



DOOR PROF. MR. W.A.K. RANK, ADVOCaat BIJ NAUTADUTILH TE AMSTERDAM
EN HOGLERAAR FINANCIËEL RECHT AAN DE UNIVERSITEIT LEIDEN

COLUMN

Close-out netting en solvabiliteitsbeslag: de ECB haalt stilletjes de teugels aan

Op 10 oktober 2019 heeft de ECB een brief gestuurd aan 'significante' banken over het in aanmerking nemen van nettingovereenkomsten voor de bepaling van de door deze banken aan te houden solvabiliteit.

Kenmerkend voor financiële raamovereenkomsten, zoals bijvoorbeeld de ISDA Master Agreement, is dat zij bepalen dat, als een van de partijen niet aan zijn verplichtingen voldoet, alle onder de raamovereenkomst verrichte transacties vervroegd (mogen) worden beëindigd. Daarbij worden de verplichtingen die partijen uit verschillende transacties jegens elkaar hebben onmiddellijk opeisbaar. Deze worden omgezet in een verplichting tot het betalen van een bedrag dat hun geschatte actuele waarde vertegenwoordigt en vervolgens gesaldeerd. Dit proces van beëindiging en saldering wordt wel aangeduid als close-out netting. De overeenkomsten die hierin voorzien, worden nettingovereenkomsten genoemd.

De mogelijkheid van close-out netting is van groot belang voor de door een bank aan te houden solvabiliteit. Onder de CRR mogen onder bepaalde voorwaarden wederzijdse vorderingen en verplichtingen uit transacties onder een financiële raamovereenkomst worden gesaldeerd ter bepaling van deze solvabiliteit. Uitgangspunt voor de berekening van het solvabiliteitsbeslag is dan het netto-bedrag van de tegen marktwaarde gewaardeerde positieve en negatieve waarden van de afzonderlijke onder de overeenkomst vallende transacties.

De bepaling van de aan te houden solvabiliteit op netto-basis is voor toezichthouders alleen acceptabel als zeker is dat de vorderingen die een bank en een wederpartij op elkaar hebben bij faillissement of verzuim van de wederpartij tegen elkaar (kunnen) worden weggestreept, zodat de bank alsdan slechts één vordering tot ontvangst of één verplichting tot betaling van het nettobedrag heeft. Omdat een dergelijke vaststelling een diepgaande analyse van de betreffende contracten en de betrokken rechtstelsels vereist, bepaalt de CRR dat banken dit moeten onderbouwen met 'reasoned legal opinions'.

In genoemde brief beschrijft de ECB de procedure die zij vanaf 1 januari 2020 wil gaan hanteren met betrekking tot het in aanmerking nemen van nettingovereenkomsten voor de bepaling van de door significante banken aan te houden solvabiliteit. Een dergelijke bank moet de ECB vanaf die datum een notificatie sturen als zij (i) nieuwe typen nettingovereenkomsten als risicoverminderend wil behandelen, (ii) erkende typen nettingovereenkomsten wil aangaan met wederpartijen in voorheen niet in aanmerking genomen jurisdicties, en (iii) erkende typen nettingovereenkomsten wil aangaan met nieuwe typen wederpartijen. De notificatieplicht geldt niet voor niet-significante banken en niet voor nettingovereenkomsten die reeds als risicoverminderend in aanmerking zijn genomen.

Voor de notificatie moet het format van een door de ECB bijgevoegd voorbeeldformulier worden gevolgd. Dit formulier bevat een aantal door de bank te geven representations. Zo dient de bank onder meer te bevestigen dat uit de overeenkomst onder de diverse betrokken rechtstelsels slechts één verplichting ontstaat, zodat, als een wederpartij niet aan zijn verplichtingen voldoet, slechts één te betalen of te ontvangen bedrag resteert.

Voor de betrokken banken is mijns inziens sprake van een lastenverzwaring. Materieel worden er geen nieuwe eisen gesteld, maar wel moeten de banken vanaf 1 januari 2020 aan de notificatieverplichting voldoen. Zij zullen hun processen daarop moeten inrichten. Notificatie is een voorwaarde voor het mogen toepassen van een nettoberekening. Dat impliceert een mogelijke impact op transacties. Bovendien moeten de banken in de notificatie representations verstrekken op punten waarover thans alleen verklaringen worden gegeven door gespecialiseerde advocaten in de vorm van gekwalificeerde opinies. De ECB spreekt van verduidelijking, maar dat lijkt hier toch een eufemisme. «