

| III

# Een kwart eeuw

*Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan  
prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*

 Wolters Kluwer

Deventer – 2016

# Waarom de verzamelpandakte-constructie geen ‘floating charge’ is

*Jeroen van der Weide<sup>1</sup>*

*‘I came, I saw, what manner of beast is this  
New York, you talk a little bit left of centre  
A scream, a shout  
New York is throwing its weight about  
Walk tall, walk straight, spit the world right in the eye  
The stranger the wood the straighter the arrow’\**

*\* Lyrics by Godley & Creme – An Englishman in New York (album Freeze Frame, 1979)*

## I. Een grenzeloze kameleon

‘Uut Twente’, zegt hij soms met een knipoog. Wie de werkzaamheden en het wetenschappelijk oeuvre van Henk Sniijders kent, weet echter dat hij allerm minst een provinciaal is, maar een *peregrinus* die ongedwongen (lands)grenzen overschrijdt. Geworteld in de EUREGIO<sup>2</sup> doet het uitzicht op vreemde (Duitse) burens klaarblijkelijk verlangen naar verre oorden, zoals Italië of New York. Zo ook in de rechtswetenschap waarbinnen HJS, welbespraakt en met vaardige pen, de uiteinden van het privaatrechtelijke spectrum exploreert. Verblijft hij op het ene moment in zijn natuurlijke habitat van het burgerlijk procesrecht; op het andere moment neemt hij geruisloos de kleuren aan van het goederenrechtelijke landschap waarin hij op dat ogenblik vertoeft.

Kameleontische eigenschappen worden door sommigen binnen het Nederlandse juridische metier ook toegedicht aan een bekend en veelgebruikt goederenrechtelijk zekerheidsrecht: het stil pandrecht, dat een kwart eeuw geleden met de

<sup>1</sup> Mr. J.A. van der Weide is universitair hoofddocent bij de afdeling burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden. De auteur bedankt Ruben van Uden, masterstudent civiel recht aan de Universiteit Leiden en lid van Mordenate College, alsmede mr. Yvo Rampersad, Professional Support Lawyer, sectie Dispute Resolution Houthoff Buruma Rotterdam voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

<sup>2</sup> Het in 1958 opgerichte grensoverschrijdende interregionale samenwerkingsverband tussen 130 Duitse en Nederlandse gemeenten, onder meer gelegen in de regio Twente.

inwerkingtreding van Boek 3 BW door de wetgever in het Nederlandse burgerlijk recht werd geïntroduceerd. Wordt het stil pandrecht gegoten in de mal van een zogenaamde 'verzamelpancake-constructie' dan zou deze Nederlandse zekerheidsfiguur tenderen naar een Engelse 'equivalent': de zogenaamde 'floating charge'.<sup>3</sup> Eendagsvlieg aan de muur of 'Elephant in the room'? Hoe het ook zij, de gedachtegang intrigeert en nodigt uit tot nadere overdenking. Door zijn transnationale goederenrechtelijke lading een mooi onderwerp voor deze bundel. Per slot van rekening heeft het transnationale goederenrecht ons beider interesse, zowel binnen het onderwijs als in ons onderzoek.

## 2. Generieke zekerheidsrechten aan beide zijden van Het Kanaal

Zekerheidsrechten zijn er in verschillende soorten en maten. Dat is niet alleen zo in het Nederlandse recht, maar ook in de ons omringende rechtsstelsels. Op fraaie wijze wordt dit onder meer geïllustreerd door het reeds in 1996 verschenen boek *Toegang tot buitenslands vermogensrecht* (Gouda Quint) onder redactie van H.J. Sniijders.

Een belangrijk onderscheid dat dwars door alle rechtsstelsels heen loopt – of zij nu hun grondslag vinden in de 'common law' of in de 'civil law' – is dat tussen persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden.<sup>4</sup> Goederenrechtelijke zekerheidsrechten, zoals pand, hypotheek, 'gage sans dépossession' of 'pledge' hebben goederenrechtelijk effect en kunnen jegens iedere willekeurige derde worden ingeroepen. Persoonlijke zekerheden, zoals borgtocht, hoofdelijkheid, 'garantie autonome' of 'contractual lien' ontberen daarentegen goederenrechtelijke werking. Zij kunnen slechts worden geëffectueerd tussen de bij de rechtsverhouding betrokken (contracts)partijen. Aangezien ik me in deze bijdrage zal concentreren op de goederenrechtelijke zekerheidsrechten laat ik de categorie persoonlijke zekerheden verder onbesproken.

Een ander onderscheid dat aan beide zijden van Het Kanaal, de zeestraat die het Verenigd Koninkrijk van het Europese vasteland scheidt, wordt gemaakt, is dat tussen generieke (generieke) en speciale zekerheidsrechten.<sup>5</sup> De laatstgenoemde categorie ziet op zekerheidsrechten die op een specifiek, afzonderlijk aangeduid goed worden gevestigd, terwijl generieke zekerheidsrechten een 'pool' van zekerheidsobjecten omvatten, zoals de verpanding (bij voorbaat) van alle bestaande en toekomstige roerende zaken en vorderingsrechten van de schuldenaar.

<sup>3</sup> Zie [www.debrauw.com/alert/dutch-supreme-court-accepts-floating-charge/#](http://www.debrauw.com/alert/dutch-supreme-court-accepts-floating-charge/#). In reactie hierop: Yvo Rampersad & Jeroen van der Weide, <<http://leidenlawblog.nl/articles/has-the-dutch-supreme-court-accepted-the-english-concept-of-the-floating-ch>>.

<sup>4</sup> Christian von Bar & Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, München: Sellier. European Law Publishers 2004, nr. 472.

<sup>5</sup> Zie over de rechtshistorische achtergronden van generieke zekerheidsrechten recentelijk V.J.M. van Hoof, *Generieke zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 86, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Voorbeelden van generale zekerheidsrechten zijn onder meer te vinden in het Duitse recht ('Globalzession'), het Franse, en het Belgische recht. Zowel naar Frans als naar Belgisch recht bestaat de mogelijkheid tot het vestigen van een bezitloos of stil pandrecht op het gehele bedrijfsvermogen (als 'algemeenheid van goederen'), dat wil zeggen alle huidige en toekomstige goederen die worden gebruikt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening. Het Belgische 'pand op de handelszaak' of 'gage sur fonds de commerce' en het Franse 'nantissement du fonds de commerce' moeten beide openbaar worden geregistreerd en zijn geregeld in respectievelijk de Wet op de inpandgeving van de handelszaak van 25 oktober 1919<sup>6</sup> en in de Franse Code de Commerce (art. L 142-1-L 142-5). De gelijkenissen tussen beide typen van generiek pandrecht verraden een nauwe verwevenheid van Frans en Belgisch (privaat)recht.<sup>7</sup> In de Franse en Belgische literatuur en jurisprudentie wordt het generieke pand op de handelszaak ook wel aangeduid als 'gage flottant', zwevend pandrecht of, binnen de begrippenkaders van het Engelse recht, 'floating charge'. Ook naar Engels recht kan een generaal zekerheidsrecht worden verkregen op het vermogen van de onderneming. De 'floating charge' is een zogenoemde 'equitable interest', een zekerheidsrecht dat zijn grondslag vindt in 'equity', het in de Engelse rechtspraak ontwikkelde stelsel van regels dat de 'common law' (in de enge betekenis) aanvult of, zo nodig, corrigeert. Vanuit de jurisprudentie heeft de 'floating charge' zich kunnen ontwikkelen tot een van de belangrijkste zekerheidsinstrumenten in de Engelse financierings- en zekerhedenpraktijk. De beroemde Engelse rechtsgeleerde Roy Goode heeft de 'floating charge' ooit omschreven als 'one of equity's most brilliant creations'.<sup>8</sup>

Hoe verhoudt deze 'brilliant creation' zich tot ons eigen generieke zekerheidsrecht, de verzamelpandakte-constructie, zoals deze door de Hoge Raad der Nederlanden is bewilligd in zijn arrest van 3 februari 2012 (*Dix q.q./ING*)<sup>9</sup> en op grond waarvan banken namens alle kredietnemers die de bank daartoe volmacht hebben gegeven op dagelijkse basis alle bestaande en toekomstige vorderingen generiek verpanden

6 Naar alle waarschijnlijkheid komt de Wet op de inpandgeving van de handelszaak te vervallen zodra in België een registerpandrecht is geïntroduceerd op grond van de Wet van 11 juli 2013 betreffende de zakelijke zekerheden op roerende goederen (datum inwerkingtreding: 1 januari 2017).

7 Zie o.a. Dekker-Dirix, *Handboek Burgerlijk Recht II*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, nr. 944, alsmede Philippe Malaurie & Laurant Aynès, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris: LGDJ 2014, nr. 541. Vgl. in dit verband tevens de recente studie van Valérie Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 92, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

8 Roy Goode, 'The Case for the Abolition of the Floating Charge', in: Joshua Getzler & Jennifer Payne (eds.), *Company Charges. Spectrum and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 11.

9 HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen. Het arrest *Dix q.q./ING* heeft veel pennen in beweging gezet. Zie in context met literatuurverwijzingen o.a. Y.A. Rampersad & J.A. van der Weide, 'Zekerhedenrecht in beweging. Van pluriformiteit naar uniformiteit?', *TPR* 2013, p. 1195 e.v.

die hun kredietnemers hebben jegens derden? Alvorens deze vraag kan worden beantwoord zal eerst nader worden ingegaan op de Nederlandse verzamel pandakte-constructie en vervolgens op zijn Engelse antagonist, de 'floating charge'. Wat behelzen deze typen van generieke zekerheid nu precies?

### 3. Van speciaal naar generaal. De Nederlandse verzamel pandakte-constructie

Op 13 augustus 2015 werd de door boekhoudfraude geplaagde beursonderneming Royal Imtech N.V. door de Rechtbank Rotterdam in staat van faillissement verklaard. Een dag later geeft curator Jeroen Princen een interview aan het NOS Radio 1 Journaal:

*'Ik zeg tegen de banken: Kom op. Zorg dat er geld is om de tankpassen te betalen, de leaseauto's te laten rijden. Daarmee geef je lucht en tijd (...). De banken beslissen aan wie het wordt verkocht en onder welke voorwaarden. Daar zit de kneep op dit moment.'*

Vanwaar deze – bijna ongebreidelde – macht van de banken? Dat komt omdat banken hun klanten (ondernemingen) financieren en in dat verband dikwijls zekerheden verlangen in de vorm van onder meer hypotheek- en pandrechten. In een faillissement van een onderneming neemt de bank, in zijn hoedanigheid van pand- en/of hypotheekhouder, een bijzondere en, in de rangorde van schuldeisers, hoog gerangschikte positie in als separatist: hij mag op de voet van art. 57 Fw zijn recht uitoefenen alsof er geen faillissement is. Bovendien heeft de bank het recht van parate executie en mag hij het verpande of verhypothekerde goed zonder beslag en zonder executorialie titel verkopen en zich op de opbrengst ervan verhalen (art. 3:248 lid 1 jo. art. 3:268 lid 1 BW).

Niet alleen in het faillissement van Imtech, maar ook in het recente faillissement van het warenhuis V&D (31 december 2015) komt de dubbele functie van het pandrecht naar voren: het pandrecht als zekerheidsrecht en het pandrecht als controlemiddel.<sup>10</sup> In voorkomende gevallen en via verschillende mechanismen kunnen banken in hun hoedanigheid van pandhouder zich actief bemoeien met het bedrijfsbeleid van de onderneming.<sup>11</sup> De bemoeienis – zo men wil 'controle' – gaat vervolgens naadloos over in de zekerheidsfunctie van het pandrecht, indien de schuldenaar zijn financiële verplichtingen niet meer kan nakomen.

<sup>10</sup> Uitgebreid over dit verschijnsel: B.C.H. Smit, *Het pandrecht als controlemiddel in plaats van als verhaalsrecht. Een voorstel voor een wettelijke controleregeling*, masterscriptie Universiteit Leiden, december 2014.

<sup>11</sup> Controle kan onder meer worden uitgeoefend door verpanding van aandelen (stemrecht), via contractuele bepalingen in de kredietdocumentatie en door gebruikmaking van de enquêtebevoegdheid.

De positie van pandhouders is nog verder versterkt doordat de rechtspraak, en in navolging daarvan de Hoge Raad, het zekerheidsconcept van de verpanding op zodanige wijze heeft opgerekt dat de grenzen van het Nederlandse zekerhedenrecht zijn verlegd in de richting van generale zekerheidsconstructies die niet of nauwelijks aan beperkingen onderhevig zijn. Dit ‘oprekken’ ziet dan niet zozeer op de generieke (bezitloze) verpanding (bij voorbaat) van huidige en toekomstige roerende zaken, maar op de bulkverpanding van vorderingsrechten op naam. De vestiging (bij voorbaat) van een bezitloos pandrecht op alle bestaande en toekomstige roerende zaken van de schuldenaar kan immers naar huidig recht zonder enige beperking en op relatief eenvoudige wijze tot stand worden gebracht door middel van een pandovereenkomst en een door de Belastingdienst geregistreerde onderhandse (pand)akte (art. 3:84 jo. art. 3:97 jo. art. 3:98 jo. art. 3:237 BW). Het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW zal daarbij in de regel geen belemmering vormen: datgene wat zich fysiek binnen de onderneming bevindt wordt vermoed tot de bedrijfsactiva te behoren en is daarmee dus afdoende bepaald.<sup>12</sup>

De (stille) verpanding (bij voorbaat) van alle huidige en toekomstige vorderingsrechten op naam die de schuldenaar jegens derden heeft, is daarentegen meer gecompliceerd. Zoals Van Hoof in zijn proefschrift *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (2015) laat zien, staat de ontwikkeling van speciale naar generale zekerheidsrechten in een eeuwenoude traditie en gaat deze terug tot aan het Romeinse recht.<sup>13</sup> In eenzelfde historische traditie staat ook de verzamelpan-dakte-constructie zoals deze onder het huidige recht tot volle wasdom is gekomen. Deze moderne variant van generale zekerheid op vorderingsrechten op naam vindt zijn oorsprong in de generieke cessie tot zekerheid (bij voorbaat) zoals deze in de rechtspraak en door de jurisprudentie van de Hoge Raad onder het regime van het oud BW is ontwikkeld.<sup>14</sup>

Het ‘oprekken’ van het zekerheidsconcept van de (stille) verpanding (bij voorbaat) van bestaande en toekomstige vorderingsrechten op naam, waar ik eerder over sprak, veronderstelt de aanwezigheid van een of meer beperkingen. Wat zijn die beperkingen? Ik noem er twee: (i) het ‘bepaaldheidsvereiste’ van art. 3:84 lid 2 BW; en (ii) het ‘grondslagvereiste’ van art. 3:239 lid 1 BW. Krachtens art. 3:84 lid 2 BW moeten de te verpanden goederen ‘bij de titel’ (lees: in de pandakte<sup>15</sup>) ‘met voldoende bepaaldheid’ zijn omschreven. Wanneer zijn vorderingsrechten op

<sup>12</sup> Zie reeds HR 13 maart 1959, NJ 1959/579, m.nt. L.E.H. Rutten (*Van Vliet q.q./Amsterdamsche Bank*).

<sup>13</sup> Van Hoof 2015, in het bijzonder hoofdstuk 2. Zie ook V.J.M. van Hoof, ‘rubriek Proefschrift. Drie stellingen, Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief’, *WPNR* 2016/7100, p. 243-247.

<sup>14</sup> Zie o.a. HR 24 oktober 1980, NJ 1981/265, m.nt. WMK (*Solleveld II*). Voorts: M.H.E. Rongen, *Cessie* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 70, Deventer: Kluwer 2012, p. 1101 e.v.; alsmede Van Hoof 2015, par. 8.4.

<sup>15</sup> HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3381, NJ 2002/610, m.nt. C.E. du Perron (*ING/Muller q.q.*); alsmede *Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\** 2010/204.

naam afdoende bepaald? Over het antwoord op deze vraag is verschillende malen tot aan de Hoge Raad geprocedeerd. Uit deze jurisprudentie komt vervolgens het beeld naar voren dat het bepaaldheidsvereiste op een liberale wijze dient te worden uitgelegd en moet worden toegepast.<sup>16</sup> Separate aanduiding van het zekerheidsobject is niet noodzakelijk; een in de pandakte opgenomen 'vangnetbepaling' of 'catch-all-clause'<sup>17</sup> waarin de te verpanden vorderingsrechten op generieke wijze zijn omschreven, volstaat.<sup>18</sup>

Een tweede beperking is het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW: vestiging van een stil pandrecht op een vorderingsrecht op naam is slechts mogelijk 'mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding'. Uitsluitend relatief of enkel toekomstige vorderingsrechten op naam, zoals bijvoorbeeld vorderingen die voortvloeien uit een langlopend leverantiecontract, zijn voor stille verpanding bij voorbaat vatbaar. Het grondslagvereiste van art. 3:239 lid 1 BW valt terug te voeren op oude jurisprudentie van de Hoge Raad en sluit aan bij art. 475 Rv dat erop is gericht te voorkomen dat toekomstige vorderingen op grote schaal aan het beslag van 'gewone' crediteuren zouden kunnen worden onttrokken.<sup>19</sup>

De (onderhandse) verzamel pandakte zoals deze in de huidige bancaire praktijk wordt gebruikt beslaat niet meer dan een dubbelzijdig bedrukte pagina A4.<sup>20</sup> De akte bevat de volgende drie elementen: (i) een verklaring van de bank die handelt in zijn hoedanigheid van pandhouder en als (generiek) onherroepelijk gevolmachtigde van alle pandgevers (kredietnemers) op grond van een in de algemene (pand) voorwaarden opgenomen daartoe strekkende volmacht; (ii) de eigenlijke

16 Zie o.a. HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447, m.nt. W.M. Kleijn (*Stichting Spaarbank Rivierenland/Gispén q.q.*); alsmede HR 20 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7842, NJ 2004/182, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./Rabobank*). Voorts: Asser/*Van Mierlo & Van Velten 3-VI\** 2010/204 e.v.; Van Hoof 2015, par. 8.3.7 en 10.3.4; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Nijmegen), serie Onderneming en Recht, deel 90, Deventer: Kluwer 2016, par. 4.2.2.

17 Een dergelijke clause luidt als volgt: verpand worden 'alle ten tijde van de ondertekening bestaande vorderingen van de pandgever en alle vorderingen die worden verkregen uit ten tijde van de ondertekening bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden, zoals deze onder meer (zullen) blijken uit de administratie, correspondentie of andere gegevens van de pandgever'.

18 Bij een liberale uitleg van het bepaaldheidsvereiste past overigens ook een naamloze en generieke omschrijving van de pandgevers in de pandakte. Zie HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Dix q.q./ING*), r.o. 4.6.1-4.6.3.

19 HR 29 december 1933, NJ 1934, m.nt. P. Scholten, p. 343 (*Fijn van Draat/Credietmij De Nederlanden*). Zie tevens *Kamerstukken II* 1984-1985, 17 496, nr. 10, p. 65; alsmede Van Hoof 2015, par. 9.4.7 e.v. en Schuijling 2016, nr. 203 e.v.

20 In de praktijk wordt door sommige professionele pandhouders gebruikgemaakt van notariële verzamel pandaktes teneinde het risico op discussies over rangkwesaties tot een minimum te beperken. Nader hierover Schuijling 2016, nr. 228 e.v. Kritisch: A. Steneker, 'De notariële verzamel pandakte', *WPNR* 2014/7034, p. 955-958, met reactie van Schuijling en nawoord van Steneker in *WPNR* 2015/7046, p. 66-68.

verpanding waarbij de bank namens de pandgevers alle huidige en toekomstige vorderingen van de pandgevers (bij voorbaat) verpandt en de bank deze verpanding in zijn hoedanigheid van pandhouder aanvaardt; (iii) een generieke omschrijving van de te verpanden vorderingsrechten door middel van een vangnetbepaling.<sup>21</sup> De verzamelpandakte wordt vervolgens veelal dagelijks geregistreerd bij de Belastingdienst zoals is voorgeschreven door art. 3:239 lid 1 BW.

Wie de consequenties van de verzamelpandakte-constructie doordenkt, ziet dat naast bestaande en relatief toekomstige vorderingen óók absoluut of dubbel toekomstige vorderingsrechten op naam – vorderingen die niet voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding – vrijwel onmiddellijk na hun ontstaan door de verzamelpandakte worden ‘opgenomen’ en met een stil pandrecht worden belast. Daarmee heeft de praktijk van dagelijkse verpandingen ertoe geleid dat de beperking die art. 3:239 lid 1 BW oplegt aan de stille verpanding bij voorbaat van toekomstige vorderingsrechten op naam – zij moeten zijn ‘verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding’ – feitelijk geen betekenis meer heeft en is verworpen tot een dode letter. Afschaffing van deze beperking ligt dan ook voor de hand en is inmiddels door verschillende auteurs bepleit.<sup>22</sup>

*Suum cuique tribuere*: ieder het zijne geven. *Paritas creditorum*: crediteuren hebben in beginsel onderling een gelijk recht (vgl. art. 3:277 lid 1 BW). Staat de verzamelpandakte-constructie niet op gespannen voet met het wettelijk systeem nu stil pandhouders (lees: de bancaire instellingen) de meeste vermogensbestanddelen lijken te toucheren, terwijl er voor de gewone, concurrente crediteuren in de regel weinig tot niets overblijft?<sup>23</sup> Nee, aldus de Hoge Raad in zijn arrest *Dix q.q./ING* (2012). Het kredietverkeer moet immers vlot kunnen functioneren en ook concurrente crediteuren hebben, zij het indirect, baat bij een ruime verstrekking van krediet. Bovendien zouden concurrente schuldeisers zekerheden kunnen bedingen of zich de eigendom kunnen voorbehouden als wapen tegen ongebreidelde bancaire zekerheid.<sup>24</sup> Voor een beperkte interpretatie van art. 3:239 lid 1 BW is naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook geen plaats.<sup>25</sup>

21 Zie reeds T.H.D. Struycken, ‘Dagelijkse bulkverpanding door middel van een verzamelpandakte’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, serie Onderneming en Recht, deel 58, Deventer: Kluwer 2010, hoofdstuk 16.

22 Van Hoof 2015, p. 381 met literatuurverwijzingen; alsmede Schuijling 2016, par. 5.3.5.4. Zie tevens Rampersad & Van der Weide 2013, p. 1199.

23 Concurrente crediteuren krijgen in een faillissement gemiddeld 4,2% van hun vordering voldaan. Zie Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Faillissementen: oorzaken en schulden 2010*, p. 10.

24 Zie evenwel het recente arrest van HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*), waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat een verkrijger van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken een rechtsgeldig en onvoorwaardelijk pandrecht kan vestigen op zijn voorwaardelijk eigendomsrecht. Ook dit arrest leidt tot een verdere versterking van de positie van de pandhouder en een verzwakking van de positie van de concurrente crediteur.

25 In zijn Jaarverslag 2012, p. 18 wijst de Hoge Raad, m.i. terecht, op de beperkte speelruimte van de rechter en de (mogelijke) rol van de wetgever in dit verband. Zie [www.recht.nl/105939/](http://www.recht.nl/105939/)



#### 4. 'A brilliant creation'. De Engelse 'floating charge'

Hoe verhoudt de Nederlandse verzamel pandakte-constructie zich tot de Engelse 'floating charge'? Verwikkelingen aangaande het onderscheid tussen 'common law' (in enge zin) en 'equity' laat ik hier verder buiten beschouwing,<sup>26</sup> maar in het Engelse recht is halverwege de negentiende eeuw een nieuw zekerheidsconcept tot ontwikkeling gekomen: de 'floating charge'. In de beroemde uitspraak *Holroyd v Marshall* (1862)<sup>27</sup> werd door de Engelse House of Lords (thans: UK Supreme Court) voor het eerst geoordeeld dat een zekerheidsrecht zich ook kan uitstrekken over toekomstige goederen. In de akte waarbij het zekerheidsrecht ('mortgage') werd gevestigd, was tussen partijen afgesproken dat de 'mortgage' zich niet alleen uitstrekte over de machines die zich reeds in de fabriek van de zekerheidsgever bevonden, maar ook over die welke naderhand door de zekerheidsgever zouden worden verkregen. Vanuit de grondgedachte dat ook toekomstige goederen voor securering vatbaar konden zijn, kon het zekerheidsconcept van de 'floating charge' verder worden vormgegeven.<sup>28</sup>

Zoals in de Engelse literatuur wordt beschreven, is een sluitende definitie van het zekerheidsconcept van de 'floating charge' niet voorhanden.<sup>29</sup> Een 'floating charge' kan evenwel worden omschreven als een recht dat tot zekerheid wordt gevestigd voor de terugbetaling van een geldsom door een onderneming als kredietnemer/zekerheidsgever ('chargor') ten behoeve van een kredietverstrekker/zekerheidsnemer ('chargee' of 'floating chargeholder') op zijn bedrijfsvermogen, dat wil zeggen alle bestaande en toekomstige goederen die de onderneming gebruikt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening, oftewel 'in the ordinary course of business'.<sup>30</sup> Een onderscheid tussen absoluut en relatief toekomstige goederen wordt daarbij niet gemaakt (en is evenmin noodzakelijk). In *Illingworth v Houldsworth* (1904)<sup>31</sup> verwoordt Lord Macnaghten het zekerheidsconcept als volgt:

*'(...) a floating charge (...) is ambulatory and shifting in its nature, hovering over and so to speak floating with the property which it is intended to affect until some event*

---

jaarverslag-hoge-raad-2012/. Men zou immers ook kunnen betogen dat een te sterke zekerheidspositie van kredietverstrekkers ten koste gaat van een vlot functionerend handelsverkeer.

26 Instructief over dit onderscheid: John Cartwright, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, Oxford: Hart Publishing 2013, hoofdstuk 1. Meer uitgebreid: J.H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Edinburgh: Butterworths 2002, in het bijzonder hoofdstuk 6.

27 *Holroyd v Marshall* (1862) 10 HL Cas. 191; 11 ER 999.

28 Zie uitgebreid over 'floating charges' het (inmiddels verouderde) standaardwerk van W.J. Gough, *Company Charges*, London: Butterworths 1996.

29 Vgl. o.a. Richard Calnan, *Taking Security*, Bristol: Jordan Publishing 2013, nr. 4.25; Louise Gullifer (ed.), *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, London: Sweet & Maxwell 2013, nr. 4-03.

30 In de kredietdocumentatie wordt de actieradius van de 'floating charge' echter regelmatig beperkt tot 'in the ordinary course of trading'.

31 *Illingworth v Houldsworth* [1904] AC 355.

*occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge within its reach and grasp.'*

In tegenstelling tot het Nederlandse pandrecht – en dit onderscheid is essentieel – is de 'floating charge' niet 'gefixeerd' ('attached') op de zekerheidsobjecten, maar 'drijft' of 'zweeft' ('floats' of 'hovers') deze boven het ondernemingsvermogen als 'constantly changing fund of assets'. In beeldspraak: de 'floating charge' is een 'zekerheidswolk' die boven de onderneming hangt en waar enerzijds goederen onder schuiven zodra zij de onderneming binnenkomen en anderzijds 'assets' onder vandaan worden getrokken zodra zij het ondernemingsvermogen weer verlaten, bijvoorbeeld omdat zij zijn doorverhandeld 'in the ordinary course of business'.<sup>32</sup> Het bepaaldheidsvereiste is geheel losgelaten; afdoende is dat de 'secured assets' aan de hand van de zekerheidsdocumentatie (achteraf) 'identifiable' zijn.<sup>33</sup> Ondanks deze bijzondere eigenschappen, die afwijken van het normaaltype zekerheidsrecht, wordt de 'floating charge' in de Engelse literatuur en 'case law' steevast bestempeld als 'security interest', zoals reeds door Buckley L.J. in *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.* (1910):<sup>34</sup>

*'A floating charge is not a future security; it is a present security which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it.'*

De 'chargor' die handelt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening is bevoegd vrijelijk over de 'charged assets' te beschikken. De 'chargor' kan de 'charged assets' – behoudens eventuele contractuele beperkingen – verhuren (al dan niet krachtens huurkoop), bezwaren met een ander zekerheidsrecht (meestal een 'fixed charge') en vervreemden. In het laatste geval verlaten de goederen 'free from the charge', derhalve onbelast, het ondernemingsvermogen. Aldus heeft de 'floating charge' in beginsel geen zaaksgevolg.<sup>35</sup> Vervreemdingsbevoegdheidsclausules die er naar Nederlands recht op zijn gericht om bedrijfsvoorraden in het kader van de normale bedrijfsuitoefening vrij van pandrecht te vervreemden zijn onder het gesternte van de 'floating charge' niet nodig. Primair is de 'floating

32 Vgl. voor een treffende typering van de 'floating charge': T.H.D. Struycken, 'De betekenis van het Anglo-Amerikaanse zekerhedenrecht, in het bijzonder de *floating charge* en *Article 9 Uniform Commercial Code*: over bepaaldheid en publiciteit', AA 1998, p. 68.

33 Zie *Tailby v Official Receiver* (1888) 13 App. Cas. 523; *Re Kelcey* [1899] 2 Ch. 530, alsmede *Syrett v Egerton* [1957] 3 All E.R. 331, [1957] 1 W.L.R. 1130.

34 *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.* [1910] 2 K.B. 979, at 999. Zie over de 'nature' van de 'floating charge' o.a. Louise Gullifer & Jennifer Payne, 'The Characterization of Fixed and Floating Charges', in: Getzler & Payne 2006, p. 55 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-03 e.v., in het bijzonder nr. 4-06.

35 Anders, indien over goederen wordt beschikt buiten de kaders van een normale bedrijfsuitoefening. In dat geval zal de koper, zo mogelijk, onder de werking van de 'floating charge' vallen. Zie onder verwijzing naar verschillende 'cases': Hugh Beale, Michael Bridge, Louise Gullifer & Eva Lomnicka, *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford: Oxford University Press 2012, nr. 15.07 e.v.; Gullifer 2013, nr. 5-42.

charge' er als zekerheidsconcept immers op gericht de onderneming in stand te houden als 'going concern'. Vaak geciteerd zijn de overwegingen die Romer R.J. in *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* (1903)<sup>36</sup> aan de 'hallmarks' van de 'floating charge' heeft gewijd:

*'(...) but I certainly think that if a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge. (1.) If it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2.) if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and (3.) if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with.'*

Naar Engels recht is de 'floating charge' een 'consensual non-possessory security': het zekerheidsrecht komt tot stand door een enkele (schriftelijke) overeenkomst ('deed') tussen 'chargor' en 'chargee' op grond waarvan de goederen in de macht van de 'chargor' (de onderneming) blijven. In de regel wordt de 'floating charge' in één enkel document – de zogenoemde 'debenture'<sup>37</sup> – gecombineerd met 'fixed charges'. Dit type 'charge' is, in tegenstelling tot de 'floating charge', wel gefixeerd op de zekerheidsobjecten en rust dus op de afzonderlijke vermogensbestanddelen. Ook in geval van een 'fixed charge' blijven de goederen in de macht van de 'chargor'. In dit opzicht is de 'fixed charge' derhalve vergelijkbaar met het Nederlandse bezitloos of stil pandrecht. Op het belangrijke onderscheid tussen 'fixed and floating charges' kom ik zo dadelijk uitgebreider terug. Een 'floating charge' die op rechtsgeldige wijze tot stand is gebracht, heeft in beginsel slechts relatieve werking. Voor derdenwerking is evenwel vereist dat de 'floating charge' conform section 859A van de Companies Act 2006<sup>38</sup> binnen 21 dagen na totstandkoming openbaar wordt geregistreerd in het via internet toegankelijke register dat wordt aangehouden door de Companies House. Registratie is echter geen constitutief vereiste. In section 859D Companies Act 2006 staan de inschrijvingsvereisten opgesomd. Zo moet in de zekerheidsdocumentatie uitdrukkelijk worden aangegeven of er een 'floating charge' en/of een 'fixed charge' tot stand wordt gebracht en op welke goederen de desbetreffende 'charge' betrekking heeft (section 859D(2)(b)-(e)). De stappen die ondernomen moeten worden om zekerheidsrechten jegens derden te kunnen effectueren worden aangeduid met de term 'perfection'.<sup>39</sup> Te late registratie van de 'floating charge' leidt er ingevolge section 859H(3) Companies Act 2006 toe dat deze niet kan

<sup>36</sup> *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* [1903] 2 Ch. 284 at 295.

<sup>37</sup> Zie nader over de 'debenture': Calnan 2013, nr. 4.22 en 4.23.

<sup>38</sup> Zoals gewijzigd per 6 april 2013, zie [www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111533208/schedule/1](http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111533208/schedule/1). Uitgebreid over de registratie van 'security interests': Calnan 2013, hoofdstuk 6.

<sup>39</sup> Zulks ter onderscheiding van de 'attachment', waarmee de totstandkomingsfase van een zekerheidsrecht wordt aangeduid. Meer over de fase van 'perfection': Beale e.a. 2012, hoofdstuk 9; alsmede Gullifer 2013, nr. 2-16 e.v.

worden geëffectueerd indien de ‘chargor’ in ‘liquidation’ komt te verkeren of wanneer een ‘administrator’ (bewindvoerder) wordt aangesteld. Voorts kan een niet tijdige registratie de rangorde (prioriteit) van de ‘floating charge’ beïnvloeden en is een te laat geregistreerde ‘floating charge’ niet effectueerbaar jegens andere crediteuren (section 859H(3)(c)).<sup>40</sup>

Zoals ik eerder aangaf worden in de praktijk ‘floating charges’ en ‘fixed charges’ gecombineerd in één zekerheidsdocument (‘debenture’). ‘Fixed charges’ worden daarbij gevestigd op specifieke vaste activa (‘fixed assets’) van de onderneming, zoals grond en gebouwen, fabrieken, machines, goodwill, gereedschappen, computers, bedrijfsauto’s en intellectuele eigendomsrechten. Ten aanzien van de overige, in de regel, vlottende activa (‘current assets’) wordt een ‘floating charge’ tot stand gebracht. Concreet gaat het hierbij dan om liquide middelen, handelsvoorraden, grondstoffen en vorderingen op debiteuren.<sup>41</sup> Kortom, goederen met een hoge omloopsnelheid die ontstaan, worden gebruikt of waarover wordt beschikt in het kader van een normale bedrijfsuitoefening. In de zekerheidsdocumentatie worden deze goederen meestal in algemene bewoordingen omschreven als ‘trading stock’ of ‘the undertaking and all property and assets’.

Hoewel ‘fixed and floating charges’ in de zekerheidsdocumentatie complementair aan elkaar zijn en zowel op huidige als op toekomstige goederen kunnen worden gevestigd, zijn er significante verschillen in ratio en effect.<sup>42</sup> De ‘floating charge’ verschaft als praktisch zekerheidsconcept een grote mate van flexibiliteit: de ‘chargee’ (de bank) verkrijgt een zekerheidsrecht op een ‘shifting pool of assets’, terwijl de ‘chargor’ (de onderneming) in het kader van een normale bedrijfsuitoefening bevoegd is vrijelijk over de ‘charged assets’ te beschikken. Daarentegen is bij de ‘fixed charge’ van een vrije beschikkingsmacht in het geheel geen sprake: de ‘chargor’ heeft telkens de toestemming van de ‘chargee’ nodig indien de ‘chargor’ beschikkingshandelingen ten aanzien van de ‘charged assets’ wil verrichten. Voorts is de ‘fixed charge’ een volwaardig goederenrechtelijk zekerheidsrecht met een hoge preferentie, dat in rang boven de ‘floating charge’ gaat, zaaksgevolg heeft en de ‘chargee’ de bevoegdheid geeft de verpande goederen onderhands of in het openbaar te verkopen (sections 101 jo. 103 jo. 205(1)(xvi) Law of Property Act 1925) dan wel een ‘receiver’ te benoemen die het zekerheidsrecht executeert.<sup>43</sup>

In de praktijk is de scheidslijn tussen ‘fixed and floating charges’ echter dun en een bron van discussie in de Engelse ‘case law’ en literatuur. Hoewel het hier niet de

40 Meer uitgebreid: Beale e.a. 2012, nr. 10.32 e.v. en 13.18 e.v.; Gullifer 2013, nr. 2-23; Calnan 2013, nr. 6.118 e.v., in het bijzonder nr. 6.119: ‘(...) the charge is void and the creditor concerned will rank as unsecured’.

41 Vorderingsrechten worden vergaard en geïnd. Het geïnde (‘proceeds’) wordt vervolgens gebruikt in het kader van de (normale) bedrijfsuitoefening.

42 Zie voor een fraaie duiding van het onderscheid tussen ‘fixed and floating charges’ onder meer Lord Justice Millett in *Re Cosslett (Contractors) Ltd.* [1998] Ch. 495 at 510. Voorts over dit onderscheid o.a. Calnan 2013, nr. 4.79 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-08 e.v.; Gullifer & Payne, ‘The Characterization of Fixed and Floating Charges’, in: Getzler & Payne 2006, hoofdstuk 4.

43 Nader over het instrument van het ‘receivership’: Calnan 2013, nr. 8.113 e.v.

plaats is om uitgebreid op deze discussie in te gaan, komt het bij de '(re) characterisation of a charge' niet zozeer aan op de vraag welk 'label' contractspartijen in de zekerheidsdocumentatie aan de 'charge' en de bijbehorende 'assets' hebben gehangen, maar is bepalend het antwoord op de vraag wie de feitelijke en juridische controle over de 'charged assets' heeft: de 'chargor' (debiteur) of de 'chargee' (crediteur)?<sup>44</sup> Deze kwalificatievraag doet zich in het bijzonder voor ten aanzien van vorderingen op debiteuren ('receivables' of 'debts'). Banken kozen in het verleden voor een gesplitste zekerheidsstructuur waarbij 'floating charges' werden gecreëerd over het geïnde ('proceeds') en 'fixed charges' over het vorderingsrecht zelf. In *National Westminster Bank v Spectrum Plus* (2005)<sup>45</sup> oordeelde de House of Lords evenwel dat de vordering en het geïnde twee zijden van dezelfde medaille zijn en een 'charge over debts' – ondanks de 'labeling' door partijen als 'fixed charge' – moest worden aangemerkt als 'floating charge' nu de debiteur vrijelijk over de 'proceeds' kon beschikken.

Is de 'floating charge' voor continentale juristen al spectaculair in zijn verschijningsvorm, ronduit fascinerend is het moment waarop de 'charge' als zwevend zekerheidsconcept een einde neemt en de 'zekerheidswolk' neerdaalt op het ondernemingsvermogen. Op dat ogenblik converteert de 'floating charge' in een 'fixed charge'. Deze zogenaamde 'crystallisation' leidt ertoe dat 'the floating charge ceases to float over a fund of assets and attaches in specie'.<sup>46</sup> De 'crystallised floating charge' komt als 'fixed charge' te rusten op de afzonderlijke vermogensbestanddelen van de onderneming, alsmede op de 'assets' die na de 'crystallisation' door de onderneming worden verkregen. Hiermee komt het zekerheidskarakter van de 'floating charge' in optima forma tot uitdrukking.<sup>47</sup>

In het Engelse recht worden verschillende 'crystallising events' onderscheiden. Van rechtswege treedt 'crystallisation' in, indien de onderneming haar bedrijfsactiviteiten staakt, bijvoorbeeld wanneer deze wordt ontbonden of indien de onderneming in faillissement komt te verkeren. Voorts doet 'crystallisation' zich voor wanneer de 'floating chargeholder' op grond van de zekerheidsdocumentatie door

44 Zie specifiek over dit punt Lord Millett in *Agnew v Commissioner of Inland Revenue (Re Brumark Investments Ltd.)* [2001] UKPC 28; [2001] 2 A.C. 710 at [32] en [34] waarin hij tevens een 'two-stage process' beschrijft ter vaststelling van het type 'charge'. Nader over verschillende 'control techniques': Gullifer 2013, nr. 4-21 e.v.

45 *Re Spectrum Plus Ltd. (National Westminster Bank v Spectrum Plus)* [2005] UKHL 41; [2005] 2 A.C. 680 onder nadrukkelijke verwerping van de beslissingen in *Siebe Gorman & Co Ltd. v Barclays Bank Ltd.* [1979] 2 Lloyd's Rep. 142 en (impliciet) *Re New Bullas Trading* [1994] 1 B.C.L.C. 485. Nader over deze 'case law' en diens implicaties: Getzler & Payne 2006; Gullifer 2013, nr. 4-13 e.v.; Calnan 2013, nr. 4.96 e.v.

46 Gullifer 2013, nr. 4-32. Uitgebreid over 'crystallisation': Gough 1996, p. 135 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-31 e.v., alsmede reeds *Evans v Rival Granite Quarries Ltd.* [1910] 2 K.B. 979. Het verschijnsel van 'decrystallisation' laat ik buiten beschouwing. Zie hierover nader Beale e.a. 2012, nr. 6.87 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-62 e.v.

47 Zie Gough 1996, p. 135 die in dit verband spreekt over de verandering 'from a "dormant" security into an active security'.

middel van 'possession' de 'charged assets' onder zich neemt of deze krachtens de 'debenture' een 'crystallisation' jegens de debiteur initieert 'by notice'.

Het uit praktisch oogpunt meest relevante 'crystallising event' is echter de benoeming van een 'administrator' (bewindvoerder) door de 'chargee' op grond van de zekerheidsdocumentatie (paragraph 14 jo. 18, Schedule B1 Insolvency Act 1986).<sup>48</sup> Hiermee vangt de 'administration procedure' aan die er primair op is gericht om een faillissement te voorkomen en de onderneming of delen ervan te redden.<sup>49</sup> Om die reden zijn in paragraph 3, 59 en 60 Schedule B1 Insolvency Act 1986 aan de 'administrator' vergaande taken en (management)bevoegdheden toegekend. De primaire taak van de 'administrator' is het redden van de onderneming in het belang van alle schuldeisers ('rescuing the company as a going concern'). Mocht de 'administrator' daarin niet slagen, dan moet hij een faillissement zien te voorkomen en proberen de onderneming te verkopen als 'going concern', zulks ten behoeve van de crediteuren die aanspraak kunnen maken op de opbrengsten uit de verkoop. Is ook dit een onbegaanbare route dan dienen alle 'assets' van de onderneming te worden verkocht voor de beste prijs.<sup>50</sup>

Het generale zekerheidskarakter van de 'floating charge' en de verstrekkende rechtsgevolgen die zijn verbonden aan diens 'crystallisation' hebben er in het Engelse recht toe geleid dat er diverse maatregelen zijn getroffen om de effecten van de 'floating charge' te redresseren. Zo is een 'floating charge' die een jaar voor de faillietverklaring van de 'chargor' tot stand is gebracht 'invalid' (section 245 Insolvency Act 1986) en hebben 'fixed chargeholders' en 'preferential creditors' in de regel voorrang boven 'floating chargeholders'.<sup>51</sup> Voorts moet een gedeelte van de opbrengsten die door een 'liquidator' (curator) of 'administrator' uit het geëxecuteerde bedrijfsvermogen zijn gerealiseerd – aangeduid als 'Prescribed Part', 'the unsecured creditors' lifeboat' of 'ring fenced fund' – worden gereserveerd ten behoeve van (ongesecureerde) concurrente crediteuren.<sup>52</sup> Concreet gaat het hierbij om een vast percentage uit de opbrengst van de 'floating charge assets' dat is

48 De benoeming van een 'administrator' moet openbaar worden gemaakt, o.a. door registratie bij de Companies House.

49 De 'administration procedure' vervangt de tot 2003 gebruikelijke procedure tot benoeming van een 'administrative receiver' (section 72A(1) Insolvency Act 1986). Zie (kritisch) over de achtergronden van de 'administration procedure', die tot op zekere hoogte vergelijkbaar is met 'onze' surseance van betaling: Calan 2013, nr. 8.144 e.v. en 8.158 e.v.

50 Vgl. hiermee de reeds in de Nederlandse praktijk toegepaste instrumenten van 'pre-pack' en stille bewindvoering, alsmede het bij de Eerste Kamer ingediende wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (*Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218, nr. 2). Zie in dit verband o.a. N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 202-213.

51 Sections 40, 175, alsmede paragraph 65(2) Schedule B1 Insolvency Act 1986; section 754 Companies Act 2006.

52 Section 176A Insolvency Act 1986, alsmede The Insolvency Act 1986 (Prescribed Part) Order 2003, SI 2003/2097. Nader over de 'Prescribed Part' en de toekomst van de 'floating charge': Beale e.a. 2012, nr. 20.24 e.v.; Gullifer 2013, nr. 4-66 en 5-70; Calnan 2013, nr. 9.104.

gemaximeerd tot een bedrag van £ 600.000.<sup>53</sup> Terwijl in het Nederlandse recht de verhaalspositie van concurrente crediteuren nog immer voorwerp van debat is, in het bijzonder tegen de achtergrond van de verzamelpancake-constructie,<sup>54</sup> is men in het Engelse recht duidelijk een stap verder door in het eindtraject een reddingsboei uit te werpen en de gevolgen van de 'potentially all-embracing scope' van de 'floating charge' voor concurrente schuldeisers te mitigeren.

## 5. When Harry Met Sally...

Hoog tijd om de balans op de te maken. Hoe verhouden de Nederlandse verzamelpancake-constructie en de Engelse 'floating charge' zich tot elkaar? Lijken zij op het bakkeleiene duo uit de gelijknamige kaskraker 'When Harry Met Sally' (1989), met in de hoofdrol Meg Ryan en Billy Crystal, die uiteindelijk het huwelijksgeluk vinden?<sup>55</sup> Of valt de onderlinge vergelijking tussen beide zekerheidsconcepten in de categorie 'apples and oranges'? Ik vrees het laatste. Hoe kan het ook anders? De figuur van de 'floating charge' is geworteld in de ('case-based') rechtstraditie van de 'common law', terwijl de verzamelpancake-constructie zijn basis vindt in de legistische traditie van de 'civil law'. Weliswaar brengen de 'floating charge' en de verzamelpancake-constructie typen van generieke zekerheid tot stand, maar naar ontstaan, inhoud en werking verschillen zij significant.

Zo komt op grond van de verzamelpancake-constructie direct een stil pandrecht te rusten op de afzonderlijke vermogensbestanddelen, terwijl de 'floating charge' de 'sleeping beauty' is, in afwachting van de prins op het witte paard die haar wakker kust ('crystallisation'). Verder strekt de 'floating charge' zich uit over alle bestaande en toekomstige vlottende activa van de onderneming, terwijl de actieradius van de verzamelpancake-constructie beperkt is tot vorderingsrechten op naam. Het in het Nederlandse recht atypische onderscheid tussen relatief en absoluut toekomstige vorderingen wordt daarbij in het Engelse recht niet gemaakt. Naar Nederlands recht is de pandhouder een separatist. Naar Engels recht dient de 'floating chargeholder' voorrang te verlenen aan 'fixed charges' en 'preferential creditors', en draagt hij bij in de algemene kosten van het faillissement. Onder het gesternte van

53 Het systeem waarbij zekerheidsgerechtigden een gedeelte van de opbrengst van de verkoop van bezwaarde goederen aan de faillissementsboedel moeten afdragen wordt ook wel aangeduid als 'carve-out'-stelsel. Nader hierover o.a. A.M. Mennens, 'Over het verdelen van de taart in faillissement door middel van carve-out regelingen', *Tvl* 2013, p. 216-231.

54 Zie bijv. de in 2012 gepubliceerde INSOLAD Voorstellen wijzigingen Faillissementswet, [www.insolad.nl/publicaties/](http://www.insolad.nl/publicaties/), waarin wordt voorgesteld om pand- en hypotheekhouders een gedeelte van de executieopbrengst van de in zekerheid gegeven goederen af te laten dragen aan de faillissementsboedel. Vgl. in dit verband onder meer het Duitse recht waarin een verplichte boedelbijdrage van 9% wettelijk is verankerd (§ 170 en § 171 Insolvenzordnung).

55 Zie over een interessant 'huwelijk' tussen een (geassimileerde) 'floating charge' en een stil pandrecht: Hof Amsterdam 21 december 2000, *NIPR* 2001/109 (*NBC/Sisal*); alsmede HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4933, *NJ* 2002/241 (*Sisal/NBC*).

de 'floating charge' verlaten de verpande goederen 'free from the charge' het ondernemingsvermogen. Naar Nederlands recht moet de ban van het zaaksgevolg worden gebroken.

En zo zijn er wel meer verschilpunten. De 'floating charge' komt tot stand 'in one single action', terwijl de verzamel pandakte-constructie een dagelijkse registratie van de pandakte vergt. Voor derden is de 'floating charge' kenbaar, het stil pandrecht is dat niet. En 'last but not least': de 'floating chargeholder' kan een 'administrator' benoemen, die naar Engels recht vergaande bevoegdheden heeft. Binnen het Nederlandse wettelijke systeem is een dergelijke figuur (vooralsnog) onbekend. Tegelijkertijd wordt door het Engelse recht aan 'unsecured creditors' enige mate van bescherming geboden tegen de overmacht aan zekerheid die de 'floating charge' in zich draagt, terwijl het Nederlandse recht worstelt met de positie van de concurrente crediteur.

Twee typen van generieke zekerheid die er in de Engelse en Nederlandse zekerhedenpraktijk toe doen, maar die op essentiële punten van elkaar verschillen. In hoeverre vormen deze verschilpunten een barrière voor het handelsverkeer binnen de interne markt waarop Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de overige 26 EU-lidstaten thans nog gezamenlijk acteren? Het is een vraag die in het verlengde van het voorgaande ligt en waar Henk Sniijders zich eerder het hoofd over heeft gebroken.<sup>56</sup> Wie had kunnen vermoeden dat deze vraag plots hernieuwde actualiteitswaarde zou krijgen door de uitslag van het Brexit-referendum van 23 juni 2016, waardoor het Verenigd Koninkrijk de Europese Unie dreigt te verlaten? Het recht – ook het transnationale goederenrecht – wordt ingekleurd door de telkens veranderende maatschappelijke context waarbinnen het recht functioneert. Een fenomeen dat Henk Sniijders altijd heeft geboeid en naar verwachting zal blijven boeien. 'Never a dull moment.'

---

<sup>56</sup> Henk J. Sniijders, 'Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables', in: Ulrich Drobnig, Henk J. Sniijders & Erik-Jan Zippro, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, München: Sellier. European Law Publishers 2006, p. 153-164.