

De zaakoverdracht bij oplichting

Eric Van Dooren¹

1. Delictstypische kenmerken	1019
2. Afgifte, levering en toe-eigening van de zaak	1021
3. Overdracht van de zaak	1021

SAMENVATTING

Het misdrijf oplichting vereist bij de dader het oogmerk zich bedrieglijk andermans zaak toe te eigenen om erover te beschikken, de aanwending van bedrieglijke middelen hiertoe en de daarop volgende afgifte of levering van de zaak, waardoor het slachtoffer wordt benadeeld. Het misdrijf is voltrokken zodra de dader erin is geslaagd de zaak te doen afgeven of leveren. Lange tijd was er sprake van onzekerheid over de precieze juridische invulling van deze zaakoverdracht. Wordt een werkelijke eigendomsoverdracht vereist of volstaat een loutere bezitsoverdracht? Onder meer in samenhang met het misdrijf misbruik van vertrouwen lijken rechtspraak en rechtsleer meer en meer het laatste te bevestigen.

RÉSUMÉ

L'infraction d'escroquerie exige chez l'auteur le but de s'approprier frauduleusement une chose appartenant à autrui pour en disposer, l'emploi de manœuvres frauduleuses à cet effet et la remise ou la délivrance qui s'ensuit de la chose, la victime étant de ce fait lésée. L'infraction est constituée dès que l'auteur a réussi à se faire remettre ou délivrer la chose. Pendant longtemps, il a eu une incertitude sur la portée juridique précise de ce transfert. Une remise translatrice de propriété est-elle nécessaire ou une seule remise translatrice de possession suffira-t-elle? De plus en plus, la jurisprudence et la doctrine semblent, en rapport avec le délit de l'abus de confiance, confirmer cette dernière.

1. DELICTSTYPISCHE KENMERKEN

1. Artikel 496 Strafwetboek bepaalt het misdrijf oplichting. Hij die, met het oogmerk om zich een zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort, door het aanwenden van bedrieglijke middelen zich zaken doet afgeven of leveren, maakt zich aan dit misdrijf schuldig.² De dader streeft dus een onrechtmatig voordeel na middels het zich laten overhandigen van zaken door een andere persoon waartoe hij met bedrieglijke handelingen van de dader wordt aangezet.³

De bedrieglijke middelen kunnen bestaan in het gebruik van valse namen of hoedanigheden⁴, alsmede in het aanwenden van zogenaamde listige kunstgrepen. De bepalende aanwezigheid van één van deze middelen volstaat.⁵ De dader kan het gebruik ervan ook doelbewust overlaten aan een mededader, wat overigens ook geldt voor het in ontvangst nemen van de overhandigde zaak. Voor het Hof van Cassatie doet dit geen afbreuk aan de omstandigheid dat in hoofdte van de

¹. Raadsheer Hof van Cassatie, hoofddocent UAntwerpen.

². Zie uitgebreid over het misdrijf oplichting onder meer: J. NYPELS en J. SERVAIS, *Le code pénal interprété principalement au point de vue de la pratique*, Brussel, Bruylant, 1899, 72-127; E. ELY, "Oplichting", *RW* 1961-62, 137-164; P. SASSERATH, "Oplichting" in *RPDB*, t. 4, Brussel, Bruylant, 1972, 270-305; J. SPREUTELS, "Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale", *Rev.dr.pén.* 1981, 237-259; J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER-FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 376-410; H. BOSLY, "L'escroquerie" in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larcier, 2008, 247-281; L. HUYBRECHTS, "Oplichting" in *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, 1-42; M. BOCKSTAELE, "Oplichting" in *Postal Memorialis*, Mechelen, Kluwer, 2016, 1-26.

³. Benevens oplichting betreffen ook diefstal, afpersing en misbruik van vertrouwen specifieke misdrijven tegen eigendommen. Zij hebben alle een identiek oogmerk, namelijk het nastreven van een ongeoorloofde winst of een onrechtmatig voordeel voor zichzelf of voor anderen. Enkel de wijze waarop dat gebeurt, verschilt. Bij diefstal wordt de zaak tegen de wil van de eigenaar weggenomen. Bij afpersing wordt de benadeelde met geweld of bedreigingen gedwongen de zaak af te geven. Bij misbruik van vertrouwen verduistert of verspilt de dader de zaak die hij slechts in precar bezit heeft.

⁴. Het gebruikmaken van een valse naam of voornaam is het aannemen ervan zonder dat deze een persoon toekomt. Het gebruik van een valse hoedanigheid beoogt een derde te misleiden en hem het vertrouwen in te boezemen die aan die hoedanigheid verbonden is, zoals de bedrieglijke voorwending eigenaar van een zaak of titel te zijn.

⁵. Zie bv. Cass. 18 oktober 1947, *Arr.Cass.* 1947, 319; Cass. 23 februari 1959, *Arr.Cass.* 1959 en *Pas.* 1959, I, 632.

persoon van de werkelijke oplichter alle bestanddelen van het misdrijf kunnen zijn verenigd.⁶

2. Het Hof van Cassatie definieert listige kunstgrepen traditioneel als misleidende beloften die bestaan in of gepaard gaan met uitwendige handelingen met het oog op afgifte of levering van de zaak. Louter leugenachtige beweringen, zelfs bij herhaling, leveren geen listige kunstgreep op indien zij niet gepaard gaan met uitwendige handelingen die er enige geloofwaardigheid aan verlenen. Bijgevolg moeten listige kunstgrepen determinerend zijn voor de afgifte of de levering van de zaak, dit wil zeggen dat er een oorzakelijk verband moet bestaan tussen de listige kunstgrepen en de afgifte of de levering van de zaak.⁷ Listige kunstgrepen moeten meer bepaald zijn aangewend met het doel op slinkse wijze iemands vertrouwen te winnen en zij kunnen bestaan uit een aantal feiten, die elk apart slechts een bestanddeel van de listige kunstgreep uitmaken en bijgevolg niet alle kenmerken daarvan in zich verenigen.⁸

Aldus moet het vaststaan dat zonder het bedrog, zoals listige kunstgrepen, de benadeelde nooit gelden of zaken aan de dader zou hebben toevertrouwd.⁹ Nochtans volgt daaruit niet dat de rechter enkel bedrieglijke handelingen voorafgaand aan de afgifte of levering als listige kunstgreep mag aanmerken. Het Hof van Cassatie oordeelde daarover dat listige kunstgrepen in de regel de afgifte of levering van de zaak weliswaar voorafgaan¹⁰, maar anderzijds ook kunnen bestaan in een geheel van geësceneerde feiten die gedeeltelijk voor en gedeeltelijk volgend op de afgifte of levering van de zaak plaatsvinden.¹¹ Feiten van na de afgifte of levering van de zaak kunnen als listige kunstgrepen worden beschouwd als zij de bedrieglijke aard onthullen van hande-

lingen gesteld voor de afgifte of levering en aldus vermengd zijn met deze eerdere handelingen, zoals in het geval van een overeenkomst die na de levering van een zaak wordt onderschreven ten einde een leugenachtige belofte van voor deze levering kracht bij te zetten.¹²

3. Volgens artikel 496 Strafwetboek kan de afgegeven of geleverde zaak de vorm aannemen van gelden, roerende goederen, verbintenissen, kwijtingen of schuldbevrijdingen. Derhalve zijn bedoeld alle zaken of rechten op zaken van materiële of morele waarde die tot iemands vermogen behoren, evenwel met uitdrukkelijke uitsluiting van dienstverleningen en onroerende goederen.¹³

Onroerende goederen kunnen mitsdien niet het rechtstreeks voorwerp van oplichting uitmaken, maar zulks neemt niet weg dat bij een verkoop of aankoop van vastgoed onrechtstreeks oplichting kan worden verweten. Het misdrijf slaat dan op de eigendomstitel van het onroerend goed, zoals de onderhandse koopovereenkomst (met eigendomsoverdracht) of een notariële verkoop- of schenkingsakte. In zoverre de verkrijger van het onroerend goed frauduleus de afgifte van de titel heeft bekomen door gebruikmaking van een bedrieglijk middel, kan de afgifte van de eigendomstitel zelf, die een verbintenis uitmaakt, worden omschreven als voorwerp van oplichting.¹⁴ Met de term “verbintenis” wordt dan elk geschrift bedoeld waaruit een rechtsband kan ontstaan en waarmee schade kan worden toegebracht aan een ander, zelfs wanneer de begunstigde later geen voordeel zou hebben gehaald uit de band die te zijnen gunste werd geschapen.¹⁵ In identieke zin kan niet een dienstverlening zelf, maar wel een verbintenis tot dienstverlening het rechtstreeks voorwerp van oplichting zijn.¹⁶

⁶ Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1538 en *Pas.* 2001, I, 1482.

⁷ Cass. 11 december 2018, P.18.0791.N, *T.Strafr.*, 2019, 73 noot B. MEGANCK; Cass. 21 januari 2020, P.19.0693.N, *NC* 2020, 288 en *RABG* 2020, 719. In dezelfde zin: Cass. 7 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 487; Cass. 2 oktober 1996, P.96.0807.F, *Arr.Cass.* 1996, 836; Cass. 4 maart 1997, P.96.1072.N, *Arr.Cass.* 1997, 300; Cass. 4 december 2012, P.12.0781.N, *Arr.Cass.* 2012, nr. 660 en *T.Strafr.* 2013, 189 noot G. SCHOORENS; Cass. 21 januari 2014, P.12.1840.N, *Arr.Cass.* 2014, nr. 47; Cass. 17 februari 2015, P.14.1526.N, *Arr.Cass.* 2015, 461; Cass. 2 juni 2015, P.14.1080.N, *Arr.Cass.* 2015, 1460 en *RABG* 2016, 26, noot V. VEREECKE; Cass. 26 november 2019, P.19.0678.N, *RABG* 2020, 879, noot.

⁸ Cass. 6 oktober 2010, P.10.0723.F, *Arr.Cass.* 2010, 2408 en *Pas.* 2010, I, p. 2496, concl. D. VANDERMEERSCH.

⁹ H. BOSLY, “L’escroquerie” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larquier, 2008, 260; L. HUYBRECHTS, “Oplichting” in *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, 8 en 13; M. BOCKSTAELE, “Oplichting” in *Postal Memorialis*, Mechelen, Kluwer, 2016, 11; S. LOSSY, “Misbruik van vennootschapsgoederen” in *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2019, 23.

¹⁰ Cass. 4 december 2012, P.12.0781.N, *Arr.Cass.* 2012, nr. 660 en *T.Strafr.* 2013, 189 noot G. SCHOORENS.

¹¹ Cass. 17 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 775 en *Rev.dr.pén.* 1988, 695; Cass. 15 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, nr. 187, 445; Cass. 17 februari 2015, P.14.1526.N, *Arr.Cass.* 2015, 461 en *RW* 2016-17, 708; Cass. 25 januari 2017, P.16.1021.F, *Arr.Cass.* 2017, nr. 54 en *RW* 2018-19, 261, noot R. VERHEYDEN en J. VANANROYE. Zie ook B. SPRIET, “Gemeenschappelijke fraudemisdrijven m.b.t. onroerende goederen” in J. ROZIE (ed.), *Het onroerend goed in het straf(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 47; M. BOCKSTAELE, “Oplichting” in *Postal Memorialis*, Mechelen, Kluwer, 2016, 11.

¹² Cass. 25 januari 2017, P.16.1021.F, *Arr.Cass.* 2017, nr. 54 en *RW* 2018-19, 261, noot R. VERHEYDEN en J. VANANROYE.

¹³ P. SASSERATH, “Oplichting” in *RPDB*, t. 4, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 27; J. SPREUTELS, F. ROGGEN en E. ROGER-FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, Bruylant, 2005, 381; H. BOSLY, “L’escroquerie” in *Les infractions contre les biens*, Brussel, Larquier, 2008, 252; L. HUYBRECHTS, “Oplichting” in *Strafrecht en strafvordering. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2015, 5.

¹⁴ B. SPRIET, “Gemeenschappelijke fraudemisdrijven m.b.t. onroerende goederen” in J. ROZIE (ed.), *Het onroerend goed in het straf(proces)recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 43.

¹⁵ Cass. 22 november 2016, P.16.0542.N, *Arr.Cass.* 2016, nr. 663.

¹⁶ Cass. 8 mei 2007, P.07.0002.N, *Arr.Cass.* 2007, 976 en *Pas.* 2007, I, 865.

2. AFGIFTE, LEVERING EN TOE-EIGENING VAN DE ZAAK

4. Voor schuldigverklaring aan het misdrijf oplichting volstaat het niet dat is bewezen dat de dader wetens en wilens heeft gehandeld. Er moet immers ook vaststaand aangetoond zijn dat de dader het precieze oogmerk had zich anderszins zaak wederrechtelijk of onrechtmatig toe te eigenen. Anders dan voorafgaand aan het huidige Strafwetboek volstaat het wanneer dit oogmerk is hard gemaakt; een werkelijke toe-eigening van de zaak is thans geen constitutieve vereiste meer.¹⁷ Voorts kan de dader dat onrechtmatig voordeel voor zichzelf nastreven, maar evengoed voor een ander. Bovendien moet dat nagestreefde voordeel niet de ganse onrechtmatig toegeëigende zaak betreffen, maar kan dat ook bestaan in een gedeelte ervan.¹⁸ De als gevolg van de bedrieglijke middelen toegeëigende zaken kunnen deze die aanvankelijk door de dader werden geambieerd, bijgevolg overtreffen.

De bedrieglijke toe-eigening onderstelt niet enkel een onrechtmatig voordeel, maar evident ook de benadeling van een derde. Zijn nadeel kan gering zijn of zelfs louter moreel. Ook een slechts potentieel nadeel volstaat in dit verband en voor schuldigverklaring is het niet verplicht dat de strafrechter het geleden nadeel steeds op concrete wijze kan vaststellen. Bovendien is niet vereist dat de door de toe-eigening aan de benadeelde veroorzaakte schade even groot is dan de waarde van de afgegeven of geleverde zaak.¹⁹ De aan de toe-eigening van de zaak oorzakelijke schade is diensgevolge te onderscheiden van de zaak zelf op het ogenblik dat die wordt overhandigd. Ten andere is het evenmin noodzakelijk dat die schade wordt geleden door de persoon die uiteindelijk de afgifte of levering veruitwendigt.²⁰

5. Behoudens het oogmerk in hoofde van de dader om zich een zaak toe te eigen die een ander toebehoort, moet zijn gebruik van bedrieglijke middelen ook als gevolg hebben dat de benadeelde de zaak aan de oplichter afgeeft of levert. Daarmee zijn de drie wettelijke bestanddelen van het misdrijf oplichting verenigd. Zodra de dader erin geslaagd is de zaak te doen afgeven of leveren, is de oplichting voltrokken.²¹ De overhandiging van de zaak en dus ook de aanname ervan door de dader zijn dan ook te beschouwen als de materiële verwezenlijking door de benadeelde van het moreel opzet van de dader om de zaak in handen te krijgen. De afgifte of de levering van de zaak vormt als het ware het sluitstuk van de criminele handeling. Daarom ook zal een latere teruggave van de door oplichting verkregen zaak het misdrijf geenszins uitsluiten of ongedaan maken.²²

Zoals reeds aangegeven moet niet steeds de zaak zelf worden afgegeven of geleverd, i.e. materialiter ter hand worden gesteld. Het kan volstaan dat de dader zich een titel of document laat bezorgen waartoe hij in staat wordt gebracht de zaak in zijn bezit te krijgen. Aldus kan de afgifte of de levering ook bestaan in de toekenning of overhandiging van bijvoorbeeld een koop- of kredietovereenkomst.

Voor oplichting volstaat het enkele feit dat er een afgifte of levering van de zaak was. Niet vereist is dat de zaak door de benadeelde zelf wordt overhandigd, dit kan ook gebeuren door een derde.²³ Anderdeels is evenmin vereist dat de dader zelf de zaak in ontvangst neemt.²⁴ Hij kan dit doelbewust overlaten aan een derde die daarenboven niet altijd als mededader of medeplichtige moet worden aangemerkt.²⁵ De ontvangende derde kan volgens bepaalde jurisprudentie zelfs te goeder trouw zijn tussengekomen.²⁶

3. OVERDRACHT VAN DE ZAAK

6. Lange tijd bestond onduidelijkheid of de begrippen “toe-eigening, afgifte en levering” als bedoeld in artikel 496 Strafwetboek tevens moeten doen impliceren dat bij die gedraging ook de eigendom van de zaak naar de oplichter overgaat. Met andere woorden: noodzaakt het constitutief bestanddeel van zaakoverdracht ook eigendomsoverdracht?

Ieder misverstand daarover werd inmiddels evenwel uit de wereld geholpen door een arrest van de 2de kamer van het Hof van Cassatie van 3 maart 2020.²⁷

In de betrokken zaak was een natuurlijke persoon door het hof van beroep te Antwerpen²⁸ veroordeeld wegens voltooide oplichting voor een totaal bedrag van 32.500 EUR,

¹⁷ E. ELY, “Oplichting”, *RW* 1961-62, 137.

¹⁸ Cass. 21 januari 2014, P.12.1840.N, *Arr.Cass.* 2014, 169.

¹⁹ P. SASSERATH, “Oplichting” in *RPDB*, t. 4, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 62bis.

²⁰ Brussel 29 april 1971, *JT* 1973, 237, noot J. MESSINE.

²¹ Cass. 26 november 2019, P.19.0678.N, *RABG* 2020, 879, noot.

²² Cass. 8 maart 1965, *Pas.* 1965, I, 699; Cass. 21 januari 2014, P.12.1840.N, *Arr.Cass.* 2014, 169.

²³ Cass. 10 juli 1900, *Pas.* 1900, I, 314; Cass. 22 mei 1922, *Pas.* 1922, I, 317; Cass. 30 juni 1975, *Arr.Cass.* 1975, 1167; Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1538 en *Pas.* 2001, I, 1482.

²⁴ Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1538 en *Pas.* 2001, I, 1482; Cass. 30 mei 2017, P.16.0615.N.

²⁵ Aangenomen kan worden dat dit wel het geval zal zijn indien de oplichter het onrechtmatig voordeel precies voor deze derde nastreeft.

²⁶ Brussel 21 juni 1970, *Pas.* 1971, II, 323.

²⁷ Cass. 3 maart 2020, P.19.1021.N, concl. A. WINANTS.

²⁸ Antwerpen 18 september 2019, *onuitg.*

alsook wegens poging tot oplichting van een bedrag van 60.000 EUR. De oplichter spiegelde de benadeelde en haar vriend voor dat hij door zijn contacten kon zorgen voor een afzetmarkt voor toestellen voor watervoorziening in Noord-Afrika en dat hij ervoor kon zorgen dat daarvoor een lening kon worden verkregen. In datzelfde perspectief zouden zij samen een vennootschap oprichten die voor de verdere commercialisatie zou kunnen instaan, waarbij ieder in het kapitaal zou stappen. Zij verbonden elkaar met een schriftelijke overeenkomst. De benadeelde betaalde vervolgens haar inbreng in contanten en via overschrijving aan twee vennootschappen van de dader die aldus deze gelden ontving en die overigens zelf geen enkele eigen inbreng meer zou verrichten. De constructie was door de oplichter, die zich voordeed als een belangrijke persoon in de betreffende landen en die zich dus ook zelf ertoe verbond om een deel te investeren, opgezet ten einde zich de fondsen van de benadeelde te kunnen toe-eigenen, wat aldus deels was gelukt. Tegen die veroordeling werd een cassatievoorziening ingesteld.

7. In een enig cassatiemiddel voerde de veroordeelde aan dat de bewezenverklaring van het misdrijf oplichting vereist dat de strafrechter vaststelt dat de afgifte van het voorwerp van de oplichting, in dit geval 32.500 EUR, niet enkel teweeggebracht werd door de aanwending van bedrieglijke kunstgrepen, maar in essentie ook een eigendomsoverdragend karakter had. Indien zou blijken dat de overhandiging van de kwestieuze gelden door de benadeelde aan de dader niet van zulke aard was en enkel tot gevolg zou hebben gehad dat hij louter in het bezit werd gesteld van deze gelden teneinde daarmee een welbepaalde prestatie te verrichten in opdracht van de benadeelde en voor haar rekening, zou niet beantwoord zijn aan het wettelijk bestanddeel van het misdrijf dat bestaat in de afgifte of levering van de zaak.

In casu zouden de gelden slechts zijn afgegeven met het specifieke doel om een vennootschap op te richten en een krediet te verkrijgen. Aangezien de appelrechters te Antwerpen hebben nagelaten het eigendomsoverdragend karakter van de geldoverdrachten op expliciete wijze vast te stellen, kon er volgens de veroordeelde dan ook geen sprake zijn van een afgifte of levering van de zaak en dienvolgens ook niet van het misdrijf oplichting. Gevolglijk zou artikel 496 Strafwetboek zijn geschonden.

8. Het Hof van Cassatie wijst deze opvatting van de hand. Het Hof preciseert vooreerst dat het misdrijf oplichting in hoofde van de dader weliswaar het oogmerk vereist om zich bedrieglijk andermans zaak toe te eigenen, maar tegelijk dat

deze toe-eigening tot doel heeft om over deze zaak te kunnen beschikken.²⁹ Deze verheldering van wat in wezen met “toe-eigening” moet worden begrepen, is nochtans geen novum. Reeds bij arrest van 23 februari 1976 in een zaak waar het ging om het aftroggelen van gelden in functie van een kapitaalverhoging in een vennootschap waarin de dader een direct belang had, oordeelde het Hof³⁰: “*Bedrieglijk opzet, dat het moreel element is van het misdrijf oplichting, bestaat uit het oogmerk om zich een zaak toe te eigenen om erover te beschikken; het is onderscheiden zowel van de listige kunstgreep als van de drijfveer van de dader.*” Het oogmerk van de toe-eigening viseert derhalve het kunnen beschikken over de zaak.

Dat een toe-eigening als bedoeld in artikel 496 Strafwetboek geen eigendomsoverdracht insluit, werd overigens nooit ernstig in vraag gesteld. Sasserath attendeert erop dat de parlementaire voorbereiding van de strafbaarstelling geen opklaring biedt en dat een met oplichting beoogde toe-eigening daarom slechts als een burgerlijk bezit (*animo domini*) aan te merken is. De oplichter heeft na de inontvangstneming ervan slechts de intentie om over de zaak te kunnen beschikken al was hij zelf de eigenaar van de zaak.³¹ Het verder strekkende eigendomsrecht van de zaak interesseert hem dus als het ware niet.

9. In het verlengde van voormelde precisering poneert het Hof van Cassatie in het arrest van 3 maart 2020 de nadrukkelijke rechtsregel dat een feit van oplichting dat de afgifte van geld tot voorwerp heeft, geen eigendomsoverdracht van dat geld vergt. Wel is vereist dat de dader, ongeacht de formele aard van zijn titel, in feite en overeenkomstig zijn bedrieglijk opzet op het ogenblik van de afgifte, de vrije en onbeperkte beschikking over dat geld verkrijgt. Bijgevolg moet de oplichter net zo min als met betrekking tot de nagestreefde toe-eigening, eigenaar van het geld zijn of willen zijn na de afgifte of levering ervan. Hij moet er zich enkel als eigenaar over kunnen of willen gedragen. Hij moet also vrij over het afgegeven geld kunnen beschikken en het voor eigen nut of eventueel tot andermans nut kunnen aanwenden. In die mate vindt het arrest van 3 maart 2020 aldus geheel aansluiting bij de traditionele rechtspraak van het Hof.³²

In toepassing op de concrete zaak acht het Hof het verder bestaanbaar dat de dader de benadeelde door het aanwenden van listige kunstgrepen ervan kan overtuigen geld af te geven in de veronderstelling daarmee enkel het precaire bezit ervan over te dragen met het oog op het uitvoeren van

²⁹ Voluit r.o. 2: “*Het misdrijf oplichting vereist bij de dader het oogmerk zich bedrieglijk andermans zaak toe te eigenen om erover te beschikken, de aanwending van bedrieglijke middelen hiertoe en de daarop volgende afgifte of levering van de zaak, waardoor het slachtoffer wordt benadeeld. Het misdrijf is voltrokken zodra de dader erin is geslaagd de zaak te doen afgeven of leveren.*”

³⁰ Cass. 23 februari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 730. Zie ook reeds: Cass. 26 juni 1973, *Arr. Cass.* 1973, 1053.

³¹ P. SASSERATH, “Oplichting” in *RPDB*, t. 4, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 13. Zie ook: A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Luik, Kluwer, 2018, 931.

³² Cass. 26 juni 1973, *Arr. Cass.* 1973, 1053; Cass. 23 februari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 730; Cass. 14 juni 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1326 en *RW* 1989-90, 358, noot B. SPIET.

een overeenkomst zoals een lastgeving, daar waar die dader van meet af aan het opzet heeft om zonder beperking over dat geld te beschikken. De omstandigheid dat de dader het geld aanvankelijk gebruikt voor de uitvoering van de overeenkomst of zich niet al dat geld toe-eigent, is op dat punt niet bepalend, aangezien dit het opzet noch de toe-eigening uitsluit. Inderdaad kan het denkbaar zijn dat de dader de uitvoering van de overeenkomst precies gebruikt als lokaas ten einde verder gelden af te troggelen. Bovendien verhindert die uitvoering niet dat de oplichter zich het geld alsnog of eventueel onrechtstreeks toe-eigent.

10. Met voormelde overwegingen weerlegt het Hof van Cassatie de rechtsopvatting dat de eigendomsoverdracht van de zaak voorwaardelijk zou zijn voor de toepassing van het misdrijf oplichting. Voor schuldigverklaring is de strafrechter mitsdien niet gehouden deze “*translative de propriété*” ondubbelzinnig vast te stellen. Daarmee geeft het Hof een uitlegging aan wat de wettelijke strafbaarstelling zelf niet expliciteert en creëert het een nieuwe rechtsregel. Artikel 496 Strafwetboek laat immers open of de afgifte of de levering van de zaak een eigendomsoverdracht impliceert dan wel of op dat punt een loutere bezitsoverdracht volstaat. Oude cassatierechtspraak heeft dienaangaande immers slechts toegelicht wat een “afgifte” onderscheidt van een “levering”³³: “*Considérant que les mots remise ou délivrance n’ont pas été définis par les rédacteurs du Code pénal; qu’il en résulte qu’ils doivent être pris dans leur sens naturel et juridique; considérant que, si le mot ‘remise’ implique l’idée d’une tradition réelle, le mot ‘délivrance’ comporte, dans le langage des lois civile et commerciale, dans celui du négoce et des affaires, une portée et une signification plus étendues. Considérant que la délivrance des objets mobiliers s’opère, en cas de vente, par d’autres modes encore que par la mainmise de l’acheteur sur la chose vendue.*”

Ook vanuit goederenrechtelijk perspectief lijkt de afwezigheid van constitutieve eigendomsoverdracht te kunnen worden bevestigd. Naar Belgisch recht geldt immers de regel dat eigendom in beginsel overgaat bij de consensus. Bij wederkerige eigendomsoverdragende overeenkomsten van speciesgoederen gaan het risico en het eigendomsrecht namelijk over op het ogenblik waarop de overeenkomst wordt gesloten (consensus), ook al wordt het goed niet tegelijkertijd

geleverd.³⁴ Derhalve is het begrip “levering” alvast niet onlosmakelijk verbonden met de eigendomsoverdracht.³⁵ Dit geldt des te meer voor het begrip “afgifte” dat door het Hof van Cassatie van oudsher wordt omschreven als het werkelijk materieel afgeven van de zaak, m.a.w. de zakelijke “*traditio*”.³⁶ Daarom kan uit beide begrippen niet zonder meer het vereiste van een eigendomsoverdracht worden gededuceerd. “Afgeven” is het in handen geven van een andere persoon, wat de gedachte van een werkelijke materiële overhandiging inhoudt. “Leveren” heeft dan weer een ruimere draagwijdte en betekenis, en geschiedt ingevolge een overeenkomst.³⁷

Het komt mitsdien voor dat artikel 496 Strafwetboek inderdaad slechts voorheeft dat de zaak fysiek of indirect³⁸ over moet gaan naar de dader of naar een derde. Dat volgt overigens eveneens uit de wederrechtelijkheid van het misdrijf oplichting zelf. Met betrekking tot de verplichte verbeurdverklaring krachtens artikel 42, 1° Strafwetboek als gevolg van een schuldigverklaring aan feiten van witwas van illegale vermogensvoordelen oordeelde het Hof van Cassatie reeds in 2009 dat de gestolen, afgetroggelde, verduisterde of geheelde zaak op het ogenblik van het misdrijf uiteraard niet de eigendom van de veroordeelde is, maar ook dat het feit van een misdrijf zoals oplichting de dader niet tot de wettige eigenaar van de zaak maakt.³⁹ De Nauw en Kutty bevestigen daarop ondubbelzinnig⁴⁰: “*La commission d’une infraction n’étant pas un mode d’acquisition de la propriété, l’escroquerie ne rend pas son auteur propriétaire de la chose escroquée.*”

11. Zoals onder randnr. 7 aangehaald stuurde de eiser in het voormelde arrest van 3 maart 2020 vooral aan op het onderscheid tussen de misdrijven oplichting en misbruik van vertrouwen. Nochtans lijkt ook dit niet toe te laten anders te oordelen. Het misdrijf misbruik van vertrouwen vereist immers, naast een bedrieglijk opzet, dat het precaire bezit van een in artikel 491 Strafwetboek bedoelde zaak door of namens de eigenaar vrijwillig, dit wel zeggen zonder enige vorm van dwang of misleiding, wordt toevertrouwd aan de dader.⁴¹ Bedrieglijke middelen zijn voor de zaakoverdracht niet nodig.⁴² Daarnaast presumeren de beide misdrijven dan weer wel de afgifte van een zaak door de benadeelde en de toe-eigening ervan door de dader.

³³. Cass. 4 mei 1880, *Pas.* 1880, I, 156.

³⁴. Art. 1138, eerste en tweede lid, oud BW.

³⁵. H. CAPITANT (ed.), *Vocabulaire juridique*, Parijs, PUF, 1936, 185 en 315; R. GUILLIEN en J. VINCENT (eds.), *Lexique des termes juridiques*, Parijs, Dalloz, 1978, 130.

³⁶. Cass. 4 mei 1880, *Pas.* 1880, I, 156.

³⁷. M. BOCKSTAELE, “Oplichting” in *Postal Memorialis*, Mechelen, Kluwer, 2016, 13; P. SASSERATH, “Oplichting” in *RPDB*, t. 4, Brussel, Bruylant, 1972, nr. 27bis; A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Luik, Kluwer, 2018, nr. 1112.

³⁸. Bv. middels bancaire verrichtingen.

³⁹. Cass. 14 oktober 2009, P.08.1095.F, *Arr.Cass.* 2009, 2312, Concl. D. VANDERMEERSCH.

⁴⁰. A. DE NAUW en F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Luik, Kluwer, 2018, 916.

⁴¹. Cass. 22 september 2015, P.15.0143.N, *Arr.Cass.* 2015, 2137.

⁴². A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 487-488; B. GILLARD, *Misbruik van vennootschapsgoederen*, Brussel, Larcier, 2017, 27.

In een arrest van 17 januari 2018 oordeelde het Hof van Cassatie dat het misdrijf misbruik van vertrouwen een “translatieve overdracht” vereist aan de dader van het precaire bezit van de zaak.⁴³ In dergelijk geval kan het evenwel enkel om een “*translative de possession*” gaan, daar artikel 491 Strafwetboek tegelijk ook bepaalt dat de overdracht slechts tot stand kwam om de zaak terug te geven. Derhalve is in zulk geval een eigendomsoverdracht hoe dan ook niet aan de orde.

Gaat het dan om eenzelfde toe-eigening als bij oplichting? In ieder geval lijkt voor beide misdrijven de wettelijk bedoelde toe-eigening geen eigendomsoverdracht in te sluiten.⁴⁴ Uiteraard bepaalt het misdrijf oplichting geen teruggave van de zaak en is het bij dat misdrijf ook mogelijk dat een zaak wordt geleverd in plaats van afgegeven; toch lijkt het Hof van Cassatie desbetreffend geen substantieel onderscheid tussen beide misdrijven te maken. Ook betreffende het misdrijf omschreven in artikel 491 Strafwetboek besliste het Hof van Cassatie⁴⁵: “*Het moreel bestanddeel van het misdrijf misbruik van vertrouwen bestaat in het opzet van de dader zich de hem toevertrouwde zaak toe te eigenen of ze aan de eigenaar te ontnemen en aldus als eigenaar erover te beschikken.*” In die betekenis is dit misdrijf wel een aanslag op het eigendomsrecht te achten⁴⁶ of doet het afbreuk aan het eigendomsrecht van de benadeelde⁴⁷, maar dit betekent niet dat de afgifte zelf en de overhandiging ter bede eigendomsoverdragend zouden zijn. Dienvolgens kan ook vanuit het perspectief van de overeenkomstige toe-eigening van de zaak door de dader van de oplichting of het vertrouwensmisbruik het besluit worden gewettigd dat de rechter bij schuldigverklaring aan één van deze misdrijven geen eigendomsoverdracht van de zaak moet vaststellen. De zekere bevinding dat een bezitsovergave plaatsvond, volstaat.

12. *Supra* werd reeds aangegeven dat het Hof van Cassatie het mogelijk acht dat de dader de benadeelde door het aanwenden van listige kunstgrepen ervan kan overtuigen geld af te geven in de veronderstelling daarmee enkel het precaire bezit ervan over te dragen met het oog op het uitvoeren van een overeenkomst, terwijl die dader van meet af aan het opzet heeft om zonder beperking over dat geld te beschikken. Daarmee kantelt een constitutief bestanddeel van het misdrijf misbruik van vertrouwen in het delictueel feit van oplichting in, wat nogmaals de verstrengeling tussen beide misdrijven illustreert.

Het voormelde arrest van 3 maart 2020 is in zoverre echter niet innoverend. In wezen kenmerkt de verstrengeling ook een klassieke beleggingsfraude waarbij gelden van goedgekeurde beleggers worden afgetrosgeld. In dergelijke zaak oordeelde het Hof bij arrest van 17 februari 2015 bijvoorbeeld dat het misdrijf oplichting opgeleverd is indien vaststaat dat de bedrieglijke middelen precies zijn aangewend om zaken af te geven of te leveren. *In casu* concretiseerden die middelen zich onder meer doordat de oplichter een valse brief gebruikte waarin hij fingeerde voorzitter te zijn van een niet-bestaande Luxemburgse vennootschap, zulks ten einde aan beleggers een bewijsstuk te verschaffen van de overhandiging van hun gelden. Als gevolg daarvan overhandigden de beleggers hun gelden aan de dader, opdat hij ermee tot belegging kon overgaan via zijn beleggingsvennootschap waarvoor hij de verantwoordelijke was. Al snel bleek dat van enige belegging geen sprake was en dat de afgegeven gelden spoorloos waren geworden. De kwestie of de gedupeerde beleggers daarbij eveneens de eigendom van hun fondsen overdroegen, vormde evenwel nog geen voorwerp van discussie.

⁴³. Cass. 17 januari 2018, P.17.0975.F.

⁴⁴. *Cf. supra*, randnr. 8.

⁴⁵. Cass. 22 september 2015, P.15.0143.N, *Arr. Cass.* 2015, 2137.

⁴⁶. Cass. 28 februari 2017, P.16.1015.N, *NC* 2017, 287, noot J. COPPENS.

⁴⁷. Cass. 17 september 2014, P.14.0690.F, *Arr. Cass.* 2014, 1912 en *Dr.pén.entr.* 2015, 145, noot J. CASTIAUX.