaat of in stand blijft of vrees is voor verstoring van de openbare orde in het pand of in de omgeving daarvan.¹¹

Gemis aan onderbouwing noodzaak van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel beoogt dit beleid in aangepaste vorm in het Wetboek van Strafvordering te integreren. Daarbij wordt de zevendagentermijn en het afwachten van de uitkomst van een kort geding teruggebracht tot drie dagen. De vereiste 'remedy' dient te worden geboden door de rechter-commissaris.

Als grond voor het wetsvoorstel wordt aangevoerd dat een 'belangrijke' vertraging optreedt in de huidige vormgeving van de toetsing door de rechter. Keer op keer is, aldus het wetsvoorstel, 'gebleken' dat georganiseerde groepen krakers misbruik maken van de schorsende werking die het aanspannen van een kort geding heeft om structureel en doelbewust crimineel gedrag voort te zetten (p. 2).

⁹ Art. 444 e.v. Rv.

¹⁰ Staatscourant 2010, 19500.

¹¹ Idem.

Juist de gestelde noodzaak van het wetsvoorstel ontbeert echter bronvermelding.¹² Aldus is de omvang van de gestelde problematiek niet duidelijk. Die vraag dringt zich temeer op omdat in 2017 in de evaluatie van de Wet kraken en leegstand werd geconcludeerd dat kraken een betrekkelijke omvang lijkt te hebben.¹³

Is het huidige instrumentarium ontoereikend?

Niet duidelijk is waarom de geconstateerde problematiek niet kan worden bestreden met het huidige wettelijke instrumentarium.

Op de eerste plaats bestaat de mogelijkheid van het gestelde 'misbruik' doordat het verschijnsel leegstand nog steeds bestaat. De vraag is of de problematiek, die het wetsvoorstel stelt, niet bij de bron moet worden aangepakt. Het lijkt erop dat zeer weinig gebruik wordt gemaakt van het wettelijk instrumentarium dat de Wet kraken en leegstand gemeenten biedt om leegstand tegen te gaan.¹⁴ Het wetsvoorstel vermeldt: 'Het punt van leegstandsbeleid is in dit wetsvoorstel buiten beschouwing gelaten. Initiatiefnemers merken ten aanzien van leegstandsbeleid op dat hier al nieuw beleid op wordt ontwikkeld, terwijl ook gemeenten en marktpartijen hier actief werk van maken.' Dat vormt reden om de effectiviteit van dit beleid af te wachten.

Op de tweede plaats heeft de gebouweigenaar te allen tijde de mogelijkheid zelf een kort geding tegen de krakers aan te spannen. Daarvoor gelden uiteraard niet de termijnen die in het beleid inzake strafrechtelijke ontruiming worden genoemd. De (verbeterde) memorie van toelichting op de Wet kraken en leegstand vermeldde dat het strafrecht ultimum remedium is in het kader van een integrale aanpak.¹⁵ De Wet kraken en leegstand blijkt echter de aandacht te hebben verplaatst naar strafrechtelijke handhaving van het kraakverbod; een civielrechtelijk procedure om een ontruiming te bewerkstelligen komt minder vaak voor.¹⁶

Op de derde plaats bestaat reeds de mogelijkheid de gestelde 'carrousels' met het huidige strafrechtelijke instrumentarium aan te pakken. Het beleid inzake strafrechtelijke ontruiming is niet van toepassing indien geen ongestoord woongenot is opgebouwd.¹⁷ Dat betekent, dat in de situatie dat 'georganiseerde groepen krakers' een pand verlaten en zich direct daarna in een ander pand vestigen, dit laatstbedoelde pand onmiddellijk op grond van het huidige art. 551a Sv kan worden ontruimd.

¹² Het wetsvoorstel noemt ook rechtspraak van het EHRM zonder bronvermelding (p. 2).

¹³ Zie Evaluatierapport van de Wet kraken en leegstand, 8 juli 2015, pag. 48. In 2017 constateerde VVD-kamerlid Van der Linde dat de Wet kraken en leegstand het kraakprobleem 'in hoge mate' heeft verholpen. Vgl. Evaluatieonderzoek Wet kraken en leegstand, 14 februari 2017, TK 52, 52-39-1.

¹⁴ Evaluatierapport van de Wet kraken en leegstand, 8 juli 2015, pag. 50: '5 gemeenten waarvan we weten dat ze in de praktijk gebruikmaken van het wettelijk instrumentarium: dat klinkt als niet veel. Maar, niet gebruikmaken van dat instrumentarium betekent niet dat er geen leegstandsbeleid wordt gevoerd. Vaak is het tegendeel het geval, zo bleek uit hoofdstuk 4. Vrijwel alle ondervraagde gemeenten hebben een vorm van leegstandsbeleid, variërend van vuistdikke kantorennota's of structuurvisies tot een op maat gesneden ambtelijke aanpak. Die aanpak is vrijwel altijd ingebed in breder ruimtelijk of economisch beleid. Terugkerende onderwerpen daarin zijn herprogrammering van het nieuwbouwprogramma, (regionale) afstemming en fasering, transformatie & hergebruik, revitalisering en het faciliteren van veranderingen.'

¹⁵ Kamerstukken II 2008–2009, 31 560, nr. 6, pag. 4.

¹⁶ Evaluatierapport van de Wet kraken en leegstand, 8 juli 2015, pag. 49.

¹⁷ Vgl. Gerechtshof Den Haag 24 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5117.

Op de vierde plaats omschrijft het huidige beleid inzake strafrechtelijke ontruiming reeds uitzonderingssituaties waarin dit beleid (aankondiging ontruiming, mogelijkheid kort geding etc.) niet hoeft te worden toegepast en acuut op grond van art. 551a Sv kan worden ontruimd.

Op de vijfde plaats geldt dat aan het onjuist toepassen van het op grond van art. 551a Sv ontwikkelde beleid geen ernstige gevolgen kleven. Als in de strafzaak tegen de kraker wordt aangevoerd dat de ontruiming op de voet van art. 551a Sv, in strijd met de in de beleidsbrief van het openbaar ministerie gestelde regels, heeft plaatsgevonden zonder dat de verdachte de gelegenheid heeft gehad tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen, kan de rechter strafvermindering toepassen. Daartoe zal de kraker feiten of omstandigheden moeten aanvoeren die de strafrechter tot het oordeel nopen dat de rechter in kort geding de ontruiming eerst tegen een later tijdstip of in het geheel niet zou hebben toegestaan.¹⁸

Civielrecht in het strafrecht?

Het wetsvoorstel beoogt dat de officier van justitie de strafrechtelijke ontruiming bij de rechter-commissaris vordert, waarna de rechter-commissaris daarop binnen drie maal 24 uur beslist. Ofschoon het wetsvoorstel dat niet vermeldt, lijkt – mede gezien het voornemen deze toetsing in het Wetboek van Strafvordering op te nemen – de rechter-commissaris in strafzaken te worden beoogd.

De taak van de rechter-commissaris wordt in het tweede lid van art. 170 Sv als volgt omschreven: 'De rechter-commissaris is in het bijzonder belast met de uitoefening van toezichthoudende bevoegdheden met betrekking tot het opsporingsonderzoek, ambtshalve in door de wet bepaalde gevallen en voorts op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte of diens raadsman.' Deze toezichthoudende taak behelst - voor zover voor de beoordeling van het wetsvoorstel van belang - het toezien op de rechtmatigheid van de inzet van bepaalde bevoegdheden. Meer specifiek moet daarbij worden gedacht aan de toetsing in de vorm van het beoordelen van vorderingen tot het verlenen van een machtiging voor dwangmiddelen.¹⁹

Systematisch past een toetsing van de bevoegdheid tot ontruimen niet bij het in het Wetboek van Strafvordering toebedeelde toezicht van de rechter-commissaris. Deze toetsing behoort immers te zien op bevoegdheden met betrekking tot het opsporingsonderzoek. De toepassing van art. 551a Sv, het verwijderen van personen en voorwerpen, heeft (in de praktijk) niets te maken met opsporing.

Ook principieel kleven er bezwaren aan de voorgestelde toetsing. Art. 8 EVRM eist dat een inbreuk op het huisrecht plaatsvindt 'in accordance with the law'. Dat betekent dat de inbreuk op het huisrecht moet zijn gebaseerd op een wettelijke regeling die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet: deze moet voor een ieder toegankelijk zijn en zodanig zijn geformuleerd dat de effecten daarvan voorzienbaar zijn.²⁰ De noodzaak van een toetsing vooraf is gelegen in de onomkeerbaarheid van

¹⁸ HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1729.

¹⁹ Kamerstukken II 2009-2010, 32 177, nr. 3, pag. 10-11. Zie voor nadere beschouwingen P.A.M. Verrest, *Raison d'être*, (diss. Nijmegen), 2011, pag. 307-338. Zie ook G.J.M. Corstens (bewerkt door: M.J. Borgers en T. Kooijmans), *Het Nederlands strafprocesrecht*, 2018, XI.2.

²⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 juni 2002, no. 37331/97 (*Landvreugd tegen Nederland*) en EHRM 4 juni 2002, no. 33129/96 (*Oliveira tegen Nederland*): 'The Court reiterates that, according to its settled case-law, the expression "in accordance with the law" not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects.'

het verlies van het huisrecht na een ontruiming. Aldus het EHRM: 'The loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home.'²¹

Het onderwerp dat ter toetsing aan de rechter-commissaris wordt voorgelegd is per definitie niet strafrechtelijk (onrechtmatige bewoning is immers het uitgangspunt). Het gaat om de vraag of het huisrecht van de kraker zwaarder weegt dan het eigendomsrecht van de eigenaar. In verband hiermee is het de vraag of de rechter-commissaris in strafzaken (en in hoger beroep de strafkamer van de rechtbank) is toegerust op het afwegen van een in de kern civielrechtelijk belangenconflict.

Daarbij ontbreekt in het wetsvoorstel een effectieve mogelijkheid de belangen van de eigenaar concreet te toetsen.²² De rechter-commissaris kan weliswaar op grond van bijvoorbeeld een aangifte *veronderstellenderwijs* een belang van de eigenaar aannemen, maar dat biedt geen basis voor een waardering van die belangen en dus een effectieve belangenafweging c.q. een *effective remedy* zoals art.13 EVRM.

Naast het principiële bezwaar om een civiele kwestie binnen het systeem van strafvordering te laten beoordelen, stuit het voorstel ook op praktische bezwaren. Deze civielrechtelijke toets is niet ingebed in het systeem van strafvordering, zoals dat bij voorlopige hechtenis of de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden wel het geval is.

In dat kader is van belang dat het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM ook van toepassing is bij het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen, en dat het recht op een *effective remedy* deel uitmaakt van art. 6 EVRM.²³

Het wetsvoorstel laat in dat verband veel vragen onbeantwoord. De stelling dat de wetswijziging 'beperkte bestuurlijke consequenties' heeft, nu 'implementatie betekent dat een nieuwe procedure bij de rechter-commissaris moet worden ingericht' (p. 12) is innerlijk tegenstrijdig. Die civiele procedure binnen het strafrechtelijk systeem zal immers volledig moeten worden uitgewerkt, voor de positie van zowel de gebouwde-eigenaar als de kraker.

Ten eerste zal in het licht van de onomkeerbaarheid van het verlies van de woning het recht van de kraker om daadwerkelijk te worden gehoord moeten worden gegarandeerd. Volgens het wetsvoorstel beslist de rechter-commissaris ook als het 'niet lukt' de betrokkenen te horen. Er zal dus moeten worden voorzien in de betekening van de zitting waarop de rechter-commissaris beslist.

Ten tweede zal de kraker kennis moeten kunnen nemen van het dossier. In het Evaluatierapport van de Wet kraken en leegstand werd daarover geschreven dat het reeds uit een aantal vaste gegevens bestaat:

1. De aangifte met bijlagen
2. De omschrijving van het plan voor heringebruikname, met onderbouwende stukken
3. Bij een niet recente aangifte (> 3 maanden oud) een proces-verbaal of ander stuk (email of brief eigenaar) waaruit blijkt dat de aangever nog steeds wil dat het pand wordt ontruimd.

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

²² Temeer nu voor strafrechtelijke aansprakelijkheid wegens kraken niet is vereist dat de eigenaar aangifte doet, of de krakers vordert zijn pand te verlaten.

²³ EHRM 21 februari 1975, A 18, § 35 (Golder tegen het Verenigd Koninkrijk)

4. Een proces-verbaal van de bevindingen over de kraakactie (en met eventueel de leegstandscontrole)

5. Een proces-verbaal over de huidige situatie in en om het gekraakte pand.’²⁴

Geregeld zal in ieder geval moeten worden hoe en wanneer de kraker en de eigenaar van het pand kennis kunnen nemen van het dossier, of zij zelf stukken kunnen inbrengen en welke termijnen daarvoor gelden.

Ten derde dienen vragen te worden beantwoord over rechtsbijstand. Geregeld zal moeten worden dat de kraker zich voorafgaand aan en tijdens het horen door de rechter-commissaris kan laten bijstaan door een advocaat.

Ten vierde zal moeten worden bepaald of de vordering in het openbaar wordt behandeld, nu art. 6 EVRM vereist dat rechtspraak openbaar is, maar beslissingen van de rechter-commissaris in beginsel niet na openbare procedures worden genomen.

Ten vijfde zal de mogelijkheid van cassatieberoep voor de kraker expliciet in de wet moeten worden opgenomen. Voor het openbaar ministerie volgt dit uit art. 446 Sv (het betreft immers een vordering van het openbaar ministerie), maar voor de kraker zal hiertoe op zijn minst lid 6 moeten worden aangevuld.

Ten zesde dient de beroepstermijn pas te gaan lopen op de datum van betekening en niet op de datum van dagtekening van de beschikking van de rechter-commissaris, temeer daar het wetsvoorstel de mogelijkheid openlaat dat de kraker pas met de betekening van de beschikking op de hoogte raakt.

Conclusie

Een toetsing door de rechter-commissaris waarbij partijen de kwestie niet behoorlijk aan de rechter-commissaris kunnen voorleggen, moet in strijd worden geacht met zowel art. 6 als art. 8 van het EVRM.

Als de procedure voor de rechter-commissaris dusdanig wordt uitgebreid dat deze noch een schending van het recht op een eerlijk proces noch een schending van het huisrecht oplevert, dan rijst de vraag of de beoogde versnelling van de procedure zal worden behaald.

²⁴ Evaluatierapport van de Wet kraken en leegstand, 8 juli 2015, pag. 23.