

ANNOTATIE

Cassatie in het belang der wet: gebondenheid Staat aan gehomologeerd akkoord bij faillissement.

mr. J.H.J. Verbaan

Annotatie bij Hoge Raad, 02-02-2021, ECLI:NL:HR:2021:112 (INS-2021-0053, SR-2021-0015)

Commentaar bij HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:112.

Advocaat-generaal B.F. Keulen heeft beroep in cassatie in het belang van de wet ingesteld omdat nog onduidelijk is of en in welke gevallen de Staat gebonden is aan een gehomologeerd akkoord. De klacht klaagt over het oordeel van het hof dat het niet als voorwaardelijke vordering indienen van de ontnemingsvordering tot gevolg heeft dat de vordering niet valt onder de werking van het gehomologeerd akkoord. De advocaat-generaal stelt in zijn vordering twee vragen centraal. Ten eerste, heeft een gehomologeerd akkoord in het faillissement van de verdachte of de veroordeelde gevolgen voor de tenuitvoerlegging van een opgelegde of op te leggen geldboete of ontnemingsmaatregel? De tweede vraag is vanaf welk moment de officier van justitie als schuldeiser namens de Staat kan opkomen in het faillissement in verband met een verwachte geldboete of ontnemingsmaatregel.

De Hoge Raad overweegt dat artikel 94d lid 3 Sv, artikel 577b lid 2 Sv, zoals dat tot 1 januari 2020 van kracht was, artikel 6:6:26 lid 1 Sv, dat op 1 januari 2020 in werking is getreden, artikel 24 Fw, artikel 108 Fw, zoals dat sinds 1 januari 2019 luidt, artikel 110 lid 1 Fw, zoals dat sinds 1 januari 2019 luidt, artikel 127 lid 1 t/m 3, Fw, zoals dat sinds 1 januari 2019 luidt, artikel 130 Fw, artikel 133 Fw, artikel 157 Fw, artikel 161 Fw, artikel 161a Fw, dat geldt sinds 1 januari 2019 en artikel 358 lid 1 en 4 Fw van belang zijn voor de beoordeling van het cassatieberoep en haalt

deze aan.

De Hoge Raad haalt de relevante passages uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 10 december 1992 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot toepassing van de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties (*Stb.* 1993, 11), waarbij artikel 94d in het Wetboek van Strafvordering is ingevoegd (*Kamerstukken II* 1989/90, 21504, nr. 3, p. 27-28) en de relevante passages uit memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet modernisering faillissementsprocedure (Wet van 27 juni 2018, *Stb.* 2018, 299, in werking getreden op 1 januari 2019) (*Kamerstukken II* 2016/17, 34740, nr. 3, p. 33, 36-37) aan en overweegt dat het allereerst de vraag vanaf welk moment de officier van justitie (hierna: OvJ) op grond van artikel 94d lid 3 Sv als schuldeiser namens de Staat kan opkomen in het faillissement in verband met een (verwachte) geldboete of ontnemingsmaatregel, bespreekt.

De Hoge Raad overweegt dat artikel 94d lid 3 Sv bepaalt dat de OvJ de bevoegdheid heeft namens de Staat als schuldeiser in het faillissement van de verdachte of de veroordeelde op te komen. Deze bevoegdheid houdt in dat de OvJ in verband met een opgelegde of op te leggen geldboete of ontnemingsmaatregel een concurrente vordering kan indienen bij de curator ter verificatie overeenkomstig artikel 127 Fw. Zolang het bedrag van de geldboete of van het te ontnemen wederrechtelijk verkregen voordeel nog niet vaststaat, wordt de OvJ geacht voor een voorwaardelijke vordering op te komen. Uit deze regeling vloeit voort dat de OvJ niet alleen in het faillissement kan opkomen wanneer op het moment van faillietverklaring de vordering al is ontstaan door de onherroepelijke oplegging door de strafrechter van een geldboete of een ontnemingsmaatregel, maar ook al op een eerder moment. Gelet op de wetsgeschiedenis gaat het dan om de situatie waarin de strafrechter een geldboete of een ontnemingsmaatregel heeft opgelegd, maar de betreffende uitspraak – bijvoorbeeld als gevolg van het instellen van een rechtsmiddel – nog niet onherroepelijk is, of de situatie waarin de oplegging van een geldboete of de ontnemingsmaatregel ‘te verwachten’ is. Uit deze wetsgeschiedenis blijkt echter niet wanneer deze verwachting mag of moet worden aangenomen.

In het faillissementsrecht geldt het fixatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat door het intreden van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt en dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd. Voor zover wel sprake is van een uitbreiding van de aanspraken van een schuldeiser, komen de desbetreffende vorderingen niet voor verificatie in aanmerking, behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat (vgl. ECLI:NL:HR:2018:424, r.o. 3.5.1 en 3.5.4).

Waar het gaat om de *ontnemingsmaatregel* kan zich al voorafgaand aan de behandeling van de ontnemingsvordering de situatie voordoen dat, voor de toepassing van artikel 94d lid 3 Sv, de oplegging van de ontnemingsmaatregel door de strafrechter 'te verwachten' is. Dat is het geval wanneer de OvJ de ontnemingsvordering overeenkomstig artikel 511c lid 1 Sv aanhangig heeft gemaakt. Op andere, doorgaans eerder in de tijd gelegen momenten zoals het moment waarop een strafrechtelijk financieel onderzoek wordt ingesteld, waarop een conservatoir (ontnemings)beslag in de zin van artikel 94a lid 2 Sv wordt gelegd of waarop de OvJ kenbaar heeft gemaakt dat hij voornemens is een ontnemingsvordering aanhangig te maken (vgl. art. 311 lid 1 laatste volzin Sv), doet zich nog niet de situatie voor dat voor de toepassing van artikel 94d lid 3 Sv de oplegging van de ontnemingsmaatregel door de strafrechter is 'te verwachten'.

De *geldboete* betreft geen maatregel, maar een straf. Mede gelet op de straftoemingsvrijheid van de strafrechter, ontstaat de bevoegdheid van de OvJ om op te komen in het faillissement eerst wanneer de strafrechter een geldboete heeft opgelegd. Als die uitspraak op het moment van het intreden van het faillissement nog niet onherroepelijk is, wordt de OvJ geacht voor een voorwaardelijke vordering op te komen. Indien op het moment van het intreden van het faillissement wel op enigerlei wijze is gebleken dat de OvJ voornemens is de oplegging van een geldboete te vorderen, bijvoorbeeld uit het leggen van conservatoir (geldboete)beslag in de zin van artikel 94a lid 1 Sv, maar die geldboete op dat moment (nog) niet door de strafrechter is opgelegd, kan voor de toepassing van artikel 94d lid 3 Sv nog niet worden aangenomen dat de oplegging van een geldboete door de strafrechter is 'te verwachten' in de hiervoor bedoelde zin.

In de gevallen waarin de OvJ op grond van artikel 94d lid 3 Sv bevoegd is op te komen in het faillissement, maar de geldboete of de ontnemingsmaatregel nog niet onherroepelijk is opgelegd, komt de OvJ op voor een voorwaardelijke vordering. De curator kan die vordering ook uitsluitend voorwaardelijk toelaten in het faillissement. Pas nadat de oplegging van de geldboete of de ontnemingsmaatregel onherroepelijk heeft plaatsgevonden, kan in het faillissement tot uitkering aan de Staat worden overgegaan.

Wat betreft de waardering van de vordering geldt dat, totdat een geldboete of een ontnemingsmaatregel onherroepelijk is opgelegd, de hoogte daarvan onzeker is. Anders dan in de wetsgeschiedenis wordt gesteld onder verwijzing naar artikel 133 Fw, is het niet aan de curator, maar aan de OvJ om het bedrag te bepalen. De OvJ moet een (maximum)bedrag van de vordering aangeven waarvoor hij als vertegenwoordiger van de Staat als schuldeiser opkomt. Daarbij kan de OvJ uitgaan van het bedrag waarvoor de (nog niet onherroepelijke) oplegging van de geldboete heeft plaatsgevonden, respectievelijk het bedrag waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel voorlopig is berekend.

De Hoge Raad overweegt dat de vordering daarnaast de vraag aan de orde stelt welke gevolgen een gehomologeerd akkoord in het faillissement heeft voor de tenuitvoerlegging van een opgelegde of op te leggen geldboete of ontnemingsmaatregel. De Hoge Raad overweegt dat artikel 157 Fw bepaalt dat een gehomologeerd akkoord voor alle geen voorrang hebbende schuldeisers, ook als zij niet in het faillissement zijn opgekomen, verbindend is. In die gevallen waarin de OvJ op grond van artikel 94d lid 3 Sv als schuldeiser namens de Staat kan opkomen in het faillissement in verband met een geldboete of ontnemingsmaatregel, is het akkoord dus verbindend ten aanzien van deze vordering van de Staat, ongeacht of de OvJ namens de Staat daadwerkelijk is opgekomen in het faillissement.

Het gevolg van de homologatie van een akkoord is dat restantvorderingen als natuurlijke verbintenissen voortbestaan (vgl. ECLI:NL:HR:1992:ZCo492). Dat betekent dat de nakoming rechte niet afdwingbaar is en dat daarom geen verhaalsmaatregelen kunnen worden getroffen. Voor de geldboete en de ontnemingsmaatregel betekent dit dat geen verhaal op grond van (ar. 6:4:9 Sv jo.) artikel 6:4:4, 6:4:5 of 6:4:6 Sv kan plaatsvinden. Ook toepassing van gijzeling als bedoeld in artikel 6:6:25 Sv met het oog op de voldoening van een ontnemingsmaatregel is dan niet toegelaten.

Waar het gaat om een met betrekking tot een onherroepelijk opgelegde geldboete bevolen vervangende hechtenis, geldt dat de homologatie van een akkoord niet in de weg staat aan de tenuitvoerlegging van die vervangende hechtenis. Die tenuitvoerlegging strekt immers niet tot verhaal van de geldboete, maar tot een andere wijze van bestraffing die de geldboete vervangt.

In verband met de invoering van artikel 161a Fw sinds 1 januari 2019 is nog van belang dat met betrekking tot faillissementen die zijn uitgesproken sinds 1 januari 2019 en die eindigen na homologatie van een akkoord, op grond van artikel 161a Fw geldt dat verifieerbare vorderingen die niet binnen de termijn van artikel 127 Fw zijn ingediend ter verificatie niet langer afdwingbaar zijn, tenzij de schuldeiser redelijkerwijs niet in staat was de vordering binnen de bedoelde termijn voor verificatie in te dienen. Het enkele feit dat de hoogte van de vordering bij het intreden van het faillissement nog niet vaststond, kan – in het licht van de wetsgeschiedenis – niet als zo'n omstandigheid worden beschouwd. De eerder, op de voet van artikel 186 (oud) Fw bestaande mogelijkheid voor een niet-geverifieerde schuldeiser verzet in te stellen teneinde de vordering alsnog ter verificatie in te kunnen dienen, is komen te vervallen.

Dit betekent dat in het geval dat de OvJ op grond van artikel 94d lid 3 Sv in het faillissement kan opkomen in verband met een geldboete of ontnemingsmaatregel, maar hij de vordering niet tijdig ter verificatie indient, terwijl het faillissement vervolgens eindigt met de homologatie van een akkoord, hieraan in beginsel – dat wil zeggen: behoudens het geval hij

redelijkerwijs niet in staat was de vordering ter verificatie in te dienen – het in artikel 161a Fw genoemde gevolg is verbonden en dus geen verhaalsmaatregelen kunnen worden getroffen.

In het geval dat de OvJ voornemens is de oplegging van een geldboete of een ontnemingsmaatregel te vorderen, maar hij op het moment van het intreden van het faillissement van de verdachte of de betrokkene (nog) niet de bevoegdheid van artikel 94d lid 3 Sv heeft om op te komen in het faillissement van de verdachte of de betrokkene, zal geen uitdeling in dat faillissement aan de Staat kunnen plaatsvinden. Ook de homologatie van een akkoord bindt dan de Staat als (toekomstige) schuldeiser niet, terwijl evenmin de regeling van artikel 161a Fw toepassing vindt. Indien vervolgens onherroepelijk een geldboete of een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd, is dus ook geen sprake van het ontstaan van een natuurlijke verbintenis en bestaat onverminderd de bevoegdheid om na beëindiging van het faillissement die geldboete of ontnemingsmaatregel te verhalen op de veroordeelde of de betrokkene.

De Hoge Raad overweegt dat opmerking verdient dat de toepassing van de regeling van het faillissementsakkoord ertoe kan leiden, zoals is weergegeven, dat met betrekking tot een geldboete of een ontnemingsmaatregel als gevolg van het ontstaan van een natuurlijke verbintenis geen (volledig) verhaal meer kan plaatsvinden. In de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen geldt daarentegen dat vorderingen die voortvloeien uit onder meer een in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordeling tot betaling van een geldboete of een ontnemingsmaatregel, ook na beëindiging van de schuldsanering afdwingbaar blijven voor zover deze in de schuldsanering onvoldaan zijn gebleven (art. 358 lid 1 en 4 Fw). De vraag of in relatie tot de regeling van het faillissementsakkoord moet worden voorzien in een vergelijkbare uitzondering voor de geldboete en de ontnemingsmaatregel, en zo ja, de wijze waarop zo'n regeling vorm moet krijgen, staat niet ter beantwoording aan de rechter.