

de identiteit van de verdachte, kon art. 52 Sv evenmin als grondslag fungeren.

Bij dit alles wijdt het hof geen overweging aan de vraag of ten tijde van het politieoptreden sprake was van een redelijk vermoeden van een Opiumwetdelict (of dat de verdachte anderszins kon worden aangemerkt als verdachte in de zin van art. 27 lid 1 Sv). Wellicht heeft het hof met zijn verwijzing naar de in art. 9 lid 3 Opiumwet neergelegde inbeslagnemingsbevoegdheid en naar art. 52 Sv bedoeld te zeggen dat de verbalisanten uit het samenstel van feiten en omstandigheden een redelijk vermoeden van een Opiumwetdelict konden verkrijgen, maar helder is 's hofs arrest op dit punt niet.

Uit de door het hof weergegeven feiten en omstandigheden in hun onderlinge samenhang bezien, kon bij de verbalisanten naar het mij voorkomt een redelijk vermoeden ontstaan van een Opiumwetdelict. Daarvan uitgaande, beschikten de verbalisanten over de wettelijke (opsporings)bevoegdheid om tot inbeslagname van daarvoor vatbare voorwerpen over te gaan en daartoe de uitlevering van die voorwerpen te vorderen. Laatstgenoemde bevoegdheid – die als steunbevoegdheid met de inbeslagnemingsbevoegdheid is verbonden – reikt in zoverre verder dan de vergelijkbare in art. 96a lid 1 Sv vervatte bevoegdheid dat de in art. 9 lid 3 Opiumwet bedoelde vordering ook aan de verdachte kan worden gedaan (en ook zonder dat sprake behoeft te zijn van staandehouding of aanhouding, zoals in art. 95 Sv wel als voorwaarde is gesteld). Een *nemo tenetur*-probleem levert dat in een geval als het onderhavige vermoedelijk niet op, in aanmerking genomen dat de verbalisanten de daadwerkelijke aanwezigheid van enig voor inbeslagname vatbaar voorwerp (drugs) konden aannemen toen de verdachte zijn handen in zijn zakken stopte – van een *fishing expedition* door de verbalisanten was daarom geen sprake – waarbij opmerking verdient dat *'the right not to incriminate oneself (...)* does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect' (EHRM 17 december 1996, NJ 1997/699, m.nt. Kn, par. 69 (Saunders); vgl. Keulen-Knigge 2016, p. 336-338). Van een disproportionele inzet van een dwangmiddel (*compulsory power*) om drugs (*which has an existence independent of the will of the suspect*) in beslag te nemen, lijkt in het onderhavige geval geen sprake.

3. De Hoge Raad acht 's hofs 'kennelijke opvatting' onjuist dat de opsporingsambtenaar al voor de inbeslagname door voorafgaande waarneming moet kunnen vaststellen dat de verdachte een voor inbeslagname vatbaar voorwerp in zijn handen had (r.o. 2.4). Die opvatting vindt, zoals de Hoge Raad overweegt, geen steun in de wet noch in de wetsgeschiedenis (vgl. Blok-Besier deel I, 1925, p. 301-302 en 405-406).

Ook in termen van praktische hanteerbaarheid zouden met een dergelijke opvatting overspannen eisen worden gesteld aan de inbeslag-

nemingsbevoegdheid. Verbalisanten op straat worden nogal eens geconfronteerd met situaties waarin het (welhaast) niet anders kan zijn dan dat sprake is van (voorgenomen) drugshandel en waarin het zeer waarschijnlijk is te achten dat de verdachte voor inbeslagname vatbare voorwerpen aanwezig heeft, ook al zijn die voorwerpen op het moment van het daadwerkelijke politieoptreden niet steeds waarneembaar (vgl. o.a. HR 17 februari 2004, NJ 2004/332; HR 25 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:A06422; HR 7 september 2004, NJ 2004/594 en HR 12 januari 2010, NJ 2010/177, m.nt. Buruma). De 'professionele agent' moet in dergelijke situaties de ruimte hebben om zijn werk te doen, aldus Buruma onder NJ 2010/177.

Die ruimte beoogt de Hoge Raad hem ook te bieden. In r.o. 2.3 van het hierboven afgedrukte arrest roept de Hoge Raad NJ 2004/594 in herinnering. Daarin oordeelde het rechtscollege dat de inbeslagnemingsbevoegdheid de impliciete (steun)bevoegdheid bevat om proportioneel geweld toe te passen om daadwerkelijk tot het leggen van beslag te kunnen overgaan: de bevoegdheid tot inbeslagname omvat de bevoegdheid tot het desnoods tegen de wil van de betrokkene en met proportioneel geweld openen van de vuist van de betrokkene. Uit 's hofs overwegingen valt – zo kan uit r.o. 2.4 van het hierboven afgedrukte arrest van de Hoge Raad worden afgeleid – niet op te maken of het hof dit juridische uitgangspunt heeft miskend, of dat het hof dit uitgangspunt weliswaar niet heeft miskend maar heeft nagelaten te motiveren waarom in het onderhavige geval de verbalisant niet gerechtigd was om verdachtes handen beet te pakken nadat de verdachte zijn handen in zijn zakken had gestopt.

T. Kooijmans

NJ 2016/365

HOGE RAAD (STRAFKAMER)

5 juli 2016, nr. 14/06352

(Mrs. W.A.M. van Schendel, V. van den Brink, A.L.J. van Strie; A-G mr. A.E. Harteveld)
m.nt. P.A.M. Mevis

Art. 138 Sr

NJB 2016/1436

RvdW 2016/835

ECLI:NL:HR:2016:1404

ECLI:NL:PHR:2016:593

Nu aangeefster ongeveer elke dag bij haar woning was en gesprekken voerde met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning, kon het hof oordelen dat die woning 'in gebruik' was bij een ander als bedoeld in art. 138 Sr.

Arrest op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Den Haag van 17 december 2014,

nummer 22/002480-14, in de strafzaak tegen: V. Adv.: mr. E. Tamas, te 's-Gravenhage.

Cassatiemiddel:

(zie 3.1; *red.*)

Conclusie A-G mr. A.E. Hartevelt:

1. De verdachte is bij arrest van 17 december 2014 door het Gerechtshof Den Haag wegens 'in de woning bij een ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringen', veroordeeld tot een taakstraf voor de duur van veertig uren, subsidiair twintig dagen hechtenis, met aftrek van voorarrest.

2. Namens de verdachte heeft mr. E. Tamas, advocaat te 'Den Haag, een middel van cassatie voorgesteld.

3. *Het middel*

3.1. Het middel klaagt dat het hof het verweer strekkende tot vrijspraak van het primair tenlastegelegde feit, inhoudende dat er sprake was van een woning waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, ten onrechte, althans op onjuiste, onbegrijpelijke en/of ontoereikende gronden heeft verworpen, 'zodat het hof het bewezenverklarde feit ten onrechte heeft gekwalificeerd als huisvredebreuk in de zin van art. 138 Sr', terwijl een feitelijk gebruik van de woning door de rechthebbende niet uit de inhoud van bewijsmiddelen af te leiden is.

3.2. Aan de verdachte is tenlastegelegd dat:

"hij op één of meerdere tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 5 mei 2014 tot en met 6 mei 2014 te Wassenaar in een woning, gelegen aan de a-straat 1 en in gebruik bij F., althans bij een ander of anderen dan bij verdachte, wederrechtelijk is binnengedrongen; subsidiair althans, indien het vorenstaande niet tot een veroordeling mocht of zou kunnen leiden: hij op één of meerdere tijdstip(pen) in of omstreeks de periode van 5 mei 2014 tot en met 6 mei 2014 te Wassenaar in een woning/gebouw, gelegen aan de a-straat 1, waarvan het gebruik door de rechthebbende (te weten Stichting Twickel) was beëindigd, wederrechtelijk is binnengedrongen en/of aldaar wederrechtelijk heeft vertoefd."

3.3. Daarvan heeft het hof bewezenverklaard dat:

"hij in de periode van 5 mei 2014 tot en met 6 mei 2014 te Wassenaar in een woning, gelegen aan de a-straat 1 en in gebruik bij F., wederrechtelijk is binnengedrongen"

3.4. Deze bewezenverklaring berust op de navolgende bewijsmiddelen:

"1. Een proces-verbaal van aangifte d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL1500-2014089483-1. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als verklaring van de aangeefster F. (blz. 1 e.v.):

Ik heb een bruikleenovereenkomst getekend voor de woning aan de a-straat 1 te Wassenaar. Tevens heb ik voor deze woning een koopovereenkomst getekend. Ik ben ongeveer elke dag bij de woning. Ik ben momenteel bezig met een aangever (het hof begrijpt: aannemer) voor een aankomende verbouwing.

Vandaag, 6 mei 2014, tussen 13:00 en 14:00 uur kwamen wij, ik en mijn zoon, bij de woning aan de a-straat 1 te Wassenaar.

Na korte tijd zagen we bij de voordeur dat er een persoon in de woning was. De politie is door het keukenraam naar binnen gegaan en heeft de man gesproken. Ik zag dat deze man op een gegeven moment aangehouden werd. Ik ken deze man niet. Ik heb ook niemand toestemming gegeven om deze woning in te gaan.

2. Een proces-verbaal van aanhouding d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL1500-2014089471-2. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als bevindingen van de betreffende opsporingsambtenaren (blz. 31 e.v.):

Op dinsdag 6 mei 2014 kreeg de noodhulpeenheden van Wassenaar een melding op de a-straat 1 te Wassenaar. Omstreeks 14:30 uur kwamen wij aan het op het hierboven vermelde adres. Ik zag dat er een man voor de deur stond in de woning. Na aanroepen van de man dat hij de deur open moest doen, liep de man naar de woonkamer. Hier opende hij een raam en stond ons te woord. Vervolgens heb ik de man gevraagd of hij zich kon legitimeren. Op dinsdag 6 mei 2014 om 14:45 heb ik verbalisant verbalisant aangehouden de verdachte V., geboren op (...) 1988 te a-plaats.

3. Een proces-verbaal van verhoor d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL1500-2014089471-4. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als verklaring van de getuige S. (blz. 21 en 22): Ik ben de overbuurvrouw van de a-straat 1 te Wassenaar. Ik heb contact met mijn overbuurvrouw F. Zij heeft aan mij gevraagd of ik de woning van haar een beetje in de gaten kan houden. Ik loop meerdere malen per dag met de hond langs de woning a-straat 1. De gordijnen van deze woning zijn nooit gesloten. Gisteravond, maandag 5 mei 2014 omstreeks 20:00 uur liep ik langs de woning en zag alles er nog normaal uit. Ik bedoel hiermee dat de gordijnen nog open waren. Ik heb toen ook niets vreemds gezien. Diezelfde avond, rond 22:00, zei mijn man tegen mij dat hij een vreemde auto had zien rijden over het laantje. Op maandag 6 mei 2014, omstreeks 00:30 uur liep ik voor het laatst een rondje met de hond. Ik heb dan altijd een zaklamp bij me. Ik scheen met mijn zaklamp naar de woning. Het viel mij gelijk op dat de gordijnen van de woning gesloten waren.

4. Een proces-verbaal van verhoor d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met

nr. PL1500-2014089471-6. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als verklaring van de verdachte (blz. 40 e.v.):

V= Wij hebben getuigenverklaringen dat je er niet langer dan 24 uur inzit, wat wil jij daar over verklaren?

A= W. zat er al drie dagen en ik ben er gisteren bijgekomen.”

3.5. Blijkens het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman van de verdachte aldaar onder meer het volgende aangevoerd:

“Bij de vraag of sprake was van huisrecht gaat het erom of de woning feitelijk in gebruik was. Dat is vaststaande jurisprudentie. Uit de verklaring van de aangeefster blijkt dat zij op een ander adres woonde. De bruikleenovereenkomst diende niet voor de huur van die woning. Uit het dossier blijkt voorts dat een voorlopige koopovereenkomst zou zijn opgesteld onder een opschortende voorwaarde: de woning van aangeefster moest verkocht zijn. Dat betekent dat als die voorwaarde niet was vervuld, de woning niet gebruikt mocht worden. Wat in het kadaster staat is doorslaggevend en volgens het kadaster was de aangeefster niet de eigenaar. De feitelijke omstandigheden wijzen er op dat de woning niet in gebruik was. De buurvrouw heeft op pagina 21 van het politiedossier verklaard dat de woning lang heeft leeggestaan en pas kort geleden was verkocht. Als de woning feitelijk in gebruik was geweest, waarom zou de woning dan in de gaten moeten worden gehouden? Sporen in het huis wezen erop dat de woning lang niet was gebruikt. De woning is in gebruik genomen door de verdachte. Er zijn nog een aantal objectieve feiten en omstandigheden te noemen die aantonen dat de woning niet in gebruik was. Het enige dat juridisch relevant is, is een verbouwing. Het gaat hier echter om een voortgenomen verbouwing. Op dat moment werd de woning echter niet verbouwd. Er was geen sprake van feitelijk gebruik. Nimmer kan wettig en overtuigend bewezen worden dat sprake is van huivredebreuk.”

3.6. Het hof heeft dit verweer als volgt samengevat en verworpen:

“Beslissing omtrent het door de verdediging gevoerde bewijsverweer

Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman ter zake het primair ten laste gelegde vrijspraak bepleit, nu er volgens hem geen sprake was van feitelijk gebruik van de woning aan de a-straat 1 te Wassenaar door F. De raadsman heeft daartoe aangevoerd dat uit de verklaring van de aangeefster blijkt dat zij in mei 2014 op een ander adres verbleef en dat zij haar buurvrouw had verzocht om te letten op onrechtmatig gebruik van de woning. Voorts werd in die maand de woning niet verbouwd. Verder was de koopovereenkomst niet voldoende om vast te

stellen dat de woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster, aldus de raadsman.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Op grond van het onderliggende strafdossier en het verhandelde ter terechtzitting in hoger beroep is het hof van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat de betreffende woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster. Het hof baseert zijn oordeel op de met betrekking tot deze woning gesloten koop- en bruikleenovereenkomst tussen Stichting Twickel en de aangeefster en op de verklaringen van aangeefster dat zij ongeveer elke dag bij de woning is en dat zij momenteel gesprekken voert met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning. Dat in de periode van 5 mei 2014 tot en met 6 mei 2014 de woning (nog) niet werd verbouwd, aangeefster op een ander adres verbleef en haar overbuurvrouw had gevraagd haar woning in de gaten te houden, betekent – anders dan de raadsman heeft aangevoerd – op zich niet dat geen sprake was van feitelijk gebruik van de woning door de aangeefster.

De verdachte verbleef dan ook gedurende de ten laste gelegde periode onrechtmatig in de woning.

Nu het hof het primair ten laste gelegde bewezen acht, zal niet worden ingegaan op de door de verdediging gevoerde verweren ten aanzien van het subsidiair ten laste gelegde.”

3.7. In het middel wordt als consequentie aan de onjuiste dan wel onbegrijpelijke verwerping van het vrijspraakverweer verbonden dat het hof het bewezenverklaarde feit ten onrechte heeft gekwalificeerd als huivredebreuk in de zin van art. 138 Sr. Een verwerping van een verweer dat zich richt tegen de tenlastelegging die niet door de (cassatie) beugel kan, kan echter niet leiden tot de slotsom dat de kwalificatie van het bewezenverklaarde niet deugt. Ik zal het middel echter welwillend lezen en begrijpen dat geklaagd wordt dat het bewezenverklaarde (feitelijk) gebruik van de woning, mede gelet op het gevoerde verweer, ontoereikend is gemotiveerd.

3.8. De tenlastelegging en bewezenverklaring zijn toegesneden op art. 138 lid 1 Sr. Dit artikellid luidt als volgt:

“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 een jaar of geldboete van de derde categorie.”

3.9. Het beschermd belang bij art. 138 Sr is het huisrecht van de ander, dat hij ontleent aan de feitelijke bewoning. Daarbij is niet van belang of die bewoning geschiedt krachtens enig recht. Uit HR 22 september 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC9967, NJ

1 HR 4 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4943, NJ 2007/491, rov. 4.4.

1988/286 blijkt dat 'in gebruik' als bedoeld in art. 138 Sr moet worden begrepen als 'feitelijk in gebruik', en dat niet het oogmerk van de gebruiker daarvoor beslissend is, maar uitsluitend het feitelijk gebruik als zodanig. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat 'in gebruik' voorts niet betekent dat daadwerkelijk in een woning moet worden gewoond. Dat illustreren de volgende arresten, geciteerd uit Noyon-Langemeijer-Remmeling, ad art. 138 Sr:

"HR 4 januari 1972, *NJ* 1972/121 (in ander verband reeds genoemd in aant. 2). Uit de enkele omstandigheid dat de bewoonster sedert 8 januari ter verpleging is opgenomen in een kliniek en ten tijde van het plegen van het feit (10 oktober) niet in haar nog gemeubileerde woning aanwezig was, volgt niet dat zij deze niet langer in gebruik had.

HR 24 juni 1980, *NJ* 1980/625: Ook tijdens voorbereidende werkzaamheden, noodzakelijk om een pand voor bewoning geschikt te maken, is dit feitelijk als woning in gebruik.

HR 14 april 1981, *NJ* 1981/421 (*Peek*): Een woning is ook dan nog bij een ander in gebruik wanneer de bewoner weliswaar is overleden doch de woning zich nog bevindt in de staat van 'bewoond' en de zich daarin bevindende boedel nog door de nabestaanden dient te worden afgewikkeld.

HR 13 december 1985, *NJ* 1986/229: Ook de eigenaar die een lokaal in een voor direct gebruik beschikbare staat houdt en geregeld stappen onderneemt om het overeenkomstig de hem gewenste bestemming te (doen) gebruiken heeft het in gebruik.

HR 27 september 1987, *NJ* 1988/286: ook een antikraakwacht kan een woning gebruiken.

HR 17 november 1989, *NJ* 1990/287/288: Niet in gebruik is een woning die weliswaar nog pas twee maanden tevoren door de laatste huurder was ontruimd en ten aanzien waarvan bij de eigenares een voornemen tot renovatie bestaat, maar zonder dat iets vaststaat omtrent aard en omvang daarvan noch van de aanvang en de duur van de desbetreffende werkzaamheden, noch ook omtrent enig concreet voornemen van de eigenares tot het opnieuw verhuren van de woning. Wèl in gebruik is een wisselwoning van een woningbouwvereniging die weliswaar al enige maanden leeg stond maar die was bestemd voor tijdelijke bewoning door bepaalde huurders van die vereniging die hun huizen vanwege

renovatie tijdelijk dienden te verlaten. De aard van een dergelijke wisselwerking brengt mee dat deze steeds voor kortere of langere tijd leeg staat. Deze functionele leegstand is niet het leeg staan van een woning als bedoeld in de Leegstandswet.²

Mijn voormalig ambtgenoot Van Dorst schreef in zijn conclusie bij HR 10 juni 1997, *NJ* 1997/738 on-

der meer het volgende over de vraag wanneer 'het gebruik door de rechthebbende is beëindigd' in de zin van art. 429sexies (oud) Sr, de voorloper van het huidige art. 138a Sr betreffende het kraakverbod:³

"5.1 Art. 429sexies verbiedt – kort gezegd – het kraken van een woning of gebouw waarvan het gebruik door de rechthebbende niet meer dan twaalf maanden tevoren is beëindigd.

5.2 Voor de beoordeling van de vraag wanneer 'het gebruik door de rechthebbende is beëindigd' zijn van belang de volgende onderdelen van de wetsgeschiedenis van de Huisvestingswet(1), waarbij art. 429sexies is ingevoegd in het WvSr:

(...)

E. Staatssecretaris Heerma bij de behandeling in de Tweede Kamer op 20 februari 1992 (blz. 55–3565):

'Ook de term 'gebruik' is hier in beginsel niet in een andere betekenis gebruikt dan 'gebruik' in artikel 138 van het Wetboek van Strafrecht.'

5.3 Aan de opmerking van de staatssecretaris kan worden toegevoegd dat onder 'gebruik' in de zin van art. 138 Sr pleegt te worden verstaan: 'feitelijk in gebruik'; zie HR *NJ* 1971/385, nt CB. Tijdelijke leegstand behoeft echter geenszins te betekenen dat er geen sprake (meer) is van zulk een gebruik; zie HR *NJ* 1972/121 (verblijf in een kliniek), *NJ* 1980/625 (werkzaamheden gericht op het bewoonbaar maken(4)), *NJ* 1981/421 (afwikkeling van de erfenis), *NJ* 1990/288, nt ThWvV (wisselwoning), *NJ* 1994/425, nt C (*caravan*). In zulke gevallen blijft de woning of het besloten lokaal feitelijk in gebruik en geniet de rechthebbende de bescherming van art. 138 Sr.

6. De wetsgeschiedenis van de Huisvestingswet lijkt te bevestigen dat de strafrechtelijke 'verlengde gebruiksbescherming' van een woning of een gebouw ex art. 429sexies Sr pas aanvangt nadat het (feitelijk) gebruik een einde heeft genomen. Zolang er nog sprake is van (feitelijk) gebruik, wordt de rechthebbende immers strafrechtelijk beschermd door art. 138 Sr. Van deze bepaling vormt art. 429sexies in zekere zin het spiegelbeeld, in die zin dat waar art. 138 Sr doelt op het feitelijk gebruik, art. 429sexies doelt op feitelijk niet-gebruik (of leegstand). Dat impliceert dat onder de uitdrukking 'woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd' verstaan dient te worden 'woning of gebouw, waarvan het feitelijk gebruik door de rechthebbende is beëindigd!'

Nu het 'kraakverbod' zoals neergelegd in art. 138a Sr de opvolger is van het oude art. 429sexies Sr, is de conclusie gewettigd dat met het bestanddeel 'gebruik' in art. 138a Sr, net als in art. 429sexies (oud) Sr hetzelfde wordt bedoeld als met 'gebruik' in de zin van art. 138 Sr. Jurisprudentie betreffende de uitleg

2 J.W. Fokkens in Noyon-Langemeijer-Remmeling, aant. 9 bij art. 138 Sr, bijgewerkt tot 1 mei 2007.

3 Hier met weglating van voetnoten.

van het in art. 138a Sr bedoelde 'gebruik' is derhalve ook relevant voor de uitleg van dat begrip in de zin van art. 138 Sr. Uit HR 13 oktober 2015 haal ik de volgende overweging aan:

"3.6. Het Hof heeft geoordeeld dat het gebruik van het gebouw aan de Koningin Wilhelminalaan 7 door de rechthebbende was beëindigd als bedoeld in art. 138a, eerste lid, Sr omdat het gekraakte gedeelte van het gebouw nog niet was verhuurd en van feitelijk gebruik als kantoorgebouw geen sprake meer was. Aldus heeft het Hof kennelijk de feitelijke situatie beslissend geacht. Met dat oordeel heeft het Hof niet blij gegeven van een onjuiste uitleg van de aan de geciteerde wettelijke bewoordingen te geven betekenis, ook niet indien daarbij wordt betrokken dat – naar in de overwegingen van het Hof besloten ligt – de rechthebbende het gebouw voor gebruik beschikbaar hield door het in bruikleen te geven aan Antikraak BV en evenmin dat, gelijk bij pleidooi was aangevoerd, een gedeelte van het in twee adressen verdeelde pand Wilhelminalaan 7–9 inmiddels was verhuurd aan startende ondernemers. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk, terwijl het zich als van feitelijke aard niet leent voor verdere toetsing in cassatie."⁴

Het voor gebruik beschikbaar houden van een gebouw door het sluiten van een bruikleenovereenkomst behoeft niet te worden aangemerkt als 'gebruik', zolang aan die overeenkomst geen feitelijke invulling was gegeven, zo vat ik met het oog op de onderhavige casus samen.

3.10. Het hof nu heeft zijn oordeel 'dat voldoende aannemelijk is geworden dat de betreffende woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster' gebaseerd op 1) de met betrekking tot deze woning gesloten koop- en bruikleenovereenkomst, 2) de verklaring van aangeefster dat zij ongeveer elke dag bij de woning is en 3) haar verklaring dat zij momenteel gesprekken voert met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning.

3.11. Bij de aan de Hoge Raad toegezonden stukken van het geding bevindt zich een bruikleenovereenkomst met betrekking tot de woning, die tussen de aangeefster en Stichting Twickel op 17 juli 2013 is overeengekomen en directe werking had. Tevens bevindt zich bij die stukken een niet-getekende ontwerp-koopovereenkomst met betrekking tot de woning en dezelfde partijen. Met mijn ambtgenoot Vegter en in lijn met het voorgaande arrest meen ik dat het bestaan van een (huur- dan wel) bruikleenovereenkomst niet beslissend is voor de vraag of er

sprake is van 'feitelijk gebruik'.⁵ Mocht het hof bij zijn oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat de woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster in doorslaggevende mate betekenis hebben toegekend aan de met betrekking tot deze woning gesloten bruikleenovereenkomst, berust het dan ook op een onjuiste rechtsopvatting omtrent het in art. 138 Sr bedoelde begrip 'in gebruik'. Na het sluiten van de bruikleenovereenkomst was de woning voor de aangeefster immers weliswaar wel voor gebruik beschikbaar, maar daaruit volgt nog niet dat zij die woning ook daadwerkelijk gebruikte. Hetzelfde negatium geldt voor de koopovereenkomst, die voorts, zoals ook door de verdediging is aangevoerd, nog niet als 'definitief' kon worden aangemerkt.

3.12. Voor zover het hof zijn oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat de woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster heeft gebaseerd op de verklaring van aangeefster dat zij 'momenteel gesprekken voert met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning' is dat oordeel niet zonder meer begrijpelijk. Uit het reeds genoemde HR 13 december 1985 blijkt dat de eigenaar die een lokaal in een voor direct gebruik beschikbare staat houdt en geregeld stappen onderneemt⁶ om het overeenkomstig de hem gewenste bestemming te (doen) gebruiken, het lokaal in gebruik heeft. Uit HR 24 juni 1980, *NJ* 1980/625 volgt dat ook tijdens voorbereidende werkzaamheden, noodzakelijk om een pand voor bewoning geschikt te maken,⁷ een woning feitelijk als woning in gebruik is. Uit het reeds genoemde HR 17 november 1989 blijkt echter dat een woning ten aanzien waarvan bij de eigenares een voornemen tot renovatie bestaat, zonder dat iets vaststaat omtrent aard en omvang daarvan noch van de aanvang en de duur van de desbetreffende werkzaamheden, noch ook omtrent enig concreet voornemen van de eigenares tot het opnieuw verhuren van de woning onvoldoende is voor 'feitelijk

4 HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3021, *NJ* 2015/459, rov. 3.6.

5 Conclusie van 25 augustus 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2082 onder 13. Vegter verwijst daarbij naar de conclusie van mijn voormalig ambtgenoot Van Dorst bij HR 10 juni 1997, *NJ* 1997/738, onder 7.3. Van Dorst meent dat de beëindiging van een huurovereenkomst niet beslissend is voor de vraag omtrent het feitelijk gebruik dat van het gehuurde pand is gemaakt, nu het pand immers voordien al leeggestaan moet hebben en evengoed nadien nog feitelijk in gebruik kan zijn geweest.

6 Om welke stappen het in die zaak ging blijkt niet duidelijk uit het arrest: Het citaat van de overweging van het hof in het arrest van de Hoge Raad houdt niet meer in dan: "Ook immers de eigenaar die een lokaal in een voor direct gebruik beschikbare staat houdt en/of brengt en met zekere regelmaat stappen onderneemt, zoals i.c., om het lokaal overeenkomstig de door hem gewenste bestemming te gebruiken of te doen gebruiken, en daarin binnen de te dezen vaststaande korte tijd is geslaagd kan worden aangemerkt dat het lokaal feitelijk in gebruik te hebben".

7 Het hof had omtrent die werkzaamheden het volgende overwogen: "Broks – wiens echtgenote de onderhavige woning had gekocht om deze met hem te gaan bewonen – was sinds de eigendomsoverdracht aan haar en aldus ook op 31 mei 1978 – vrijwel dagelijks – doende met werkzaamheden, die noodzakelijk waren om het pand voor hen bewoonbaar te maken."

gebruik'. Uit deze arresten leid ik af dat – voor zover hier van belang – slechts een voornemen tot verbouwing dat op zijn minst in concrete plannen is vastgelegd voldoende kan zijn om van 'feitelijk gebruik' te kunnen spreken. Ik meen dan ook dat het in het onderhavige geval gesprekken voeren met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning niet voldoende concreet is.⁸ Dat sluit ook aan bij het reeds genoemde arrest van de Hoge Raad van 22 september 1987 waaruit blijkt dat niet het oogmerk van de gebruiker beslissend is om van 'feitelijk gebruik' te kunnen spreken, maar uitsluitend het feitelijk gebruik als zodanig.

3.13. Dan blijft over het oordeel van het hof dat voldoende aannemelijk is geworden dat de woning feitelijk in gebruik was in de zin van art. 138 Sr bij de aangeefster nu zij heeft verklaard dat zij 'ongeveer elke dag bij de woning is'. Zonder nadere motivering die ontbreekt, acht ik dat oordeel ontoereikend gemotiveerd.

Hoge Raad:

1. *Geding in cassatie*

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft E. Tamas, advocaat te 's-Gravenhage, bij schriftuur een middel van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal A.E. Harteveld heeft geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak en tot terugwijzing van de zaak naar het Gerechtshof Den Haag.

2. *Bewezenverklaring en bewijsvoering*

2.1. Overeenkomstig de tenlastelegging is ten laste van de verdachte bewezenverklaard dat:

"hij in de periode van 5 mei 2014 tot en met 6 mei 2014 te Wassenaar in een woning, gelegen aan de a-straat 1 en in gebruik bij F., wederrechtelijk is binnengedrongen."

2.2. Deze bewezenverklaring steunt op de volgende bewijsmiddelen:

"1. Een proces-verbaal van aangifte d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL15000-2014089483-1. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als verklaring van de aangeefster F. (blz. 1 e.v.): Ik heb een bruikleenovereenkomst getekend voor de woning aan de a-straat 1 te Wassenaar. Tevens heb ik voor deze woning een koopovereenkomst getekend. Ik ben ongeveer elke dag bij de woning. Ik ben momenteel bezig met een aangever (het hof begrijpt: aannemer) voor een aankomende verbouwing.

Vandaag, 6 mei 2014, tussen 13:00 en 14:00 uur kwamen wij, ik en mijn zoon, bij de woning aan de a-straat 1 te Wassenaar. Na korte tijd zagen we bij de voordeur dat er een persoon in de woning was. De politie is door het keukenraam naar binnen gegaan en heeft de man gesproken. Ik zag dat deze man op een gegeven moment aangehouden werd. Ik ken deze man niet. Ik heb ook niemand toestemming gegeven om deze woning in te gaan.

2. Een proces-verbaal van aanhouding d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL1500-2014089471-2. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als bevindingen van de betreffende opsporingsambtenaren (blz. 31 e.v.):

Op dinsdag 6 mei 2014 kreeg de noodhulpeenheden van Wassenaar een melding op de a-straat 1 te Wassenaar. Omstreeks 14:30 uur kwamen wij aan het op het hierboven vermelde adres. Ik zag dat er een man voor de deur stond in de woning. Na aanroepen van de man dat hij de deur open moest doen, liep de man naar de woonkamer. Hier opende hij een raam en stond ons te woord. Vervolgens heb ik de man gevraagd of hij zich kon legitimeren. Op dinsdag 6 mei 2014 om 14:45 heb ik verbalisant verbalisant aangehouden de verdachte V., geboren op (...) 1988 te a-plaats.

3. Een proces-verbaal van verhoor d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL1500-2014089471-4. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als verklaring van de getuige S. (blz. 21 en 22):

Ik ben de overbuurvrouw van de a-straat 1 te Wassenaar. Ik heb contact met mijn overbuurvrouw F. Zij heeft aan mij gevraagd of ik de woning van haar een beetje in de gaten kan houden. Ik loop meerdere malen per dag met de hond langs de woning a-straat 1. De gordijnen van deze woning zijn nooit gesloten. Gisteravond, maandag 5 mei 2014 omstreeks 20:00 uur liep ik langs de woning en zag alles er nog normaal uit. Ik bedoel hiermee dat de gordijnen nog open waren. Ik heb toen ook niets vreemds gezien. Diezelfde avond, rond 22:00, zei mijn man tegen mij dat hij een vreemde auto had zien rijden over het laantje. Op maandag 6 mei 2014, omstreeks 00:30 uur liep ik voor het laatst een rondje met de hond. Ik heb dan altijd een zaklamp bij me. Ik scheen met mijn zaklamp naar de woning. Het viel mij gelijk op dat de gordijnen van de woning gesloten waren.

4. Een proces-verbaal van verhoor d.d. 6 mei 2014 van de politie Haaglanden met nr. PL1500-2014089471-6. Dit proces-verbaal houdt onder meer in – zakelijk weergegeven – als verklaring van de verdachte (blz. 40 e.v.):

V= Wij hebben getuigenverklaringen dat je er niet langer dan 24 uur inzit, wat wil jij daar over verklaren?

⁸ Daarbij teken ik nog aan dat – voor zover ik kan opmaken uit de bruikleen- en koopovereenkomst die zich bij de stukken bevinden – voor een daadwerkelijke verbouwing van de woning door de aangeefster de juridische grondslag lijkt te ontbreken.

A= W. zat er al drie dagen en ik ben er gisteren bijgekomen.”

2.3. Het Hof heeft naar aanleiding van een gevoerd verweer het volgende overwogen en beslist:

“Ter terechtzitting in hoger beroep heeft de raadsman ter zake het primair ten laste gelegde vrijspraak bepleit, nu er volgens hem geen sprake was van feitelijk gebruik van de woning aan de a-straat 1 te Wassenaar door F. De raadsman heeft daartoe aangevoerd dat uit de verklaring van de aangeefster blijkt dat zij in mei 2014 op een ander adres verbleef en dat zij haar buurvrouw had verzocht om te letten op onrechtmatig gebruik van de woning. Voorts werd in die maand de woning niet verbouwd. Verder was de koopovereenkomst niet voldoende om vast te stellen dat de woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster, aldus de raadsman.

Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Op grond van het onderliggende strafdossier en het verhandelde ter terechtzitting in hoger beroep is het hof van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat de betreffende woning feitelijk in gebruik was bij de aangeefster. Het hof baseert zijn oordeel op de met betrekking tot deze woning gesloten koop- en huurvereenkomst tussen Stichting Twickel en de aangeefster en op de verklaringen van aangeefster dat zij ongeveer elke dag bij de woning is en dat zij momenteel gesprekken voert met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning. Dat in de periode van 5 mei 2014 tot en met 6 mei 2014 de woning (nog) niet werd verbouwd, aangeefster op een ander adres verbleef en haar overbuurvrouw had gevraagd haar woning in de gaten te houden, betekent – anders dan de raadsman heeft aangevoerd – op zich niet dat geen sprake was van feitelijk gebruik van de woning door de aangeefster. De verdachte verbleef dan ook gedurende de ten laste gelegde periode onrechtmatig in de woning.”

3. *Beoordeling van het middel*

3.1. Het middel richt zich tegen het oordeel van het Hof dat de in de bewezenverklaring bedoelde woning ‘in gebruik’ was bij de aangeefster F.

3.2. De tenlastelegging is toegesneden op art. 138, eerste lid, Sr. Daarom moet de in de tenlastelegging en bewezenverklaring voorkomende uitdrukking ‘in gebruik’ geacht worden aldaar te zijn gebezigd in dezelfde betekenis als daaraan toekomt in die bepaling.

3.3. Art. 138, eerste lid, 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 een jaar of geldboete van de derde categorie.”

3.4. Het Hof heeft blijkens zijn hiervoor onder 2.3 weergegeven overweging geoordeeld dat het

feitelijk gebruik door de aangeefster van de woning te Wassenaar in het bijzonder kan worden afgeleid uit haar koop- en huurvereenkomst met betrekking tot deze woning en de verklaring van de aangeefster dat zij ongeveer elke dag bij de woning was en gesprekken voerde met een aannemer over een toekomstige verbouwing van de woning. Het op de door het Hof vastgestelde – in onderling verband en samenhang te beschouwen – omstandigheden gebaseerde oordeel dat de woning ‘in gebruik’ was bij een ander als bedoeld in art. 138, eerste lid, Sr geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, verweven als het is met de aan het Hof als feitenrechter voorbehouden weging en waardering van de omstandigheden van het geval.

3.5. Het middel is tevergeefs voorgesteld.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

1. Voor degene met een krakersachtergrond is de rechtsvraag in bovenstaande strafzaak een oude bekende: wanneer is een ‘woning’ (eit voor bewoning bestemd gebouw), (feitelijk) als woning ‘bij een ander in gebruik’ om het wederrechtelijk binnendringen daarin onder de reikwijdte van art. 138 Sr te brengen; c.q. wanneer valt het binnendringen in een ‘leegstaande woning’ daar nu juist niet onder? In bovenstaande strafzaak staat de interpretatie van en het bewijs ter zake van het bestanddeel ‘in gebruik’ in art. 138 Sr centraal. Dit bestanddeel bakent de reikwijdte van het misdrijf van art. 138 Sr af. De interpretatie van de woorden ‘in gebruik’ zijn bepalend geweest voor strafrechtelijke wetgeving ter zake van het binnendringen en wederrechtelijk vertoeven in een woning die niet bij een ander in gebruik is. Het laatste wapenfeit van wetgeving ter zake is de introductie van art. 138a Sr in 2010: de strafbaarheid van het binnendringen in een woning waarvan het gebruik geëindigd is. Is bovenstaand arrest van betekenis voor de interpretatie van ‘bij een ander in gebruik’ in zin van art. 138 Sr onder de nieuwe wetgeving?

2. De Hoge Raad interpreteerde de woorden ‘bij een ander in gebruik’ in art. 138 Sr in de jaren ‘70 zo, dat aan het bestanddeel alleen dan voldaan is als het voor bewoning bedoeld gebouw (woning) ook daadwerkelijk, feitelijk en bovendien als woning, dat wil zeggen: voor het bewonen als activiteit, in gebruik was. Zie met name HR 2 februari 1971, *NJ* 1971/385, m.nt. Bronkhorst. De strekking van art. 138 Sr wordt dan om het huisrecht te beschermen (uitdrukkelijk in HR 24 juni 1980, *NJ* 1980/625) en dat huisrecht is er alleen dan als er feitelijk gewoond wordt. In deze, in feite dubbele interpretatie van art. 138 Sr viel het kraken van leegstaande woningen buiten het bereik van art. 138 Sr en daarmee buiten het strafrecht. Een leegstaande, voor bewoning bestemde woning was immers niet ‘in gebruik’ in de zin van art. 138 Sr, terwijl wel sprake was van een

woning en niet van een besloten lokaal in de zin van dat artikel. De Hoge Raad heeft zich daarbij indertijd mogelijkerwijze niet gerealiseerd dat hij met zijn interpretatie de politie elke mogelijkheid ontnam tot publiekrechtelijke ontruiming van leegstaande, gekraakte woningen.

3. De wetgever heeft enige tijd nodig gehad om het wederrechtelijk binnendringen en verblijven in een leegstaande woning strafbaar te stellen. Aanvankelijk vond hij strafbaarstelling niet alle onder omstandigheden noodzakelijk. Tot aan de wetswijziging van 2002 fungeerde ter zake de overtreding van art. 429sexies (oud) Sr. Het artikel stelde (slechts als overtreding) strafbaar het niet ontruimen c.q. zich niet verwijderen uit een wederrechtelijk in gebruik genomen woning, waarvan het gebruik door de rechthebbende niet meer dan twaalf maanden daaraan voorafgaand was geëindigd. Niet elk wederrechtelijk binnendringen in een woning die niet in gebruik was, was dus strafbaar, en al helemaal niet als misdrijf. Met de inwerkingtreding van art. 138a Sr per 1 oktober 2010 is dat anders geworden. Het wederrechtelijk binnendringen of verblijven in een woning is telkens strafbaar, hetzij onder art. 138 Sr (de woning is wel feitelijk als woning in gebruik), hetzij onder art. 138a Sr (de woning is niet (meer) als zodanig in gebruik).

4. De discussie in een strafzaak als de bovenstaande over het al of niet 'in gebruik' zijn van de woning is daarmee feitelijk van minder betekenis geworden. Het gaat immers niet meer om de vraag of het binnendringen strafbaar is, maar alleen nog over de vraag welke strafbepaling van toepassing is. Ook voor de – in geval van bijzondere recidive nog te verhogen – strafmaat maakt het niet meer uit of is binnengedrongen in een woning die in gebruik is (art. 138 Sr) of juist niet (art. 138a Sr). Al zal het zeker zo zijn dat het eerste strafwaardiger is, omdat het gepaard gaat met een verstoring van het daadwerkelijk uitgeoefende huisrecht, van welke verstoring geen sprake is als de woning niet als zodanig in gebruik is. (NB: daarom is het vast ook volkomen logisch dat ten aanzien van die ernstigere variant *geen* voorlopige hechtenis mogelijk is, maar ter zake van de later ingevoerde, en dus consequent aan art. 67 Sv toegevoegde variant van art. 138a Sr *wel!* Maar dit laatste dan maar terzijde.) De – eveneens in 2002 ingevoerde – strafvorderlijke ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv ziet op beide misdrijven. In feite is daarmee thans datgene over twee misdrijven verdeeld dat de wetgever van 1886, en anders dan de Hoge Raad in bovengenoemd arrest van 2 februari 1971, NJ 1971/385 mogelijk te samen onder art. 138 Sr had willen begrijpen. De wetgever wilde aan art. 138 Sr (opgenomen in de titel misdrijven tegen de openbare orde) mogelijk eerder de strekking meegeven van strafbaarstelling van een zeker 'furtum usus' van 'diefstal' van het gebruik van (in de zin van: de beschikking hebben over) een woning; zie Ons strafrecht, deel 3 Bijzondere delicten, bewerkt door Van Veen, p. 108-110. In die opvatting heeft zowel de bewoner als de eigenaar van

een leegstaande woning, ieder op zijn eigen wijze, die woning 'in gebruik'. In die interpretatie kunnen beiden via art. 138 Sr in hun (beter) recht tegen een 'indringer' als in bovenstaande strafzaak aan de orde, worden 'beschermd'. Degene die zich in dat 'betere recht' van zijn, aan het Duitse art. 123 StGB ontleende, 'befriedetes Besitztum' geschonden ziet, kan de bescherming van het artikel inroepen tegen de indringer met het mindere recht. In termen van bovenstaande strafzaak gezegd: ook een bruikleenovereenkomst die aangeefster i.c. bezit, kan dan al duiden op 'in gebruik' in de zin van art. 138 Sr en daarmee als een beter recht tegenover de indringer zonder enig recht.

5. Door de verdeling over twee misdrijven is een gedraging als van de verdachte in bovenstaande strafzaak na 2010 vrijwel altijd strafbaar. Hij is immers wederrechtelijke binnengedrongen in een woning die hetzij feitelijk als woning in gebruik is (i.c. mogelijk bij aangeefster), dan wel waarvan het feitelijk gebruik als woning door – i.c. – de Stichting Twickel geëindigd was. In zoverre zijn het naadloos op elkaar aansluitende delicten die elkaar in veel gevallen onderling zullen uitsluiten. Het OM doet er dan goed aan om in gevallen als het bovenstaande beide misdrijven primair en subsidiair of alternatief, maar in elk geval allebei ten laste te leggen. In bovenstaande strafzaak is dat ook gebeurd; zie de tenlastelegging in de conclusie van de A-G onder 3.2. Tegen de veroordeling ter zake van één van beide strafbepalingen kan dan in cassatie worden opgekomen met de klacht dat het i.c. toch net het andere delict is geweest. Of een zodanige klacht in cassatie veel zin heeft, is een andere vraag. Daarmee komen we meer in concreto bij de feiten in bovenstaande strafzaak.

6. Het voorgaande bepaalt de context van bovenstaande strafzaak en mogelijk ook de beslissing van de Hoge Raad, ook daar waar ons hoogste rechtscollege in de waardering van de feiten van bovenstaande afwijkt van de waardering van de advocaat-generaal Harteveld die in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:593) tot een ander oordeel komt. De A-G meent nu juist dat niet kan worden gezegd (bewezen) dat de woning waarin de verdachte is binnengedrongen 'in gebruik' was in de betekenis van art. 138 Sr. Hij meent dat de bewezenverklaring van het hof op dit punt onvoldoende is gemotiveerd omdat het oordeel in elk geval niet zonder meer begrijpelijk is, maar naar zijn oordeel mogelijk zelfs ook terug gaat op een onjuiste rechtsopvatting (conclusie A-G onder 3.12 respectievelijk 3.11.) Hoe dat verschil in waardering te duiden?

7. In de periode dat een leegstaande woning niet door het strafrecht werd beschermd, heeft de Hoge Raad in een aantal gevallen aangenomen dat, hoewel geen sprake is van daadwerkelijke bewoning, er ondanks tijdelijke 'leegstand' wel in voldoende mate sprake was van 'feitelijk gebruik' van de woning in de zin van art. 138 Sr. De conclusie van de advocaat-generaal bevat voorbeelden van die jurisprudentie; zie ook N/L/R, aant. 9 bij art. 138 Sr.

Het gaat daarbij telkens om een zekere 'functionele' onderbreking van daadwerkelijk bewonen (ziekenhuisopname, tijdelijk verlaten van de woning voor de verbouwing ervan) waardoor, ondanks de 'onderbreking' nog sprake is van feitelijk wonen en nog niet van leegstand en dus ook nog niet (in termen van art. 138a Sr (nieuw)) van gebruik van de woning dat geëindigd is. Men zou met Verkooren in diens in 1880 verdedigde, nog immer lezerswaardige Amsterdamse dissertatie 'Art. 153 Grondwet' (p. 97) kunnen zeggen dat de wil om er te blijven wonen (nog) niet is opgegeven. Zie ook N/L/R, aant. 2 bij art. 138 Sr. Van belang is daarbij dat sprake moet zijn van feitelijk *als woning* in gebruik, mede omdat volgens de Hoge Raad de strekking van art. 138 Sr is om het huisrecht te beschermen. Zie bijvoorbeeld de door de A-G aangehaalde arresten HR 24 juni 1980, NJ 1980/625 en HR 22 september 1987, NJ 1988/286. Gegeven deze jurisprudentie valt op zichzelf te begrijpen dat de A-G in de feiten van bovenstaande strafzaak nog te weinig feitelijk gebruik als woning herkent op grond waarvan hij meent dat, zo het hof al niet van een onjuiste rechtsopvatting over 'in gebruik' is uitgegaan, in elk geval het oordeel van het hof dat i.c. van zodanig 'gebruik' sprake is, niet zonder meer begrijpelijk is. Er wordt immers door aangeefster nog niet gewoond noch impliceren de voorbereidende bouwactiviteiten een voldoende daarop gerichte bemoeienis met de woning.

8. Opvallend is dat de Hoge Raad zich in bovenstaande strafzaak niet (meer) in die termen van (feitelijk) gebruik als woning uitlaat. Hij beoordeelt het door het hof gegeven oordeel dat de woning 'in gebruik' was bij een ander als bedoeld in art. 138, eerste lid, Sr. Het gaat dan wel nog om feitelijk gebruik, maar niet meer uitdrukkelijk om feitelijk 'als woning' in gebruik. Als men een inhoudelijke verklaring van het verschil tussen A-G en Hoge Raad wil vermoeden, dan schuilt die op dit punt. De aangeefster i.c. is bezig met haar nieuwe woning, en wel op een wijze die de A-G (conclusie onder 3.12) aanduidt als 'slechts een voornemen tot verbouwen'. Van de aard van haar 'bijna dagelijkse aanwezigheid bij de woning' blijkt verder niets. Voor (bewijs van) 'feitelijk als woning in gebruik' is dit onvoldoende en zelfs – zo kan met de A-G worden betoogd – getuigend van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover het hof zou hebben gemeend dat een ander (feitelijk) 'in gebruik' dan 'als woning in gebruik' voldoende is voor strafbaarheid ter zake van art. 138 Sr. In elk geval is het oordeel van het hof in deze interpretatie dan niet zonder meer begrijpelijk. De A-G concludeert tot vernietiging en terugwijzing van de zaak naar hetzelfde hof.

9. De Hoge Raad heeft echter aan drie raadsheren genoeg om daar kort en krachtig anders over te denken. Voor zover dat de inhoudelijke interpretatie van het bestanddeel 'in gebruik' in de zin van art. 138 Sr betreft, kan het zijn dat de Hoge Raad dat gebruik minder definieert als '(feitelijk) als woning in gebruik'. Aangeefster 'woont' dan weliswaar nog niet, maar de in voorbereiding genomen verbou-

wing en haar verdere activiteiten maken wel duidelijk dat zij iets met de bedoelde lokaliteit aan het doen is. Zij heeft er in zekere mate de beschikking over, welke beschikking wordt vertaald in daadwerkelijke activiteiten met betrekking tot die lokaliteit. Dat zou dan voldoende zijn om te oordelen dat de bedoelde woning toch, ondanks nog niet echt 'wonen', wel bij haar 'in gebruik' is in de zin van art. 138 Sr. Zo'n interpretatie, waarin iets minder strak wordt vastgehouden aan 'als woning c.q. ter bewoning in gebruik', sluit op zichzelf aan bij hetgeen hierboven is aangeduid als de wat bredere strekking die de wetgever in 1886 mogelijk aan art. 138 Sr heeft willen toekennen. Zo'n benadering past wellicht ook meer in de wijze waarop in het huidig tijdsgewricht tegen een zaak als bovenstaande wordt aangekeken: er is sprake van een betrekkelijk evident wederrechtelijk handelen van de verdachte, tegen de belangen van aangeefster met een evident beter recht, ter zake waarvan tegenwoordig in rechte eerder bescherming wordt verwacht of verlangd. Het gaat niet, zoals in de jaren 70, om het kraken van woningen die, ondanks woningnood, om speculatieve redenen leeg staan. Ook in andere, door de A-G genoemde jurisprudentie klinken dergelijke verschillen in de feitelijke constellatie van een strafzaak door in de interpretatie van art. 138 Sr. In een dergelijke interpretatie zou de Hoge Raad met bovenstaande uitspraak in zoverre wellicht toch enigszins terugkomen op zijn jurisprudentie uit de jaren 70 van de vorige eeuw.

10. Toch is het de vraag of aan het korte, met drie raadsheren gewezen arrest deze betekenis moet worden toegekend en of er in feite niet iets anders aan de hand is dat het van de A-G afwijkende oordeel van de Hoge Raad kan verklaren. De Hoge Raad laat het bewijsoordeel van het hof in stand, binnen de beoordelingsruimte die hij als cassatierichter ter zake heeft c.q. neemt. Daarmee wil gezegd zijn dat de Hoge Raad een mogelijk ander bewijsoordeel in cassatie waarschijnlijk ook in stand zou hebben gelaten. Welk ander bewijsoordeel zou dat zijn geweest? Ongetwijfeld dat de woning (nog) niet bij aangeefster feitelijk als woning in gebruik was in de zin van art. 138 Sr, maar tegelijkertijd ook dat het gebruik ervan waarschijnlijk wel door de Stichting Twickel was beëindigd. En daarmee dan dat het hof, in dat bewijsoordeel en gegeven de tenlastelegging, de verdachte voor het subsidiair ten laste gelegde art. 138a Sr zou hebben veroordeeld, waarschijnlijk ook tot dezelfde straf (in elk geval is de wettelijke strafbedreiging tegen beide misdrijven gelijk). Mede in aanmerking genomen dat eventuele verschillen in daadwerkelijke straftoemeting voor en na cassatie de Hoge Raad niet echt interesseren in de zin dat al of niet casseren daarvan steeds minder af hangt, valt te verdedigen dat de grond voor het van de conclusie van de A-G afwijkende oordeel van de Hoge Raad waarschijnlijk ook kan worden gevonden in het feit dat de door de A-G voorgestane weg, i.c. voor de verdachte in geval van cassatie niets zou hebben uitgemaakt: noch in strafbaarheid van

handelen, noch in straf. Dat de Hoge Raad met zijn oordeel de inhoud van 'in gebruik' in art. 138 Sr en daarmee de afgrenzing tussen art. 138 en art. 138a Sr mogelijk diffuser maakt, is in zoverre in gevallen als het bovenstaande minder problematisch omdat die afgrenzing sedert 2002 ook niet meer de afgrenzing vormt tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag, maar 'slechts' de afgrenzing tussen twee strafbare feiten met gelijke wettelijke strafbedreiging of, zoals i.c., nog concreter tussen bewezenverklaring van en strafbaarheid ter zake van het primair dan wel ter zake van subsidiair ten laste gelegde. Zoals bekend is het op zo'n punt moeilijk de Hoge Raad tegenwoordig aan het casseren te krijgen. Bovenstaand arrest lijkt in elk geval ook daarvan een illustratie.

P.A.M. Mevis

NJ 2016/366

HOF ARNHEM-LEEWARDEN

16 juli 2015, nr. 200.171.427/01
(Mrs. M.M.A. Wind, M.E.L. Fikkers, E.F. Groot)
met redactionele aantekening

Art. 3 lid 1, 15b lid 1 FW

ECLI:NL:GHARL:2015:5405

Insolventierecht. Procesrecht. Hoger beroep; devolutieve werking. Verontschuldgbare termijnoverschrijding bij schuldsaneringsverzoek. Geen terugwijzing naar rechtbank voor inhoudelijke beoordeling.

Bij vonnis van 21 oktober 2014 is appelland in staat van faillissement verklaard. Op 5 maart 2015 heeft hij verzocht om opheffing van het faillissement met gelijktijdige toepassing van de schuldsaneringsregeling. De rechtbank heeft hem niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding. Appelland komt in hoger beroep (r.o. 3.1-3.4).

Gelet op de stukken en zijn verklaring acht het hof aannemelijk dat appelland ter zitting van de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek is verschenen naar aanleiding van de oproeping bij deurwaardersexploot en niet naar aanleiding van de ontvangen oproepingsbrief van de rechtbank (r.o. 3.4-3.7). Resteert de vraag of sprake is van een verontschuldgbare termijnoverschrijding. Het hof meent dat appelland wegens hem niet toe te rekenen omstandigheden heeft nagelaten tijdig een schuldsaneringsverzoek in te dienen (r.o. 3.8). Tegen deze specifieke achtergrond kan redelijkerwijs niet geoordeeld worden dat hij wegens hem toe te rekenen omstandigheden binnen de termijn bedoeld in art. 3 Fw geen schuldsaneringsverzoek heeft ingediend. Dit betekent dat appelland kan worden ontvangen in zijn verzoek om omzetting van het faillissement in de wettelijke schuldsaneringsregeling (r.o. 3.9).

Het hof zal de zaak niet terugverwijzen naar de rechtbank voor een nadere inhoudelijke beoordeling. Anders dan appelland betoogt, is er geen reden voor een uitzondering op de hoofdregel dat in geval hoger beroep is ingesteld tegen een eindvonnis in beginsel de gehele zaak, zoals deze voor de eerste rechter diende, naar de appelrechter wordt overgebracht ter beslissing door deze instantie (r.o. 3.10). Het hof is van oordeel dat appelland onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden. Deze schulden hebben betrekking op inkomstenbelasting en premie zorgverzekeringswet die appelland als ondernemer verschuldigd is en op niet-afgedragen omzetbelasting en loonheffing. Dergelijke schulden zijn naar hun aard niet te goeder trouw ontstaan. Het hof kan de wijze van het ontstaan van de schulden niet nader onderzoeken en dan ook niet vaststellen dat appelland mogelijk toch te goeder trouw is geweest. Ook schulden aan het CJIB zijn uit hun aard niet als te goeder trouw aan te merken. Van bijzondere omstandigheden is naar het oordeel van het hof onvoldoende gebleken (r.o. 3.11-3.12).

Volgt vernietiging vonnis en afwijzing verzoek tot omzetting.

Arrest inzake:

Z., appelland, adv.: mr. W.B. Bruins, te Zwolle.

Hof:

1. *Het geding in eerste aanleg*
Bij vonnis van de Rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, van 8 juni 2015 is Z. niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek tot omzetting van het ten aanzien van hem op 21 oktober 2014 uitgesproken faillissement in de wettelijke schuldsaneringsregeling.

2. *Het geding in hoger beroep*
2.1 Bij beroepschrift, binnengekomen bij de griffie van het hof op 15 juni 2015, heeft Z. verzocht voornoemd vonnis te vernietigen en opnieuw beslissende hem ontvankelijk te verklaren en primair de zaak terug te wijzen naar de rechtbank voor een inhoudelijke beoordeling van het schuldsaneringsverzoek en subsidiair te bepalen dat hij wordt toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling.

2.2 Het hof heeft kennisgenomen van de overige stukken, waaronder een brief van 19 juni 2015 van de curator, mr. M.A. Kerkdijk, met als bijlagen de faillissementsverslagen, en een journaalbericht van 2 juli 2015 van mr. Bruins met bijlagen.

2.3 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 8 juli 2015. Z. is verschenen, bijgestaan door mr. Th. Pierik, kantoorgenoot van zijn advocaat. Namens de curator was mr. R.J. Joustra aanwezig.

3. *De beoordeling*

3.1 Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is het hof het volgende gebleken. De totale schuldenlast van Z. bedraagt ruim €255.000 en bestaat onder meer uit een schuld aan de belasting-