

Strafrecht

Recente rechtspraak omtrent de rechtsfiguur van de strafbare deelneming (2000-2010)

Jan VANHEULE
advocaat bij de balie te Brussel
vrijwillig wetenschappelijk medewerker Instituut voor Strafrecht K.U.Leuven

I. Inleiding

1. Met de rechtsfiguur van de strafbare deelneming wordt in de titel van deze bijdrage verwezen naar de algemene wettelijke regeling van de strafbare deelneming in Hoofdstuk VII van Boek I van het Sw.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie van het laatste decennium bevat een aantal belangrijke arresten m.b.t. het leerstuk van de strafbare deelneming. In dit referaat worden, op een thematische wijze, een aantal van deze arresten gesitueerd en becommentarieerd.

De volgende thema's komen, zij het op een fragmentarische wijze, aan bod: de toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen op de misdrijven omschreven in de communautaire en de regionale wetgeving (II), de definitie en de bestaansvoorwaarden voor de strafbare deelneming (III), het daderschap van de natuurlijke persoon (IV), de wilsovereenstemming en het deelnemingsopzet (V), de algemene beginselen m.b.t. de deelnemingsvormen (VI) en de problematiek van de straftoemeting in geval van objectieve verzwarende omstandigheden (VII).

II. Toepassingsgebied van de wettelijke deelnemingsbepalingen

§1. Toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen op de misdrijven omschreven in de bijzondere federale wetten en verordeningen

2. De toepassing van de bepalingen van Boek I van het Sw. op de misdrijven omschreven in de bijzondere federale wetten en verordeningen wordt geregeld door art. 100 Sw. Luidens art. 100 Sw. worden, bij gebreke aan andersluidende bepalingen in bijzondere wetten en verordeningen, de bepalingen van het eerste boek van het Sw. toegepast op de misdrijven die bij die wetten en verordeningen strafbaar zijn gesteld, met uitzondering van Hoofdstuk VII (strafbare deelneming) en van art. 85 Sw. (verzachtende omstandigheden). Talloze bijzondere wetten bevatten een bepaling waarbij de bijzondere strafwetgever Boek I in zijn totaliteit van toepassing verklaart, doorgaans met een uitdrukkelijke vermelding van Hoofdstuk VII en/of van art. 85 Sw.: "*Alle bepalingen van boek I van het Strafwetboek, daaronder begrepen hoofdstuk VII en artikel 85, zijn van toepassing op de misdrijven omschreven in deze wet*". Wanneer alle bepalingen van Boek I van het Sw. van toepassing worden verklaard, is een uitdrukkelijke vermelding van de wettelijke deelnemingsbepalingen niet vereist, opdat deze bepalingen zouden kunnen worden toegepast. Wanneer alle bepalingen van Boek I van het Sw. van toepassing worden verklaard, dient dit immers zo te worden begrepen dat de artikelen 1-99 Sw. van toepassing wor-

den verklaard.¹ Het Hof van Cassatie heeft dit standpunt bevestigd ten aanzien van art. 85 Sw. Verrassend is wel dat het Hof zich daarbij niet uitsluitend beroept op de bewoordingen van de wet, maar ook op de bedoeling van de wetgever. De vraag rijst of het Hof daarmee een voorbehoud heeft willen inbouwen.²

§2. Toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen op de misdrijven omschreven in de communautaire en de regionale wetgeving

3. De toepassing van de bepalingen van Boek I van het Sw. op de misdrijven omschreven in de communautaire en de regionale wetgeving wordt geregeld door art. 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.³ Luidens art. 11, eerste lid, *in fine* BWHI zijn de bepalingen van Boek I van het Strafwetboek van toepassing, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere inbreuken kunnen worden gesteld. Over de draagwijdte van deze bepaling bestaat geen eensgezindheid.⁴ Volgens een eerste opvatting geldt dat bij stilzwijgen van het decreet of de ordonnantie m.b.t. de toepassing van de bepalingen van Boek I van het Sw., de wettelijke deelnemingsbepalingen niet van toepassing zijn op de misdrijven omschreven in de communautaire en de regionale wetgeving. Deze stelling berust op de gedachte dat art. 11, eerste lid, *in fine* BWHI alle bepalingen van Boek I van het Sw. van toepassing verklaart, en bijgevolg ook art. 100 Sw. Volgens een tweede opvatting geldt art. 11, eerste lid, *in fine* BWHI als een tegenhanger van art. 100 Sw., zij het met weglating van de uitzondering voor de bepalingen van Hoofdstuk VII en art. 85 Sw. Uit art. 11, eerste lid, *in fine* BWHI vloeit dan voort dat, bij stilzwijgen van de decreetgever over de toepassing van de bepalingen van Boek I van het Sw., de wettelijke deelnemingsbepalingen van toepassing zijn op de misdrijven omschreven in de communautaire en de regionale wetgeving. Deze tweede interpretatie wordt bijgetreden door het Grondwettelijk Hof⁵ en door Het Hof van Cassatie.⁶ Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State geeft, onder verwijzing naar de parlementaire voorbereiding met betrekking tot art. 11, eerste lid, *in fine* BWHI, zich bij deze tweede opvatting aangesloten.⁷ Deze lezing

¹ Adv. RvS 8 februari 1973, *Parl. St. Kamer*, 1973-74, nr. 684/1, 16. *Contra*: Wetsontwerp op de giftige afval. Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer* 1973-74, nr. 684/1, 7.

² Cass. 13 oktober 2009, *RW* 2009-2010, 1472, noot A. VANDEPLAS.

³ Artikel 11 BWHI is, *mutatis mutandis*, van toepassing op het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest (art. 4 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, *BS* 14 januari 1989).

⁴ Voor een meer uitvoerige beschrijving van het meningsverschil, zie: Adv RvS 27 maart 2006, *Parl. St. VI. Parl.*, 2005-2006, nr. 672, 6-11; M. FAURE en J. VANHEULE, *Milieustrafrecht*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2006, nrs. 553-569, 241-248 en J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 80-88, 110-123.

⁵ Grondwettelijk Hof nr. 127/2000, 6 december 2000, rolno. 1722 en 1954, *BS* 23 december 2000.

⁶ Cass. 29 oktober 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2304 en *Pas.* 2002, I, 2061.

⁷ Adv RvS 27 maart 2006, *Parl. St. VI. Parl.*, 2005-2006, nr. 672, 11.

van art. 11, eerste lid, *in fine* BWHI impliceert een bevestiging van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof onder vigeur van art. 11 BWHI in zijn oorspronkelijke formulering, op grond waarvan de decreten de niet-naleving van hun bepalingen strafbaar konden stellen en de straffen bepalen "(...) *overeenkomstig Boek I van het Strafwetboek (...)*". Uit deze bepaling heeft het Grondwettelijk Hof afgeleid dat de artikelen 1 tot 99 van Boek I van het Sw, met inbegrip van de bepalingen van Hoofdstuk VII en art. 85 Sw, van toepassing zijn op de in de decreten omschreven strafbare gedragingen.⁸

III. Definitie en voorwaarden voor het bestaan van de strafbare deelneming

§1. Onderscheid tussen daders en deelnemers

4. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN hebben in hun "*Handboek Belgisch Strafrecht*" een omschrijving aangereikt van de situatie die wordt geregeld door de bepalingen van Hoofdstuk VII van Boek I van het Sw.: "*De strafbare deelneming, zoals zij door de artikelen 66-69 Sw. is geregeld, heeft betrekking op de gevallen, waarin één of meer personen het strafbare feit plegen, zoals het in de wettelijke delictomschrijving wordt voorzien, die daartoe worden aangezet of bijgestaan door één of meer andere personen, die zonder de bepalingen van artikel 66-69 Sw., straffeloos zouden blijven*".⁹ Deze definitie werd overgenomen door eerste advocaat-generaal M. DE SWAEF in zijn conclusie bij een arrest van het Hof van Cassatie van 20 januari 2009.¹⁰ De aangehaalde omschrijving van de problematiek die door de bepalingen van Hoofdstuk VII van Boek I van het Sw. wordt geregeld, berust op een onderscheid tussen twee categorieën van delictsbetrokkenen: 'daders' enerzijds en 'deelnemers' anderzijds.

De dader, die in de rechtspraak van het Hof van Cassatie ook wordt aangeduid als de 'eigenlijke dader'¹¹ of de 'hoofddader'¹², kan worden omschreven als de persoon die de constitutieve bestanddelen van het strafbaar hoofdfeit in zijn persoon verenigt.¹³ De dader of de hoofddader is strafbaar op grond van de wettelijke delictomschrijving zelf, zodat een beroep op de wettelijke deelnemingsbepalingen niet is vereist. De deelnemer is de persoon van wie de gedra-

⁸ Grondwettelijk Hof nr. 5/90, 17 januari 1990, rolnr. 143, *BS* 8 februari 1990, overweging 3.B.6. Voor een identieke formulering, zie: Grondwettelijk Hof nr. 15/90, 5 april 1990, rolnr.135, *BS* 24 mei 1990, overwegingen B.17 en B.21. Zie ook: Grondwettelijk Hof nr. 38/92, 7 mei 1992, rolnr. 391, *BS* 7 oktober 1992, overweging B.4.2.

⁹ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, nr. 560, 314.

¹⁰ Concl. M. DE SWAEF bij Cass. 20 januari 2009, AR P080650N.

¹¹ Cass. 29 april 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1082 en *Pas.* 1980, I, 1073.

¹² Zie bv.: Cass. 20 november 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1973 en *Pas.* 2001, I, 1906; Cass. 7 september 2005, *Pas.* 2005, I, 1574 en Cass. 17 januari 2006, *Pas.* 2006, I, 175 en *RAGB* 2006, 883, noot. F. VAN VOLSEM.

¹³ Cass. 29 april 1980, *Arr.Cass.* 1979-80, 1082 en *Pas.* 1980, I, 1073.

ging niet beantwoordt aan de wettelijke delictomschrijving van het misdrijf waartoe deze heeft aangezet of waartoe deze bijstand heeft verleend en die daarom slechts strafbaar is wanneer de wettelijke deelnemingsbepalingen van toepassing zijn. Om de dader of de hoofddader te onderscheiden van de andere personen van wie de gedraging wordt omschreven in art. 66 Sw. en die 'slechts' deelnemers zijn, noemt het Hof deze laatsten ook 'mededaders'. Aldus lezen we in verschillende arresten dat het volstaat dat een dader het misdrijf heeft gepleegd en dat de mededader of de medeplichtige wetens en willens aan de uitvoering van het misdrijf heeft meegewerkt op één van de door de wet bepaalde wijzen. Met de dader bedoelt het Hof dan de eigenlijke dader of de hoofddader van het misdrijf, d.i. de persoon die de constitutieve bestanddelen van het misdrijf in zijn persoon verenigt (art. 66, tweede lid, eerste zinsnede Sw.), terwijl met de mededaders het Hof dan de personen bedoelt die op één van de wijzen omschrijven in art. 66 Sw. aan het misdrijf hebben deelgenomen, zonder daarbij het misdrijf in al zijn bestanddelen te hebben gepleegd (art. 66, tweede lid, tweede zinsnede, derde, vierde en vijfde lid Sw.). In een arrest van het Hof van Cassatie van 25 september 2001 maakt het Hof een duidelijk onderscheid tussen de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om hetzij als dader hetzij als mededader van het misdrijf van oplichting strafbaar te zijn.¹⁴

§2. Onzelfstandigheid van de strafbaarheid van de deelneming

5. De Belgische rechtsleer typeert de Belgische deelnemingsregeling nagenoeg unaniem als een stelsel van onzelfstandige strafbare deelneming. In de regel beoogt men daarmee uit te drukken dat de deelnemingsgedraging niet uit zichzelf strafbaar is, maar haar strafbaar karakter 'ontleent' aan het strafbaar hoofdfeit waartoe wordt bijgedragen. In een arrest van 18 januari 2000 heeft het Hof van Cassatie het onzelfstandig karakter van de strafbaarheid van de deelneming voor het eerst *expressis verbis* bevestigd: "*Overwegende dat de voorafgaande daad van deelneming haar strafbaar karakter 'ontleent' aan en door de verwezenlijking van het hoofdmisdrijf, waardoor eenzelfde misdaad of wanbedrijf wordt gepleegd*".¹⁵ De onzelfstandigheid van de strafbaarheid van de deelneming - ook wel omschreven als de 'afhankelijkheid' of de 'accessoriteit' van de strafbare deelneming - impliceert dat strafbare deelneming een strafbaar hoofdfeit veronderstelt én dat er tussen de deelnemingsgedraging en het strafbaar hoofdfeit een objectieve of materiële en een subjectieve of morele band moet bestaan. Opdat deelneming aan een misdrijf strafbaar zou zijn, dienen aldus drie voorwaarden te zijn vervuld: (1) een strafbaar hoofdfeit dat door de wet als misdaad of als wanbedrijf wordt gekwalificeerd; (2) een wettelijk omschreven deelnemingsgedraging en (3) een deelnemingsopzet, d.i. wetens en willens deelnemen. In een arrest van 26 november 2002 expliciteert het Hof van Cassatie deze voorwaarden nadrukkelijk: "*Overwegende dat strafbare deelneming aan een handelingsmisdrijf steeds mogelijk is; Dat ze vereist dat: -*

¹⁴ Zie in dit verband ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke de wet geen onderscheid maakt tussen de begrippen dader en mededader: de mededader is wettelijk dader van de misdaad of het wanbedrijf (Cass. 5 oktober 2005, *Pas.* 2005, I, 1813 en *RCJB* 2006, 243, noot F. KUTY).

¹⁵ Cass. 18 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 132 en *Pas.* 2000, I, 130.

de mededader een door de wet bepaalde vorm van medewerking aan een misdaad of een wanbedrijf verleent, - hij weet dat hij zijn medewerking aan een bepaalde misdaad of wanbedrijf verleent; - hij het opzet heeft aan die misdaad of dat wanbedrijf zijn medewerking te verlenen".¹⁶ Onder 'opzet' wordt hier m.i. enkel begrepen, de wil of de bedoeling om bij te dragen tot een welbepaald misdrijf.

IV. Daderschap van de natuurlijke persoon

§1. Toerekening van constitutieve bestanddelen

6. De (hoofd)dader of de uitvoerder, d.i. de persoon die het strafbaar hoofdfeit pleegt, wordt omschreven als de persoon die alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf in zijn persoon verenigt. Dader is dus in elk geval, de natuurlijke persoon die eigenhandig de gedraging heeft verricht die aan de wettelijke delictomschrijving beantwoordt en handelt met de door de wet vereiste subjectieve ingesteldheid. Evenwel kunnen, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Cassatie, ook personen die niet eigenhandig de delictgedraging hebben verricht, dader zijn.

Volgens het Hof van Cassatie is de persoon die een derde als louter instrument gebruikt om een misdrijf te plegen en aldus de delictuele gedraging niet eigenhandig heeft verricht, geen morele dader door aanzetting, maar wel uitvoerder in de zin van art. 66, tweede lid, tweede zinsnede Sw.¹⁷ Deze modaliteit van daderschap is bekend als het 'middellijk' daderschap. In het geval van het middellijk daderschap wordt de materiële gedraging die door de onmiddellijke dader wordt verricht, verticaal 'toegerekend' aan de middellijke dader, waardoor deze 'geacht' kan worden alle constitutieve bestanddelen in zijn persoon te verenigen. De mogelijkheid van toerekening van constitutieve bestanddelen wordt bevestigd door het Hof van Cassatie in een arrest van 25 september 2001. In dit arrest overweegt het Hof dat het feit dat een persoon de realisatie van één van de constitutieve bestanddelen van een misdrijf bewust heeft overgelaten aan een ander, niet belet dat alle constitutieve bestanddelen van dat misdrijf in zijn hoofd verenigd kunnen zijn.¹⁸

§2. Daderschap van natuurlijke personen in het geval van een kwaliteitsdelict gepleegd door een rechtspersoon

7. Vóór de invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van rechtspersonen werd, wanneer een rechtspersoon een misdrijf had gepleegd, het misdrijf toegerekend aan de natuurlijke persoon door wiens

¹⁶ Cass. 26 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2564 en *Pas.* 2002, I, 2250. Zie ook: Cass. 22 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1154 en *Pas.* 2004, I, 1096; Cass. 29 november 2005, *Pas.* 2005, I, 2389; Cass. 26 november 2006, *FJF* 2007, 561 en *TFR* 2007, 129 en Cass. 28 september 2010, AR P100099N.

¹⁷ Cass. 9 maart 1993, *Arr.Cass.* 1993, 268 en *Pas.* 1993, I, 260.

¹⁸ Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1538 en *Pas.* 2001, I, 1482.

toedoen de rechtspersoon heeft gehandeld of heeft nagelaten te handelen. Daarbij werd de natuurlijke persoon in de regel strafrechtelijk veroordeeld als dader – niet als deelnemer - van het door de rechtspersoon gepleegde misdrijf en werd in de rechtspraak en de rechtsleer aangenomen dat alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf aanwezig dienden te zijn in hoofde van die natuurlijke persoon.¹⁹ In het geval van een kwaliteitsdelict, waarbij de hoedanigheid of kwaliteit een constitutief bestanddeel van het misdrijf uitmaakt, werd evenwel aangenomen dat de wettelijk vereiste hoedanigheid of kwaliteit niet aanwezig diende te zijn in hoofde van de natuurlijke persoon, door wiens toedoen de rechtspersoon heeft gehandeld of heeft nagelaten te handelen.²⁰ Vastgesteld kan worden dat ook na de inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, de hoven en rechtbanken kwaliteitsdelicten toerekenen in de hoedanigheid van dader, enerzijds aan rechtspersonen die bekleed zijn met de door de wet vereiste hoedanigheid of kwaliteit en, anderzijds, aan (leidinggevende) natuurlijke personen, hoewel deze niet de door de wet vereiste hoedanigheid of kwaliteit bezitten. In dit verband overweegt het Hof van Cassatie in een arrest van 29 mei 2007: "*De omstandigheid dat de wet de belastingplichtige, zij het een natuurlijke persoon of rechtspersoon, die bepaalde fiscale verplichtingen niet nakomt en verschuldigde belastingen niet betaalt, strafbaar stelt, staat niet eraan in de weg dat de rechter deze misdrijven toerekent aan de persoon die in rechte of in feite de ware verantwoordelijke is, voor het nakomen van die verplichtingen van de rechtspersoon en door zijn persoonlijk optreden schuld heeft aan het nalaten van de rechtspersoon*".²¹

De strafrechtelijke toerekening van kwaliteitsdelicten aan een natuurlijke persoon in de hoedanigheid van dader stuit, wanneer deze de door wet vereiste hoedanigheid of kwaliteit niet bezit, op een juridisch bezwaar.²² In voorkomend geval is de natuurlijke persoon immers geen adreessaat van de overtreden strafbepaling en kan deze niet als dader van het misdrijf worden veroordeeld, eventueel wel als deelnemer. De wettelijke strafbepaling die een kwaliteitsdelict omschrijft, wordt geschonden door de strafrechtelijke veroordeling als dader van een natuurlijke persoon die zelf niet de door de wet vereiste hoedanigheid bezit. Vanuit een pragmatische invalshoek kon de rechtspraak van het Hof van Cassatie die dateert van vóór de inwerkingtreding van de wet van 4 mei 1999 wel worden verklaard. Wanneer zou worden geëist dat de natuurlijke persoon de door de wet vereiste hoedanigheid of kwaliteit moet bezitten, dreigde immers een strafbaarheidslacune. Evenwel kan de rechtspersoon nu zelf wor-

19 Cass. 22 november 2006, AR P061133F en *Pas.* 2006, I, 2452 en Cass. 19 september 2007, AR P070434F.

20 Cass. 26 februari 1934, *Pas.* 1934, I, 180. Zie ook: Cass; 18 december 1933, *Pas.* 1933, I, 107, concl. A. GESHÉ.

21 Cass. 29 mei 2007, AR P070205N.

22 Zie in vergelijkbare zin: P. TRAEST, "De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", *T.R.V.* 1999, 461 en A. MASSET, 657, "La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée", *J.T.* 1999, 657.

den gestraft, zodat het pragmatische argument van de dreigende straffeloosheid vervalt.²³

V. Wilsovereenstemming en deelnemingsopzet

§1. Voorwaarde van de wilsovereenstemming tussen de delictsbetrokkenen

8. Hoewel dit niet zonder meer blijkt uit de wettelijke deelnemingsbepalingen, wordt in de rechtsleer nagenoeg unaniem aangenomen dat er tussen de delictsbetrokkenen een subjectieve band dient te bestaan.²⁴ Traditioneel omschrijft men die vereiste subjectieve band als de 'wilsovereenstemming' tussen de delictsbetrokkenen: de wil van de verschillende delictsbetrokkenen moet gericht zijn op de verwezenlijking van eenzelfde misdrijf, een welbepaald gemeenschappelijk strafbaar doel.

In de rechtsleer is de opvatting m.b.t. de vereiste vorm van de wilsovereenstemming geëvolueerd. In de oudste commentaren werd aangenomen dat er tussen de delictsbetrokkenen een 'voorafgaand overleg' vereist is, d.i. een 'gekwalficeerde' wilsovereenstemming. Vooral onder impuls van P.E. TROUSSE heeft men vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw afstand genomen van de voorwaarde van het voorafgaand overleg en aangenomen dat een 'eenvoudige' wilsovereenstemming volstaat.²⁵ Door voor de toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen genoeg te nemen met een eenvoudige, niet gekwalficeerde wilsovereenstemming, wordt de toepassings sfeer van de wettelijke deelnemingsbepalingen uitgebreid. De 'geïmproviseerde' deelneming, de 'successieve' deelneming en de 'geheime' deelneming vallen dan immers ook onder de toepassings sfeer van de wettelijke deelnemingsbepalingen.

In verschillende stappen heeft ook het Hof van Cassatie afstand genomen van de voorwaarde van het voorafgaand overleg. Aanvankelijk heeft het Hof van Cassatie de voorwaarde van het voorafgaand overleg bevestigd.²⁶ Later heeft het Hof van Cassatie gepreciseerd dat het overleg stilzwijgend kan zijn.²⁷ Reeds geruime tijd vereist het Hof van Cassatie geen (voorafgaand) overleg

23 Zie daarover: JAN VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 755-758, 943-949.

24 Vergl.: J. NYPELS, *Le code pénal belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, I, *Droit pénal général (art. 1er à 100bis)*, (troisième édition mise au courant de la doctrine et de la jurisprudence par J. SERVAIS), Brussel, Établissements Emile Bruylant, 1938, nr. 11, 255-256. Volgens J. NYPELS en J. SERVAIS veronderstelt de toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen geen (eenvoudige) wilsovereenstemming tussen de delictsbetrokkenen.

25 P.E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, in *Les Nouvelles. Droit pénal*, 1/2, Brussel, Larcier, 1962, nrs. 3849-3852, 115 en P.E. TROUSSE, "La participation criminelle en droit pénal positif belge", *R.I.D.P.* 1957, 152-154.

26 Cass. 16 maart 1920, *Pas.* 1920, I, 90, concl. B. JOTTRAND en Cass. 8 april 1929, *Pas.* 1929, I, 148.

27 Cass. 3 juli 1950, *Arr.Cass.* 1950, 691 en *Pas.* 1950, I, 789.

meer tussen de deelnemers. Het Hof van Cassatie beperkt er zich doorgaans toe te overwegen dat de deelnemer wetens en willens moet hebben bijgedragen tot het gepleegde misdrijf.²⁸ De deelnemer moet weten dat hij zijn medewerking verleent aan een bepaalde misdaad of een bepaald wanbedrijf en hij moet de wil hebben om zijn medewerking te verlenen aan die misdaad of dat wanbedrijf. Enige vorm van overleg, hetzij een uitdrukkelijk hetzij een stilzwijgend overleg, wordt daarbij niet als voorwaarde gesteld. In een arrest van 5 oktober 2005 heeft het Hof van Cassatie dit formeel bevestigd. Het middel dat is gebaseerd op het ontbreken van een voorafgaand overleg tussen de deelnemers, faalt volgens het Hof naar recht: "*Overwegende dat het middel, in zoverre het aanvoert dat twee beklagden slechts wegens een zelfde misdrijf kunnen worden schuldig verklaard voor zover voorafgaand overleg bewezen is, faalt naar recht.*"²⁹

Kan uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden afgeleid dat het Hof wel blijft vasthouden aan een 'eenvoudige' wilsovereenstemming tussen de delictsbetrokkenen, als voorwaarde voor de toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen? Dat de strafbaarheid van de deelneming op grond van de artikelen 66-67 Sw. veronderstelt dat de delictsbetrokkene wetens en willens heeft gehandeld, betekent immers nog niet dat er tussen deze delictsbetrokkene en de andere delictsbetrokkenen een wilsovereenstemming moet bestaan. Evenwel kan uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie worden afgeleid dat er volgens het Hof wel degelijk een wilsovereenstemming moet bestaan. In de rechtspraak van het Hof m.b.t. in deelnemingsverband gepleegde misdrijven die een bijzonder opzet veronderstellen, oordeelt het Hof dat het volstaat dat de dader heeft gehandeld met het opzet dat constitutief is voor het misdrijf, d.i. dus het bijzonder opzet, en dat de deelnemer wetens en willens aan het misdrijf heeft meegewerkt. De deelnemer moet willen bijdragen tot het misdrijf dat de dader opzettelijk en dus 'willens' heeft gepleegd. In een arrest van 26 februari 2008 overweegt het Hof in dit verband: "*De mededaderschap van art. 66 Strafwetboek vereist niet dat de mededader zelf het opzet heeft dat vereist is voor het misdrijf waaraan hij zijn medewerking verleent is vereist (sic) maar volstaat dat hij wetens en willens zijn medewerking verleent aan het door de dader gewilde misdrijf*".³⁰ Ook in de rechtspraak van het Hof volgens welke de wettelijke deelnemingsbepalingen niet kunnen worden toegepast in het geval van uit onachtzaamheid gepleegde misdrijven, kan een bevestiging worden gelezen van de voorwaarde van de wilsovereenstemming.³¹

§2. Deelnemingsopzet

9. Volgens de dominante opvatting in de rechtspraak en de rechtsleer moet er een wilsovereenstemming bestaan tussen de delictsbetrokkenen, opdat hun ge-

28 Cass. 18 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 132 en *Pas.* 2000, I, 130; Cass. 26 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2564 en *Pas.* 2002, I, 2250; Cass. 16 december 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2296, *Pas.* 2003, I, 2021 en *R.A.G.B.* 2005, 542, noot L. DELBROUCK en Cass. 22 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1154 en *Pas.* 2004, I, 1096.

29 Cass. 5 oktober 2005, *Pas.* 2005, I, 1813 en *RCJB* 2006, 243, noot F. KUTY.

30 Cass. 26 februari 2008, AR P061518N.

31 Cass. 25 november 2008, AR P0808881N.

dragingen met elkaar zouden kunnen worden verbonden en in hun onderlinge samenhang zouden kunnen worden beoordeeld: zonder subjectieve band tussen de delictsbetrokkenen kan er geen sprake zijn van een 'actiegemeenschap'.³² De voorwaarde van de wilsovereenstemming is vooral van belang in de verhouding tussen de deelnemer en de dader. Deelnemingsgedragingen bezitten uit zichzelf in beginsel geen onrechtmatig karakter. Wanneer deze gedragingen, bij gebrek aan een wilsovereenstemming tussen de deelnemers die de deelnemingsgedragingen hebben verricht en de dader die het strafbaar hoofdfeit heeft gepleegd, los moeten worden beschouwd van het strafbaar hoofdfeit, kunnen de deelnemingsgedragingen in beginsel geen aanleiding geven tot bestraffing. Deelnemingsgedragingen die uit zichzelf niet onrechtmatig zijn, verkrijgen slechts een onrechtmatig karakter door hun band met het strafbaar hoofdfeit. In het geval van een in deelnemingsverband gepleegd misdrijf, dient voor elke deelnemer afzonderlijk te worden onderzocht of er tussen de deelnemer en de dader wilsovereenstemming bestaat.

De voorwaarde van de wilsovereenstemming tussen de dader en de deelnemer kan worden opgesplitst in drie van elkaar te onderscheiden voorwaarden: (1) in hoofde van de deelnemer moet 'deelnemingsopzet' aanwezig zijn; (2) de dader moet opzettelijk een strafbaar hoofdfeit hebben gepleegd en (3) er moet 'congruentie' bestaan tussen het deelnemingsopzet en het door de dader opzettelijk gepleegde misdrijf. De voorwaarde van de congruentie tussen het deelnemingsopzet en het door de dader opzettelijk gepleegde misdrijf moet vervuld zijn, opdat er sprake zou kunnen zijn van een voor de strafbaarheid van de deelneming vereiste subjectieve band tussen de deelneming en het strafbaar hoofdfeit. De drie vermelde voorwaarden liggen besloten in de volgende overweging van het Hof van Cassatie in een arrest van 26 februari 2008: "*De [sic] mededaderschap van art. 66 Strafwetboek vereist niet dat de mededader zelf het opzet heeft dat vereist is voor het misdrijf waaraan hij zijn medewerking verleent is vereist (sic) maar volstaat dat hij wetens en willens zijn medewerking verleent aan het door de dader gewilde misdrijf*".³³

A. Onderscheid tussen deelnemingsopzet en het opzet als constitutief bestanddeel van het strafbaar hoofdfeit

10. Een deelnemingsgedraging dient niet alle constitutieve bestanddelen van het strafbaar hoofdfeit in zich te dragen (*infra*). Op grond van dit uitgangspunt oordeelt het Hof van Cassatie dat in hoofde van een deelnemer niet het opzet dient aanwezig te zijn dat is vereist voor het misdrijf waaraan hij deelneemt.³⁴ Het volstaat dat de *deelnemer* wetens en willens heeft bijgedragen tot een strafbaar hoofdfeit en dat de *dader* heeft gehandeld met het door de wet als constitutief bestanddeel vereiste (bijzonder) opzet. In het geval van een in deelnemingsverband gepleegde oplichting betekent dit dat, om als deelnemer strafrechtelijk veroordeeld te kunnen worden aan het misdrijf van oplichting, het opzet is vereist, niet om zelf bedrieglijk andermans zaak toe te eigenen,

32 J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, I, Gent, Librairie générale de Ad. Hoste, 1874, nr. 453, 348.

33 Cass. 26 februari 2008, AR P061518N.

34 Cass. 12 september 2006, AR P060598N.

maar om wetens en willens zijn medewerking aan de oplichting te verlenen.³⁵ In het geval van een in deelnemingsverband gepleegde fiscale valsheid in geschriften zoals omschreven in art. 73 WBTW of in art. 448 WIB betekent dit dat, om als deelnemer strafrechtelijk veroordeeld te kunnen worden aan deze misdrijven van fiscale valsheid in geschriften, niet is vereist dat men heeft gehandeld met het oogmerk dat wordt omschreven in art. 73 WBTW of in art. 449 WIB. Het volstaat dat de deelnemer wetens en willens zijn medewerking verleent aan één van deze fiscale valsheden in geschriften.³⁶

B. Deelnemingsopzet: dubbel opzet

11. Het deelnemingsopzet omvat een dubbele opzetvereiste: enerzijds dient het opzet in hoofde van de deelnemer gericht te zijn op het deelnemen zelf, en, anderzijds, dient het opzet gericht te zijn op het te plegen misdrijf. In de rechtspraak zijn sporen van de twee facetten van het deelnemingsopzet terug te vinden. In een arrest van 12 september 2006 overweegt het Hof van Cassatie uitdrukkelijk dat is vereist dat een deelnemer weet dat hij zijn medewerking verleent aan het misdrijf en ook dat hij het opzet heeft om zijn medewerking aan het misdrijf te verlenen (opzet gericht op het deelnemen).³⁷ In een arrest van 24 juni 2008 overweegt het Hof van Cassatie dat de deelnemer moet weten dat een misdrijf wordt gepleegd (opzet gericht op het te plegen misdrijf).³⁸

Wat betreft de kenniscomponent van het deelnemingsopzet, legt het Hof van Cassatie de nadruk doorgaans op de kennis van het *misdrijf* dat in deelnemingsverband zal worden gepleegd. De deelnemer moet kennis hebben van de omstandigheden die aan het feit waaraan hij deelneemt, het karakter verlenen van een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf. Door de wilscapcomponent van het deelnemingsopzet te omschrijven als de wil om op een door de wet bepaalde wijze *samen te werken* om het misdrijf te plegen³⁹ of als het opzet om zijn *medewerking* te verlenen⁴⁰, benadrukt het Hof eerder de wil om deel te nemen. In een arrest van 2 oktober 2007 komen de twee facetten van het deelnemingsopzet duidelijk tot uiting: "*Deze overwegingen moeten niet gelezen worden zoals de eiser dat doet. Wanneer men ze samen leest betekenen ze dat de appelrechters van oordeel zijn dat uit de feitelijke omstandigheden van de zaak blijkt dat de eiser met kennis van het misdrijf en met de wil om door de terbeschikkingstelling en blijven stellen van de grond tot plaatsing van de verboden publiciteit, eraan zijn medewerking te verlenen, aan het misdrijf heeft meegewerkt*" (eigen nadruk).⁴¹

³⁵ Cass. 25 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1538 en *Pas.* 2001, I, 1482.

³⁶ Cass. 28 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1466, *Pas.* 2005, I, 1464 en *RW* 2005-2006, 1659, noot. E. VAN DOOREN.

³⁷ Cass. 12 september 2006, AR P060598N.

³⁸ Cass. 24 juni 2008, AR P080433N.

³⁹ Cass. 10 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1022 en *Pas.* 2005, I, 1017.

⁴⁰ Cass. 12 september 2006, AR P060598N.

⁴¹ Cass. 2 oktober 2007, AR P070546N.

C. Strafbare deelneming veronderstelt in de regel een direct, bepaald deelnemingsopzet

12. In de regel wordt in de rechtspraak en de rechtsleer het stilzwijgen bewaard omtrent de modaliteit van het 'eventueel' deelnemingsopzet. Impliciet wordt uitgegaan van de opvatting dat de strafbaarheid van de deelneming 'direct' of 'rechtstreeks' deelnemingsopzet veronderstelt.⁴² Wat betreft het opzet t.a.v. het deelnemen, impliceert de voorwaarde van het direct deelnemingsopzet dat de wetenschap dat men door zijn gedrag eventueel kan bijdragen tot een misdrijf en dat men dit *a priori* aanvaardt, niet volstaat voor de strafbaarheid van de deelneming. Wat betreft het opzet t.a.v. het te plegen misdrijf, impliceert de voorwaarde van het direct deelnemingsopzet dat in hoofde van de deelnemer zekerheid dient te bestaan over het feit dat een misdrijf zal worden gepleegd. Vastgesteld kan worden dat de rechtspraak twee vormen erkent waaronder het direct deelnemingsopzet zich kan voordoen: 'bepaald' en 'onbepaald' deelnemingsopzet. Onder het bepaald deelnemingsopzet begrijpen we dat de deelnemer een welbepaald misdrijf voor ogen heeft. Onder onbepaald deelnemingsopzet begrijpen we dat de deelnemer handelt met de ingesteldheid om tot om het even welk misdrijf bij te dragen. Het onderscheid tussen bepaald en onbepaald deelnemingsopzet heeft in deze voorstelling dus betrekking op het twee facet van het deelnemingsopzet, d.i. het opzet t.a.v. het te plegen misdrijf.

1. Strafbare deelneming veronderstelt in beginsel een bepaald deelnemingsopzet

13. De deelnemer die doelbewust bijdraagt tot een strafbaar feit, zonder precies te weten welk strafbaar feit, kan in beginsel niet worden gestraft wegens deelneming aan dat strafbaar feit: strafbare deelneming veronderstelt (in beginsel) dat het deelnemingsopzet betrekking heeft op een welbepaald misdrijf. Het Hof van Cassatie bevestigt dit, door te overwegen dat de deelnemer wetens en willens moet deelnemen aan een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf.⁴³ De voorwaarde volgens welke het deelnemingsopzet betrekking moet hebben op een welbepaald misdrijf, houdt in dat op het ogenblik dat een deelnemer een wettelijk omschreven deelnemingsgedraging verricht, deze daarbij een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf voor ogen moet hebben. De congruentievereiste impliceert dat het misdrijf dat *in concreto* wordt gepleegd, moet beantwoorden aan het deelnemingsopzet.

Overeenkomstig de actuele stand van de rechtspraak en de rechtsleer kan de kenniscomponent van het opzet t.a.v. het misdrijf waaraan wordt deelgenomen, als volgt worden omschreven: de deelnemer moet in beginsel kennis hebben

⁴² Over de omschrijving en de erkenning van de modaliteit van het eventueel deelnemingsopzet, zie: J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 350-368, 438-456.

⁴³ Cass. 26 november 2002, *Arr.Cass.* 2002, 2564 en *Pas.* 2002, I, 2250; Cass. 16 december 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2296, *Pas.* 2003, I, 2021 en *R.A.G.B.* 2005, 542, noot L. DELBROUCK en Cass. 22 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1154 en *Pas.* 2004, I, 1096.

van alle omstandigheden die aan het feit, waaraan hij door zijn medewerking beoogt deel te nemen, het kenmerk geven van een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf.⁴⁴ Volgens het Hof van Cassatie is evenwel niet vereist dat de deelnemer ook kennis heeft van al de bijzondere 'uitvoeringsmodaliteiten' van het te plegen misdrijf.⁴⁵ Onder de bijzondere uitvoeringsmodaliteiten dienen ook de objectieve verzwarende omstandigheden te worden begrepen. In dit verband dient te worden opgemerkt dat, wanneer wordt aangenomen dat iemand strafbaar is wegens deelneming aan een misdrijf, ook wanneer hij geen kennis heeft van de verzwarende omstandigheden waarmee het misdrijf gepaard kan gaan, dit nog niet *per se* betekent dat de wettelijke strafverzwaring die het gevolg is van de vaststelling van een verzwarende omstandigheid, zonder meer kan worden toegepast op de deelnemer.

Dat een deelnemer kennis dient te hebben van alle omstandigheden die aan het feit waaraan hij zijn medewerking beoogt te verlenen, het karakter verlenen van een welbepaalde misdaad of een welbepaald wanbedrijf, houdt ook in dat de deelnemer, in het geval van deelneming aan een misdrijf dat een bijzonder opzet vereist in hoofde van de dader, op de hoogte moet zijn van dit (bijzonder) opzet in hoofde van de dader.⁴⁶

2. Erkenning van het relatief onbepaald deelnemingsopzet

14. Onder het onbepaald deelnemingsopzet begrijpen we die specifieke geestgesteldheid die in de doctrine ook wordt omschreven als de deelneming "*à toutes chances*", de deelneming aan een "*onbepaald misdrijf*" of de deelneming door "*gewilde onwetendheid*". Het betreft de situatie waarbij de deelnemer weet dat hij bijdraagt tot een misdrijf en dit ook beoogt te doen, maar daarbij vrijwillig afziet van een concrete misdrijfkennis, in die zin dat de deelnemer niet wil weten aan welk misdrijf hij precies deelneemt. In een arrest van 16 december 2003 heeft het Hof van Cassatie het onbepaald deelnemingsopzet erkend, door de strafbaarheid van de deelneming te bevestigen in het geval waarbij de deelnemer vrijwillig heeft verzaakt aan een meer concrete 'kennis' en 'opzet' m.b.t. het misdrijf waaraan hij deelneemt.⁴⁷

Door de erkenning van het onbepaald deelnemingsopzet wordt de voorwaarde van het bepaald deelnemingsopzet gerelativeerd. Wanneer de deelnemer zelf vrijwillig verzaakt aan een concrete misdrijfkennis, blijft de deelneming strafbaar. In voorkomend geval kan men immers moeilijk een verweer aanvaarden, waarbij men argumenteert dat men niet wist welk misdrijf precies zou worden gepleegd. Specifiek m.b.t. de onwetendheid m.b.t. het gepleegde misdrijf dient te worden opgemerkt dat het in de hypothese van het onbepaald deelnemingsopzet geen 'absolute onwetendheid' betreft. In de gevallen waarin

⁴⁴ Cass. 10 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1022 en *Pas.* 2005, I, 1017.

⁴⁵ Cass. 7 september 2005, *NC* 2007, 56, *Pas.* 2005, I, 1575 en *T.Strafr.* 2006, 83, noot.

⁴⁶ Cass. 28 juni 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1466, *Pas.* 2005, I, 1464 en *RW* 2005-06, 1659, noot E. VAN DOOREN.

⁴⁷ Cass. 16 december 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2296, *Pas.* 2003, I, 2021 en *R.A.G.B.* 2005/6, nr. 542, noot L. DELBROUCK.

de rechtspraak en de rechtsleer het onbepaald deelnemingsopzet voldoende achten voor de strafbaarheid van de deelneming, is m.i. sprake van wat men zou kunnen omschrijven als een 'relatief' onbepaald deelnemingsopzet. Daaronder begrijpen we dat het misdadig doel dat de deelnemer wil helpen realiseren (hulp of bijstand) of gerealiseerd zien (aanzetting), enerzijds dermate ongedefinieerd is dat het niet te herleiden valt tot één welbepaald misdrijf, maar anderzijds wel dermate concreet en afgeijnd is dat niet alle misdrijven zonder meer in aanmerking komen.

VI. Wettelijk omschreven deelnemingsvormen: een aantal algemene beginselen

§1. Deelnemingsgedragingen dienen niet alle constitutieve bestanddelen van het strafbaar hoofdfeit in zich te dragen

15. Als algemeen uitgangspunt geldt dat een deelnemingsgedraging niet alle constitutieve bestanddelen van het strafbaar hoofdfeit in zich dient te dragen.⁴⁸ Zoals reeds aangegeven, wordt op grond hiervan, in het geval van deelneming aan een misdrijf dat een bijzonder opzet als constitutief bestanddeel veronderstelt, door het Hof van Cassatie aangenomen dat de strafbaarheid van de deelneming niet vereist dat de deelnemer met dit bijzonder opzet heeft gehandeld. Eveneens op grond van dit uitgangspunt wordt door het Hof van Cassatie aangenomen dat, in het geval van deelneming aan een kwaliteitsdelict, de strafbaarheid van de deelneming niet veronderstelt dat de deelnemer de wettelijk vereiste hoedanigheid of kwaliteit bezit: het volstaat dat de wettelijk vereiste hoedanigheid of kwaliteit aanwezig is in hoofde van de dader van het kwaliteitsdelict.⁴⁹ Zo veronderstelt strafbare deelneming aan het misdrijf van misbruik van het inzagerecht in het strafdossier (art. 460^{ter} Sw.), niet dat de deelnemer de hoedanigheid bezit van burgerlijke partij of inverdenkingestelde: journalisten kunnen dus veroordeeld worden wegens strafbare deelneming aan dit misdrijf.⁵⁰

In het gelijkaardige geval van misdrijven waarbij de wet een misdrijf toerekent aan een persoon met een welbepaalde hoedanigheid of kwaliteit - de zogenaamde techniek van de wettelijke toerekenbaarheid -, wordt in de rechtsleer niet unaniem aangenomen dat personen die niet de door de wet vereiste hoedanigheid of kwaliteit bezitten, door een beroep te doen op de wettelijke deelnemingsbepalingen, alsnog strafrechtelijk veroordeeld kunnen worden. *Grosso modo* kunnen in de rechtsleer twee stellingen worden onderscheiden. Volgens een eerste opvatting kunnen, wanneer de wettelijke deelnemingsbepalingen van toepassing zijn, personen die niet in aanmerking komen als dader

48 Cass. 5 oktober 2005, *Pas.* 2005, I, 1813 en *RCJB* 2006, 243, noot F. KUTY en Cass. 29 november 2005, *Pas.* 2005, I, 2389.

49 Cass. 5 april 1996, *Arr.Cass.* 1996, 247 en *Pas.* 1996, I, 283 en Cass. 23 december 1998, *Arr.Cass.* 1998, 1166 en *Pas.* 1998, I, 1256.

50 Corr. Gent 25 juni 2003, *AM* 2004, 79, bevestigd door Gent 25 mei 2004, *AM* 2004, 363, noot en *NjW* 2005, 206, bevestigd door Cass. 7 december 2004, AR P041006N.

omdat deze de door de wet vereiste kwaliteit niet bezitten, wel strafrechtelijke aansprakelijkheid oplopen via de toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen. Volgens een tweede stelling, die vooral in de sector van het sociaal strafrecht wordt verdedigd, kunnen andere personen dan deze aan wie de wet het misdrijf toerekent, niet worden gestraft door een beroep te doen op de wettelijke deelnemingsbepalingen. In dit verband verdient een arrest van het Hof van Cassatie van 20 januari 2009 ruim de aandacht.⁵¹

In het arrest van 20 januari 2009 beantwoordt het Hof de vraag wie wegens strafbare deelneming aan de misdrijven bedoeld in art. 35, §1, 1° RSZ-wet kan worden veroordeeld. Krachtens art. 35, §1, 1° RSZ-wet worden de werkgever, zijn aangestelden en lasthebbers die zich niet schikken naar de bepalingen voorgeschreven door deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan, gestraft met een gevangenisstraf en met een geldboete, of met één van die straffen alleen. Luidens art. 38 RSZ-wet zijn de wettelijke deelnemingsbepalingen van toepassing op de misdrijven bedoeld in de art. 35, §1, 1° RSZ-wet. Het Hof preciseert eerst, in overeenstemming met eerdere rechtspraak, wat dient te worden begrepen onder de begrippen 'aangestelden' en 'lasthebbers'. Volgens het Hof betreft het enkel aangestelden of lasthebbers die bekleed zijn met het gezag of de nodige bevoegdheid om effectief over de naleving van de wet te waken, zelfs al is die bevoegdheid in de tijd of naar de plaats beperkt.⁵² Onder verwijzing naar de wil van de wetgever is het Hof van oordeel dat de aangestelden of lasthebbers die louter handelen op bevel van de werkgever of van de voormelde aangestelden of lasthebbers niet bedoeld worden.⁵³ Volgens eerste advocaat-generaal M. DE SWAEF in zijn eensluidende conclusie, sluit deze interpretatie van de begrippen 'aangestelden' en 'lasthebbers' aan bij het protectionistisch karakter van het sociaal strafrecht, dat de ondergeschikte werknemers wil beschermen ten nadele van de hiërarchisch hoger geplaatste personen.⁵⁴ Specifiek m.b.t. de toepassing van de wettelijke deelnemingsbepalingen overweegt het Hof van Cassatie: "*Uit de samenhang van de voormelde bepalingen volgt dat de aangestelden of lasthebbers die louter handelen op bevel van de werkgever of van diens aangestelde die bekleed is met het gezag of de nodige bevoegdheid om effectief over de naleving van de wet te waken, niet kunnen worden gestraft als mededader of medeplichtige aan het misdrijf bedoeld in artikel 35, §1, 1°, RSZ-wet. Alleen de in artikel 35, §1, 1°, RSZ-wet vermelde personen en derden aan de onderneming, kunnen worden veroordeeld als mededader van of medeplichtige aan het in dit artikel bedoelde misdrijf*".⁵⁵ Aldus is het Hof van Cassatie van oordeel dat de bepalingen inzake de strafbare deelneming niet mogen leiden tot resultaten die afbreuk doen aan het beschermend

51 Cass. 20 januari 2009, *RW* 2009-2010, 715, noot P. HOET, *RDPC* 2009, 861-867, noot H.-D. BOSLY, 859 en *NC* 2010, 339, concl. M. DE SWAEF en noot P. WAETERINCKX.

52 Zie in dit verband: M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 10 mei 2005, *Arr.Cass.* 2005, 1018-1020.

53 Cass. 15 september 1981, *RW* 1981-82, 1124, noot H.-D. BOSLY.

54 M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 20 januari 2009, *NC* 2010, nr. 8, 341.

55 Cass. 20 januari 2009, *RW* 2009-2010, 715, noot P. HOET, *RDPC* 2009, 861-867, noot H.-D. BOSLY, 859 en *NC* 2010, 339, concl. M. DE SWAEF en noot P. WAETERINCKX.

karakter van het sociaal strafrecht. Een werknemer die louter handelt op bevel van de werkgever, kan dus niet als deelnemer aan het misdrijf omschreven in art. 35, §1, 1° RSZ-wet worden veroordeeld., omdat dit indruist tegen het beschermende karakter van het sociaal strafrecht. Dit bezwaar geldt volgens het Hof van Cassatie klaarblijkelijk niet ten aanzien van derden die buiten de onderneming staan.

Volgens F. DERUYCK en P. WAETERINCKX is de kernvraag wat het Hof van Cassatie bedoelt met "*louter handelen op bevel*".⁵⁶ Deze auteurs onderscheiden twee mogelijke interpretaties. Volgens een eerste interpretatie verwijst het Hof met de woorden "*louter handelen op bevel*" naar de schulditsluitende dwang. Deze interpretatie zou tot gevolg hebben dat het Hof met het arrest in wezen niets toevoegt: een werknemer die zich op dwang of overmacht kan beroepen, kan nooit worden gestraft, ook niet als deelnemer. Volgens een tweede interpretatie wordt door het Hof van Cassatie een bijzondere, jurisprudentiële schulditsluitingsgrond in het leven geroepen op grond van het protectionistisch karakter van het sociaal strafrecht, waarbij wordt aangenomen dat het bevel van de werkgever de wilsvrijheid niet uitsluit, maar de werknemer moeilijk durft te weigeren gelet op de gezagsverhouding. Deze interpretatie heeft volgens F. DERUYCK en P. WAETERINCKX tot gevolg dat elk handelen waarbij de werknemer zelf enig initiatief zou hebben genomen, zoals bv. het suggereren aan een werkgever hoe hij sociale lasten kan ontduiken, toch aanleiding kan geven tot een vervolging en veroordeling wegens strafbare deelneming. Met betrekking tot deze tweede interpretatie stellen voornoemde auteurs de vraag waarom de werknemer die bescherming moet genieten in het sociaal strafrecht en niet in andere rechtstakken.

Mijns inziens doelt het Hof met de woorden "*louter handelen op bevel*" noch op de schulditsluitende dwang noch op een soort *sui generis* schulditsluitingsgrond ingegeven door het protectionistisch karakter van het sociaal strafrecht. De kern van het arrest bestaat er m.i. in dat het Hof de toepassingsfeer *ratione personae* van de wettelijke deelnemingsbepalingen beperkt, waarbij die beperking dan is ingegeven door de aanwending van de techniek van de wettelijke toerekenbaarheid en de achterliggende drijfveer van de wetgever. Vanuit deze invalshoek is het arrest (eveneens) voor kritiek vatbaar. Anders dan het Hof overweegt, volgt uit de samenhang van art. 35, §1, 1° RSZ-wet, art. 38 RSZ-wet, d.i. de bepaling die de wettelijke deelnemingsbepalingen van toepassing verklaart en de wettelijke deelnemingsbepalingen zelf, m.i. niet dat de werknemer die handelt louter op bevel van de werkgever, zijn aangestelden of lasthebbers, niet kan worden gestraft als mededader of als medeplichtige. Zonder de wil van de wetgever in twijfel te trekken om via de techniek van de wettelijke toerekenbaarheid de werknemer die zich in een hiërarchisch ondergeschikte positie bevindt te beschermen, kan moeilijk voorbijgegaan worden aan de reikwijdte van de wettelijke deelnemingsbepalingen. Inherent aan de wettelijke deelnemingsbepalingen is dat deze de strafbaarheid uitbreiden. Hoever de strafbaarheid wordt uitgebreid, wordt uitsluitend bepaald door de wettelijke deelnemingsbepalingen zelf. Met de wettelijke deelne-

⁵⁶ F. DERUYCK en P. WAETERINCKX, "Daderschap en verantwoordelijkheid voor sociaalrechtelijke misdrijven", in G. VAN LIMBERGHEN (ed.), *Sociaal handhavingsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2010, nr. 56, 110-111.

mingsbepalingen heeft de wetgever zich niet tot personen met een welbepaalde hoedanigheid of kwaliteit gericht, maar tot eenieder. De beperking van de toepassingsfeer *ratione personae* van de wettelijke deelnemingsbepalingen tot derden aan de onderneming, vindt dan ook geen steun in de wettelijke deelnemingsbepalingen.⁵⁷

§2. Strafbare deelneming veronderstelt een positieve gedraging

A. Draagwijdte van de voorwaarde van een positieve gedraging

16. Lange tijd werd door de rechtspraak aangenomen dat deelneming door onthouding niet strafbaar was. Daaraan werd door het Hof van Cassatie uitdrukking gegeven, door voor de strafbare deelneming een positieve daad te vereisen.⁵⁸ Anno 2011 erkent het Hof van Cassatie, onder welbepaalde voorwaarden, de strafbaarheid van de deelneming door onthouding. Enigszins verrassend is dan ook dat de formulering volgens welke de strafbare deelneming een positieve daad veronderstelt, stand houdt in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Wel nuanceert het Hof nu soms, door te overwegen dat slechts 'in de regel' een positieve daad is vereist.⁵⁹ In verschillende andere arresten lijkt het Hof geen ruimte te laten voor de strafbare deelneming door onthouding, door te overwegen dat enkel een positieve, aan het misdrijf voorafgaande of ermee samenvallende gedraging strafbare deelneming kan opleveren.⁶⁰ Evenwel moet het begrip 'positief' dan anders worden begrepen. Met een positieve gedraging wordt dan geen actieve gedraging of een handeling bedoeld, maar een gedraging waardoor daadwerkelijk wordt bijgedragen tot het misdrijf. In dit verband kan worden gewezen op de eensluidende conclusie van D. VANDERMEERSCH bij een arrest van 17 december 2008, waarin kan worden gelezen dat 'positief' geen synoniem is voor 'actief', maar wel voor 'effectief'.⁶¹

⁵⁷ Zie ook: P. HOET, "Werkgever, lasthebber of aangestelde en de strafrechtelijke immunititeit van de werknemer versus strafbare deelneming", (noot onder Cass. 20 januari 2009), *RW* 2009-2010, nr. 4, 717.

⁵⁸ Cass. 23 oktober 1950, *Arr.Cass.* 1951, 72 en *Pas.* 1951, I, 91 en Cass. 24 september 1951, *Arr.Cass.* 1952, 12, *Pas.* 1952, I, 13, noot R. HAYOIT DE TERMICOURT en *RDPC* 1951-52, 555, noot R. SCREVENES.

⁵⁹ Cass. 21 mei 2003, *JT* 2003, 857 en Cass. 12 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 838 en *Pas.* 2004, I, 811.

⁶⁰ Cass. 18 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 132 en *Pas.* 2000, I, 130; Cass. 5 oktober 2005, *Pas.* 2005, I, 1813 en *RCJB* 2006, 243, noot F. KUTY; Cass. 17 januari 2006, *Pas.* 2006, I, 173 en *RAGB* 2006, 883, noot F. VAN VOLSEM, Cass. 17 december 2008, AR P081233F en Cass. 2 september 2009, AR P090391F.

⁶¹ D. VANDERMEERSCH, concl. bij Cass. 17 december 2008, AR P081233F, eindnoot 15. Zie ook reeds eerder: R. HAYOIT DE TERMICOURT, noot onder Cass. 24 september 1951, *Pas.* 1952, I, 13.

B. Voorwaarden voor de strafbaarheid van de deelneming door onthouding

17. In de rechtspraak van het laatste decennium kan een evolutie worden vastgesteld m.b.t. de voorwaarden voor de strafbaarheid van de deelneming door onthouding.⁶²

1. Van twee modaliteiten naar één modaliteit van strafbare deelneming door onthouding

18. Aanvankelijk (1950-1990) werden in de rechtsleer twee modaliteiten van strafbare deelneming door onthouding onderscheiden. Aangenomen werd, enerzijds, dat een onthouding strafbare deelneming kan opleveren, wanneer de onthouding als gevolg van de begeleidende omstandigheden het karakter verkrijgt van een goedkeuring of een aanmoediging (morele ondersteuning), en, anderzijds dat een onthouding strafbare deelneming kan opleveren, wanneer de onthouding bestaat in de niet-naleving van een in rechte afdwingbare verplichting tot handelen (operationele of logistieke ondersteuning). Verschillende strafrechtsgelerden hebben de twee modaliteiten van strafbare deelneming door onthouding gereduceerd tot één vorm. Aldus wordt dan aangenomen dat een opzettelijke onthouding van een wettelijke of contractuele plicht tot handelen die een misdrijf aanmoedigt inhoudt, strafbare deelneming kan opleveren. Deze ontwikkeling in de rechtsleer werd bevestigd door het Hof van Cassatie. In drie arresten van de Nederlandstalige afdeling van de tweede kamer is het Hof van Cassatie van oordeel dat strafbare deelneming door onthouding de niet-naleving van een in rechte afdwingbare verplichting tot handelen veronderstelt, waarvan een aanmoedigend effect uitgaat.⁶³ In een arrest van 26 februari 2008 overweegt het Hof van Cassatie: "*Mededaderschap door rechtstreekse uitlokking in de zin van artikel 66, derde lid, Strafwetboek kan plaatsgrijpen door een onthouding wanneer er een rechtsplicht tot handelen bestaat, de onthouding opzettelijk is en zij een positieve aanmoediging uitmaakt tot het plegen van het misdrijf*".⁶⁴ Verrassend is dat het Hof van Cassatie in het arrest van 26 februari 2008 erkent dat kan worden aangezet tot een misdrijf door zich te onthouden en dat daarbij niet wordt vermeld van welk 'beïnvloedingsmiddel' gebruik werd gemaakt. Onthoudingen worden traditioneel onder de toepassingssfeer van art. 66, derde lid Sw. of van art. 67, vierde lid Sw. gebracht. In het arrest van 26 februari 2008 heeft het Hof van Cassatie evenwel beslist dat ook rechtstreekse aanzetting door onthouding mogelijk is.

In verschillende arresten van recentere datum kan een wijziging worden vastgesteld m.b.t. (de formulering van) de voorwaarden voor de strafbare deelneming door onthouding.

62 Zie daarover: J. VANHEULE, "Strafbare deelneming door onthouding: één of twee modaliteiten?", NC 2009, 281-309.

63 Cass. 23 november 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1486 en *Pas.* 1999, I, 1550; Cass. 29 april 2003, *Arr.Cass.* 2003, 1069, *Pas.* 2003, I, 895 en *RCJB* 2006, 241, noot F. KUTY en Cass. 26 februari 2008, AR P061518N.

64 Cass. 26 februari 2008, AR P061518N.

2. Voorwaarden voor de strafbare deelneming door onthouding tot de essentie herleid

19. In een arrest van 17 december 2008 en in een arrest van 2 december 2009 - twee arresten van de Franstalige afdeling van de tweede kamer - overweegt het Hof van Cassatie: "*Alleen een positieve daad die aan de uitvoering van het misdrijf voorafgaat of ermee samengaat kan deelneming aan een misdrijf opleveren. Het verzuim om te handelen kan evenwel een dergelijke positieve daad van deelneming zijn wanneer, wegens de ermee gepaard gaande omstandigheden, het bewuste en opzettelijke verzuim om te handelen ondubbelzinnig een aansporing betekent tot het plegen van het misdrijf op één van de wijzen die in de artikelen 66 en 67 van het Strafwetboek zijn bepaald. Het passieve bijwonen van de uitvoering van een misdrijf kan strafbare deelneming opleveren wanneer het zich onthouden van enige reactie de uiting is van het opzet om rechtstreeks aan de uitvoering mee te werken door bij te dragen tot het mogelijk maken of vergemakkelijken van dat misdrijf*".⁶⁵

Het eerste deel van de aangehaalde overweging sluit naadloos aan op de formulering volgens welke een onthouding, wanneer deze op basis van de begeleidende omstandigheden een goedkeurend of aanmoedigend effect heeft, een positieve gedraging kan worden. *Prima facie* erkent het Hof van Cassatie in het arrest dan de modaliteit van de morele ondersteuning door onthouding, waarbij niet is vereist dat de onthouding bestaat in de niet-naleving van een juridische verplichting tot handelen. Evenwel wijst het laatste zinsdeel van de aangehaalde overweging m.i. in een andere richting: er zou sprake moeten zijn van een aansporing of aanmoediging tot het plegen van het misdrijf, op één van de wijzen die bij de artt. 66 en 67 Sw. zijn bepaald. Op basis van de eensluidende conclusie van advocaat-generaal D. VANDERMEERSCH lijken we dit zo te moeten begrijpen, dat strafbare deelneming door onthouding veronderstelt: (1) deelnemingsopzet; (2) een onthouding waardoor wordt bijgedragen tot het misdrijf op één van de wijzen omschreven in de artt. 66-67 Sw. en (3) een onthouding waarvan een stimulans uitgaat om het misdrijf te plegen. De niet-naleving van een juridische verplichting is dan geen voorwaarde (meer) voor de strafbaarheid van de deelneming door onthouding. Of we veel belang moeten hechten aan de derde voorwaarde, d.i. het aanmoedigend karakter dat van de onthouding moet uitgaan, valt m.i. te betwijfelen. Na de aangehaalde overweging vervolgt het Hof van Cassatie immers: "*Het passieve bijwonen van de uitvoering van een misdrijf kan strafbare deelneming opleveren wanneer het zich onthouden van enige reactie de uiting is van het opzet om rechtstreeks aan de uitvoering mee te werken door bij te dragen tot het mogelijk maken of vergemakkelijken van dat misdrijf*".⁶⁶ Van een aanmoedigende werking is hier geen sprake meer. De opvatting lijkt te zijn dat, wanneer men deelneemt aan een misdrijf er *ipso facto* een aanmoedigende werking uitgaat van de deelneming t.a.v. van de dader. Finaal beschouwd, heeft het Hof van Cassatie de voorwaarden voor de strafbare deelneming in de arresten van 17 december

⁶⁵ Cass. 17 december 2008, *Arr:Cass.* 2008, 3096, *NC* 2009, 327, *RW* 2010-2011, 367-370, noot S. VAN OVERBEKE en *RDPC* 2009, 438, concl. D. VANDERMEERSCH en Cass. 2 september 2009, *AR* P090391F.

⁶⁶ Cass. 17 december 2008, *Arr:Cass.* 2008, 3096, *NC* 2009, 327, *RW* 2010-2011, 367-370, noot S. VAN OVERBEKE en *RDPC* 2009, 438, concl. D. VANDERMEERSCH

2008 en 2 december 2009 m.i. tot hun essentie herleid. Strafbare deelneming door een onthouding veronderstelt, zoals strafbare deelneming door een handeling, deelnemingsopzet en een bijdrage tot het misdrijf op één van de wijzen omschreven in de artt. 66-67 Sw.

3. Van één modaliteit terug naar twee modaliteiten van strafbare deelneming door onthouding?

20. In arresten van 15 december 2009, van 28 september 2010 en van 11 januari 2011 - drie arresten van de Nederlandse afdeling van de tweede kamer - overweegt het Hof van Cassatie: *"Een onthouding kan strafbare deelneming uitmaken, zoals bepaald in de artikelen 66 en 67 Strafwetboek, onder meer wanneer op de betrokkene een positieve rechtsplicht rust om een bepaalde handeling te doen verrichten of te voorkomen en diens onthouding opzettelijk is en hierhoor het plegen van het strafbare feit bevorderd wordt"*.⁶⁷ In de drie aangehaalde arresten oordeelt het Hof van Cassatie dat strafbare deelneming door onthouding mogelijk is, wanneer de volgende drie voorwaarden zijn vervuld: (1) een positieve rechtsplicht, (2) de opzettelijke niet-naleving van die rechtsplicht en (3) bevorderen van het strafbare hoofdfeit. Er dient te worden gewezen op het gebruik van de woorden "(...) onder meer (...)". Deze bewoordingen kunnen erop wijzen dat het Hof van Cassatie verschillende modaliteiten van strafbare deelneming erkent. In elk geval creëert het Hof van Cassatie daartoe de ruimte. Bovendien vermijdt het Hof van Cassatie, door de inlassing van de woorden "(...) onder meer (...)", een tegenstrijdigheid tussen, enerzijds, de arresten van 17 december 2008 en van 2 september 2009 waarin de voorwaarde van de niet-naleving van een positieve rechtsplicht niet wordt gesteld, maar wel de voorwaarde van een aanmoedigend effect van de onthouding, en, anderzijds, de arresten van 15 december 2009, van 28 september 2010 en van 11 januari 2011, waarin de niet-naleving van een positieve rechtsplicht wel als voorwaarde wordt gesteld, maar niet de voorwaarde van een aanmoedigend effect van de onthouding.

Besluitend kan worden vastgesteld dat het Hof van Cassatie er in zijn recentste arresten niet meer vanuit gaat dat strafbare deelneming door onthouding enkel mogelijk is, wanneer cumulatief voldaan is aan de voorwaarde van de positieve rechtsplicht tot handelen en de voorwaarde van de aanmoediging tot het plegen van het misdrijf.

⁶⁷ Cass. 15 december 2009, AR P071543N, Cass. 28 september 2010, AR P10.0099N en Cass. 11 januari 2011, AR P101026N.

§3. Strafbare deelneming veronderstelt een gedraging die voorafgaat aan het strafbare hoofdfeit of ermee samengaat

A. Uitgangspunt: deelneming na de voltooiing van een misdrijf is niet mogelijk

21. Volgens een vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie veronderstelt strafbare deelneming een gedraging die voorafgaat aan of samengaat met het strafbare hoofdfeit.⁶⁸ Deelneming na de voltooiing van het misdrijf is dus niet mogelijk.

Volgens het Hof van Cassatie is een misdrijf voltooid in de zin van art. 67, vierde lid Sw., van zodra alle constitutieve bestanddelen van het misdrijf zijn gerealiseerd.⁶⁹ Het misdrijf van oplichting is in beginsel voltooid van zodra de dader, die heeft gehandeld met het oogmerk op zich een zaak toe te eigenen die aan een ander toebehoort, erin is geslaagd zich de zaak te doen afgeven of afleveren. Bijgevolg is strafbare deelneming aan het misdrijf van oplichting maar mogelijk door een gedraging voorafgaandelijk of gelijktijdig aan de afgifte of het afleveren van de zaak die de hoofddader zich wenst toe te eigenen. Het wettens verzilveren van effecten nadat de hoofddader zich deze had laten afgeven of afleveren, kan dan ook geen strafbare deelneming opleveren.⁷⁰ Evenwel dient in het specifieke geval van het misdrijf van oplichting te worden gewezen op de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke ook kunstgrepen aangewend na de afgifte of de levering, in samenhang met andere, als oplichting worden aangemerkt, wanneer zij tot doel en tot gevolg hebben gehad dat het slachtoffer werd overtuigd van de eerlijkheid van de verrichte handelingen.⁷¹

B. Erkenning door het Hof van Cassatie van de leer van de uitgestelde voltooiing van een diefstal

22. Het misdrijf van diefstal is, op basis van de wettelijke delictsomschrijving, uitgevoerd of voltooid op het ogenblik dat de goederen bedrieglijk zijn weggenomen. Op grond van de uiteenzetting van de commissie *ad hoc* (1848) die was belast met de herziening van de Franse *Code pénal* van 1810⁷², wordt in

⁶⁸ Cass. 21 mei 2003, *JT* 2003, 857; Cass. 12 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 838 en *Pas.* 2004, I, 811; Cass. 5 oktober 2005, *Pas.* 2005, I, 1813 en *RCJB* 2006, 243, noot F. KUTY; Cass. 17 januari 2006, *Pas.* 2006, I, 175 en *RAGB* 2006, 883, noot F. VAN VOLSEM; Cass. 17 december 2008, *Arr.Cass.* 2008, 3096, *NC* 2009, 327, *RW* 2010-2011, 367-370, noot S. VAN OVERBEKE en *RDPC* 2009, 438, concl. D. VANDERMEERSCH en Cass. 2 september 2009, AR P090391F.

⁶⁹ Cass. 7 juli 1947, *Arr.Cass.* 1947, 246 en *Pas.* 1947, I, 320, noot R. HAYOIT DE TERMICOURT.

⁷⁰ Cass. 17 januari 2006, *RAGB* 2006, 883, noot F. VAN VOLSEM en *Pas.* 2006, 175.

⁷¹ Cass. 17 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 775 en *Pas.* 1988, I, 713 en Cass. 15 april 1997, *Arr.Cass.* 1997, 187 en *Pas.* 1997, I, 1987.

⁷² J. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du Code pénal belge*, I, Brussel, Bruylant, 1867, *Eléments du commentaire* II,

de rechtsleer door verschillende auteurs de stelling verdedigd dat het misdrijf van diefstal slechts voltooid is in de zin van art. 67, vierde lid Sw. op het ogenblik dat de dief de gestolen goederen heeft weggebracht naar de plaats waar hij deze wilde brengen. Hulp bij het wegbrengen van de gestolen goederen levert dan medeplichtigheid op in de zin van art. 67, vierde lid Sw. In een arrest van 12 mei 2004 heeft het Hof van Cassatie deze interpretatie van de voltooide diefstal bevestigd: "*Dat, in de regel, alleen een voorafgaande of gelijktijdige positieve daad de aldus bepaalde deelneming kan vormen; Dat medeplichtigheid aan een misdaad of een wanbedrijf, krachtens artikel 67, vierde lid, van dat wetboek, evenwel betrekking heeft op degenen die de dader of de daders van de misdaad of het wanbedrijf wetens hebben geholpen of bijgestaan, niet alleen in daden die de misdaad of het wanbedrijf hebben voorbereid of vergemakkelijkt, maar ook in daden die het hebben voltooid; Dat diefstal weliswaar een aflopend misdrijf is, maar de wet tevens degenen bestraft die hulp bieden aan de daders, die zich het gestolen voorwerp reeds hebben toegeëigend, om het te transporteren uit de plaats waar ze het hebben ontvreemd en aldus de voltooiing van het misdrijf voor de duur van dat transport verlengen*".⁷³ Hoewel het niet uitdrukkelijk in het arrest wordt overwogen, kan wellicht uit het arrest worden afgeleid dat het Hof van Cassatie van oordeel is dat het transporteren van de reeds toegeëigende goederen enkel medeplichtigheid in de zin van art. 67, vierde lid Sw. kan opleveren, en geen noodzakelijke medehulp in de zin van art. 66, derde lid Sw. Het Hof verbindt het transport immers met het begrip 'voltooiën', waarvan enkel sprake is in art. 67, vierde lid Sw.

De opvatting van het Hof van Cassatie, waarbij de leer van de 'verlengde voltooiing van het misdrijf van diefstal' wordt bevestigd, is voor kritiek vatbaar. Eerder heeft het Hof van Cassatie duidelijk gemaakt dat uitvoeren en voltooiën in de zin van art. 67, vierde lid Sw. synoniemen zijn. Aldus maakt het Hof van Cassatie, binnen het kader van de strafbare deelneming, geen onderscheid tussen de uitvoering en de voltooiing. Dat het Hof een uitzondering maakt voor het misdrijf van diefstal, valt niet te verantwoorden op basis van de tekst van de wet. Die uitzondering vindt uitsluitend steun in de uiteenzetting van de commissie *ad hoc* die was belast met de herziening van de Franse *Code pénal* van 1810. Evenwel is de wettekst van art. 67, vierde lid Sw., na de toelichting van het Hof van Cassatie duidelijk en behoeft art. 67, vierde lid Sw. geen verdere interpretatie meer: *interpretatio cessat in claris*.⁷⁴

Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet: De la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement, nr. 355, 150.

⁷³ Cass. 12 mei 2004, *Arr.Cass.* 2004, 838 en *Pas.* 2004, I, 811. Zie ook reeds: Luik 10 maart 1877, *Pas.* 1877, II, 161: "*Attendu qu'en effet, quant au premier de ces points, que si la soustraction frauduleuse est consommée à l'égard du voleur dès qu'il s'est emparé de la chose dans l'intention de se l'approprier, il n'en est pas moins vrai qu'en matière de complicité, la consommation du vol doit être considérée comme se prolongeant jusqu'au moment où l'auteur du délit a déposé les objets soustraits dans le lieu où il voulait les transporter; que telle est la signification de l'article 67, §4 du code pénal formellement admise dans l'exposé des motifs qui en a précédé l'adoption*".

⁷⁴ In dezelfde zin: B. SPRIET, "Het materieel en het moreel bestanddeel van een strafbare deelneming aan het misdrijf van diefstal", (noot onder Cass. 18 mei 1993), *RW* 1994-95, nr. 2.b), 362 en A. VANDEPLAS, "Medeplichtigheid en de uit-

In een arrest van 27 oktober 2009 maakt het Hof van Cassatie op het eerste gezicht opnieuw toepassing van de leer van de verlengde voltooiing van het misdrijf van diefstal. In het arrest overweegt het Hof van Cassatie: "*Onder daden die de misdaad of het wanbedrijf vergemakkelijken of voltooiën, moeten worden begrepen die handelingen waarbij een medeplichtige in voorafgaandelijk overleg met de daders deze komt terughalen op de plaats der gepleegde feiten, ook al zijn de gestolen voorwerpen door andere medeplichtigen weggebracht. Die handeling die de medeplichtige met kennis van zaken stelt, maakt immers deel uit van het plan waarbij de hoofddaders overgaan tot de diefstal in de overtuiging dat zij nadien veilig de plaats van de feiten kunnen verlaten. Aldus vergemakkelijkt de medeplichtige het plegen en de voltooiing van het misdrijf totdat de hoofddaders de plaats van de feiten hebben verlaten. Het middel dat uitgaat van een andere rechtsopvatting, faalt naar recht*".⁷⁵ Op grond van het eerste deel van de aangehaalde overweging lijkt het Hof van Cassatie de in het arrest van 12 mei 2004 bevestigde leer van de uitgestelde voltooiing van het misdrijf van diefstal toe te passen op het wegbrengen van de hoofddaders van de diefstal.⁷⁶ Evenwel dient het arrest m.i., vooral op basis van het tweede deel van de aangehaalde overweging, anders te worden begrepen. Cruciaal in de redenering van het Hof is immers dat het ophalen van de hoofddaders van de diefstal deel uitmaakt van een voorafgaand plan. De situatie is dus deze waarbij de hoofddaders zich op voorhand verzekerd weten van het feit dat zij de *locus delicti* veilig zullen kunnen verlaten. Volgens het Hof 'vergemakkelijkt' dit zowel het plegen als de voltooiing van het misdrijf. Aangenomen kan worden dat het vergemakkelijken van het misdrijf in een psychologisch effect bestaat: doordat de dieven weten dat zij zullen worden opgehaald, zijn deze meer op hun 'gemak' en kunnen de dieven met een 'geruster gemoed' het misdrijf plegen. Vanuit die optiek bestaat de beslissende deelnemingsgedraging dan niet in het wegbrengen van de dieven na het wegnemen van de goederen, maar wel in de voorafgaande belofte of afspraak om de dieven na de voltooiing van het misdrijf weg te brengen.⁷⁷ Die voorafgaande belofte sorteert in een psychologisch effect gedurende de ganse duur van de uitvoering van het misdrijf. Het daadwerkelijk wegbrengen van de hoofddaders kan dan gelden als bewijs van de voorafgaande afspraak of belofte om dit te doen. Dergelijke morele ondersteuning kan m.i. probleemloos worden gebracht onder de bewoordingen "*daden die het misdrijf hebben (...) vergemakkelijkt*" in art. 67, vierde lid Sw. Wel is m.i. daartoe vereist dat de morele ondersteuning van die aard is, dat de delictuele instelling van de hoofddaders van het misdrijf wordt versterkt, dat het reeds bestaande wilsbesluit om de diefstal te plegen wordt aangemoedigd.⁷⁸ Indien de voorafgaande belofte of afspraak om de hoofddaders achteraf op te

gestelde voltooiing van diefstal", (noot onder Cass. 27 oktober 2009), *RW* 2009-2010, 1564-1565.

⁷⁵ Cass. 27 oktober 2009, *RW* 2009-2010, 1563, noot A. VANDEPLAS.

⁷⁶ Volgens A. VANDEPLAS doet het Hof van Cassatie een beroep op het leerstuk van de verlengde voltooiing van de diefstal (A. VANDEPLAS, *l.c.*, nr. 8, 1565).

⁷⁷ Zie daarover: J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, nrs. 477-484, 606-617 en J. VANHEULE, "Een aantal beginselen betreffende de strafbare deelnemingsvormen omschreven in de artikelen 66 en 67 Sw.", (noot onder Antwerpen 15 maart 2006), *NC* 2007, nr. 2, 152.

⁷⁸ J. VANHEULE, *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nrs. 527-534, 669-677.

halen, een determinerende rol heeft gespeeld, in die zin dat deze belofte of afspraak de nog twijfelende kandidaat-dieven definitief over de streep heeft getrokken om de diefstal te plegen, is er geen sprake meer van morele ondersteuning, maar wel van aanzetting (art. 66, vierde lid Sw.) en is een bestraffing als dader mogelijk.

§4. Strafbare deelneming veronderstelt een daadwerkelijke bijdrage tot het misdrijf

23. De strafbaarheid van de deelneming veronderstelt dat door de deelnemingsgedraging daadwerkelijk wordt bijgedragen tot het strafbare hoofdfeit. Is dit niet het geval, dan is er sprake van een in beginsel niet strafbare poging tot deelneming. Vastgesteld kan worden dat de vereiste van een daadwerkelijke of effectieve bijdrage tot het strafbare hoofdfeit bijzonder soepel wordt ingevuld in de rechtspraak. Twee voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof van Cassatie illustreren dit.

In een arrest van 18 januari 2000 overweegt het Hof van Cassatie: "Overwegende dat de appelrechters, onder meer, vaststellen: "Hun medewerking betref geen loutere toezegging van het uitvoeren van een klus, maar een essentieel onderdeel van de drugtrafiek, zonder dewelke deze, gelet op de op het spel staande financiële belangen, zonder twijfel niet zou zijn georganiseerd; de mogelijkheid dat zo een van de beklagden niet zou hebben meegewerkt een derde mogelijk bereid zou zijn gevonden in zijn plaats op te treden, doet aan dit alles geen afbreuk"; dat zij zodoende de toezegging van eiser Godefridus Brokken als een strafbare daad van deelneming in de zin van art. 66, derde lid Sw. regelmatig bewezen verklaren".⁷⁹ Voor zover we het arrest zo moeten begrijpen dat de toezegging om mee te werken, reeds hulp of bijstand oplevert en die hulp (relatief) noodzakelijk dan wel slechts nuttig is naargelang van het belang van de toegezegde hulp in het geheel, kunnen we de redenering van het Hof van Cassatie niet bijtreden. Mijns inziens kan er enkel sprake zijn van een daadwerkelijke bijdrage tot het misdrijf en dus van strafbare deelneming, wanneer de toezegging in rekening wordt genomen als wezenlijke betrokkenheid bij de organisatie en voorbereiding van het misdrijf of wanneer de toezegging anderen ertoe heeft gebracht over te gaan tot de uitvoering van het misdrijf of hen daarbij heeft aangemoedigd. Is dit niet het geval, dan levert de toezegging om te helpen, zonder daadwerkelijk te helpen een niet-strafbare poging tot deelneming op.

In een arrest van 3 maart 2009 overweegt het Hof van Cassatie dat het materieel mogelijk maken van een voorgenomen misdaad of een wanbedrijf zodat het wordt uitgevoerd, ook al wordt het uiteindelijk niet zo uitgevoerd, een daad van strafbare deelneming kan opleveren zoals omschreven in art. 66 Strafwetboek. Aldus kan het mogelijk maken van sluik invoer van sigaretten, door bewust een opslagruimte te verhuren, volgens het Hof van Cassatie strafbare

⁷⁹ Cass. 18 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 132 en *Pas.* 2000, I, 130.

deelneming opleveren, afgezien van het feit dat die sigaretten nooit in die opslagruimte werden opgeslagen.⁸⁰

VII. Straftoemeting: problematiek van de objectieve verzwarende omstandigheden

24. Vóór het intussen welbekende arrest GÖKTEPE van het E.H.R.M. van 2 juni 2005⁸¹ heeft het Hof van Cassatie steeds geoordeeld dat de toepassing op de deelnemer van de wettelijke strafverzwaring die is verbonden aan de vaststelling van een objectieve verzwarende omstandigheid, niet vereist dat de deelnemer heeft bijgedragen tot deze omstandigheid, noch dat de deelnemer deze omstandigheid heeft gewild, noch dat de deelnemer van deze omstandigheid op de hoogte was.⁸² Op grond van deze rechtspraak werd door het Hof van Cassatie ook aangenomen dat, in een procedure voor het hof van assisen, het voldoende is dat één vraag over de objectieve verzwarende omstandigheid wordt gesteld. Anders dan m.b.t. het strafbaar hoofdfeit, diende niet aan elke beschuldigde afzonderlijk de vraag te worden gesteld of deze persoonlijk heeft deelgenomen of zich schuldig heeft gemaakt aan de objectieve verzwarende omstandigheden waarmee het plegen van het misdrijf is gepaard gegaan.⁸³ Het volstond dat op algemene en onpersoonlijke wijze (*in rem*), d.i. ten aanzien van alle beschuldigten samen en niet ten aanzien van elke beschuldigde afzonderlijk, de vraag werd gesteld of de objectieve verzwarende omstandigheid zich heeft voorgedaan.

Vóór het arrest van het E.H.R.M. van 2 juni 2005 werd in de Belgische doctrine vooral kritiek geformuleerd op de rechtspraak van het Hof van Cassatie vanuit een materieelstrafrechtelijke invalshoek. De kritiek luidde dat een wettelijke strafverzwaring niet kan worden toegepast op een deelnemer zonder enige vorm van schuld. In het arrest GÖKTEPE van het E.H.R.M. is de eerbiediging van het strafrechtelijk schuldbeginsel slechts onrechtstreeks aan de orde. Het E.H.R.M. bewandelt immers de procedurele weg, door te oordelen dat de rechtspraak van het Hof van Cassatie m.b.t. de vraagstelling in een procedure voor het hof van assisen het recht op tegenspraak schendt. Naar aanleiding van soortgelijke feiten als deze die ten grondslag liggen aan het arrest GÖKTE-

⁸⁰ Cass. 3 maart 2009, AR P081451N.

⁸¹ Hof Mensenrechten (1e afd.) nr. 50372/99, 2 juni 2005 (GÖKTEPE / België), *R.A.G.B.* 2005, 1465, noot D. VAN DER KELEN en L. GYSELAERS, *R.D.P.C.* 2005, 1247, noot M. NEVE; *J.L.M.B.* 2005, 1556, noot N. COLETTE-BASECQZ, *T. Strafr.* 2008, 78, noot P. HERBOTS en *J.T.* 2005, 713, noot P.-P. RENSON (verder aangehaald als: Hof Mensenrechten, arrest GÖKTEPE / België van 2 juni 2005).

⁸² Cass. 24 juni 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 1030 en *Pas.* 1992, I, 954, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; Cass. 6 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 16 en *Pas.* 1993, I, 15; Cass. 18 mei 1993, *Arr.Cass.* 1993, 510, *Pas.* 1993, I, 495 en *RW* 1994-95, 359, noot B. SPRIET; Cass. 11 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 475 en *Pas.* 1994, I, 464; Cass. 17 april 1996, *Arr.Cass.* 1996, 322 en *Pas.* 1996, I, 349; Cass. 4 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 270 en *Pas.* 1998, I, 290 en Cass. 16 februari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 203 en *RDPC* 1999, 1181.

⁸³ Cass. 6 januari 1993, *Arr.Cass.* 1993, 16 en *Pas.* 1993, I, 15 en Cass. 16 februari 1999, *Arr.Cass.* 1999, 203 en *RDPC* 1999, 1181.

PE heeft het E.H.R.M. in het arrest DELESPESE van 27 maart 2008 zijn standpunt bevestigd.⁸⁴

§1. Een aantal prognoses in de rechtsleer

25. In de rechtsleer worden, met betrekking tot de gevolgen van de rechtspraak van het EHRM voor het regime van de objectieve verzwarende omstandigheden, een aantal prognoses geformuleerd. Verschillende auteurs leiden uit het arrest GÖKTEPE het einde af van het regime van de onvoorwaardelijke toepassing op de deelnemers van de wettelijke strafverzwaring die de wet verbindt aan een objectieve verzwarende omstandigheid.⁸⁵ Andere auteurs lijken eerder weigerachtig om algemene conclusies uit het arrest te trekken. Er wordt daarbij gewezen op het feit dat het E.H.R.M. in het arrest de nadruk legt op de concrete omstandigheden van het geval en dat meerdere argumenten die het besluit tot een schending van het recht op tegenspraak ondersteunen, specifiek betrekking hebben op de rechtspleging voor het hof van assisen. Niettegenstaande het E.H.R.M. bij de beoordeling van de schending van het recht op tegenspraak de strenge gevolgen voor de straftoemeting in het geval van de artikelen 468 en 474 Sw. benadrukt, wordt doorgaans wel aangenomen dat na het arrest GÖKTEPE de Voorzitter van het hof van assisen steeds, d.i. dus niet enkel in het geval van de objectieve verzwarende omstandigheden omschreven in de artt. 468 en 474 Sw., moet overgaan tot een individualisering van de vragen m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheden.⁸⁶ D. VAN DER KELEN en L. GYSELAERS betwijfelen dit evenwel. Deze auteurs beoordelen de verplichte individualisering als aannemelijk in het geval van de objectieve verzwarende omstandigheid van geweld of bedreiging bij het misdrijf van diefstal (art. 468 Sw.), maar betwijfelen of ook bij de verzwarende omstandigheid van nacht, bv. bij het misdrijf van brandstichting (art. 513 Sw.) moeten worden geïndividualiseerd.⁸⁷

84 Hof Mensenrechten (2e afd.) nr. 12949/05, 27 maart 2008 (DELESPESE / België), <http://www.echr.coe.int> (22 juni 2008) en *N.C.* 2008, 260, noot J. ROZIE. Zie ook: Hof Mensenrechten (2e afd.) nr. 926/05, 13 januari 2009, (TAXQUET / België), <http://www.echr.coe.int>: "*La Cour note, de surcroît, que des questions identiques ont été posées au jury pour les huit inculpés, sans que celles-ci soient individualisées. A cet égard, certes s'agissant des circonstances aggravantes objectives, la Cour rappelle que dans l'affaire Goktepe c. Belgique (n° 50372/99, 2 juni 2005), elle a conclu à une violation de l'article 6 en raison du refus de la cour d'assises de poser des questions individualisées sur l'existence de celles-ci privant ainsi le jury de la possibilité de déterminer individuellement la responsabilité pénale du requérant*".

85 Zie bv.: P. TRAEST, "Ontwikkelingen van nieuwe deelnemingsvormen", *NC* 2007, nr. 12, 245.

86 In deze zin, bv.: E. BREMS, "Objectieve verzwarende omstandigheden afgeschooten in Straatsburg. Rechter moet verzwarende omstandigheden individueel toepassen", *Juristenkrant* 2005, afl. 112, 16 en P. TRAEST, *l.c.*, nr. 12, 245.

87 D. VAN DER KELEN en L. GYSELAERS, "De objectieve verzwarende omstandigheden door Straatsburg geïndividualiseerd?", (noot onder E.H.R.M. 2 juni 2005), *RAGB* 2005, nr. 13, 1483.

Of uit het arrest ook lessen kunnen worden getrokken voor het geval dat niet een hof van assisen, maar een correctionele rechtbank te oordelen heeft over de toepassing op de deelnemers van de wettelijke strafverzwaring die voortvloeit uit de vaststelling van een objectieve verzwarende omstandigheid, is volgens sommigen niet zeker.⁸⁸ Verschillende elementen die door het E.H.R.M. worden aangebracht om te besluiten tot een schending van het recht op tegenspraak, hebben specifiek betrekking op de rechtspleging voor een hof van assisen. Zo speelt het feit dat de jury de vragen enkel kan beantwoorden met 'ja' of 'neen' en deze niet kan motiveren, een belangrijke rol in het oordeel van het E.H.R.M.⁸⁹ Ook het feit dat een rechtscollege in een verschillende samenstelling uitspraak doet over de schuldvraag en de straftoemeting - de jury beantwoordt de schuldvraag, terwijl de jury samen met beroepsmagistraten de straf toemeten - wordt door het Hof in rekening gebracht.⁹⁰ Ook de vaststelling dat het E.H.R.M. veel belang hecht aan het substantieel karakter van de wettelijke strafverzwaring, lijkt de mogelijkheid enigszins te hypothekeren, om uit het arrest conclusies te trekken in het geval niet het hof van assisen, maar wel de correctionele rechtbank moet oordelen. In het geval van een correctionalisering zal de wettelijke strafverzwaring immers minder substantieel zijn.⁹¹ Toch lijkt het volgens E. BREMS mogelijk - het is volgens de auteur geen absolute zekerheid - dat uit het arrest wordt afgeleid dat ook in het geval van een correctionalisering de vragen m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheid moeten worden geïndividualiseerd. Ter ondersteuning daarvan wordt ingeroepen dat volgens het E.H.R.M. het feit dat bij de behandeling van de schuldvraag geen rekening kan worden gehouden met de werkelijke rol van de beklaagde, reeds het recht op tegenspraak schendt.⁹² De gedachte is dus dat ook de correctionele rechtbank, overeenkomstig de actuele stand van de rechtspraak, de deelnemer formeel schuldig verklaart aan, bv. diefstal gepleegd d.m.v. geweld of bedreiging, zonder dat vaststaat dat de deelnemer schuld heeft gehad aan het geweld of de bedreiging en dat daardoor het recht op tegenspraak wordt geschonden. In dit verband is een arrest van het Hof van Beroep te Luik van 10 april 2008 vermeldenswaard. In het arrest gaat het Hof van Beroep uit van de opvatting dat het arrest GÖKTEPE enkel gevolgen heeft voor een procedure voor het hof van assisen: "*Attendu que ce ne sont donc pas les règles du droit positif belge relatives à la participation criminelle visées aux articles 66 et suivants du code pénal que la Cour européenne a condamnées mais bien la procédure spéciale à la cour d'assises visant à imputer automatiquement à tous les participants à une infraction principale les circonstances aggravantes ayant accompagné cette infraction sans avoir égard aux moyens de défense invoqués par l'accusé pour minimiser son intervention dans les conséquences liées à cette infraction*".⁹³ In het concrete geval besloot het Hof van Beroep: "*Attendu, dès lors, qu'en l'occurrence le vol commis au préjudice de Luc T. constitue le fait principal de sorte que toutes les circonstances aggravantes réelles visées à la citation concernent tous les prévenus même si leur participation di-*

88 Zie bv.: E. BREMS, *l.c.*, 16.

89 Hof Mensenrechten, arrest GÖKTEPE / België van 2 juni 2005, nr. 29.

90 Hof Mensenrechten, arrest GÖKTEPE / België van 2 juni 2005, nr. 30.

91 E. BREMS, *l.c.*, 16.

92 E. BREMS, *l.c.*, 16.

93 Luik 10 april 2008, *JLMB* 2009, 17, noot C. FAGNOULLE.

*recte et personnelle auxdites circonstances n'est pas établie et même si, quod non, ils ne les ont pas voulues".*⁹⁴

Voor zover wordt ingegaan op de aard van de individuele vraag die moet worden gesteld m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheden, blijkt er in de rechtsleer geen absolute eensgezindheid te bestaan. P.-P. RENSON schrijft dat t.a.v. elke beschuldigde afzonderlijk de vraag moet worden gesteld over de 'schuld' m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheid.⁹⁵ N. COLETTE-BASECQZ oordeelt dat aan de jury de vraag moet worden gesteld of de beschuldigde de omstandigheid heeft gewild of minstens heeft aanvaard.⁹⁶ Dit laatste impliceert dat voor de toepassing van de wettelijke strafverzwaring op de deelnemer genoegzaam wordt genomen met eventueel opzet in hoofde van de deelnemer m.b.t. de verzwarende omstandigheid.⁹⁷ E. BREMS is van oordeel dat een vraag moet worden gesteld naar de 'betrokkenheid' van elke beschuldigde. Die vraag strekt ertoe te peilen naar de deelneming van de beschuldigde aan de verzwarende omstandigheid.⁹⁸

§2. Recente ontwikkelingen in de rechtspraak van het Hof van Cassatie m.b.t. het regime van de objectieve verzwarende omstandigheden

26. Na het arrest GÖKTEPE van het EHRM heeft het Hof van Cassatie zich tot op heden slechts in een beperkt aantal arresten dienen uit te spreken over het geval van een in deelnemingsverband gepleegd misdrijf, waarbij het Hof te oordelen had over de toepassing van de wettelijke strafverzwaring die is verbonden aan een objectieve verzwarende omstandigheid. Op dit ogenblik geeft het Hof van Cassatie blijk van een misdrijfgebonden benadering.

A. Het misdrijf van het toebrengen van slagen of verwondingen die welbepaalde gevolgen veroorzaken waaraan de wet een wettelijke strafverzwaring verbindt (artt. 399 en 400 Sw.)

27. In een arrest van 19 december 2006 had het Hof van Cassatie te oordelen over in deelnemingsverband toegebrachte slagen of verwondingen met welbepaalde gevolgen, waaraan de wet een wettelijke strafverzwaring verbindt (artt. 399-400 Sw.).

⁹⁴ Luik 10 april 2008, *JLMB* 2009, 17, noot C. FAGNOULLE.

⁹⁵ P.-P. RENSON, "L'emprunt matériel de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme", (noot onder EHRM 2 juni 2005), *JT* 2005, 716.

⁹⁶ N. COLETTE-BASECQZ, "La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droits de la défense", (noot onder EHRM 2 juni 2005), *JLMB* 2005, 1568.

⁹⁷ Zie in dezelfde zin: F. VERBRUGGEN en V. FRANSSEN, "Recente ontwikkelingen inzake het algemeen strafrecht", in VERSTRAETEN, R. en VAN DAELE, D. (eds.), *Straff(proces)recht*, Brugge, die Keure, 2007, nr. 20, 15.

⁹⁸ E. BREMS, *l.c.*, 16.

In het arrest heeft het Hof overwogen: "*De artikelen 392 en 398 Strafwetboek stellen strafbaar hij die met het oogmerk om een bepaald persoon of een persoon die zal worden aangetroffen of ontmoet, aan te randen, hem opzettelijk slagen of verwondingen toebrengt. De artikelen 399 en 400 Strafwetboek voorzien bovendien in een strafverzwaring in het geval de toegebrachte slagen of verwondingen voor het slachtoffer bepaalde gevolgen hebben gehad. Het is voor deze wettelijke strafverzwaring niet vereist dat de dader het bepaalde gevolg van de door hem toegebrachte slagen of verwondingen heeft gewild*".⁹⁹ Het Hof vervolgde dat, wanneer verschillende personen met eenzelfde oogmerk, gezamenlijk en gelijktijdig slagen of verwondingen hebben toegebracht aan een persoon, alle delictsbetrokkenen verantwoordelijk moeten worden gehouden voor het geheel van de handelingen en derhalve ook voor de gevolgen daarvan voor het slachtoffer. Aldus bevestigt het Hof van Cassatie ten aanzien van de objectieve verzwarende omstandigheden omschreven in de artikelen 399 en 400 Sw. zijn 'oude' rechtspraak, door de wettelijke strafverzwaring toe te passen zonder daartoe enige vorm van schuld te eisen.¹⁰⁰

B. Het misdrijf van diefstal dat gepaard gaat met één van de omstandigheden omschreven in art. 468 Sw., art. 473 Sw. of art. 475 Sw.

28. In een arrest van 17 juni 2008 heeft het Hof van Cassatie de aanvraag van GÖKTEPE tot heropening van de rechtspleging gedeeltelijk gegrond verklaard, het arrest van 16 februari 1999 ingetrokken, het oorspronkelijk cassatieberoep opnieuw beoordeeld en besloten tot de vernietiging van het arrest van het hof van assisen van de provincie Oost-Vlaanderen van 27 november 1998, in zoverre dit het verzoek van GÖKTEPE tot individualisering van de vragen m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheden had afgewezen en in zoverre het arrest van het hof van assisen GÖKTEPE had veroordeeld tot straf, bijdrage en kosten.¹⁰¹ Het Hof van Cassatie heeft de beperkte zaak verwezen naar het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen.

In het arrest van 17 juni 2008 overweegt het Hof van Cassatie, m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheden omschreven in de artikelen 468, 474 en 475 Sw.: "*De artikelen 468, 474 en 475 Strafwetboek bepalen omstandigheden bij diefstal, die aanleiding geven tot strafverzwaring. Deze omstandigheden werden vroeger door de rechtspraak beschouwd als objectieve verzwarende omstandigheden, zodat de persoonlijke betrokkenheid bij deze omstandigheden van de mededader of medeplichtige onverschillig was. Het recht op een eerlijk proces gewaarborgd door artikel 6 EVRM en 14 IVBPR maakt dergelijke uitlegging van de wet ontoelaatbaar. Ze vereisen integendeel de beoordeling van deze omstandigheden in hoofde van elke mededader of medeplichtige afzon-*

⁹⁹ Cass. 19 december 2006, *NC* 2007, 224. Zie ook: Cass. 5 oktober 2005, *Pas.* 2005, I, 1813 en *RCJB* 2006, 243, noot F. KUTY en Cass. 22 oktober 2008, *RDPC* 2009, 423.

¹⁰⁰ Zie: Cass. 19 oktober 1988, *RW* 1988-89, 1427, noot A. VANDEPLAS, *RDPC* 1989, 107, noot, *Arr.Cass.* 1988-89, 205 en *Pas.* 1989, I, 185.

¹⁰¹ Cass. 17 juni 2008, *NC* 2008, 284, concl. M. DE SWAEF en *RAGB* 2009, 14, noot D. VAN DER KELEN en L. GYSELAERS.

derlijk. Hieruit volgt dat wanneer iemand beschuldigd wordt van een diefstal met een van de verzwarende omstandigheden van de artikelen 468, 474 en 475 Strafwetboek, het hof van assisen de jury daaromtrent een geïndividualiseerde vraag moet stellen".¹⁰² Mijns inziens kan uit het arrest worden afgeleid dat het Hof van oordeel is dat het arrest GÖKTEPE niet alleen gevolgen heeft voor de procedure voor het hof van assisen. Met het arrest van 17 juni 2008 heeft het Hof van Cassatie m.i. het einde ingeluid van zijn rechtspraak volgens welke de toepassing van de wettelijke strafverzwaring die verbonden is aan één van de omstandigheden omschreven in de artikelen 468, 474 en 475 Sw. niet veronderstelt dat men heeft deelgenomen aan deze omstandigheid, deze heeft gewild of er kennis van had. Het Hof leidt uit het arrest van het E.H.R.M. immers af dat deze interpretatie van de artt. 468, 474 en 475 Sw. strijdig is met het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door art. 6 E.V.R.M.

De vraag kan worden gesteld of volgens het Hof van Cassatie enige vorm van schuld m.b.t. de objectieve verzwarende omstandigheid in hoofde van de deelnemer volstaat, dan wel of de deelnemer ook een aandeel moet hebben gehad in hetzij het geweld of de bedreiging hetzij de doodslag? Het Hof heeft deze vraag beantwoord in een arrest van 13 april 2010. In een arrest van 20 november 2009 heeft het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen de schuld van GÖKTEPE vastgesteld ten aanzien van de objectieve verzwarende omstandigheden van diefstal d.m.v. geweld of bedreiging (art. 468 Sw.) en van diefstal d.m.v. geweld of bedreiging gepleegd zonder het oogmerk om te doden, en toch de dood heeft veroorzaakt (art. 474 Sw.). Tegen dit arrest werd cassatieberoep ingesteld en, onder meer, als middel ingeroepen dat het hof van assisen van de provincie West-Vlaanderen nog steeds de theorie van de 'automatische toerekening van de verzwarende omstandigheden' toepast. Onder verwijzing naar diverse passages uit het bestreden arrest waaruit blijkt dat GÖKTEPE wist dat er geweld zou worden gepleegd en dit ook heeft gewild, besluit het Hof van Cassatie in het arrest van 13 april 2010: "*Met die redenen verantwoordt het bestreden arrest zijn beslissing dat de eiser die vooraf kennis had van het feit dat zwaar geweld nodig zou zijn om de diefstal te kunnen plegen, de mogelijke gevolgen ervan kende of behoorde te kennen en met dit alles instemde, ook individueel schuldig is aan de verzwarende omstandigheden van het hoofdfeit diefstal naar recht*".¹⁰³ Uit deze overweging kan, enerzijds, worden afgeleid dat volgens het Hof van Cassatie niet is vereist dat een deelnemer persoonlijk heeft bijgedragen tot de verzwarende omstandigheid. Daarvoor kan ook bevestiging worden gevonden in de conclusie van eerste advocaat-generaal M. DE SWAEF. Volgens de eerste advocaat-generaal heeft het hof van

¹⁰² Cass. 17 juni 2008, NC 2008, 284, concl. M. DE SWAEF en RAGB 2009, 14, noot D. VAN DER KELEN en L. GYSELAERS. Zie ook: Cass. 11 februari 2009, AR P081472F en AR P081786F: "*Wanneer, zoals te dezen, verschillende personen ervan worden beschuldigd om te hebben deelgenomen aan een diefstal met geweld of bedreiging met de omstandigheden dat doodslag werd gepleegd om de diefstal te vergemakkelijken of de straffeloosheid ervan te verzekeren en de diefstal 's nachts werd gepleegd, in bende, met behulp van een wapen en een voertuig, verplicht het recht op een eerlijke behandeling van de zaak, zoals dat in artikel 6.1 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens wordt gewaarborgd, het hof van assisen om voor ieder van de beschuldigten afzonderlijk de vraag te stellen over deze verzwarende omstandigheden*".

¹⁰³ Cass. 13 april 2010, AR P100005N.

assisen door de vaststelling dat eiser in cassatie "(...) *zeer bewust - wetens en willens - het geweld heeft aanvaard en heeft gewild als middel om D.D. te elimineren zodat het onverschillig is of hij al dan niet zelf slagen zou hebben toegebracht*" (eigen nadruk), de beslissing dat ook de eiser schuldig is aan de verzwarende omstandigheden naar recht verantwoord.¹⁰⁴ Anderzijds is duidelijk dat volgens het Hof van Cassatie de toepassing van de wettelijke strafverzwaring een vorm van schuld veronderstelt.

VIII. Afsluitende beschouwing

29. Bovenstaand overzicht van een aantal recente arresten van het Hof van Cassatie illustreert, enerzijds, dat het Hof van Cassatie gedurende het laatste decennium een aantal klassieke twistpunten m.b.t. het leerstuk van de strafbare deelneming heeft beslecht en, anderzijds, de rechtspraak van het Hof van Cassatie geleidelijk evolueert. Deze vaststelling belet evenwel niet dat er nog tal van vragen onbeantwoord blijven in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Te denken valt bv. aan de problematiek van de erkenning van het eventueel deelnemingsopzet, de deelneming aan de deelneming, de poging tot deelneming,

Bibliografie 2000-2010

Boeken

VANHEULE, J., *Strafbare deelneming*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1050 p.

Bijdragen in tijdschriften en noten

BLAISE, N., "La participation par omission et sa jurisprudence", *JT* 2009, 694-697.

BOSLY, H.-D., "La responsabilité pénale des coauteurs et des complices en droit pénal social", (noot onder Cass. 20 januari 2009), *RDPC* 2009, 861-867.

BREMS, E., "Objectieve verzwarende omstandigheden afgeschoten in Straatsburg. Rechter moet verzwarende omstandigheden individueel toepassen", *Juristenkrant* 2005, afl. 112, 1 en 16.

COLETTE-BASECQZ, N., "La théorie de l'emprunt matériel de criminalité jugée incompatible avec le procès équitable et les droit de la défense", (noot onder E.H.R.M. 2 juni 2005), *JLMB* 2005, 1564-1568.

DELBROUCK, L., "Onopzettelijk is niet opzettelijk niet willen weten", (noot onder Cass. 16 december 2003), *RAGB* 2005, 546-547.

FAGNOULLE, C., "Le point sur les circonstances aggravantes réelles", (noot onder Luik 10 april 2008), *JLMB* 2009, 23-31.

¹⁰⁴ M. DE SWAEF, concl. bij Cass. 13 april 2010, AR P100005N.

- HOET, P., "Werkgever, lasthebber of aangestelde en de strafrechtelijke immunitet van de werknemer versus strafbare deelneming", *RW* 2009-10, 716-717.
- KUTY, F., "La participation criminelle n'est pas irréductible à toute abstention", (noot onder Cass. 29 april 2003 en Cass. 5 oktober 2005), *RCJB* 2006, 246-269.
- KUTY, F., "La participation criminelle par abstention", in ROGGEN, F. (ed.), *Actualités de droit pénal*, Brussel, Bruylant, 2007, 31-59.
- KUTY, F., "Les circonstances aggravantes réelles et la théorie de l'emprunt matériel de criminalité: la consécration du principe de la responsabilité pénale", (noot onder E.H.R.M. 2 juni 2005), *RCJB* 2008, 214-250.
- KUTY, F., "La responsabilité pénale du chef des circonstances aggravantes réelles", in ROGGEN, F. (ed.), *Actualités du droit pénal*, Brussel, Bruylant, 2009, 31-76.
- KUTY, F., "La consécration de la faute comme fondement de la responsabilité pénale", (noot onder Cass. 27 september 2005 en EHRM 27 maart 2008), *RCJB* 2009, 214-247;
- LUGENTZ, F., "Une première analyse de la portée de l'arrêt Goktepe: pour une interprétation stricte?", *RDPC* 2009, 212-226.
- MICHELIS, O. en KETTELS, A., "L'imputabilité et la participation en droit pénal - Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2009", *Dr.pén.entr.* 2009, 309-314.
- RENSON, P.-P., "L'emprunt matériel de criminalité sévèrement condamné par la Cour européenne des droits de l'homme", (noot onder EHRM 2 juni 2005), *JT* 2005, 715-717.
- ROGGEN, F., "Participation et imputabilité: l'application de ces principes à l'épreuve de la responsabilité pénale des personnes morales" in MANDOUX P. en KLEES, O. (eds.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Brussel, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 2001, 5-33.
- RORIVE I. en BOSQUET, D., "La renonciation au meurtre: une limite essentielle au système de l'imputation automatique du meurtre à tous les participants au vol (art. 475 C. pén.)", *RDPC* 2002, 369-388.
- ROZIE, J., "Het lot van de objectieve verzwarende omstandigheden: liever een latrelatie dan een gedwongen huwelijk...", (noot onder EHRM 27 maart 2008), *NC* 2008, 264-271.
- TRAEST, P., "Ontwikkeling van nieuwe deelnemingsvormen", *NC* 2007, 241-262.
- VANDEPLAS, A., "Medeplichtigheid en de uitgestelde voltooiing van diefstal", (noot onder Cass. 27 oktober 2009), *RW* 2009-10, 1564-1565.
- VAN DER KELEN, D. en GYSELAERS, L., "De objectieve verzwarende omstandigheden door Straatsburg geïndividualiseerd?", (noot onder E.H.R.M. 2 juni 2005), *RAGB* 2005, 1476-1484.
- VAN DER KELEN, D. en GYSELAERS, L., "De objectieve verzwarende omstandigheden; het definitieve einde van een tijdperk?", (noot onder Cass. 17 juni 2008), *RAGB* 2009, 14-28.
- VAN DER KELEN, D. en GYSELAERS, L., "GÖKTEPE bis met een vleugje Taxquet", (noot onder Assisen West-Vlaanderen 26 november 2009), *RAGB* 2010, 445-453.
- VANHEULE, J., "Een aantal beginselen betreffende de deelnemingsvormen omschreven in de artikelen 66 en 67 Sw.", *NC* 2007, 151-161.

VANHEULE, J., "Strafbare deelneming door onthouding: één of twee modaliteiten?", *NC* 2009, 281-309.

VAN OVERBEKE, S., "Aanwezigheid bij het misdrijf als vorm van strafbare deelneming: je was erbij dus je bent erbij", (noot onder Cass. 17 december 2008), *RW* 2010-2011, 367-370.

VAN VOLSEM, F., "Strafbare deelneming is tijdige deelneming", noot onder Cass. 17 januari 2006, *RAGB* 2006, 884-890.

VERBRUGGEN F., "Strafbare voorbereidingshandelingen in België: een autopsie zonder lijk" in VERBRUGGEN, F., PRAKKEN, E. en ROEF, D., *Vorbereidingshandelingen in het strafrecht, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 8 oktober 2004 te Tilburg*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004, 57-73.