



Beleidsregel Netting bij een activa en passiva overdracht op grond van artikel 3:159c Wft

12 december 2013

De Nederlandsche Bank N.V.,

Gelet op het artikel 3:159c van de Wet op het financieel toezicht;

Na overleg met de representatieve organisaties;

Besluit:

Artikel 1

In deze beleidsregel wordt verstaan onder:

a. *DNB*:

de Nederlandsche Bank N.V.;

b. *overdrachtsplan*:

een overdrachtsplan als bedoeld in de artikelen 3:159c Wet op het financieel toezicht, 212hc Faillissementswet of 212hk Faillissementswet;

c. *verrekenbeding*:

een beding als bedoeld in artikel 51, onderdeel i, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek of een vergelijkbaar beding;

d. *Wft*

de Wet op het financieel toezicht.

Artikel 2

Deze beleidsregel is van toepassing op een overdrachtsplan dat betrekking heeft op activa of passiva, daaronder begrepen transacties, die worden bestreken door een overeenkomst waarvan een verrekenbeding deel uitmaakt, of die worden bestreken door een overeenkomst waarmee een dergelijke overeenkomst is verbonden.

Artikel 3

In het geval van een overdrachtsplan als bedoeld in artikel 2 van deze beleidsregel zal DNB de activa of passiva, daaronder begrepen transacties, die worden bestreken door een overeenkomst waarvan een verrekenbeding deel uitmaakt, of die worden bestreken door een overeenkomst waarmee een dergelijke overeenkomst is verbonden, slechts gezamenlijk opnemen in het overdrachtsplan, met inbegrip van tegen de probleeminstelling uit te oefenen nevenrechten en in verband met de overeenkomst waarvan een verrekenbeding deel uitmaakt gevestigde rechten tot zekerheid op aan de probleeminstelling of een derde toebehorende activa, andere rechten tot zekerheid en voorrechten op die activa.

Artikel 4

Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van de dag na de dagtekening van de *Staatscourant* waarin zij wordt geplaatst.

Artikel 5

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel Netting bij een activa en passiva overdracht op grond van artikel 3:159c Wft.



Deze beleidsregel zal met de toelichting in de *Staatscourant* worden geplaatst.

Amsterdam, 12 december 2013

*De Nederlandsche Bank N.V.,
A.J. Kellermann,
directeur.*



TOELICHTING

Algemeen

Op grond van artikel 3:159c, eerste lid, en tweede lid, onderdeel 2, onder 2° Wft, kan DNB een plan voorbereiden dat betrekking heeft op de overdracht van activa of passiva. Wanneer de rechtbank een dergelijk overdrachtsplan goedkeurt, worden deze activa of passiva daadwerkelijk overgedragen en gaan zij onder algemene titel over. In de praktijk zijn zorgen ontstaan met betrekking tot (i) de mogelijkheden tot verrekening/netting bij overeenkomsten tussen de probleeminstelling en een wederpartij waarvan een verrekenbeding deel uitmaakt en waarbij over en weer financiële verplichtingen bestaan alsmede (ii) de uitoefening van rechten tot zekerheid.

Sommige praktijkbeoefenaren lezen in de wet mogelijkheden tot *cherry picking*, waardoor de bevoegdheden tot verrekening/netting zouden kunnen worden doorkruist. De mogelijkheden die zij in de wet lezen is dat van een overeenkomst tussen de probleeminstelling en een wederpartij de vorderingen van de probleeminstelling op de derde worden overgedragen, maar niet de vorderingen van de derde op de probleeminstelling (het 'opknippen' van transacties) alsmede dat in de situatie waarin de probleeminstelling en de wederpartij meer dan één transactie zijn aangegaan onder eenzelfde raamovereenkomst sommige transacties – dus zowel rechten als verplichtingen voortvloeiend uit één transactie – (met een positieve waarde) wel en andere transacties (met een negatieve waarde) niet zouden worden overgedragen (het 'opsplitsen' van transacties). Deze zorgen hebben ertoe geleid dat sommige praktijkbeoefenaren menen dat de mogelijkheden van verrekening en de uitwinbaarheid van zekerheidsrechten zouden kunnen worden aangetast.

Voor wat betreft het overdrachtsplan met betrekking tot passiva en activa geldt dat de rechtbank een dergelijk plan goedkeurt tenzij de schuldeisers die een vordering hebben op de probleeminstelling daardoor zouden worden benadeeld (zie artikel 3:159ij, derde lid Wft). Wanneer het opsplitsen van vorderingen en schulden, of het opknippen van transacties schuldeisers zou benadelen, zal een overdrachtsplan, niet door de rechtbank worden goedgekeurd. Mede daardoor ligt het in de lijn der verwachting dat het type overdracht waarbij sommigen het risico op *cherry picking* aanwezig achten, zich weinig zal voordoen. Op de overdracht zijn bovendien de beschermingsbepalingen die voortvloeien uit de finaliteitsrichtlijn en de financiëlezekerheidsrichtlijn van toepassing. Een en ander maakt het praktisch zeer onwaarschijnlijk dat achterblijvende schuldeisers worden benadeeld.

Niettemin behouden sommige praktijkbeoefenaren zorgen. Het is wenselijk dat deze zorgen worden weggenomen, anders zouden deze zorgen in de praktijk ertoe kunnen leiden dat bij een onwelwillende interpretatie van de Nederlandse wet buitenlandse wederpartijen extra solvabiliteit moeten aanhouden omdat in theorie hun net credit exposure op Nederlandse wederpartijen toeneemt. Daardoor dreigt het risico dat de kosten die dit met zich meebrengt, zullen worden doorberekend aan hun Nederlandse wederpartij. De fundingkosten van Nederlandse banken en verzekeraars zouden daardoor kunnen stijgen. Dat zou het level playing field van kunnen aantasten.

In deze beleidsregel wordt daarom bepaald dat activa en passiva die worden bestreken door een overeenkomst waarvan een verrekenbeding deel uitmaakt, slechts gezamenlijk in een overdrachtsplan zullen worden opgenomen. Dit heeft als gevolg dat een overeenkomst niet kan worden 'opgeknipt' en dat transacties niet kunnen worden 'opgesplitst'. Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat ook activa en passiva voortvloeiend uit verschillende transacties onder een raamovereenkomst die worden bestreken door verrekenbedingen als hiervoor bedoeld niet zullen worden opgeknipt. In dit verband moeten de termen activa en passiva in de brede zin van het woord worden opgevat in de zin dat daaronder bijvoorbeeld ook goederen vallen.

Op deze manier wordt gewaarborgd dat de *netting*- en verrekeningsmogelijkheden en zekerheidsrechten, bijvoorbeeld in het kader van in de markt gebruikelijke standaardovereenkomsten met betrekking tot derivaten, zoals de ISDA Master Agreement, EMA, GMRA, GMSLA, door een overdracht van activa en passiva bij inzet van het overdrachtsinstrument niet zullen worden aangetast.

Uit de definitie van overdrachtsplan volgt dat deze beleidsregel ook van toepassing is op een overdrachtsplan dat bij een verzoek tot faillietverklaring of gedurende het faillissement van een probleeminstelling aan de rechtbank ter goedkeuring wordt voorgelegd.



ARTIKELSGEWIJS

Artikel 3

Als gevolg van dit artikel wordt buiten twijfel gesteld dat een activa/passiva-overdracht als bedoeld in artikel 3:159c, tweede lid, onderdeel a, onder 2^oWft, bevoegdheden tot verrekening en *netting* niet aantast.

In de eerste plaats leidt de formulering van dit artikel ertoe dat DNB geen vorderingen zonder schulden en geen schulden zonder vorderingen in het overdrachtsplan zal opnemen, voor zover vorderingen en schulden worden bestreken door een overeenkomst waarvan een verrekenbeding deel uitmaakt dan wel door een overeenkomst waarmee een dergelijke overeenkomst is verbonden. In de tweede plaats leidt de formulering ertoe dat DNB geen vorderingen zonder zekerheidsrechten en geen zekerheidsrechten zonder vorderingen in het overdrachtsplan zal opnemen. In de derde plaats leidt de formulering ertoe dat DNB de ene transactie onder een raamovereenkomst niet zonder de andere transactie in het overdrachtsplan zal opnemen. De mogelijkheden *tot het opknippen of opsplitsen van transacties* worden hiermee voorkomen.

Als gevolg van de woorden 'die worden bestreken door' heeft de bepaling niet alleen tot gevolg dat DNB activa en passiva voortvloeiend uit één transactie onder een raamovereenkomst niet zal opknippen, maar ook dat zij activa en passiva die voortvloeien uit verschillende transacties onder één raamovereenkomst (dus rechten en verplichtingen van één der partijen) niet zal opsplitsen. De zinsnede 'met inbegrip van alle door de overeenkomst bestreken transacties en rechten en plichten' is opgenomen om te voorkomen dat DNB de ene transactie onder een raamovereenkomst wel in het overdrachtsplan opneemt maar een andere niet.

De tweede zin van artikel 3 waarborgt dat aan de wederpartij van de probleeminstelling toekomende nevenrechten tot zekerheid van een op de overnemer overgegangene schuld strekkende zekerheidsrechten en voorrechten, ook in het overdrachtsplan worden opgenomen. Hiermee wordt beoogd onder andere een oplossing te geven voor de situatie dat door een probleeminstelling of door een *third party security provider* door middel van een separate pandakte of een separate financiëlezekerheidsovereenkomst tot verpanding zekerheid is verschaft op aan de probleeminstelling of aan de *third party security provider* toebehorende goederen en dat de raamovereenkomst in zijn geheel wordt overgedragen aan een derde, bijvoorbeeld een overbruggingsinstelling.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat ook rechten, inclusief zekerheidsrechten en verplichtingen naar buitenlands recht onder artikel 3 vallen. Ook een verrekenbeding dat niet valt onder artikel 7:51, onder i BW, maar wel onder een buitenlands recht, valt onder dit artikel.

*De Nederlandsche Bank N.V.,
A.J. Kellermann,
directeur.*