

Overwegende dat het arrest evenwel een eindbeslissing is;

Dat er geen grond is om de afstand in te willigen;

Over de middelen:

Overwegende dat de burgerlijke rechtsvordering van verweerder steunt op de telastlegging A 1;

Over het eerste middel:

Overwegende dat de eenvoudige bankbreuk van het vroegere artikel 489 Strafwetboek en van de artikelen 437, 440, 441, 472, 574, 4° en 583 van de vroegere faillissementswet en het faillissementsmisdrijf van het nieuwe artikel 489bis, 4°, Strafwetboek en artikel 9 van de nieuwe faillissementswet, dezelfde materiële bestanddelen omvatten, namelijk een koopman of een verantwoordelijke van een vennootschap die zich in staat van faillissement bevindt, en die niet binnen een bepaalde bij de wet gestelde termijn aangifte hiervan heeft gedaan;

Dat de omstandigheid dat onder de oude wet de gestelde termijn korter was dan onder de nieuwe wet hieraan geen afbreuk doet;

Overwegende dat de omstandigheid dat onder de oude wet een algemeen opzet was vereist en onder de nieuwe wet het oogmerk om het faillissement, dit is de faillietverklaring, uit te stellen, eraan evenmin afbreuk doet dat het onder de oude en de nieuwe wet steeds om hetzelfde misdrijf gaat;

Dat het middel faalt naar recht;

Over het tweede middel:

Overwegende dat, anders dan het middel aanvoert, het arrest eisers verweer verwerpt en beantwoordt;

Dat het middel feitelijke grondslag mist;

Over het derde middel:

Overwegende dat de omstandigheid dat wegens het niet meer facultatieve karakter van het faillissementsmisdrijf van het nieuwe artikel 489bis, 4°, Strafwetboek en artikel 9 van de nieuwe faillissementswet, de nieuwe strafwet ongunstiger is voor de dader dan deze van de eenvoudige bankbreuk van het vroegere artikel 489 Strafwetboek en van de artikelen 437, 440, 441, 472, 574, 4°, en 583, van de vroegere faillissementswet, eraan geen afbreuk doet dat het feit voorheen ook strafbaar was en het aan de failliete boedel schade kon veroorzaken die de curator ervan door burgerlijke partijstelling kan invorderen wanneer de strafrechter, zoals hier, oordeelt dat de niet-tijdige aangifte bewezen is en moet worden bestraft;

Dat het middel niet kan worden aangenomen;

OM DIE REDENEN,

Verwerpt de voorziening;

(...)

Aangifte van faillissement vroeger en nu

Het nieuwe artikel 489bis Sw. en de terugwerkende kracht van de mildere strafwet


1. Bovenstaand arrest van het Hof van Cassatie levert een mooie illustratie van de vragen die kunnen rijzen bij de toepassing van nieuwe wetgeving op misdrijven die gepleegd zijn onder de gelding van een vroegere wet. Vooral blijkt uit deze casus dat bij de vraag welke strafwet als de mildere dient te worden beschouwd met diverse factoren rekening dient te worden gehouden. Niet alleen de strafmaat doch ook de constitutieve elementen van het misdrijf dienen te worden vergeleken en zelfs andere straftoematingsfactoren spelen een rol, zoals hierna zal blijken.

2. De feiten die tot het bovenstaand arrest aanleiding hebben gegeven kaderen in een vervolging wegens het verzuim van aangifte van faillissement. Voor de faillis-

sementswet van 8 augustus 1997¹ werd de niet-aangifte van het faillissement beschouwd als een geval van facultatieve eenvoudige bankbreuk, beschreven in artikel 574.4° W. Kh. en bestraft overeenkomstig artikel 489 Sw. met gevangenisstraf van één maand tot twee jaar. De artikelen 118 tot en met 124 van de faillissementswet vervangen volledig de artikelen 489 tot en met 490bis Sw. Het opschrift van de betrokken afdeling, voorheen luidend 'bankbreuk en bedrieglijk onvermogen' werd gewijzigd in een meer neutrale en aan de tijd aangepaste benaming, met name 'misdrijven die verband houden met de staat van faillissement'.² Over de inhoud van de nieuwe misdrijven die verband houden met de staat van faillissement werd reeds veel geschreven.³ Hierna wordt vooral ingegaan op de problematiek van de werking in

¹ B.S. 28 oktober 1997, in werking getreden op 1 januari 1998 (K.B. 25 november 1997, B.S. 4 december 1997).

² Artikel 117 Wet van 8 augustus 1997.

³ A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel, Larcier, 1998, 832-856; E. ROGER FRANCE, "L'infraction de banqueroute: la réforme apportée par la nouvelle loi sur les faillites", *T.B.H.* 1998, 81-92; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 550-569; A. DE NAUW, "Constitutieve elementen en gevolgen van enkele tenlasteleggingen inzake bankbreuk" in *Het faillissementsrecht geactualiseerd*, Brugge, Die Keure, 1997, 191-197 en *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1998, 205-211; O. RALET, *Responsabilité des dirigeants des sociétés*, 1996, 314-320, nr. 200-204; Y. DUMON, "La faillite et le concordat judiciaire. La réforme de 1997", *J.T.* 1997, 807-811; F. DESTERBECK, "Les infractions de l'article 489ter du Code pénal", *R.D.P.* 1998, 379-393; F. ROGGEN, "Les dispositions pénales de la loi sur les faillites du 8 août 1997", *R.D.P.* 1998, 394-433; J.P. COLLIN, "Aspects répressifs de la réforme des lois sur les faillites et le concordat", *R.D.P.* 1998, 434-444; Th. BOSLY, "Le curateur et l'enquête pénale relative aux infractions liées à la faillite", *R.D.P.* 1998, 455-469; L. BIHAIN, "Les responsabilités des administrateurs et dirigeants en cas de faillite et le nouveau délit d'abus de biens sociaux", Actes du séminaire organisé le 9 octobre 1997 par Vanham & Vanham seminars; E. CUSAS & J.P. RENARD, *Le nouveau droit du concordat et de la faillite*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, 191-195; E. VAN CAMP, *De nieuwe faillissementswet*, Antwerpen, 

de tijd van de nieuwe bepalingen met betrekking tot het verzuim aangifte van het faillissement te doen.

3. Het verzuim aangifte te doen van het faillissement is nu strafbaar gesteld door art. 489bis 4^o Sw. en gestraft met een gevangenisstraf van één maand tot twee jaar en/of een geldboete van 100 tot 500.000 frank.⁴

De strafmaat is nochtans niet het enige verschil tussen de vroegere en de huidige wet. Waar onder de vroegere wet de termijn voor aangifte drie dagen bedroeg is deze nu één maand. Onder de oude wetgeving was voor de bezeugenverklaring van deze inbreuk zelfs geen bijzonder moreel bestanddeel vereist.⁵ Zelfs de kennis in hoofde van de beklagde van de staat van faillissement was niet vereist en verder was het ook van geen belang of de niet-aangifte opzettelijk was dan wel het resultaat van een loutere nalatigheid.⁶ Nu vereist het misdrijf van verzuim van aangifte van faillissement nu een bijzonder opzet, met name het oogmerk om het faillissement uit te stellen. De wetgever wenste het accent voortaan te leggen op het door de verdachte nagestreefde doel, namelijk de faillietverklaring uitstellen en derhalve het passief verzwaren en nadeel berokkenen aan de schuldeisers.⁷

Tenslotte bezit het faillissementsmisdrijf van verzuim van aangifte in tegenstelling tot de vroegere eenvoudige bankbreuk niet meer een facultatief karakter.

Het zijn al deze verschillen die het de rechter niet eenvoudig maken de strafwet toe te passen indien dit misdrijf gepleegd werd voor 1 januari 1998, datum van inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen.

De nieuwe omschrijving van het misdrijf van niet-aangifte is duidelijk restrictiever dan de vorige gelet op de verlenging van de termijn van aangifte tot één maand en het vereiste bijzonder opzet, met name het oogmerk om de faillietverklaring uit te stellen.⁸ Het misdrijf van niet-aangifte van staking van betaling blijft een aflopend misdrijf⁹, zodat de verjaring een aanvang neemt op het ogenblik dat de aangifte had dienen te worden verricht, één maand na de staking van betaling.

4. In onderhavige zaak werd de eiser in cassatie vervolgd voor dergelijk misdrijf gepleegd voor 1 januari

1998, derhalve onder de gelding van de vroegere wet. Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft klaarblijkelijk bij arrest van 8 december 1999 de betrokkene toch nog schuldig verklaard aan het betrokken misdrijf. Hij vecht zijn veroordeling aan voor het Hof van Cassatie en is van oordeel dat de nieuwe omschrijving van het misdrijf tot gevolg heeft dat hij niet meer kan schuldig verklaard worden. De middelen worden enkel beantwoord in het kader van de beslissing op burgerlijk gebied nu de betrokkene de gunst van de opschorting had genoten voor meerdere tenlasteleggingen en de maatregel van de opschorting naar recht verantwoord blijft door de bewezen verklaarde tenlastelegging van uitgifte van cheques zonder dekking. Het Hof past de theorie van de wettelijk verantwoorde straf ook toe op de maatregel van de opschorting.¹⁰

5. In het eerste middel werd aangevoerd dat de nieuwe strafbaarstelling andere en van de oude strafbaarstelling onderscheiden wettelijke bestanddelen kent en op deze grond de dader niet meer kan worden veroordeeld.

Het Hof van Cassatie erkent vanzelfsprekend dat de onder de oude wet gestelde termijn korter was en dat nu het oogmerk om het faillissement uit te stellen vereist wordt. Hieruit volgt dat de bestraffingsvoorwaarden op het vlak van de incriminatie strenger zijn en dus gunstiger voor de beklagde. Dergelijk feit dat onder de gelding van de oude wet werd gepleegd dient derhalve te worden getoetst aan de nieuwe gunstiger bestanddelen.¹¹

De omstandigheid dat de constitutieve bestanddelen op een andere wijze worden omschreven belet evenwel niet dat het onder de oude wet en de nieuwe wet steeds om hetzelfde misdrijf gaat. Beide misdrijven omvatten immers dezelfde materiële bestanddelen, met name een koopman die niet binnen een bepaalde bij de wet gestelde termijn aangifte heeft gedaan van de staat van faillissement waarin hij zich bevindt.

6. Deze beoordeling ligt ongetwijfeld in de lijn van de sinds jaren gevestigde rechtspraak en doctrine in deze aangelegenheid. De centrale vraag is immers of de vooreen strafbare feitelijke gedraging onder de gelding van

Kluwer rechtswetenschappen, 1997, 336-353; Ph. TRAEST, "Misdrijven die verband houden met de staat van het faillissement" in B. TILLEMANN (ed.), *Ondernemingsstrafrecht*, Brugge, Die Keure, 1999, 5-40.

Vanzelfsprekend kan niet worden voorbijgegaan aan de vroegere bijdragen terzake zoals deze van J. SPREUTELS, "La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse" in SCHUIND, *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Swinnen, 437-440N en J. DETIENNE, *Droit pénal des affaires*, Brussel, De Boeck, 1989, 358-373.

⁴ Sedert 1 januari 2002 dienen deze bedragen te worden gelezen in euro en verhoogd te worden met 40 decimes (d.w.z. een vermenigvuldiging met vijf).

⁵ Cass. 25 mei 1982, A.C. 1981-82, nr. 570.

⁶ J. SPREUTELS, *o.c.*, 438V, nr. 18.

⁷ Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer B.Z.*, 1991-92, nr. 631/1, 43 *in fine*.

⁸ Ph. TRAEST, "Misdrijven die verband houden met de staat van faillissement" in *Ondernemingsstrafrecht*, B. TILLEMANN (ed.), Brugge, Die Keure, 1999, 21.

⁹ Cass. 12 december 1989, A.C. 1989-90, nr. 235; Cass. 27 mei 1994, A.C. 1994, nr. 270, *T.R.V.* 1995, 54; Y. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, nr. 1022; J. SPREUTELS, *o.c.*, nr. 17; A. DE NAUW, *o.c.*, 207. *Contra*: Luik, 8 januari 1988, *Rev. dr. pén.* 1988, 709-711.

¹⁰ R. DECLERCQ, *Beginselen van strafrechtspleging*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 1000, nr. 2353 en de aldaar aangehaalde cassatierechtpraak.

¹¹ Cass. 4 januari 2000, A.C. 2000, nr. 3; Cass. 9 juni 1999, A.C. 1999, nr. 338 (impliciet).

de nieuwe wet nog steeds strafbaar is.¹² Indien de strafbaarheid van de concrete gedraging behouden blijft zal vervolgens de strafwet met de minst zware straf toepasselijk zijn, wat zowel de oude als de nieuwe wet kan zijn.¹³ Wanneer immers de wet die de ten laste gelegde feiten strafbaar stelde werd opgeheven maar de bedoelde feiten ten tijde van de uitspraak strafbaar zijn gesteld door een nieuwe wet kan de rechter die de feiten bewezen verklaart alleen de bij de vorige wet bepaalde straffen opleggen wanneer deze in de minst zware straffen voorzien.¹⁴ Een nieuwe en gunstiger omschrijving van het misdrijf dient derhalve eventueel te worden gecombineerd met de strafmaat uit de vroegere wet.¹⁵ *In casu* is de materiële gedraging nog steeds strafbaar gesteld onder de nieuwe wet.¹⁶ Dat de omschrijving van twee constitutieve elementen anders is, verandert hieraan niets doch verplicht de rechter wel het feit te toetsen aan deze voor de beklagde gunstiger omschrijving.¹⁷

Met betrekking tot de niet-aangifte van faillissement zal de rechter de nieuwe misdrijfsomschrijving dienen te combineren met de straf uit de oude wet. De straftoemeting in de nieuwe wet is immers strenger nu deze voorziet in het opleggen van een gevangenisstraf, eventueel met een geldboete, terwijl vroeger enkel een gevangenisstraf van dezelfde duur en geen geldboete mogelijk was.¹⁸

7. Bij de beantwoording van het derde middel gaat het Hof van Cassatie nader in op de wijziging van ander element van het misdrijf, met name de opheffing van het facultatieve karakter van het betrokken misdrijf. Onder de oude wet kon de strafrechter vrij oordelen of dergelijke bewezen inbreuk diende te worden bestraft, in acht genomen de ernst van de fout, de schade of de toestand van de gefailleerde.¹⁹ Deze vrijheid bestaat niet meer onder de nieuwe wet. De algemene regel wordt van toepassing zodat in geval van een bewezen misdrijf de rechter niet meer kan vrijspreken om opportunitaire redenen. Het lijkt geen twijfel dat de nieuwe wet op dit punt on-

gunstiger is en het Hof van Cassatie erkent dit ook. Ook deze vaststelling heeft evenwel geenszins tot gevolg dat de betrokkene niet meer zou kunnen gestraft worden aangezien het feit voordien ook strafbaar was. Uit bovenstaand arrest kan worden afgeleid dat het al of niet facultatief karakter van het betrokken misdrijf niet als een constitutief element van het misdrijf dient te worden beschouwd doch wel als een element van de straftoemeting. Aangezien het misdrijf ten tijde van het plegen facultatief was dient wat dit punt betreft de oude wet te worden toegepast. Het Hof van Cassatie laat dit kennen door vast te stellen dat de feitenrechter *in casu* geoordeeld heeft « dat de niet-tijdige aangifte bewezen is en moet worden bestraft ». Uit dit alles blijkt dat met betrekking tot het misdrijf van niet-tijdige aangifte de rechter voor feiten onder de gelding van de oude wet gepleegd de incriminatie in de nieuwe wet zal dienen te combineren met de strafmaat uit de oude wet, met inbegrip van het facultatief karakter van een veroordeling.

8. De eiser had ook nog aangevoerd dat hij niet meer kon worden bestraft omdat hij na drie dagen niets meer heeft kunnen doen om het misdrijf teniet te doen terwijl de nieuwe wet een reflectietijd geeft van één maand en hij ten tijde van de feiten hiervan geen gebruik heeft kunnen maken. Het Hof van Cassatie beperkt er zich toe vast te stellen dat dit verweer werd beantwoord.²⁰ Deze invalshoek van de verlenging van de termijn voor aangifte brengt evenwel niets bij nu de bijkomende termijn niet kan worden beschouwd als een soort van regularisatieperiode onder het stelsel van de oude wet. Door de nieuwe termijn op de concrete feiten toe te passen worden zowel art. 2 Sw. als art. 15 I.V.B.P.R. onverkort geëerbiedigd.

Philip TRAESE
Hoofddocent Universiteit Gent
Advocaat

¹² B. SPRIET, "Retroactiviteit in het strafrecht" in *De retroactiviteit van rechtsregels*, Leuven, Jura Falconis, 1998, 153.

¹³ Antwerpen 25 juni 1993, *T.M.R.* 1995, 152; Antwerpen 23 september 1994, *T.M.R.* 1995, 24; Cass. 7 november 1995, *A.C.* 1995, nr. 477.

¹⁴ Cass. 7 november 1995, *A.C.* 1995, nr. 477; Cass. 26 oktober 1982, *A.C.* 1982-83, nr. 138.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld het in de vorige noot vermelde arrest van 7 november 1995, waar de nieuwe misdrijfsomschrijving van het milieuvergunningendecreet werd gecombineerd met de vroegere lichtere straffen uit de Wet van 5 mei 1888 betreffende de gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke inrichtingen.

¹⁶ Bergen 24 februari 1999, *R.D.P.* 1999, 1213-1217; Gent 19 januari 1999, *onuitgeg.*

¹⁷ O. VANDEMEULENBROEKE, "Rétroactivité des incriminations pénales" in *Liber amicorum José Vanderveeren*, Brussel, Bruylant, 1997, 166, nr. 69.

¹⁸ Gent 19 januari 1999, *onuitgeg.*

¹⁹ E. ROGER FRANCE, "L'infraction de banqueroute: la réforme apportée par la nouvelle loi sur les faillites", *T.B.H.* 1998, 86.

²⁰ Het tweede middel voerde immers enkel een motiveringsgebrek aan.