

11. Uit de incriminatieperiode van de telastlegging B.3 zoals aangepast door het arrest en de redenen op grond waarvan het arrest die telastlegging bewezen verklaart, blijkt dat de feiten bestaande uit de toe-eigening van het handelsfonds van de gefailleerde en de verderzetting van diens handelsactiviteiten niet de één na de ander, maar gezamenlijk in de tijd hebben plaatsgevonden, zodat daden van verderzetting van de handelsactiviteiten van de gefailleerde ook daden van toe-eigening van diens handelsfonds inhielden. Bijgevolg is de beslissing waarbij het arrest op grond van de erin beschreven gedragingen van de eiseres haar mededaderschap aan de telastlegging B.3 vaststelt, naar recht verantwoord.

Het onderdeel kan niet worden aangenomen.

VIERDE ONDERDEEL

12. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 66 en 489 *ter* Strafwetboek: het arrest veroordeelt de eiseres als mededader van de telastlegging B.3 zonder dat het uitdrukkelijk vaststelt dat de verduistering van activa mede werd gepleegd door een hoofddader; weliswaar kan de hoofddader onbekend zijn gebleven of niet zijn vervolgd, maar uit de vaststellingen van het arrest dient te blijken dat bij deze feiten minstens een hoofddader betrokken moet zijn geweest.

13. Strafbare deelneming in de zin van artikel 66 Strafwetboek vereist dat de mededader een door de wet bepaalde vorm van medewerking aan een misdaad of wanbedrijf verleent, weet dat hij zijn medewerking aan een bepaalde misdaad of een bepaald wanbedrijf verleent en het opzet heeft om aan die misdaad of dat wanbedrijf zijn medewerking te verlenen.

14. Wanneer de rechter een beklaagde die voldoet aan deze vereisten veroordeelt als mededader van een misdaad of wanbedrijf, moet bij afwezigheid van daartoe strekkende conclusie uit zijn vaststellingen niet blijken dat bij dat misdrijf een hoofddader betrokken is. Het onderdeel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht.

Tweede middel

EERSTE ONDERDEEL

15. Het onderdeel voert schending aan van de artikelen 1319,

1320 en 1322 Oud Burgerlijk Wetboek, thans de artikelen 8.17 en 8.18 Burgerlijk Wetboek: het arrest oordeelt dat de eiseres de burgerlijke rechtsvordering van de verweerders niet cijfermatig betwist, terwijl zij dat in haar appelconclusie wel degelijk heeft gedaan door aan te voeren dat de grondslag voor de bepaling van de schade niet juist was omdat het bedrag van de omzet die de eiseres met de verdergezette activiteit heeft gerealiseerd geen criterium is om de waarde van het toegeëigende handelsfonds en dus de geleden schade te bepalen; aldus geeft het arrest van de appelconclusie van de eiseres een uitlegging die onverenigbaar is met de bewoordingen ervan.

16. De eiseres heeft in haar appelconclusie het bedoelde verweer gevoerd en bijgevolg de burgerlijke rechtsvordering van de verweerders cijfermatig betwist. Met het bekritiseerde oordeel miskent het arrest dan ook de bewijskracht van die appelconclusie en verantwoordt het de beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

TWEEDE ONDERDEEL

17. Het onderdeel kan niet leiden tot ruimere cassatie en behoeft geen antwoord.

Ambtshalve onderzoek

18. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet gewezen.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de eiseres veroordeelt tot schadevergoeding aan de verweerders.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Veroordeelt de eiseres tot de helft van de kosten van haar cassatieberoep.

Noot

Over eenheid van feit en de herkwalficatie van het misdrijf

Margot VANDEBEEK¹

1. In het geannoteerde arrest van 19 januari 2021 buigt het Hof van Cassatie zich over de vraag of het hof van beroep

te Gent, dat het bestreden arrest velde, zich bij de veroordeling van de beklaagde beperkte tot de inachtneming van de

¹ Advocaat te Brussel (Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick).

bij hem aanhangig gemaakte feiten, dan wel ook andere – niet aanhangig gemaakte – feiten meenam in zijn beoordeling van de tenlastegelegde verduistering van activa.

Eén en ander is een ideale gelegenheid om de in dit kader geldende principes nog eens onder de aandacht te brengen.

2. Het ongewijzigd laten van het aanhangig gemaakte feit is daarnaast (naast het waarborgen van het recht van verdediging) één van de twee in acht te nemen basisprincipes in geval van herkwalificatie van een misdrijf, waar regelmatig de vraag rijst in hoeverre de herkwalificatie inderdaad betrekking heeft op aanhangig gemaakte feiten, dan wel het

gevolg is van het in deze analyse betrekken van nochtans niet bij het vonnisgerecht aanhangig gemaakte feiten.

Voorliggende annotatie wordt daarom niet beperkt tot een onderzoek van het belang van het respecteren door het vonnisgerecht van zijn saisine voor de rechtmatigheid van de beslissing van het vonnisgerecht, maar beoogt tevens het geheel van de op de herkwalificatie door het vonnisgerecht² van toepassing zijnde basisprincipes nog eens in herinnering te brengen³, waarbij er waar mogelijk (en nuttig) voornamelijk zal worden verwezen naar de recentere rechtspraak van het Hof van Cassatie.⁴

1. DE AANHANGIGMAKING VAN DE FEITEN VOOR DE RECHTER TEN GRONDE

3. Alvorens een vonnisgerecht zich over feiten kan uitspreken, moet dit vonnisgerecht gevat worden: de feiten moeten aanhangig worden gemaakt.

4. Hoewel de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op de aanhangigmaking niet uitdrukkelijk op de concrete (inhoudelijke) vereisten van deze akten van aanhangigmaking ingaan, stelt het Hof van Cassatie met betrekking tot de artikelen 145 en 182 Sv. niettemin dat zij vereisen dat het feit dat de tenlastelegging uitmaakt en kenmerkt zodanig in deze akten moet worden omschreven dat het voorwerp ervan duidelijk blijkt voor de beklagde en dat diens recht van verdediging verzekerd wordt.⁵

5. Deze rechtspraak van het Hof van Cassatie sluit aan bij artikel 6, 3., a) van het Europees verdrag voor de rechten van de mens (“EVRM”) en wordt tevens bevestigd in artikel 6 van de richtlijn nr. 2012/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het recht op informatie in strafprocedures (“richtlijn recht op informatie”).

Artikel 6, 3., a) EVRM bepaalt eerst en vooral dat eenieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, ten minste het recht heeft om onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Onder “reden” moet men daarbij de materiële feiten verstaan waarvan hij wordt beticht en die aan de basis liggen van de beschuldiging, terwijl de “aard” de juridische kwalificatie betreft.⁶

De eerste en de derde paragraaf van artikel 6 van de richtlijn recht op informatie gaan hier uitgebreider op in en luiden als volgt:

“1. De lidstaten zien erop toe dat verdachten of beklaagden informatie ontvangen over het strafbare feit waarvan zij worden verdacht of beschuldigd. Deze informatie wordt onverwijld verstrekt en is zo gedetailleerd als noodzakelijk is om het eerlijke verloop van de procedure en de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging te waarborgen.

² Naast de vonnisrechter moet ook het onderzoeksgerecht desgevallend overgaan tot herkwalificatie (in het kader van de regeling van de rechtspleging, maar bv. ook wanneer het zich moet uitspreken over een voorlopige hechtenis). Een bespreking hiervan gaat het opzet van deze publicatie echter te buiten, reden waarom hier in voorliggende publicatie in principe niet verder op in zal worden gegaan.

³ Zie in die zin tevens P. ARNOU, “De omschrijving van de feiten in dagvaarding en verwijzingsbeslissing” (noot onder Corr. Brugge 5 november 1984), *RW* 1985-86, 2575-2581; R. VERSTRAETEN, “Kwalificatieperikelen voor de appelrechter in strafzaken” (noot onder Antwerpen 12 november 1987), *RW* 1998-99, 21-23; P. MORLET, “Changement de qualification. Droits et devoirs du juge”, *RDPC* 1990, 561-590; R. DECLERCQ, “Feit en kwalificatie in de strafrechtspleging” in L. DUPONT en B. SPRIET (eds.), *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1991, 179-240; E. VAN MUYLEM, “Kwalificatieplicht van de rechter” (noot onder Cass. 4 oktober 1996), *AJT* 1996-97, 210; S. VAN OVERBEKE, “De interpretatie van de tenlastelegging. Bedenkingen bij de bewijskracht van de inleidende akte in strafzaken naar aanleiding van het cassatiearrest van 23 februari 1999”, *RW* 1999-2000, 1177-1188; A. VANDEPLAS, “Over de herkwalificatie van feiten” (noot onder Antwerpen 19 maart 2003), *RW* 2003-04, 466-467; S. VAN OVERBEKE, “Ontdubbeling van de telastelegging door de strafrechter” (noot onder Cass. 1 april 2014), *RW* 2014-15; afl. 36, 1414-1420; J. DECOKER, “De heromschrijving van het ten laste gelegde: een greep uit de cassatierechtspraak (vanaf 2000 tot nu)”, *T.Straf.* 2017, afl. 6, 347-358; V. VEREECKE, “De juridische consequenties van de kwalificatieplicht” (noot onder Cass. 3 oktober 2017), *RABG* 2018, afl. 1, 50-55; R. VASSEUR, “Over feit en kwalificatie: wanneer het basismisdrijf niet bewezen wordt geacht, maar de autonoom strafbaar gestelde verzwarende omstandigheid wel ...”, *T.Straf.* 2018, afl. 3, 245-249.

⁴ De oudere jurisprudentie maakt vaak reeds het voorwerp uit van een bespreking in de hierboven aangehaalde bronnen. Voor een overzicht van de (meeste) rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de herkwalificatie tussen 2000 en 2017 kan evenwel specifiek worden verwezen naar J. DECOKER, “De heromschrijving van het ten laste gelegde: een greep uit de cassatierechtspraak (vanaf 2000 tot nu)”, *T.Straf.* 2017, afl. 6, 347-358.

⁵ Zie o.m. Cass. 9 juni 1993, AR 404, *Arr. Cass.* 1993, nr. 275, 572; Cass. 23 mei 2001, P.01.0218.F; Cass. 16 oktober 2012, P.12.0487.N.

⁶ EHRM 25 juli 2000, nr. 23.969/94, *Mattoccia / Italië*; EHRM 27 januari 2004, nr. 73.797/01, *Kyprianou / Cyprus*; EHRM 8 oktober 2013, nr. 29.864/03, *Mulosmani / Albanië*; Cass. 1 december 2020, P.20.0784.N; Cass. 4 mei 2021, P.21.0041.N.

[...]

3. De lidstaten zien erop toe dat uiterlijk op het moment dat het gerecht wordt verzocht een beslissing te nemen over de gegrondheid van de beschuldiging, gedetailleerde informatie wordt verstrekt over de beschuldiging, met inbegrip van de aard en de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit, alsmede over de aard van de beweerde betrokkenheid van de beklaagde.”

6. Anders gesteld volgt uit het geheel van deze bepalingen dat een beklaagde uiterlijk op het ogenblik dat een rechtbank zich moet uitspreken over de *gegrondheid* van de strafvordering, kennis moet hebben van de aan deze strafvordering ten grondslag liggende tenlasteleggingen, *i.e.* de hem ten laste gelegde feiten en hun kwalificatie.

7. Ondanks het bovenstaande, mag de plicht tot het verduidelijken en kwalificeren van de feiten ook niet overdreven worden. In aanvulling op het bovenstaande verduidelijkt het Hof van Cassatie immers dat geen enkele bepaling voorschrijft dat de met het oog op de vrijwaring van de rechten van verdediging van de beklaagde vereiste inlichtingen *enkel* worden verstrekt door de akte van aanhangigmaking. Naast de hierin vermelde feiten en kwalificatie(s), mogen de inlichtingen in kwestie immers ook terug te vinden zijn in de

stukken van het strafdossier, op voorwaarde dat de beklaagde hiervan tijdig kon kennisnemen.⁷

8. Wanneer feiten aanhangig worden gemaakt voor een vonnisgerecht, moet dit vonnisgerecht eerst en vooral nagaan of de feiten inderdaad onder zijn wettelijke bevoegdheid vallen. De wettelijke bepalingen met betrekking tot de bevoegdheid van de rechtscolleges raken immers de openbare orde.⁸

De rechtscolleges oefenen deze controle uit op basis van de in de akte van aanhangigmaking weerhouden kwalificatie van de aanhangig gemaakte feiten.⁹ Stelt een rechtbank of hof van beroep vast dat het weerhouden misdrijf niet onder haar of zijn bevoegdheid valt, dan moet deze zich onbevoegd verklaren^{10, 11}, zelfs wanneer deze van oordeel zou zijn dat de feiten na een eventuele herkwalificatie wél onder haar of zijn bevoegdheid zouden vallen.

Hoewel dergelijke drempelcontrole dus in principe een onderzoek van de feiten zelf uitsluit, is dit niettemin relatief. Eén en ander betekent immers niet dat de rechter zich moet beperken tot de in de akte van aanhangigmaking weerhouden kwalificatie: de rechter mag bij het vaststellen van zijn (on)bevoegdheid ook rekening houden met andere (dan de kwalificatie) in de dagvaarding vermelde gegevens.¹²

2. DE HERKWALIFICATIE VAN DE FEITEN DOOR DE VONNISRECHTER

2.1. De vonnisrechter is gebonden door de bij hem aanhangig gemaakte feiten, maar niet door de hieraan gegeven kwalificatie

9. Eens het vonnisgerecht zich op basis van de initiële kwalificatie van de feiten bevoegd heeft verklaard, zal het overgaan tot de daadwerkelijke behandeling van deze feiten. Zoals hierboven al werd aangegeven, is de bevoegdheid van de vonnisrechter hierbij beperkt tot de bij hem aanhangig gemaakte feiten, zijnde de feiten zoals ze blijken uit de stukken van het gerechtelijk onderzoek of het opsporingsonder-

zoek en die aan de verwijzingsbeschikking of dagvaarding ten grondslag liggen.¹³

De vonnisgerechten mogen dus geen uitspraak doen over de feiten die niet bij hen aanhangig werden gemaakt.¹⁴ Voor appelrechters impliceert dit dat zij geen uitspraak mogen doen over andere feiten dan diegene waarop de beslissing van de eerste rechter betrekking had.¹⁵

10. Daar waar de gedinginleidende akte (of in beroep, het vonnis van de eerste rechter) dus van determinerend belang is voor wat de aanhangig gemaakte *feiten* betreft, is de von-

7. Cass. 23 mei 2001, P.01.0218.F.

8. Cass. 11 september 2018, P.18.0051.N.

9. E. VAN MUYLEM, “Kwalificatieplicht van de rechter” (noot onder Cass. 4 oktober 1996), *AJT* 1996-97, 210.

10. Cass. 8 september 1998, P.98.1078.N.

11. Op deze regeling bestaan evenwel de uitzonderingen van correctionalisatie en contraventionalisatie zoals voorzien in de art. 3 en 5 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden. Overeenkomstig art. 3, laatste lid van deze wet kan de correctionele rechtbank zich immers toch bevoegd verklaren voor een niet-gecorrectionaliseerde misdaad wanneer zij vaststelt dat deze misdaad wel voor correctionalisatie in aanmerking komt. Art. 5, derde lid van deze wet bepaalt op zijn beurt dat de politierechtbank zich bevoegd kan verklaren voor een wanbedrijf door de verzachtende omstandigheden aan te nemen die de raadkamer, de kamer van inbeschuldigingstelling of het Openbaar Ministerie zou hebben verzuimd te vermelden bij de aanhangigmaking van dit feit.

12. Cass. 28 april 2015, P.14.1655.N. In het arrest waartegen cassatieberoep werd ingesteld, werd geoordeeld dat hoewel in de rechtstreekse dagvaarding enkel het wanbedrijf oplichting werd weerhouden, uit de overige vermeldingen duidelijk bleek dat men de rechtstreeks gedagvaarde partij tevens van feiten van valsheid in geschriften en het gebruik van valse stukken beschuldigde, waarop de correctionele rechtbank rechtmatig haar onbevoegdheid kon vaststellen.

13. Cass. 29 mei 2018, P.17.0762.N.

14. Cass. 23 september 1987, 6005, *Arr. Cass.* 1987, nr. 51, 105; Cass. 13 september 2005, P.05.0657.N.

15. *Idem*.

nisrechter niet gebonden door de in deze akte aan de feiten gegeven *kwalificatie*, die slechts provisorisch is.¹⁶ De verwijzingsbeschikking van het onderzoeksgerecht of de dagvaarding maakt de daarin vervatte kwalificatie of omschrijving niet aanhangig bij het vonnisgerecht.¹⁷

11. De vonnisrechters hebben dan ook niet alleen het recht, maar zelfs de plicht om (zowel in eerste aanleg als in beroep¹⁸) aan de bij hen aangebrachte feiten de juiste kwalificatie en omschrijving te geven.¹⁹ Anders gesteld is het niet alleen de taak van het vonnisgerecht om de aan de vervolging ten grondslag liggende materiële gebeurtenis(sen) te identificeren, maar ook om deze correct te kwalificeren.

2.2. De rechter moet de bij hem aanhangig gemaakte feiten dus zo nodig herkwalificeren, zij het met inachtneming van de geldende principes

12. De vonnisrechters zijn *steeds* gehouden de gegeven kwalificatie tegen het licht te houden en de feiten desgevallend te herkwalificeren: deze verplichting geldt niet alleen in geval van onduidelijkheid van de akte van aanhangigmaking.²⁰ Wanneer de vonnisrechter daadwerkelijk overgaat tot herkwalificatie, moet hij bovendien aantonen dat werd onderzocht waarom de initiële kwalificatie niet kon worden weerhouden en zijn vaststelling motiveren. Het herkwalificeren van feiten en het navolgend vrijspreken van de beklaagde(n) voor een heromschreven misdrijf, zonder de strafbaarheid van de gedraging na te gaan in het licht van de omschrijving waaronder de feiten initieel werden aanhangig gemaakt, volstaat niet.²¹

13. Daar waar het aan het vonnisgerecht is te beslissen over een eventuele herkwalificatie, betekent dit geenszins dat het initiatief hiertoe enkel van het vonnisgerecht mag of moet komen: ook de beklaagde zelf, het Openbaar Ministerie, de burgerlijke partij(en) en/of de medebeklaagde(n) kan of kunnen opwerpen dat een herkwalificatie zich opdringt.²²

14. Wanneer het vonnisgerecht de feiten niet op eigen initiatief heromschrijft én hier ook niet door (één van) de partijen toe wordt verzocht, moet het niet uitdrukkelijk aangeven dat het heeft onderzocht of herkwalificatie zich opdringt en/of waarom het daarbij niet tot herkwalificatie is overgegaan. Volgens het Hof van Cassatie volgt uit de vrijspraak van een onder een bepaalde kwalificatie aanhangig gemaakt feit immers dat de rechter alle mogelijke heromschrijvingen in overweging heeft genomen en van oordeel is dat het feit niet aan een andere kwalificatie beantwoordt.²³

15. De verplichting om feiten desgevallend te herkwalificeren impliceert dat wanneer een rechter geconfronteerd wordt met een onjuiste omschrijving van feiten in de akte van aanhangigmaking, hij zich niet mag beperken tot het vrijspreken van de betrokkene(n). De rechter zal zich daarentegen moeten uitspreken over de eventuele strafbaarheid van de feiten zoals zij blijken uit het onderzoek en die aan de dagvaarding in kwestie ten grondslag liggen²⁴, onder een naar zijn inzichten passende kwalificatie.

16. Anders is het wanneer het vonnisgerecht op grond van de omschrijving van een bepaald feit in de akte van aanhangigmaking niet uit het dossier kan opmaken welk precies feit wordt bedoeld (*obscuri libelli*). In dat geval wordt de rechter immers in de onmogelijkheid gesteld vast te stellen met welk feit hij precies werd geadieerd en kan hij de beklaagde niet veroordelen.²⁵

17. Het in een beroepsprocedure geldende principe dat een verzwaring van de situatie van de beklaagde de eenparigheid van de stemmen van de rechters of raadsheren vereist, is niet van toepassing op een loutere herkwalificatie naar een misdrijf dat een zwaardere straf tot gevolg kan hebben dan diegene die in eerste aanleg werd uitgesproken. Het is pas wanneer er ook effectief een zwaardere straf zou worden opgelegd, dat met dit principe rekening moet worden gehouden.²⁶

Wat de draagwijdte van de ambtshalve herkwalificatieplicht van de vonnisrechter in de beroepsprocedure betreft, moet daarenboven worden opgemerkt dat deze in principe afhankelijk is van de draagwijdte van het ingestelde hoger beroep,

¹⁶ Cass. 17 september 2013, P.12.1724.N; Cass. 14 juni 2017, P.17.0361.F; Cass. 31 maart 2021, P.21.0221.F.

¹⁷ Cass. 23 september 1987, 6005, *Arr.Cass.* 1987, nr. 51, 105; Cass. 5 september 2006, P.06.0649.N.

¹⁸ Cass. 31 maart 2021, P.21.0221.F.

¹⁹ Cass. 21 juni 2000, P.00.0446.F; Cass. 23 oktober 2002, P.02.0958.F; Cass. 13 september 2005, P.05.0657.N; Cass. 9 juni 2009, P.09.0201.N; Cass. 12 januari 2010, P.09.1324.N; Cass. 22 januari 2013, P.12.0625.N; Cass. 21 mei 2019, P.18.1247.N.

²⁰ Cass. 2 mei 2017, P.15.0102.N.

²¹ Cass. 20 mei 1997, P.96.0141.N.

²² Dit blijkt onder meer (minstens impliciet) uit Cass. 15 mei 2019, P.19.0088.F; Cass. 3 oktober 2017, P.16.0997.N; Cass. 15 mei 2018, P.18.0040.N.

²³ Cass. 3 oktober 2017, P.16.0997.N. Deze rechtspraak wordt in de rechtsleer (V. VEREECKE, "De juridische consequenties van de kwalificatieplicht" (noot onder Cass. 3 oktober 2017), *RABG* 2018, afl. 1, (50) 54) – m.i. niet geheel ten onrechte – bekritiseerd. Zoals hierna nog zal worden toegelicht, moet een vonnisrechter met het oog op het waarborgen van de rechten van verdediging een eventuele herkwalificatie immers voorleggen aan de beklaagde, opdat deze zich ook tegen de gewijzigde kwalificatie kan verdedigen. Een nieuwe kwalificatie in overweging nemen zonder dit mede te delen aan de beklaagde, komt dus op gespannen voet te staan met de rechten van verdediging. Eenzelfde vaststelling dringt zich op met betrekking tot de motiveringsplicht, nu in dergelijke situatie niet uitdrukkelijk zal worden aangehaald waarom bepaalde kwalificaties niet werden weerhouden.

²⁴ Cass. 9 juni 2009, P.09.0201.N.

²⁵ Cass. 31 oktober 2000, P.00.1280.N; Cass. 5 april 2011, P.10.1715.N.

²⁶ Cass. 10 september 2019, P.19.0342.N; Cass. 8 april 2020, P.20.0060.F.

al is dit relatief. Artikel 210, tweede lid Sv. (dat werd ingevoerd naar aanleiding van de verplichting tot het neerleggen van een grievenformulier) bepaalt dat de beroepsrechter de feiten waarop de beroepsprocedure betrekking heeft (enkel) ambtshalve moet herkwalficeren wanneer de schuldvraag bij hem aanhangig werd gemaakt. Het Hof van Cassatie oordeelde initieel dat hieruit volgde dat een ambtshalve herkwalficatie door het appelgerecht na het enkele hoger beroep van het Openbaar Ministerie, dat uitsluitend betrekking had op de opgelegde straf, de mate waarin een zaak bij hem aanhangig werd gemaakt overschreed.²⁷ Ingevolge een arrest van het Grondwettelijk Hof dat oordeelde dat deze lezing van artikel 210 Sv. artikel 13 van de Grondwet schond²⁸, werd hier echter op teruggekomen, zodat het appelgerecht heden ook ambtshalve tot herkwalficatie mag overgaan wanneer een grief (enkel) betrekking heeft op een beschikking op strafgebied (die verband houdt met de aan de tenlastelegging ten grondslag liggende feiten), zoals de straf of een maatregel.²⁹

18. Wanneer de vonnisrechter de feiten (in eerste aanleg, dan wel in beroep) herkwalficeert, moet hij er steeds over waken dat het geherkwalficeerde feit overeenkomt met het feit dat aan de vervolging ten grondslag lag of hierin inbegrepen was, alsook dat de rechten van verdediging worden gerespecteerd.

2.2.1. De herkwalficatie mag zich enkel uitstrekken tot de feiten die bij de vonnisrechter aanhangig werden gemaakt

19. De herkwalficatie moet eerst en vooral het aanhangig gemaakte feit ongewijzigd laten, wat betekent dat de nieuwe omschrijving hetzelfde feit tot voorwerp moet hebben als de materiële gebeurtenis die het voorwerp van de vervolging uitmaakt.³⁰ Dit is logisch: de saisine van de rechter is per definitie beperkt tot de bij hem aanhangig gemaakte feiten.

20. Het Hof van Cassatie heeft het begrip “feit” als dusdanig nooit gedefinieerd. R. Declercq deed dit wel³¹, en omschreef dit begrip als: “*de menselijke gedraging waarvoor een veroordeling wordt ingesteld en eventueel een veroordeling wordt uitgesproken. Het is een gebeurtenis, een*

geheel van concrete gegevens, van omstandigheden die tot zowel een bepaald persoon als tot hun oorzaak kunnen teruggebracht worden”.³² Bij het identificeren van (de eenheid van) het feit, zullen inderdaad de concrete gebeurtenissen en daarbij gestelde gedragingen determinerend zijn.

21. Dat de nieuwe kwalificatie dezelfde initiële gedraging moet viseren, betekent niet dat de bestanddelen van het aanvankelijk omschreven misdrijf en van het heromschreven misdrijf dezelfde moeten zijn³³, maar wel dat de nieuwe omschrijving steeds de feiten moet betreffen die hetzij aan de vervolging ten grondslag liggen, hetzij daarin zijn inbegrepen.³⁴

Zoals hierboven al enkele keren werd aangehaald, gaat het daarbij niet enkel om de feiten die (uitdrukkelijk) worden aangehaald in de akte van aanhangigmaking, maar om alle feiten zoals zij blijken uit de stukken van het gerechtelijk onderzoek of het opsporingsonderzoek en die aan de verwijzingsbeschikking of dagvaarding ten grondslag liggen.³⁵

22. Nu de rechter zich niet moet beperken tot de feiten die desgevallend worden aangehaald in de akte van aanhangigmaking, leidt het naar aanleiding van een herkwalficatie aanhalen van bepaalde andere feitelijke elementen om nader te preciseren waaruit het misdrijf heeft bestaan dan diegenen die initieel werden aangehaald, wanneer ook deze andere elementen in de oorspronkelijke omschrijving vervat zaten, niet tot een onrechtmatige herkwalficatie.³⁶ Eenzelfde conclusie dringt zich op wanneer de rechter de in de akte van aanhangigmaking weerhouden incriminatieperiode wijzigt, zelfs wanneer hierdoor data worden weerhouden die voor de herkwalficatie niet uitdrukkelijk werden gevisieerd onder de tenlastelegging, zolang de gedragingen op deze data geen andere feiten betroffen dan diegene die ten grondslag lagen aan de akte van aanhangigmaking.³⁷

23. De vonnisrechter beoordeelt zelf onaantastbaar of hij met zijn herkwalficatie het aanhangig gemaakte feit ongewijzigd laat: het Hof van Cassatie kan en mag enkel nagaan of de rechter uit zijn vaststellingen geen niet te verantwoorden gevolgen afleidt³⁸, *i.e.* of de gewijzigde omschrijving

²⁷. Cass. 19 april 2017, P.17.0055.F; Cass. 12 december 2017, P.17.0251.N.

²⁸. GwH 20 november 2019, nr. 189/2019.

²⁹. Cass. 11 februari 2020, P.19.1028.N; Cass. 10 maart 2020, P.20.0034.N.

³⁰. Cass. 21 januari 2020, P.19.0631.N; Cass. 17 maart 2020, P.19.1219.N.

³¹. Dewelke regelmatig in andere bronnen wordt hernomen. Zie o.m. S. VAN OVERBEKE, “De interpretatie van de tenlastelegging. Bedenkingen bij de bewijskracht van de inleidende akte in strafzaken naar aanleiding van het cassatiearrest van 23 februari 1999”, *RW* 1999-2000, (1177) 1177; V. VEREECKE, “De juridische consequenties van de kwalificatieplicht” (noot onder Cass. 3 oktober 2017), *RABG* 2018, (50) 51; R. VASSEUR, “Over feit en kwalificatie: wanneer het basismisdrijf niet bewezen wordt geacht, maar de autonoom strafbaar gestelde verzwarende omstandigheid wel ...”, *T.Strafr.* 2018, afl. 3, (245) 247.

³². R. DECLERCQ, “Feit en kwalificatie in de strafrechtspleging” in L. DUPONT en B. SPIET (eds.), *Strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1991, (179) 181.

³³. Cass. 14 juni 2017, P.17.0361.F.

³⁴. Zie o.m. Cass. 19 januari 1999, P.97.0599.N; Cass. 2 mei 2017, P.15.0102.N; Cass. 14 juni 2017, P.17.0259.F.

³⁵. Cass. 29 mei 2018, P.17.0762.N.

³⁶. Cass. 19 januari 1999, P.97.0599.N.

³⁷. Cass. 23 maart 2021, P.20.1161.N.

³⁸. Cass. 17 maart 2020, P.19.1219.N; Cass. 21 januari 2020, P.19.0631.N.

niet onmogelijk het feit kan omvatten dat in de dagvaarding was bedoeld.³⁹

Hoewel de vonnisrechter aldus over veel beoordelingsvrijheid beschikt, is deze geenszins absoluut: opdat het Hof van Cassatie deze wettigheidsbeslissing kan uitoefenen, moet een vonnisrechter die beoordeelt of een nieuwe door een partij voorgestelde omschrijving al dan niet overeenstemt met het feit dat bij hem aanhangig is gemaakt, zijn beslissing regelmatig met redenen omkleeden. Het louter stellen dat de feiten, zoals ze werden heromschreven, niet dezelfde waren als die waarop de initiële vervolging was gegrond, noch als die welke daaraan ten grondslag lagen, volstaat niet om dit wettigheidstoezicht uit te oefenen.⁴⁰ Ook in de tegenovergestelde situatie dringt dergelijke vaststelling zich op: wanneer een vonnisrechter wel tot herkwalficatie van de bij hem aanhangig gemaakte feiten overmaakt, moet hij *in concreto* uiteenzetten waarom de nieuwe omschrijving overeenstemt met de feiten. De enkele overweging dat de nieuwe kwalificatie betrekking heeft op dezelfde feiten als die welke aan de initiële vervolging ten grondslag lagen of die deel uitmaken van de feiten die daaraan ten grondslag lagen, volstaat niet. Zo vernietigde het Hof van Cassatie een arrest waarin het hof van beroep de eiser veroordeelde wegens misbruik van vennootschapsgoederen, hoewel het tenlastegelegde feit initieel als witwassen werd gekwalificeerd, op grond van de enkele verantwoording: *“De tenlastelegging misbruik van vennootschapsgoederen, zoals ze ten aanzien van [de eiser] is verklaard, heeft betrekking op dezelfde feiten als die welke aan de initiële strafvordering ten grondslag liggen of die deel uitmaken van de feiten die daaraan ten grondslag lagen.”* Het Hof van Cassatie oordeelde immers dat het op grond van deze verantwoording niet kon nagaan uit welke vaststellingen het hof van beroep had afgeleid dat de feiten dezelfde waren, zodat de beslissing in kwestie niet naar recht verantwoord was.⁴¹

2.2.2. De herkwalficatie mag het recht van verdediging van de beklaagde niet miskennen

24. Niet alleen moet de herkwalficatie noodzakelijkerwijs betrekking hebben op dezelfde feiten als de initiële kwalificatie, bij het geven van de juiste wettelijke omschrijving aan de aanhangig gemaakte feiten moet men ook steeds de rechten van verdediging van de betrokkenen waarborgen.

25. Zoals hoger werd toegelicht, stelt artikel 6, 3., a) EVRM dat eenieder die wegens een strafbaar feit wordt ver-

volgd, het recht heeft op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging.

Artikel 6, 3., b) EVRM voegt hieraan toe dat eenieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, moet beschikken over voldoende tijd en faciliteiten voor de voorbereiding van zijn verdediging.

De in artikel 6, 3., a) en b) EVRM gegarandeerde rechten zijn met elkaar verbonden: het is in het licht van het recht van de verdachte om zijn verdediging voor te bereiden dat deze op de hoogte moet worden gesteld van de aard en de reden van de ingebrachte beschuldiging.⁴² Met betrekking tot artikel 6, 3., b) EVRM oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bovendien uitdrukkelijk dat dit artikel er niet aan in de weg staat dat de kwalificatie van het misdrijf in de loop van het strafproces wordt gewijzigd, indien de beklaagde hiervan tijdig op de hoogte wordt gesteld en dus voldoende tijd en faciliteiten heeft om zijn verdediging te herorganiseren.⁴³

26. Het is ook vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat het recht van verdediging steeds moet worden gewaarborgd bij een eventuele herkwalficatie⁴⁴: de beklaagde moet steeds de gelegenheid krijgen zijn verweermiddelen tegen een nieuwe omschrijving naar voor te brengen.⁴⁵

27. Dat een beklaagde moet worden geïnformeerd wanneer men een nieuwe kwalificatie overweegt, blijkt daarnaast ook uitdrukkelijk uit artikel 6 van de richtlijn recht op informatie, waarvan de vierde paragraaf bepaalt (eigen benadrukking):

“De lidstaten zien erop toe dat verdachten of beklaagden onverwijld in kennis worden gesteld van wijzigingen in de overeenkomstig dit artikel verstrekte informatie, indien dit nodig is om een eerlijk verloop van de procedure te waarborgen.”

Onder *“de overeenkomstig dit artikel verstrekte informatie”*, valt immers ook *“gedetailleerde informatie [...] over de beschuldiging, met inbegrip van de aard en de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit, alsmede over de aard van de beweerdte betrokkenheid van de beklaagde”*.

28. De verplichting om het recht van verdediging te respecteren werd bij wet van 5 februari 2016⁴⁶ ook uitdrukkelijk in het Wetboek van Strafvordering ingeschreven voor

³⁹. Cass. 11 oktober 2011, P.11.0389.N.

⁴⁰. Cass. 14 juni 2017, P.17.0361.F.

⁴¹. Cass. 14 juni 2017, P.17.0259.F.

⁴². EHRM 17 juli 2001, nrs. 29900/96, 29901/96, 29902/96 en 29903/96, *Sadak e.a. / Turkije*.

⁴³. EHRM 25 juli 2000, nr. 23.969/94, *Mattoccia / Italië*; EHRM 17 juli 2001, nrs. 29900/96, 29901/96, 29902/96 en 29903/96, *Sadak e.a. / Turkije*; EHRM 7 januari 2010, nr. 20494/04, *Penev / Bulgarije*; EHRM 5 maart 2013, nr. 61005/09, *Varela Geis / Spanje*.

⁴⁴. Zie o.m. Cass. 2 mei 2017, P.15.0102.N; Cass. 14 juni 2017, P.17.0259.F; Cass. 14 juni 2017, P.17.0361.F; Cass. 31 maart 2021, P.21.0221.F.

⁴⁵. Cass. 19 januari 1999, P.97.0599.N.

⁴⁶. Wet van 5 februari 2016 tot wijziging van het strafrecht en de strafvordering en houdende diverse bepalingen inzake justitie (BS 19 februari 2016).

wat betreft een beroepsprocedure waarin de appelrechters ambtshalve tot herkwalificatie zouden overgaan. Het hierboven reeds aangehaalde artikel 210, tweede lid Sv. bepaalt immers dat de beroepsrechter ambtshalve de noodzaak tot herkwalificatie kan opwerpen van feiten die bij hem aanhangig zijn gemaakt voor wat betreft de schuldvraag en voorziet dat de appelrechter in dat geval de partijen moet verzoeken om zich uit te spreken over dit ambtshalve opgeworpen middel. In die mate dat de appelrechter zou overwegen dat niet de door de eerste rechter weerhouden kwalificatie de juiste is, maar wel diegene die initieel in de inleidende akte werd weerhouden, moet hij de partijen hiervan evenwel niet uitdrukkelijk op de hoogte stellen, nu de partijen hierdoor al kennis hadden van de mogelijkheid dat het strafbare feit zou kunnen worden omschreven zoals het ook initieel werd omschreven.⁴⁷

29. Wanneer de vonnisrechter de herkwalificatie overweegt zonder hiertoe verzocht te zijn door (een) partij(en), is het aan hem de beklaagde hiervan tijdig op de hoogte te stellen. Met het oog op het wettigheidsstoezicht door het Hof van Cassatie, is het aangewezen hiervan een schriftelijke neerslag te hebben. Kan niet worden aangetoond dat de betrokkene (tijdig werd ingelicht en) de kans had zich tegen de nieuwe omschrijving te verdedigen, dan zal er worden besloten tot een schending van de rechten van verdediging.⁴⁸

Dit betekent evenwel niet dat de verwittiging hiertoe *steeds* van de vonnisrechter zelf moet komen: het is enkel vereist dat de beklaagde de gelegenheid heeft gekregen een verweer te voeren tegen de nieuwe omschrijving en dus tijdig expliciet in kennis werd gesteld van de nieuwe omschrijving, wat bijvoorbeeld ook kan volgen uit een door de burgerlijke partij neergelegde conclusie waarin deze een wijziging van de tenlastelegging heeft gevorderd⁴⁹ of een door (één van) de medebeklaagde(n) overgemaakte conclusie waarin om een herkwalificatie wordt gevraagd, zij het in dat geval op voorwaarde dat uit deze conclusie op afdoende wijze blijkt dat het verzoek tot herkwalificatie geldt voor alle beklaagden.⁵⁰

30. Het vonnisgerecht is vanzelfsprekend niet verplicht de feiten te herkwalificeren wanneer zulks door de partijen wordt gevorderd, noch om, als het inderdaad tot herkwalificatie overgaat, de door de partijen voorgestelde herkwalificatie te weerhouden. Het feit dat de beklaagde en het Openbaar Ministerie onderling reeds een bepaalde heromschrijving van de feiten waren overeengekomen, doet hieraan geen afbreuk.⁵¹

2.2.3. De rechter mag de kwalificatie aanvullen, verbeteren of vervangen, maar wanneer is daar nu inderdaad sprake van?

31. Herkwalificatie impliceert dat de rechter de vermeldingen van de tenlastelegging – en dus de kwalificatie van de aanhangig gemaakte feiten – gaat aanvullen, verbeteren of vervangen.⁵²

32. Of het inderdaad gaat om dergelijke aanvulling, verbetering of vervanging van de initiële kwalificatie (en de naleving van de hierboven vermelde principes zich dus opdringt) is niet altijd even duidelijk. In wat volgt worden daarom een aantal (vaak voorkomende) situaties besproken waaromtrent het Hof van Cassatie de nodige verduidelijking bood.

33. Het duidelijkst is het wanneer de vonnisrechter de aanhangig gemaakte feiten eenvoudigweg anders kwalificeert: steunt de vervolging niet langer op de kwalificatie zoals weerhouden in de akte van aanhangigmaking, maar wel op een ander misdrijf, is er ontegensprekelijk sprake van herkwalificatie. Een voorbeeld hiervan betreft de situatie waarin de rechter van oordeel is dat cash afhalingen door een derde vanop de rekening op naam van een rechtspersoon niet als “het zich wederrechtelijk toe-eigenen van gelden” moeten worden gekwalificeerd, maar wel als “het verwerven, verhehlen of verhullen van criminele gelden”.⁵³ Dat dergelijke herkwalificatie zelfs maar in overweging wordt genomen, moet steeds voorafgaandelijk aan de beklaagde worden meegedeeld, zodat deze de kans heeft zich hiertegen te verdedigen.

34. Er is eveneens sprake van een herkwalificatie – waaromtrent de beklaagde standpunt moet kunnen innemen – wanneer de beklaagde werd vervolgd als deelnemer aan een misdrijf in de zin van artikel 66, tweede of derde lid Sw., maar de vonnisrechter hem veroordeelt als deelnemer aan datzelfde misdrijf in de zin van artikel 66, vierde lid Sw.⁵⁴ Hetzelfde geldt wanneer men wordt vervolgd voor een voltooid misdrijf, maar wordt veroordeeld voor de poging tot dit misdrijf.⁵⁵

35. Zoals hierboven reeds uitgebreid toegelicht, is er evenwel per definitie geen sprake van herkwalificatie wanneer de rechter zich uitspreekt over andere feiten dan diegene die ten grondslag lagen aan de initiële tenlastelegging(en). Het betreft hier immers hetzij een niet toegestane uitbreiding van de saisine van de rechter, hetzij de behandeling van feiten

^{47.} Cass. 13 november 2018, P.18.0360.N.

^{48.} Cass. 22 mei 2018, P.17.1261.N.

^{49.} Cass. 13 januari 1999, P.98.1521.F; Cass. 23 mei 2012, P.12.0070.F; Cass. 12 maart 2014, P.14.0129.F.

^{50.} Cass. 15 mei 2018, P.18.0040.N.

^{51.} Cass. 15 mei 2019, P.19.0088.F.

^{52.} Cass. 5 september 2006, P.06.0649.N; Cass. 20 februari 2007, P.06.1377.N.

^{53.} Cass. 21 januari 2020, P.19.0631.N.

^{54.} Cass. 22 mei 2018, P.17.1261.N.

^{55.} Cass. 8 oktober 2014, P.14.1063.F.

waarvoor de rechter bijkomend werd geadieerd door middel van een aanvullende aanhangigmaking.

36. Een bijzondere situatie doet zich voor wanneer de rechter zich in zijn uitspraak beperkt tot de feiten die bij hem aanhangig werden gemaakt, maar de feiten van een bijkomende kwalificatie voorziet. Hiervan is sprake wanneer een akte van aanhangigmaking ondanks het voorhanden zijn van eendaadse samenloop slechts één kwalificatie bevat maar de rechter verschillende kwalificaties weerhoudt. Zo kan de onopzettelijke aanrijding van een voetganger door een dronken bestuurder worden gekwalificeerd als onopzettelijke slagen en verwondingen, maar ook als inbreuk op de wegverkeerswet. Wanneer de bestuurder enkel wordt vervolgd voor onopzettelijke slagen en verwondingen, maar de rechter hem eveneens wil veroordelen voor de inbreuk op de wegverkeerswet, dan spreekt men van een ontubbeling van de tenlastelegging door de strafrechter. Dergelijke ontubbeling kan door de strafrechter niet rechtmatig worden uitgevoerd zonder een aanvullende aanhangigmaking⁵⁶, wat impliceert dat deze enkel mogelijk is in eerste aanleg.⁵⁷ Een eventuele voorafgaande mededeling door de vonnisrechter aan de beklaagde van zijn voornemen om zonder aanvullende aanhangigmaking tot ontubbeling over te gaan doet geen afbreuk aan deze onregelmatigheid.⁵⁸

37. Anders is het dan weer gesteld wanneer een tenlastelegging waarvoor een beklaagde wordt vervolgd als een welbepaald misdrijf wordt gekwalificeerd, maar een van de bestanddelen van dit misdrijf *de facto* een afzonderlijk misdrijf uitmaakt. Een voorbeeld hiervan betreft de situatie waarin de beklaagde voor als oplichting gekwalificeerde feiten wordt vervolgd en waarbij een van de aangewende listige kunstgrepen een valsheid in geschriften en het gebruik hiervan betreft, maar niet als dusdanig wordt gekwalificeerd in de akte van aanhangigmaking. In dat geval wordt de initiële tenlastelegging geacht tevens deze valsheid in geschriften en het gebruik ervan bij de rechter aanhangig te hebben gemaakt, wiens taak het aldus is hieraan de juiste juridische kwalificatie te geven. Dergelijke situatie betreft géén ontubbeling van de oorspronkelijke tenlastelegging, zodat het kwalificeren van het bestanddeel als een afzonderlijk misdrijf hier wél als een herkwalificatie moet worden beschouwd.⁵⁹

38. Wanneer een feit wordt vervolgd onder één kwalificatie, maar de rechter vaststelt dat de strafbare gedraging

opeenvolgend door de in de akte van aanhangigmaking weerhouden strafbepaling én een bepaling die deze strafbepaling opheft strafbaar wordt gesteld (waarbij beide strafbepalingen aldus dezelfde constitutieve bestanddelen bevatten) en de tenlastelegging in die zin heromschrijft, is er eveneens sprake van een herkwalificatie.⁶⁰ In de situatie die tot het kwestieuze arrest aanleiding gaven, werd een eerste KB opgeheven en vervangen door een tweede KB, waarbij beide KB's de gestelde gedraging strafbaar stelden.

39. Er is daarentegen geen sprake van herkwalificatie wanneer een rechter oordeelt dat verschillende aan de beklaagde ten laste gelegde feiten een collectief misdrijf door eenheid van opzet vormen (en geen louter materiële samenloop van misdrijven), nu de rechter de omschrijving van de feiten zelf niet wijzigt.⁶¹ Hetzelfde geldt bij het in aanmerking nemen van de herhaling als wettelijke verzwarende omstandigheid, nu dit geen bestanddeel van het misdrijf uitmaakt maar louter een persoonlijke omstandigheid betreft die eigen is aan de persoon van de dader.⁶²

40. Hoewel een verbetering van een materiële vergissing in de initiële tenlastelegging *de facto* een aanpassing van deze tenlastelegging met zich meebrengt, moet ook deze worden onderscheiden van de herkwalificatie. Een rechter oordeelt onaantastbaar op grond van de feiten die hij vaststelt of een onjuiste vermelding in een akte voortspuit uit een louter materiële vergissing die hij kan rechtzetten⁶³, zoals een eventuele onjuistheid met betrekking tot de weerhouden datum of incriminatieperiode.⁶⁴

2.3. Impact van de herkwalificatie op de bevoegdheid van het vonnisgerecht

41. De herkwalificatie van de aanhangig gemaakte feiten kan tot gevolg hebben dat het vonnisgerecht niet langer bevoegd is zich hierover uit te spreken, nu de tenlastelegging mogelijks wordt geherkwalificeerd als een misdrijf dat van een andere aard is dan datgene dat initieel werd weerhouden.

Wanneer het vonnisgerecht de bij hem aanhangig gemaakte feiten herkwalificeert, zijn in principe drie hypotheses mogelijk:

- de nieuwe kwalificatie is van dezelfde aard als de initiële kwalificatie (zoals wanneer misbruik van vertrouwen wordt geherkwalificeerd naar diefstal, waarbij beide inbreuken een wanbedrijf uitmaken);

⁵⁶ Cass. 1 april 2014, P.12.2036.N.

⁵⁷ Cass. 7 januari 2020, P.19.0806.N.

⁵⁸ Zie over de ontubbeling van de tenlastelegging ook S. VAN OVERBEKE, "Ontubbeling van de tenlastelegging door de strafrechter" (noot onder Cass. 1 april 2014), *RW* 2014-15, afl. 36, 1416-1420 en de daarin aangehaalde bronnen.

⁵⁹ Cass. 2 mei 2017, P.15.0102.N; Cass. 28 november 2017, P.16.1325.N; Cass. 20 november 2018, P.18.0758.N.

⁶⁰ Cass. 10 maart 2020, P.19.1164.N.

⁶¹ Cass. 13 mei 1988, P.98.9149.F, *Arr. Cass.* 1998, nr. 248, 547.

⁶² Cass. 25 april 2012, P.12.0178.F.

⁶³ Cass. 9 oktober 2018, P.18.0218.N.

⁶⁴ Cass. 19 augustus 2020, P.20.0859.N.

- de nieuwe kwalificatie behoort tot een lagere categorie (bv. wanneer een wanbedrijf wordt geherkwalificeerd naar een overtreding, dan wel gecontraventionaliseerd); of
- de nieuwe kwalificatie is zwaarder, zodat de feiten in principe tot de bevoegdheid van een hogere rechter behoren (bv. wanneer een wanbedrijf een misdaad blijkt te zijn, zoals wanneer een gewone diefstal wordt geherkwalificeerd naar een diefstal door middel van geweld of bedreiging).

42. In de eerste hypothese, waarbij de aard van het misdrijf hetzelfde blijft, blijft de rechtbank bij wie de feiten initieel aanhangig werden gemaakt, bevoegd.

43. Eenzelfde conclusie dringt zich op wanneer de nieuwe kwalificatie tot gevolg heeft dat het gaat om een misdrijf van een lagere categorie: het vonnisgerecht waar de feiten aanhangig zijn, blijft bevoegd om uitspraak te doen.⁶⁵ Dit wordt in artikel 192 Sv. uitdrukkelijk bevestigd met betrekking tot de correctionele rechtbank die zich over een misdrijf dat in principe tot de bevoegdheid van de politierechtbank behoort, moet uitspreken.

Hierop bestaat evenwel één uitzondering: stelt het hof van beroep in tweede aanleg vast dat het feit slechts een overtreding oplevert én wordt door het Openbaar Ministerie of de burgerlijke partij de verwijzing naar de politierechtbank gevraagd, dan moet het hof van beroep de zaak naar de politierechtbank verwijzen.⁶⁶

44. Wanneer een politie- of correctionele rechtbank middels een verwijzingsbeschikking werd gevat voor (respectievelijk) een gecontraventionaliseerd wanbedrijf of een gecorrectionaliseerde misdaad, dan blijft zij ook bevoegd wanneer ze de kwalificatie wijzigt in een ander wanbedrijf of een andere misdaad (zij het desgevallend onder voorbehoud van de voorwaarde dat het een correctionaliseerbare misdaad

betreft). Het vonnisgerecht moet daarbij zelf geen verzachtende omstandigheden aannemen, aangezien de door het onderzoeksgerecht aangenomen verzachtende omstandigheden ook gelden voor het heromschreven feit.⁶⁷ Het feit dat het een zwaarder wanbedrijf of een zwaardere misdaad zou betreffen, doet hieraan geen afbreuk, net zomin als het feit dat het onderzoeksgerecht deze zwaardere omschrijving uitdrukkelijk zou hebben uitgesloten.⁶⁸

45. Tot slot is er de situatie waarin het vonnisgerecht de feiten herkwalificeert naar een misdrijf dat in beginsel niet onder zijn bevoegdheid valt: de politierechtbank stelt vast dat de aanhangig gemaakte overtreding *de facto* een wanbedrijf is, of de correctionele rechtbank stelt vast dat het aanhangig gemaakte wanbedrijf een misdaad betreft. In dat geval zijn er twee mogelijkheden. Gaat het om een contraventionaliseerbare overtreding of een correctionaliseerbare misdaad, dan beschikken de politie- en de correctionele rechtbank op grond van de respectievelijke artikelen 5 en 3 van de wet van 4 oktober 1867 op de verzachtende omstandigheden over de mogelijkheid om zichzelf bevoegd te verklaren door verzachtende omstandigheden aan te nemen.

Zo zal een correctionele rechtbank die wordt gevat voor feiten van oplichting (en dus een wanbedrijf) maar vaststelt dat één van de listige kunstgrepen een valsheid in geschriften en het gebruik hiervan uitmaakt (en er dus tevens een misdaad in de tenlastelegging vervat zit), zich hier niettemin over kunnen uitspreken, op voorwaarde dat zij hiertoe zelf verzachtende omstandigheden aanneemt met toepassing van artikel 3, derde lid van de wet van 4 oktober 1867.⁶⁹

Wordt men geconfronteerd met een wanbedrijf of misdaad en gaat men desondanks niet over tot contraventionalisatie of correctionalisatie, of betreft het eenvoudigweg een niet-correctionaliseerbare misdaad, dan zal de politie- of correctionele rechtbank zich onbevoegd moeten verklaren, waarna het Hof van Cassatie het rechtsgebied zal regelen.⁷⁰

3. TOEPASSING VAN DE HOGERVERMELDE PRINCIPES OP HET ARREST VAN HET HOF VAN CASSATIE VAN 19 JANUARI 2021

46. Het cassatiearrest van 19 januari 2021 volgt op het cassatieberoep tegen een arrest van het hof van beroep te Gent van 28 september 2020.

47. Eiseres in cassatie was (onder meer) van oordeel dat het hof van beroep bij het beoordelen van de haar ten laste gelegde feiten het aanhangig gemaakte feit niet – zoals het hoort⁷¹ – ongewijzigd had gelaten, maar daarentegen andere feiten in de plaats had gesteld.

⁶⁵. R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Mechelen, Kluwer, 2014, 672.

⁶⁶. Art. 213 Sv.

⁶⁷. Cass. 15 november 2016, P.16.0773.N.

⁶⁸. *Idem*.

⁶⁹. Cass. 28 november 2017, P.16.1325.N.

⁷⁰. Cass. 12 januari 2021, P.21.0017.N.

⁷¹. Cass. 21 januari 2020, P.19.0631.N; Cass. 17 maart 2020, P.19.1219.N.

48. Uit het arrest van 28 september 2020 en het cassatie-arrest van 19 januari 2021 blijkt dat de tenlastelegging niet formeel werd geherkwalificeerd.

Eiseres in cassatie werd vervolgd wegens “*bij inbreuk op artikel 489ter, 1° Sw., met bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden, een gedeelte van de activa te hebben verduisterd of verborgen, namelijk een niet nader omschreven bedrag, waarvan minstens 25.131,70 EUR (...), dat de inkomsten uitmaakt van de verderzetting van de activiteiten van de gefailleerde na datum van faillissement (...)*” en deze kwalificatie (als inbreuk op art. 489 ter, 1° Sw.⁷²) werd door het hof van beroep gehandhaafd.

49. Eiseres in cassatie verweet het hof van beroep dan ook niet de feiten onrechtmatig te hebben geherkwalificeerd, maar wel een ander feit in de plaats van het aanhangig gemaakte feit te hebben gesteld. Daar waar de tenlastelegging de verduistering van een geldsom zou hebben geïseerd, zou het hof van beroep eiseres in cassatie immers – aldus ten onrechte – hebben veroordeeld voor het verduisteren van (een gedeelte van) de handelszaak, wat eiseres in cassatie zou hebben toegelaten inkomsten te genereren. Dit zou onder meer blijken uit de stelling van het hof van beroep: “*De vervolgde feitelijke gedraging is het verduisteren van activa door het in persoonlijke naam verderzetten van de activiteiten van de BVBA Elements en dit zonder vergoeding voor de overname van het handelsfonds en/of cliënteel en waarbij de inkomsten naar de beklaagde vloeiden.*”

Elders in het arrest sprak het hof van beroep over het zonder vergoeding overnemen van een gedeelte van het handelsfonds en het daarmee genereren van een omzet van minstens 25.131,70 EUR.

50. Met haar cassatieberoep lijkt eiseres in cassatie de geldende principes al te rigide te interpreteren.

51. Het weze immers eerst en vooral herhaald dat de bij het vonnisgerecht aanhangig gemaakte feiten niet enkel diegenen zijn die (uitdrukkelijk) worden aangehaald in de akte van aanhangigmaking, maar wel alle feiten zoals zij blijken uit de stukken van het gerechtelijk onderzoek of het opsporingsonderzoek en die aan de verwijzingsbeschikking of dagvaarding ten grondslag liggen⁷³, dan wel daarin zijn inbegrepen.⁷⁴

Anders gesteld volgt, in tegenstelling tot wat eiseres in cassatie lijkt voor te houden, uit de akte van aanhangigmaking *in casu* op generlei wijze dat uitsluitend de wegmaking van

het bedrag van 25.131,70 EUR aan het hof van beroep zou zijn voorgelegd, maar lijkt (zelfs enkel) op basis van de bewoordingen van de tenlastelegging te moeten worden aangenomen dat het gaat over de wegmaking van de voordelen die werden bekomen door de activiteiten van de gefailleerde onderneming verder te zetten na diens faillissement.

52. Het kan m.i. weinig zinnig worden betwist dat het hof van beroep dezelfde feiten viseerde. De volgorde werd dan wel omgedraaid (er is eerst sprake van de verderzetting van de activiteit en pas daarna van de inkomsten die hierdoor werden gegenereerd), doch het verbod om feiten die niet aanhangig werden gemaakt in de beoordeling te betrekken kan m.i. geenszins zo worden geïnterpreteerd dat men steeds precies dezelfde bewoordingen moet gebruiken.

53. Dit volgt ook duidelijk uit de op de herkwalificatie van toepassing zijnde regels: aangezien de rechter zich niet moet beperken tot de feiten die worden aangehaald in de akte van aanhangigmaking, leidt zelfs het naar aanleiding van een herkwalificatie *aanhaken* van andere feitelijke elementen dan diegene die initieel werden aangehaald niet tot een onrechtmatige herkwalificatie.⁷⁵ Deze conclusie dringt zich vanzelfsprekend *a fortiori* op wanneer er zelfs geen andere feitelijke elementen worden aangehaald, maar de feiten in kwestie enkel anders worden verwoord ...

54. Anders dan door eiseres in cassatie wordt opgeworpen, meen ik dan ook te kunnen besluiten dat het arrest van 19 januari 2021 perfect aansluit bij de eerdere rechtspraak met betrekking tot de verplichting van het vonnisgerecht om het initieel aanhangig gemaakte feit ongewijzigd te laten.⁷⁶

55. Volledigheidshalve past het om in het kader van deze annotatie, daarnaast ook kort even stil te staan bij de door het hof van beroep doorgevoerde verbetering van de incriminatieperiode.

Daar waar er initieel sprake was van “*de periode van 18 juni 2015 (datum faillissement) tot datum van de dagvaarding*”, werd de incriminatieperiode door het hof van beroep verbeterd en omschreven als zijnde “*op niet nader te bepalen tijdstippen in de periode van 18 juni 2015 (datum faillissement) tot 27 maart 2018*” (waarbij deze laatste datum de datum van de dagvaarding betrof).

Zoals hoger aangegeven moet een verbetering worden onderscheiden van de herkwalificatie. Er kan evenwel niettemin worden vastgesteld dat, zelfs als deze heromschrijving als een herkwalificatie zou moeten worden beschouwd, deze

⁷² Zijnde dus verduistering van activa. Hiervan is sprake wanneer men met bedrieglijk opzet lichamelijke of onlichamelijke goederen die deel uitmaken van het actief van de gefailleerde onderneming verduistert, *i.e.* wegmaakt zonder dat er een tegenwaarde in de plaats komt (A. DE NAUW en F. DERUYCK, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2020, 470-471).

⁷³ Zie o.m. Cass. 29 mei 2018, P.17.0762.N.

⁷⁴ Cass. 14 juni 2017, P.17.0259.N.

⁷⁵ Cass. 19 januari 1999, P.97.0599.N.

⁷⁶ Tenzij er sprake is van een aanvullende aanhangigmaking, hetgeen in de beroepsprocedure evenwel uitgesloten is.

geenszins aanleiding zou kunnen geven tot een verbreking door het Hof van Cassatie. In het arrest wordt immers uitdrukkelijk aangegeven dat de partijen hiervan voorafgaandelijk in kennis werden gesteld, alsook dat er hieromtrent geen verzet was. Anders gesteld kan worden besloten dat, nu de kwestieuze aanpassing van de incriminatieperiode geenszins

als enige inhoudelijke aanpassing van de feiten kan worden beschouwd (maar enkel als een loutere verbetering, die geen invloed heeft op de kwalificatie hiervan) én voorafgaandelijk aan de betrokkenen werd meegedeeld, de rechten van verdediging van laatstgenoemden geenszins werden geschonden.

4. BESLUIT

56. Zowel het geannoteerde cassatiearrest als de bij de bespreking van de op de herkwalificatie van toepassing zijnde basisprincipes vermelde cassatiearresten tonen aan dat het zowel voor de vonnisgerechten als voor rechtsonderhorigen lang niet altijd even eenvoudig is de in het strafrecht geldende basisprincipes op een evenwichtige wijze toe te passen. Daar waar de vonnisgerechten aan de geldende principes vaak een ruime invulling zullen toekennen, zal de

rechtsonderhorige met het oog op de vrijwaring van zijn rechten vaak (zoals ook blijkt uit het geannoteerde arrest) een zo rigide mogelijke invulling van deze beoordelingsvrijheid nastreven. Gelet op de ruime – en soms zelfs onaantastbare – beoordelingsvrijheid die aan vonnisrechter toekomt, zal de rechtsonderhorige hierbij evenwel niet zelden van een kale reis thuiskomen.