

ARTIKEL 35 LID 3 FW: EEN IMPLICIETE MAAR NOODZAKELIJKE SCHAKELBEPALING MET EEN AANTAL KNELPUNTEN

Erik de Kloe*

1 Inleiding

Tijdens faillissement is een failliet ten opzichte van de boedel beschikkingsonbevoegd op grond van artikel 23 Fw. Een uitwerking van en aanvulling op artikel 23 Fw is artikel 35 lid 1 Fw, waarin is opgenomen dat (de voltooiing van) een levering door de failliet vanaf de dag van de faillietverklaring¹ niet geldig meer kan geschieden. Toch is het mogelijk dat de verkrijger eigenaar wordt van een roerende zaak, terwijl de overdracht is voltooid tijdens het faillissement van de vervreemder. Uit artikel 35 lid 3 Fw volgt namelijk impliciet dat artikel 3:86 BW van toepassing is tijdens faillissement. Artikel 3:86 BW biedt de te goeder trouw zijnde verkrijger van een roerende zaak bescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.² Artikel 35 lid 3 Fw luidt:

Voor de toepassing van de artikelen 86 en 238 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek wordt degene die van de schuldenaar heeft verkregen, geacht na de bekendmaking van de faillietverklaring, bedoeld in artikel 14, derde lid, diens onbevoegdheid te hebben gekend.

Artikel 35 lid 3 Fw kent een aantal knelpunten. In de eerste plaats kan artikel 3:86 BW bij strikte lezing van artikel 35 lid 1 Fw geen bescherming bieden tijdens faillissement, omdat artikel 35 lid 1 Fw de levering ongeldig verklaart (par. 2). In de tweede plaats wordt uitgegaan van de toepassing van artikel 3:86 BW, terwijl dat niet vanzelfsprekend is (par. 3). Tot slot kan volgens artikel 35 lid 3 Fw geen beroep meer gedaan worden op derdenbescherming bij publicatie in de Staatscourant (de bekendmaking van de faillietverklaring zoals bedoeld in art. 14 lid 3 Fw), terwijl het mijns inziens meer voor de hand ligt om de derdenbescherming te doorbreken bij publicatie in het centraal insolventieregister (par. 4).

2 (On)mogelijkheid derdenbescherming wegens artikel 35 lid 1 Fw

Het is de vraag of derdenbescherming op grond van artikel 3:86 BW mogelijk is bij letterlijke lezing van artikel 35 lid 1 Fw. Artikel 3:84 lid 1 BW geeft drie vereisten voor een geldige overdracht. Er moet sprake zijn van (i) levering (ii) krachtens geldige titel, (iii) verricht door een beschikkingsbevoegde. Artikel 3:86 lid 1 BW biedt bescherming aan de verkrijger te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. De verkrijger wordt op grond van artikel 3:86 BW niet beschermd tegen een ongeldige titel of een ongeldige levering.

In artikel 35 lid 1 Fw wordt de levering tijdens faillissement ongeldig verklaard. Bij letterlijke lezing van het eerste lid kan de verkrijger niet beschermd worden op grond van artikel 3:86 BW. Artikel 3:86 BW beschermt immers uitsluitend tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder en niet tegen een ongeldige levering.³ Uit artikel 35 lid 3 Fw volgt echter dat dit niet de bedoeling is geweest van de wetgever. Beoogd is om de overdracht ongeldig te verklaren vanwege de beschikkingsonbevoegdheid van de failliet, niet om de levering ongeldig te verklaren.⁴ Verschoof noemt de formulering van artikel 35 lid 1 Fw mede daarom dan ook 'broddelwerk'.⁵ Dat neemt niet weg dat de bedoeling van artikel 35 lid 3 Fw duidelijk is: de verkrijger kan beschermd worden tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder op grond van artikel 3:86 BW, zolang het faillissement niet is gepubliceerd in de Staatscourant.

3 Noodzaak artikel 35 lid 3 Fw

Artikel 35 lid 3 Fw vult de goede trouw uit artikel 3:86 BW nader in, maar gaat stilzwijgend uit van de toepassing van artikel 3:86 BW tijdens faillissement. Als het begrip 'schakelbepaling' gedefinieerd wordt als

een bepaling waarin andere bepalingen (al dan niet analogisch) van overeenkomstige toepassing worden verklaard,⁶ dan is artikel 35 lid 3 Fw geen schakelbepaling. Dat de minister ook vóór de inwerkingtreding van artikel 35 lid 3 Fw uitging van de toepassing van artikel 3:86 BW, volgt uit de memorie van antwoord.⁷ De minister verwijst ter onderbouwing van dit standpunt naar een arrest van de Hoge Raad uit 1947, waarin wordt overwogen dat de curator een *na* publicatie van het faillissement verpande zaak kan terugvorderen van de pandhouder.⁸ De Hoge Raad heeft daarmee echter niet expliciet geoordeeld dat de curator een *vóór* publicatie verpande zaak *niet* kan terugvorderen. Zeker na het arrest *ABC/Emmerig q.q.*⁹ is de uitleg die de minister geeft aan het genoemde arrest uit 1947 discutabel.¹⁰ Toepassing van artikel 3:86 BW tijdens faillissement is niet vanzelfsprekend.

De rechtspositie van betrokkenen bij een faillissement wordt onveranderlijk door het intreden van het faillissement.¹¹ Dit zogeheten fixatiebeginsel is een belangrijk beginsel in het faillissementsrecht en is uitgewerkt in veel wetsartikelen.¹² Het fixatiebeginsel wordt niet doorbroken door een algemeen beginsel van derden te goeder trouw. Dit heeft de Hoge Raad geoordeeld in het arrest *ABC/Emmerig q.q.* en bevestigd in het *Huijzer q.q./Rabobank*-arrest. Derden te goeder trouw worden in beginsel zelfs niet beschermd gedurende de periode tussen het intreden van de faillissementstoestand en het uitspreken van het faillissement.¹³ Uit het arrest *Huijzer q.q./Rabobank* lijkt te volgen dat afwijking van het fixatiebeginsel alleen mogelijk is, indien de wet derden bescherming biedt tijdens faillissement.¹⁴ Hiermee zijn derdenbeschermingsbepalingen uit het BW alleen van toepassing tijdens faillissement als dat volgt uit de wet.¹⁵ Dat het niet vanzelfsprekend is dat



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

de derdenbeschermingsbepalingen uit het BW van toepassing zijn tijdens faillissement, volgt ook uit de discussie in de literatuur over derdenbescherming ten aanzien van registergoederen (art. 3:24 BW).¹⁶ In het kader van de rechtszekerheid is het daarom goed dat artikel 35 lid 3 Fw (weliswaar impliciet) schakelt naar artikel 3:86 BW.

4 Publicatie centraal insolventieregister logischer voor doorbreken derdenbescherming
Derden worden niet meer beschermd nadat de faillietverklaring is gepubliceerd in de Staatscourant, zo volgt uit artikel 35 lid 3 Fw. De wetgever heeft gekozen voor publicatie in de Staatscourant en niet in het centraal insolventieregister, omdat publicatie in een register volgens de memorie van toelichting geheel buiten 'de gezichtskring' van een verkrijger van roerende goederen zal liggen.¹⁷

Dat verkrijgers van roerende zaken de Staatscourant erbij pakken, is een illusie.¹⁸ Sinds de introductie van het centraal

insolventieregister in 2015 is dat register de meest logische en toegankelijke bron voor het raadplegen van uitgesproken faillissementen, mede omdat publicatie daarin eerder plaatsvindt dan in de Staatscourant.¹⁹ Het ligt daarom voor de hand om de derdenbescherming te doorbreken bij publicatie in het centraal insolventieregister.²⁰

Op 13 juni 2017 is het wetsvoorstel Wet modernisering faillissementsprocedure aangeboden aan de Tweede Kamer.²¹ In het wetsvoorstel is opgenomen dat faillissementen terstond, in ieder geval op de dag van de uitspraak, opgenomen worden in het centraal insolventieregister (art. 14 lid 3 Fw (nieuw)). Hierdoor komt vermoedelijk nog meer tijd te liggen tussen publicatie in het centraal insolventieregister en in de Staatscourant. Bij invoering van het wetsvoorstel is het evident dat de meest actuele informatie over uitgesproken faillissementen te vinden is in het centraal insolventieregister. Met het wetsvoorstel ligt het daarom nog meer voor de hand dat artikel 35 lid 3

Fw de derdenbescherming zou moeten doorbreken met publicatie in het centraal insolventieregister.

Een voordeel is dat de periode waarbinnen een derde zich kan beroepen op artikel 3:86 BW wordt verkort tot (maximaal) één dag. Verdere verkorting, althans meer duidelijkheid over het exacte moment waarop een derde niet meer beschermd wordt, is mogelijk. Weliswaar stelt de memorie van toelichting dat het nog niet mogelijk is om het faillissement op het tijdstip van de uitspraak te verwerken en te publiceren,²² het lijkt me wel mogelijk om het tijdstip van publicatie op te nemen in het centraal insolventieregister. Daarmee zou de periode van derdenbescherming slechts van 00.00 uur tot het tijdstip van publicatie zijn. Dat het wetsvoorstel artikel 35 lid 3 Fw niet laat aansluiten op publicatie in het centraal insolventieregister en dat het voorstel niet regelt dat het tijdstip van publicatie wordt opgenomen, is vooralsnog een gemiste kans.

5 Conclusie

Bij letterlijke lezing van artikel 35 lid 1 Fw kan de conclusie getrokken worden dat tijdens faillissement van de vervreemder in het geheel geen beroep gedaan kan worden op artikel 3:86 BW, maar dat is kennelijk in strijd met de bedoeling van de wetgever. Artikel 35 lid 3 Fw is een impliciete, maar noodzakelijke schakelbepaling op grond waarvan derden beschermd kunnen worden ex artikel 3:86 BW zolang het faillissement niet is gepubliceerd in de Staatscourant. Logischer is, met name bij invoering van de Wet modernisering faillissementsprocedure, om doorbreking van de derdenbescherming te koppelen aan het tijdstip van publicatie in het centraal insolventieregister. Hier ligt een taak voor de wetgever, die artikel 35 lid 3 Fw daarop zou moeten aanpassen en in de Faillissementswet zou moeten opnemen dat ook het tijdstip van publicatie wordt vermeld in het centraal insolventieregister. ■

* Mr. H.J. de Kloe is docent ondernemings- en faillissementsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Vanaf 0.00 uur. Vergelijk art. 23 Fw.

2 Art. 3:86 BW biedt ook bescherming aan verkrijgers van een recht aan toonder en order. Daarnaast blijkt uit art. 35 lid 3 Fw dat ook art. 3:238 BW van toepassing is tijdens faillissement. Omdat de problematiek voor rechten aan toonder en order en voor art. 3:238 BW in dit kader gelijk is, neem ik roerende zaken en art. 3:86 BW als uitgangspunt.

3 J.J. van Hees, 'Notaris en faillissement', in: R.L. Albers-Dingemans & F.H.J. Mijnsen (red.), *Incidenten bij de afwikkeling van verkoop en overdracht* (preadvies KNB), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, p. 93; R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 19 en 20. Anders: M.J. Tausk, 'De curiositeit van art. 35 lid 1 Faillissementswet', *V&O* 1998, afl. 10, p. 110-112.

4 Van Hees 1998, p. 93; Verschoof, 1992, p. 20.

5 Verschoof 1992, p. 19.

6 Zie C.C. de Kluiver & O. Oost, 'Schakelbepalingen in de volgende versnelling', *AA* 2017, afl. 1, p. 4-5 (AA20170004) en de daar aangehaalde literatuur.

7 S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis*

van de Faillissementswet. Deel II: wetswijzigingen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 84 en 85.

8 HR 8 april 1947, *NJ* 1948/447.

9 HR 11 januari 1980, *NJ* 1980/563.

10 Vergelijk o.a. A. Korthals Altes, *Kwartalbericht Nieuw BW* 1984, afl. 1, p. 47-49 en Verschoof 1992, p. 13.

11 B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels Insolventierecht II), Deventer: Wolters Kluwer 2016/2003.

12 N.J. Polak/M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 6. Zie o.a. art. 20 en 24 Fw.

13 HR 11 januari 1980, *NJ* 1980/563 (*ABC/Emmerig q.q.*); HR 28 april 2006, *NJ* 2006/503 (*Huijzer q.q./Rabobank*), r.o. 3.4.

14 HR 28 april 2006, *NJ* 2006/503 (*Huijzer q.q./Rabobank*), r.o. 3.3.

15 Vergelijk J.J. van Hees, 'Levering van registergoederen en aandelen tijdens faillissement: curator en notaris in een lastig parket', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus* (Serie Onderneming & Recht, deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 125 en 126, waarin het standpunt werd ingenomen dat derdenbeschermingsbepalingen uit het BW niet van toepassing zouden moeten zijn tijdens faillissement.

In ieder geval ten aanzien van art. 3:86 BW heeft de wetgever anders beslist.

16 Zie o.a. B. Wessels, *Faillietverklaring* (Wessels Insolventierecht I), Deventer: Wolters Kluwer 2016/1508 en de daar aangehaalde literatuur. Uit art. 3:24 lid 2 onder c BW lijkt te volgen dat de verkrijger van een registergoed wordt beschermd zolang het faillissement niet in de openbare registers of het (centrale) insolventieregister is ingeschreven. De memorie van toelichting bij het huidige art. 35 Fw wekt hierover verwarring, door te stellen dat art. 3:24 lid 2 onder c BW in de praktijk met zich brengt dat een verkrijger niet wordt beschermd (Kortmann & Faber 1995, p. 83).

17 Kortmann & Faber 1995, p. 83.

18 Zie reeds de annotatie van E.M. Meijers onder HR 8 april 1947, *NJ* 1948/447.

19 Publicatie in het centraal insolventieregister vindt in de regel een dag eerder plaats.

20 Zie ook S.A.H.J. Warringa, 'Bescherming tegen onbekendheid met het faillissement', *FIP* 2010, afl. 7, p. 193-197.

21 *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 2.

22 *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 3, p. 13 en 14.