

11 juli 2023

Implementatiewet richtlijn kredietsevicers en kredietkopers - reactie op internetconsultatie

Graag maken wij gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de internetconsultatie voor het wetsvoorstel "Implementatiewet richtlijn kredietsevicers en kredietkopers" (het "**Voorstel**").

1 Inleiding

Linklaters LLP is een advocatenkantoor dat opereert in 21 landen, waaronder 11 EU-lidstaten. De financieringspraktijk van het kantoor houdt zich onder meer bezig met syndicaatsleningen die worden verstrekt aan het Nederlandse grootbedrijf, onder zowel Nederlands recht als buitenlands recht. Daarnaast heeft het kantoor betrokkenheid bij *structured finance*-producten waarbij de eigendom van leningen en vergelijkbare producten verschuift nog voordat zo'n positie een niet-renderende lening wordt. Verder heeft het kantoor een financieel toezichtrecht praktijk die onder andere adviseert over en assisteert bij het verkrijgen van vergunningen voor het verlenen van financiële diensten.

Tegen deze achtergrond volgt Linklaters de implementatie van Richtlijn (EU) 2021/2167 (de "**Richtlijn**") in de verschillende EU-landen met grote interesse.

De Richtlijn is onderdeel van een actieplan om de bancaire sector in de EU te versterken.¹ Dit moet niet alleen helpen een nieuwe bankencrisis te voorkomen; met een sterke bancaire sector kunnen ook ondernemers hun activiteiten makkelijker financieren om zo bij te dragen aan economische groei.² Wij duiden de Richtlijn dan ook zo dat niet is beoogd om regels op te leggen die het aantrekken van nieuwe financiering (inclusief de genoemde gestructureerde producten) zouden kunnen bemoeilijken of duurder zouden maken.³ Dat moet dan evenzeer gelden voor de normale verhandelbaarheid van syndicaatsleningen aan het grootbedrijf zolang deze *performing* zijn.

Linklaters beoordeelt het Voorstel tegen deze achtergrond. Wanneer implementatie van de Richtlijn het onvermijdelijk maakt om dat soort beperkingen of kosten op te leggen, achten wij het wenselijk

¹ Zie overwegingen (1)-(6) van de Richtlijn.

² Zie bijvoorbeeld het Capital Markets Union Action Plan uit 2020, waarin als actie is geformuleerd "*Help banks to lend more to the real economy*".

³ Dat volgt ook uit overwegingen in de concept-Memorie van Toelichting over de kosten van de voorgestelde wetswijzigingen.

This communication is confidential and may be privileged or otherwise protected by work product immunity.

Linklaters LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC326345. It is a law firm authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. The term partner in relation to Linklaters LLP is used to refer to a member of Linklaters LLP or an employee or consultant of Linklaters LLP or any of its affiliated firms or entities with equivalent standing and qualifications. A list of the names of the members of Linklaters LLP together with a list of those non-members who are designated as partners and their professional qualifications is open to inspection at its registered office, One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England or on www.linklaters.com and such persons are either solicitors, registered foreign lawyers or European lawyers. Linklaters LLP is also registered with the Dutch Trade Register of the Chamber of Commerce under number 34367130.

Please refer to www.linklaters.com/regulation for important information on Linklaters LLP's regulatory position..

Linklaters

dat de concrete impact minimaal blijft. Wij achten dat belangrijk voor de financierbaarheid van het Nederlandse grootbedrijf, en daarmee in het belang van Nederland zelf.

Op deze basis komen in deze reactie de volgende onderwerpen aan bod:

- Toepassingsbereik van het Voorstel en impact op kosten
- Verhouding tussen het Voorstel en bestaande regels over servicing
- De definitie van Servicer en onzekerheid over de rol van Agenten in syndicaatsleningen
- Regels over de overdracht van leningen
- Regels van toepassing op kredietkopers

Wij zullen afsluiten met enige overige opmerkingen van eerder technische aard.

Tot een nadere toelichting op onze consultatiereactie zijn wij uiteraard graag bereid. Onze contactgegevens zijn als volgt:

Bas Jennen, partner Regulatory

T: (020) 7996 287

E: bas.jennen@linklaters.com

Mees Roelofs, partner Banking

T: (020) 7996 289

E: mees.roelofs@linklaters.com

Met de meeste hoogachting,

Linklaters LLP

Bas Jennen en Mees Roelofs

2 Toepassingsbereik

2.1 Partijen die door het Voorstel worden geraakt

Op pagina 12 van de concept Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het diensten van niet-renderende kredietovereenkomsten reeds onder de reikwijdte van de Wet op het financieel toezicht ("Wft") valt, en dat partijen die beschikken over een vergunning voor het aanbieden van krediet, het bemiddelen in krediet of het uitoefenen van het bankbedrijf zich mogen bezighouden met het diensten van kredietovereenkomsten. Hierbij wordt tevens opgemerkt dat het daarbij van belang is dat dit het diensten van kredietovereenkomsten in zijn algemeenheid betreft en niet slechts van niet-renderende kredietovereenkomsten. De reeds gereguleerde groep is, volgens de Memorie van Toelichting, dus groter dan de groep die potentieel onder de reikwijdte van de Richtlijn (en het Voorstel) valt.

Dit leidt tot de conclusie in de Memorie van Toelichting dat de nieuwe vergunningplicht voor kredietdieners alleen relevant zou zijn voor partijen die naar oud (lees: huidig) recht niet-renderende kredietovereenkomsten diensten op basis van een vergunning voor bemiddelen. Aanbieders en banken zijn immers uitgezonderd van de vergunningplicht.

Deze constatering komt ons onjuist, althans onvolledig, voor. 'Krediet' is in de Wft beperkt tot consumentenkrediet, terwijl de nieuwe vergunningplicht tevens relevant zal zijn voor partijen die niet-renderende kredietovereenkomsten diensten die niet kwalificeren als consumentenkrediet. Op dit moment kent de Wft geen vergunningplicht voor het bemiddelen in (of aanbieden van) niet-consumentenkrediet. Het Voorstel daarentegen ziet, zoals de Richtlijn voorschrijft, ook op het diensten van niet-renderend niet-consumentenkrediet.

Dit betekent dat de reikwijdte van het Voorstel aan de ene kant weliswaar beperkter is dan het huidige regime onder de Wft (alleen niet-renderende kredietovereenkomsten én uitsluitend kredietovereenkomsten waarbij de kredietgever een Europese bank is), maar dat aan de andere kant de reikwijdte van het Voorstel ruimer is (namelijk ook niet-renderende kredietovereenkomsten waarbij de kredietnemer geen consument is).

In het Voorstel is aangegeven dat wordt ingeschat dat ongeveer vijf partijen in Nederland een vergunning als kredietdier zullen aanvragen. Het ontbreekt ons aan informatie om te beoordelen of de onjuiste aanname met betrekking tot de reikwijdte van de vergunningsplicht in het Voorstel impact heeft op deze inschatting. Voor zover ons bekend vindt de meeste servicing van niet-consumentleningen in Nederland plaats door partijen die ook een vergunning hebben om consumentenkrediet te diensten, maar mogelijk zijn er ook dieners actief die steeds buiten de gereguleerde consumenten-sfeer bleven.⁴

2.2 Territorialiteitsvraagstuk

Het voorgestelde artikel 2:64a Wft schrijft voor dat het verboden is 'in Nederland' een niet-renderende kredietovereenkomst te diensten zonder een door de AFM verleende vergunning. Uit artikel 4 lid 1 juncto artikel 3 onder 10 van de Richtlijn volgt echter dat de toezichthouder van de lidstaat waar de statutaire zetel of het hoofdkantoor van de kredietdier is gevestigd, bevoegd is tot het verlenen van een vergunning.

⁴ Voor de goede orde: wij zijn wel bekend met servicing van niet-consumentleningen vanuit het EU-buitenland, met name vanuit Ierland. Ierland kan worden gezien als een expertisecentrum op het gebied van servicing van niet-renderende kredietovereenkomsten. Als gevolg van de bankencrisis van 2008 werd daar al in 2009 de National Asset Management Agency (NAMA) opgericht die niet-renderende portfolio's overnam van de grootbanken. NAMA heeft die portfolio's vervolgens verkocht, voor het grootste gedeelte al in de jaren 2010-2012, waarbij servicing van de portfolio's vanuit Ierland plaatsvond.

Linklaters

Wij zouden daarom voorstellen het voorgestelde artikel 2:64a Wft aan te passen door voor te schrijven dat het een kredietservicier **met zetel in Nederland** verboden is zonder een door de AFM verleende vergunning een niet-renderende kredietovereenkomst te servicieren.

De directe vervolgvraag is in welke lidstaat de kredietservicier zijn diensten grensoverschrijdend verleent. Is dat de lidstaat waar de kredietkoper gevestigd is, of is dat de lidstaat waar de kredietnemer gevestigd is? Uit artikel 3 onder 11 van de Richtlijn en Overweging (49) bij de Richtlijn lijkt te volgen dat het de lidstaat betreft waar de kredietnemer gevestigd is. Dit vinden wij ook logisch, aangezien het de kredietnemer (en niet de kredietkoper) is die volgens de Richtlijn bescherming behoeft. Wij achten het wenselijk om dit punt in de Memorie van Toelichting te verduidelijken.

Op territorialiteits-vraagstukken rondom de kredietkoper komen wij in paragraaf 7 hieronder nog terug.

Wij stellen concreet voor om:

- **in het voorgestelde artikel 2:64a Wft op te nemen dat het een kredietservicier met zetel in Nederland verboden is zonder een door de AFM verleende vergunning een niet-renderende kredietovereenkomst te servicieren; en**
- **in de Memorie van Toelichting toe te lichten dat in het geval van grensoverschrijdende dienstverlening, de kredietservicier geacht wordt zijn diensten te verlenen in de lidstaat waar de kredietnemer gevestigd is.**

3 Verhouding tussen het Voorstel en bestaande regels over servicing van (al dan niet renderende) kredietovereenkomsten

Het “servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst” wordt in het Voorstel gedefinieerd als *‘het in de uitoefening van een beroep of bedrijf namens een kredietkoper de rechten en verplichtingen met betrekking tot de rechten van een kredietgever op grond van een niet-renderende kredietovereenkomst, of de niet-renderende kredietovereenkomst zelf, beheren en de nakoming ervan afdwingen, waarbij tevens één of meerdere krediet servicingactiviteiten worden verricht’*.

Onder het “verrichten van een krediet servicingactiviteit” wordt in het Voorstel onder meer verstaan “het innen en invorderen van verschuldigde betalingen”.

In dit kader wijzen wij er op dat de term “beheren” met betrekking tot consumentenkrediet al een bestaand begrip is in de Wft. Om te beginnen omvat de definitie van “aanbieden” in artikel 1:1 Wft “beheren”. Binnen paragraaf (a) van de definitie van “aanbieden” in artikel 1:1 Wft valt “het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een [overeenkomst met een consument inzake een financieel product dat geen financieel instrument, premiepensioenvordering of verzekering is].”

Uit de wetsgeschiedenis bij deze bepaling volgt dat deze formulering tot uitdrukking brengt dat aanbieden niet alleen het doen van een voorstel omvat, maar ook het (uitsluitend) aangaan, beheren of uitvoeren van dergelijke overeenkomsten. Het begrip “aanbieden” omvat derhalve de gehele looptijd van een overeenkomst.⁵

Verder omvat de definitie van “bemiddelen” in artikel 1:1 Wft bemiddelen mede “het assisteren bij het beheer en de uitvoering van [een overeenkomst inzake krediet tussen een consument en een aanbieder van krediet]” (zie paragraaf (b) van deze definitie).

Uit de wetsgeschiedenis bij deze bepaling volgt dat het element “het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een overeenkomst” is opgenomen zodat bij de securitisatie van kredietovereenkomsten de betrokken “servicer”, die assisteert bij het beheer en de uitvoering van kredietovereenkomsten, als bemiddelaar onder de vergunningplicht en het toezicht zou komen te vallen.⁶ In de wetsgeschiedenis is uitdrukkelijk overwogen dat incassowerkzaamheden ten aanzien van achterstallige betalingen kwalificeren als beheersactiviteiten.⁷

Indien de definitie van “servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst” van het Voorstel ongewijzigd zou worden ingevoerd, zou het begrip beheren van kredietovereenkomsten in de Wft op verschillende manieren worden gebruikt. In de voorgestelde definitie van “servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst” wordt immers de indruk gewekt dat de krediet servicingactiviteiten geen onderdeel uitmaken van het beheren van een kredietovereenkomst. Dit standpunt wordt ook verdedigd in de Memorie van Toelichting.

Naar onze mening is dit standpunt echter onjuist. Wij menen dat deze krediet servicingactiviteiten concrete voorbeelden van beheersactiviteiten zijn. Het is dan gegeven dat als een krediet servicer een van deze activiteiten verleent, de krediet servicer tevens de kredietovereenkomst beheert.

De definitie van “krediet servicer” uit de Richtlijn laat een wijziging van deze strekking toe. Deze gelijkstelling verklaart ook waarom de Richtlijn slechts refereert aan het verlenen van

⁵ Kamerstukken II 2005/2006, 29708, nr. 19, p. 365.

⁶ Kamerstukken II 2005/2006, 29708, nr. 19, p. 363 en Kamerstukken II 2003/2004, 29507, nr. 3, p. 68.

⁷ Kamerstukken II 2003/2004, 29507, nr. 3, p. 69.

kredietserVICingactiviteiten en niet ook aan beheersactiviteiten, aangezien dit hetzelfde is. Zie bijvoorbeeld artikel 3 onder 10 en 11, Hoofdstuk II, artikel 13 en 14 van de Richtlijn.

De ruime definitie van "aanbieden" in artikel 1:1 Wft heeft tot gevolg dat een kredietkoper van kredietovereenkomsten waarbij de kredietnemer een Nederlandse consument is, in beginsel over een vergunning als aanbieder in de zin van artikel 2:60 Wft moet beschikken of onder een van de uitzonderingen van artikel 2:61 of 2:62 Wft moet vallen. Er geldt een vrijstelling van deze vergunningplicht voor kredietkopers die het juridisch eigendom verkrijgen van vorderingen uit hoofde van dergelijke kredietovereenkomsten (deze vrijstelling geldt dus niet als de kredietkoper de kredietovereenkomst zelf koopt), mits het beheer en de uitvoering van de kredietovereenkomsten geschiedt door een kredietbeheerder ("servicer") die het ingevolge de Wft is toegestaan te bemiddelen in krediet of krediet aan te bieden.⁸

Gelet op de overlap tussen het huidige Wft-regime voor het overdragen van het juridisch eigendom van vorderingen uit hoofde van kredietovereenkomsten waarbij een kredietnemer een Nederlandse consument is en het Voorstel, stellen wij voor om de terminologie zo veel mogelijk op elkaar te laten aansluiten. Artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft heeft het bijvoorbeeld over het "juridisch eigendom verkrijgen van vorderingen uit hoofde van overeenkomsten inzake krediet", terwijl het voorgestelde definitie van "kredietkoper" in artikel 1:1 Wft spreekt van "de rechten van een kredietgever op grond van een niet-renderende kredietovereenkomst (...) koopt".

Daarnaast geven wij in overweging om van de gelegenheid gebruik te maken om de reikwijdte van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft te heroverwegen en dusdanig te verruimen dat ook kredietkopers die de kredietovereenkomst zelf kopen onder de vrijstelling vallen, uiteraard voor zover een vergunninghoudende servicer is aangesteld. Dit voorkomt dat kredietkopers van niet-renderende kredietovereenkomsten waarbij een kredietnemer een Nederlandse consument is, niet alleen in overeenstemming met het voorgestelde artikel 4:81i lid 1 Wft een vergunninghoudende kredietserVICer moeten aanstellen, maar tevens zelf over een vergunning als kredietaanbieder moeten beschikken.

Wij stellen concreet voor om:

- **in de definitie van 'servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst' het woord 'tevens' te laten vervallen;**
- **in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat de kredietserVICingactiviteiten beheersactiviteiten zijn;**
- **de terminologie van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft en het Voorstel beter op elkaar aan te laten sluiten; en**
- **de reikwijdte van artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft te heroverwegen en te verruimen dat ook kredietkopers die de kredietovereenkomst zelf kopen onder de vrijstelling vallen.**

⁸ Artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft.

4 Uitzonderingen vergunningplicht in het voorgestelde artikel 2:64b Wft

Het voorgestelde artikel 2:64b lid 1 Wft bepaalt dat de vergunningplicht van het voorgestelde artikel 2:64a Wft niet van toepassing is op vergunninghoudende banken met een vergunning van de ECB, aanbieders van krediet met een vergunning van de AFM en beheerders van een beleggingsinstelling of een icbe die het is toegestaan om een Nederlandse beleggingsinstelling of een icbe te beheren. Dit voorgestelde artikel implementeert artikel 2 lid 5, onderdeel a, van de Richtlijn.

Uit de Memorie van Toelichting (pagina 5) blijkt dat de uitzondering voor banken en kredietaanbieders is gelegen in het feit dat deze partijen kredietovereenkomsten beheren en andere krediet servicingactiviteiten verrichten als onderdeel van hun normale werkzaamheden en reeds onder toezicht staan.

Wij stellen voor om een uitzondering toe te voegen voor financiële ondernemingen in het bezit van een door de AFM verleende vergunning voor het bemiddelen in krediet (als bedoeld in artikel 2:80 Wft). Voor bemiddelaars in krediet geldt immers ook dat deze partijen kredietovereenkomsten beheren, althans daarbij assisteren, en andere krediet servicingactiviteiten verrichten als onderdeel van hun normale werkzaamheden en reeds onder toezicht staan. Zie hierover paragraaf 3 hierboven.

Dit blijkt ook uit artikel 3 Vrijstellingsregeling Wft. In dit artikel zijn kredietkopers uitgezonderd van de vergunningplicht van artikel 2:60 Wft voorzover het beheer en de uitvoering van de kredietovereenkomsten geschiedt door een vergunninghoudende aanbieder van krediet of *bemiddelaar in krediet* (cursief van ons).

Een consistente benadering is onzes inziens te prefereren. Deze zou ook geen afbreuk doen aan de beschermingsgedachte achter het Voorstel. Bovendien zijn de uitzonderingen in artikel 2 lid 5, onderdeel a, sub (iii) Richtlijn ruimer. Daaronder vallen immers niet alleen aanbieders van krediet, maar ook bemiddelaars in hypothecair krediet.⁹

Wij stellen concreet voor om financiële ondernemingen die een door de AFM verleende vergunning als bedoeld in artikel 2:80 Wft hebben voor het bemiddelen in krediet toe te voegen aan de lijst uitgezonderde financiële ondernemingen in het voorgestelde artikel 2:64b lid 1 Wft.

⁹ Artikel 2 lid 5, onderdeel a, sub (iii) Richtlijn verwijst immers niet alleen naar artikel 20 van Richtlijn Consumentenkrediet (Richtlijn 2008/48/EG), maar ook naar artikel 35 van Hypothekenrichtlijn (Richtlijn 2014/17/EU).

5 Definitie servicer: rol van een Agent of Security Agent

Met de voorgestelde definities van "kredietservicier", "servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst" en "verrichten van een kredietservicingsactiviteit" is in het Voorstel, ondanks een klein verschil in terminologie, de inhoud van de definities van "kredietservicier" en "kredietservicingsactiviteiten" in de Richtlijn vrijwel woordelijk overgenomen.

In reacties vanuit de Europese markt op de Richtlijn is echter naar voren gekomen dat die Richtlijn-formulering onzekerheid laat over de rollen van een Agent of een Security Agent in een gesyndiceerde lenings-structuur. Zullen zij onder die definitie als kredietservicier gelden, wanneer een gesyndiceerde lening niet-renderend wordt én een (EU-)bank in het syndicaat zijn positie vervolgens overdraagt aan een niet-bancaire kredietkoper? Zie hierover bijvoorbeeld de brief van de Financial Markets Law Committee aan de European Banking Authority van 30 augustus 2022 over onzekerheden die voortvloeien uit de Richtlijn.¹⁰

Voortdurende onduidelijkheid op dit punt zou het voor Nederlandse kredietnemers op de markt voor gesyndiceerde leningen moeilijker maken om een niet-bank of een niet-EU bank als agent of security agent te benoemen. Deze zou immers bevreesd moeten zijn vergunningplichtig te worden als servicer wanneer het scenario zich voordoet dat de lening niet-renderend wordt, een overdracht als genoemd plaatsvindt én de wet zo wordt geïnterpreteerd dat de agent of security agent vanwege zijn rol in het syndicaat als servicer geldt.

Het lijkt ons zo te zijn dat een agent of security agent niet als servicer te gelden heeft onder de Richtlijn. Ter herinnering, de rol van een agent is die van schakel tussen kredietnemer en de gezamenlijke financiers. Zowel communicatie als geldstromen verlopen via de agent, en de agent kan in de meeste gevallen ook namens alle financiers de kredietdocumentatie wijzigen, op instructie van (een contractueel vastgelegde meerderheid van) de financiers. De agent heeft dan ook contractuele verplichtingen aan zowel de kredietnemer als de financiers. Deze zijn hoofdzakelijk administratief van aard.¹¹ De rol van een security agent is het voor het syndicaat houden van verstrekte zekerheid in het belang van dat syndicaat en het in voorkomend geval nemen van een leidende rol bij de executie daarvan.¹²

Zowel niet-EU banken als niet-banken treden in transacties met Nederlandse kredietnemers met regelmaat als agent of security agent op.¹³

Daarmee is het zo dat zowel de agent als de security agent activiteiten verrichten die zouden vallen binnen de definitie van "verrichten van een kredietservicingsactiviteit" in het Voorstel. Zij doen dat echter in het belang en voor rekening van het volledige syndicaat van financiers, hetgeen in contrast staat met de definitie van "servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst" in het Voorstel. Evenals de definitie van "kredietservicier" in de Richtlijn vergt deze dat de bewuste activiteiten worden verricht namens een kredietkoper. Een activiteit die naar zijn aard wordt verricht in het

¹⁰ Aangehecht als bijlage 1. De Financial Markets Law Committee is een niet aan enige overheid gelieerde organisatie, opererend vanuit London, met als doel onduidelijkheden weg te nemen uit (onder meer) EU-recht dat invloed heeft op de financiële markten. Zie verder <https://fmlc.org/>

¹¹ <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/commercial-lending/syndicated-loan/>

¹² Nader: S.C.J.J. Kortmann, M.H.E. Rongen & H.L.E. Verhagen, Zekerheidsrechten op naam van een 'trustee', WPNR 6459 (2001), pagina 813; N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, De security trustee in crisistijden, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), De Kredietcrisis, Serie Onderneming en Recht, deel 54, Deventer: Kluwer 2010, par. 6.2.

¹³ Niet-EU banken die in Nederland als agent of security agent optreden zijn met name banken afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Niet-banken die deze rol op zich nemen zijn onder meer gespecialiseerde agenten als Kroll, Global Loan Agency Services (GLAS) en Law Debenture.

belang van een volledig syndicaat zou niet kunnen kwalificeren als verricht "namens een kredietkoper", zelfs al is op enig moment een kredietkoper onderdeel van dat syndicaat geworden.

Bovendien lijkt het doorgaans niet de bedoeling van bij het syndicaat betrokken partijen om een agent of security agent in de rol van servicer aan te stellen. Voor zover de wet vervolgens de verplichting geeft om een servicer te benoemen, zou het aan partijen moeten zijn om de betreffende partij hiervoor te selecteren. Dit zou de agent of de security agent kunnen zijn (wanneer deze die aanstelling accepteert), maar het sluit niet goed aan bij dat systeem dat de agent of security agent servicer zou kunnen worden door te blijven doen wat hij deed voordat een syndicaatslening niet-renderend werd.

Dat geldt des te sterker omdat de agent/security agent bij een andersluidende interpretatie servicer zou kunnen worden door een overdracht van de niet-renderende lening door een bank aan een derde, zonder invloed uit te kunnen oefenen op die overdracht.^{14 15}

Nu is de uitleg van de genoemde termen uiteindelijk een Europeesrechtelijke vraag. Daarmee kan de Nederlandse wetgever ook niet bepalen of een agent of security agent wel of niet als kredietservicer geldt. Nu er op het Europese niveau nog geen rechtspraak is over deze vraag en ook EU-autoriteiten als de Commissie of de European Banking Authority zich nog niet over de vraag lijken uit te spreken, lijkt het ons wenselijk om in het implementatieproces voorlopige duidelijkheid wordt gegeven aan spelers op de Nederlandse markt. Hetzij de wetgever, hetzij de toezichthouder zou zich voorshands (zolang geen nadere duiding is gegeven op het EU-niveau) moeten uitspreken over deze materie.

Dit zou onzekerheid op de markt voor gesyndiceerde kredieten aan Nederlandse geldnemers voor het moment kunnen wegnemen, en daarmee een voor het Nederlandse grootbedrijf belangrijke bron van financiering zo toegankelijk mogelijk houden.¹⁶

Mocht de gedachte bestaan dat een agent of security agent tóch als servicer te gelden zal hebben zodra aan de eisen van een niet-renderende kredietovereenkomst en een (partiële) overdracht aan een kredietkoper is voldaan, dan is het des te wenselijker dat hierover snel duidelijkheid komt. Niet-banken die op de Nederlandse markt willen kunnen blijven optreden als agent/security agent kunnen dan zonder vertraging beginnen met de aanvraag van een vergunning. Ook dat is in het belang van Nederlandse kredietnemers die zich mede financieren met syndicaatsleningen.

Indien de activiteiten van een agent of security agent in een syndicaatslening wel worden gezien als het servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst, lijkt het ons ook gewenst om hen niet aan verder toezicht of verdere doorlopende verplichtingen te onderwerpen wanneer er (i) geen servicer behoeft te worden aangewezen voor het bewuste krediet in overeenstemming met het voorgestelde artikel 4:81i Wft of (ii) een andere partij als servicer is aangewezen. Dit zou vorm kunnen krijgen door een nieuw lid aan het voorgestelde artikel 2:64b Wft toe te voegen met een

¹⁴ Voor de volledigheid zij opgemerkt dat de agent in de regel wel moet aftekenen op een overdracht van vorderingen binnen een syndicaat. Dat aftekenen dient echter uitsluitend om de agent in staat te stellen om "know your customer" checks op de verkrijger te kunnen afronden, en niet als een instrument waarmee de agent invloed zou kunnen uitoefenen op een overdracht.

¹⁵ Wij gebruiken de term "overdracht" hier als algemene verwijzing. Zie voor nader onderscheid tussen de goederenrechtelijke varianten van overgang en overdracht nog paragraaf 7 hieronder.

¹⁶ Een soortgelijke voorshandse interpretatie werd gegeven toen artikel 3:4 Wft werd aangepast bij de implementatie van de Richtlijn Kapitaalvereisten en de Verordening Kapitaalvereisten in 2014 (Kamerstuk TK 33849). Op de markt voor gesyndiceerde leningen met Nederlandse kredietnemers wordt nog steeds dankbaar gebruik gemaakt van deze interpretatie van de in artikel 3:4 Wft gebruikte term "publiek", over een materie die ook 9 jaar na implementatie nog steeds niet nader is ingevuld op EU-niveau.

buiten toepassing verklaring in dergelijke gevallen of door deze partijen via de Vrijstellingsregeling Wft vrij te stellen in voorkomend geval.

Wij stellen concreet voor om:

- **in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat, zolang het tegendeel niet blijkt uit interpretatie van de Richtlijn op EU-niveau, de gangbare activiteiten van een agent of security agent in een syndicaatslening niet worden gezien als het servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst, omdat niet wordt voldaan aan het bestanddeel "namens een kredietkoper" in de definitie van "servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst", c.q. dat hierover zo spoedig mogelijk op een andere wijze nadere duidelijkheid wordt verschaft; of**
- **indien de activiteiten van een agent of security agent in een syndicaatslening wel worden gezien als het servicen van een niet-renderende kredietovereenkomst, de agent en security agent in een syndicaatslening vrij te stellen wanneer er onder het voorgestelde artikel 4:81i Wft geen servicer behoeft te worden benoemd of juist met inachtneming van die bepaling een andere partij als servicer is aangewezen.**

6 Verhandelbaarheid van leningen

Het Voorstel tast de overdraagbaarheid van rechten die voortvloeien uit leningen in het algemeen niet aan. De Richtlijn noopt hier ook niet toe, en in zoverre staan wij ook positief tegenover de brede benadering van het Voorstel.

Wij plaatsen hierbij echter een tweetal kanttekeningen.

6.1 Het voorgestelde artikel 4:81m Wft en civielrechtelijke gevolgen van schending daarvan

Het voorgestelde artikel 4:81m Wft implementeert de artikelen 15 en 16 Richtlijn. Het voorgestelde artikel 4:81m Wft verwijst daarbij naar de uitvoeringsnormen genoemd in artikel 16 Richtlijn. Deze zijn in december 2022 in concept gepubliceerd door de European Banking Authority. De Europese Commissie moet de uitvoeringsnormen nog definitief vaststellen overeenkomstig artikel 16 lid 6 Richtlijn.

Het EBA-concept van de uitvoeringsnormen voorziet erin dat de templates in bepaalde gevallen, zoals bijvoorbeeld de handel in syndicaatsleningen, niet behoeven te worden gebruikt (de uitvoeringsnorm duidt dan nog een inspanningsverplichting voor het completeren van niet-verplichte velden, maar die inspanningsverplichting zou naar zijn aard niet gelden voor situaties waarin een volledige vrijstelling geldt).

In eerste verkenningen van de Richtlijn in de juridische literatuur is gesuggereerd dat het niet of onjuist verstrekken van de informatie gevolgen zou kunnen hebben in de contractuele relatie tussen een kredietkoper en zijn verkoper. Gedacht zou kunnen worden aan een beroep op dwaling vanwege schending van mededelingsplichten.¹⁷

Uit het feit dat artikelen 15 en 16 Richtlijn in het toezichtsrecht worden geïmplementeerd leiden wij af dat een dergelijk rechtsgevolg in de verhouding tussen verkopende bank en kredietkoper niet wordt beoogd. Dat lijkt ons ook correct. De formulering van de Richtlijn geeft ook op geen enkele manier aanleiding tot zo'n gevolg.¹⁸ Er kan ook over worden gediscussieerd of de Europese Unie wel de bevoegdheid zou hebben om aan de individuele lidstaten op te leggen dat de privaatrechtelijke verhouding tussen twee commerciële partijen aldus gekleurd zou moeten worden.

Daarbij is mede belangrijk dat kredietkoper en de verkopende bank professionele partijen zijn die boekenonderzoek zullen doen en op basis van dat boekenonderzoek de risico's omtrent (on)juistheid en (on)volledigheid van de informatie contractueel vastleggen.¹⁹ Een kredietkoper die de informatie-templates niet krijgt of geen garantie krijgt over de juistheid van de verstrekte informatie zal een en ander verdisconteren in de koopprijs, afzien van de koop of moet worden geacht de risico's te aanvaarden.²⁰ Dat is civielrechtelijk voldoende. Er bestaat geen aanleiding om hier met wetgeving op de contractsvrijheid in te breken. Van enigerlei noodzaak tot bescherming van een contractueel zwakkere partij is bij dit soort transacties geen sprake.

¹⁷ F.E.J. Beekhoven van den Boezem & L.S. Aalders, De nieuwe richtlijn inzake kredietdieners en kredietkopers, Ondernemingsrecht 2022/51, paragraaf 3.3; V.P.G. de Serière, Non Performing Loans, Ondernemingsrecht 2021/90, paragraaf 7.

¹⁸ Behalve naar de artikelen 15 en 16 Richtlijn zij hier ook verwezen naar overweging (36) in de Richtlijn.

¹⁹ Dat is in de praktijk ook gebruikelijk. Op de markt voor gesyndiceerde leningen in Europa zijn de modellen van de Loan Market Association bijvoorbeeld leidend, en hier wordt ook vaak gebruik van gemaakt bij overdracht van een losse niet-gesyndiceerde lening. In deze modellen zijn standaard-bepalingen opgenomen over verstrekte informatie en de bijbehorende risicoverdeling.

²⁰ Voor zover dat niet al kan worden afgeleid uit de rechtspraak (met name: HR 22 december 1995, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne)), wordt dat doorgaans expliciet zo bedongen in de overeenkomst tussen partijen. Zie hierover nader R.J. Tjittes, Commercieel contractenrecht, Den Haag 2022, hoofdstuk 6.

Gezien de suggestie in de (hiervoor aangehaalde) juridische literatuur dat de informatieverstrekking wél invloed zou kunnen hebben op de rechtspositie van koper en verkoper, lijkt het ons wenselijk om in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat zoiets niet wordt beoogd.

6.2 De voorgestelde toevoegingen aan artikelen 3:94 BW en 6:159 BW

De principes die worden gecodificeerd in artikel C van het Voorstel zijn in lijn met de informatieplichten van de Richtlijn. Het is echter wel belangrijk om hier rekening te houden met de gang van zaken wanneer de rol van de kredietgever als beheerder wordt beëindigd en een nieuwe beheerder het beheer overneemt. Een overgang van het beheer naar zo'n zogenaamde *backup servicer* zal met name aan de orde zijn bij (dreigende) insolventie van de verkopende bank.²¹

Het lijkt ons niet beoogd dat, wanneer zo'n *backup servicer* het beheer overneemt, de stille cessie dan wel de contractoverneming zonder mededeling met terugwerkende kracht zijn geldigheid verliest. Het ligt eerder voor de hand dat op zo'n moment geen wijziging plaatsvindt in enig vermogen, maar dat de *backup servicer* zo snel als praktisch mogelijk alsnog de consument-kredietnemer moet informeren.

Het Voorstel is hierover echter niet expliciet en het lijkt ons geïndiceerd om dit verder te verduidelijken en hiervoor een termijn als "zo snel als praktisch mogelijk" te bepalen. Hierbij past trouwens wel de opmerking dat het voorbereiden van een mailing door een *backup servicer* geen kwestie van dagen is, maar gedegen voorbereiding van enkele weken vergt.

Wanneer een dergelijke extra bepaling in het Voorstel wordt opgenomen, zouden wij nog in overweging geven om de artikelen 3:94 en 6:159 BW zelf ongewijzigd te laten en de twee toevoegingen van artikel C van het Voorstel eerder op te nemen in de bepalingen over consumentenkrediet in Boek 7 BW, samen met de genoemde plicht om alsnog mede te delen wanneer een *backup servicer* zijn rol opneemt.

Wij stellen concreet voor om:

- **in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat eventuele schendingen van het voorgestelde artikel 4:81m Wft geen gevolg hebben in de rechtsverhouding tussen kredietkoper en bank; en**
- **artikel C van het Voorstel aldus te nuanceren dat een stille cessie of niet-medegedeelde contractoverneming niet met terugwerkende kracht ongeldig wordt zodra de beheerder op grond van de overeenkomst tussen kredietkoper en bank wordt vervangen.**

²¹ Bij het faillissement van DSB Bank zijn de DSB-curatoren voor zover ons bekend de overgedragen consumentleningen blijven beheren in overleg met de juridisch eigenaren hiervan. Wel heeft er een overgang van beheer plaatsgevonden toen in 2014 de consumentenkredietverstrekker neckermann.com B.V. faillieerde. Vesting Finance heeft toen als derde het beheer overgenomen.

7 Regels van toepassing op kredietkopers

In de voorgestelde nieuwe paragraaf 4.3.6a.2.Wft worden de verplichtingen van de kredietkoper onder de Richtlijn geïmplementeerd. Het betreft hier zowel de verplichtingen naar de kredietnemer toe (de voorgestelde artikelen 4:81g en 4:81h Wft) als het regulatoire kader (de voorgestelde artikelen 4:81i tot en met 4:81l Wft).

De artikelen van het Voorstel spiegelen de Richtlijn vrijwel volledig. Dit roept op drie punten vragen op.

7.1 Afbakening van het begrip kredietkoper en territorialiteit

Woordelijk in overeenstemming met de Richtlijn wordt in het Voorstel gesproken over de kredietkoper als iemand die koopt. Dat duidt op de overdracht van een vordering ten titel van koop.²² Vergt het geven van nuttig effect aan de Richtlijn niet echter ook dat de implementatie evenzeer van toepassing is bij overdracht op grond van een andere bijzondere titel of overgang onder een algemene titel? Op dit punt dient ook gedacht te worden aan de structuur van meerdere portfolio-overdrachten van renderende en niet-renderende kredieten in het recente verleden. Daarin werden portfolio's namelijk afgesplitst, waarna de "koper" van het portfolio de aandelen in de nieuw ontstane vennootschap kocht van de verkopende bank.

Wat hier ook van zij: in de voorgestelde artikelen 4:81g tot en met 4:81l Wft is geen territoriale beperking ingebouwd. Nu is dat element voor de Richtlijn een aandachtspunt op zichzelf. Er is discussie mogelijk over de vraag of het wel beoogd was om ook kredietnemers in landen buiten de Europese Unie de bescherming te geven van bijvoorbeeld artikel 10 Richtlijn. Dit element lijkt voor het moment echter gegeven, omdat de formulering van de Richtlijn geen aanleiding geeft tot een beperking tot niet-renderende kredieten verstrekt aan een EU-debiteur.²³

In de implementatie van artikel 10 Richtlijn, via de voorgestelde artikelen 4:81g en 4:81h Wft, moet echter ook aandacht worden besteed aan de vraag welke lidstaat toezicht neemt op welke niet-renderende leningen. Als een Nederlandse bank een niet-renderende lening naar Duits recht met een Belgische kredietnemer doorverkoopt aan een Franse kredietkoper, welke implementatie van artikel 10 Richtlijn is van toepassing? En in het verlengde daarvan: welk recht bepaalt de gevolgen wanneer de kredietkoper zich niet houdt aan de verplichtingen van artikel 10 Richtlijn?

Artikel 21 lid 2 Richtlijn geeft hierover duidelijkheid. Relevant is de lidstaat waar de kredietkoper is gevestigd. Is de kredietkoper niet in een lidstaat gevestigd, dan dient deze een vertegenwoordiger aan te wijzen in een lidstaat overeenkomstig artikel 19 Richtlijn. Dan is het recht van de lidstaat waar deze vertegenwoordiger is gevestigd maatgevend. Dit territoriale element komt nu nog niet in de voorgestelde artikelen 4:81g tot en met 4:81l Wft terug.

In het begrip kredietkoper ligt voorts besloten dat sprake is van een niet-renderende lening. Koopt iemand een krediet dat niet als zodanig geldt, dan koopt men krediet, maar is men geen kredietkoper in de zin van Richtlijn en Voorstel.

Dat laatste impliceert echter een onzekerheid voor degene die een kredietovereenkomst koopt. Zo'n koper kan menen een overeenkomst te kopen waarop de regels voor kredietkopers niet van toepassing zijn, bijvoorbeeld omdat de lening zich in de handelsportefeuille van de verkopende bank

²² Verwezen zij naar artikel 7:47 BW in het bijzonder, waarin is bepaald dat koop ook op vermogensrechten kan zien, maar dat de bepalingen van Boek 7 Titel 1 BW hierop niet integraal toepassing hebben.

²³ Dit volgt met zoveel woorden uit een recente briefwisseling tussen de Loan Markets Association (LMA), de Europese Commissie en de European Banking Authority, kenbaar uit de brief van de LMA aangehecht als bijlage 2..

bevond.²⁴ Blijkt deze aanname onjuist, dan zal de koper zich dus ook ten onrechte niet houden aan de regels van toepassing op kredietkopers.

Hier dreigt ook een zeker risico van verwijten achteraf. De toezichthouder kan zich op het standpunt stellen dat een servicer of vertegenwoordiger had moeten aangesteld (voorgestelde artikelen 4:81i en 4:81l Wft); de kredietnemer kan proberen betaling op te schorten omdat bepaalde informatie had moeten worden verstrekt (voorgesteld artikel 4:81h Wft).

Dat risico van verwijten achteraf speelt minder wanneer een bank een portfolio van niet-renderende leningen verkoopt -het soort transacties dat de Richtlijn tracht te faciliteren- maar het zou een rol kunnen spelen op de markt van reguliere grootzakelijke leningen. Hier bestaat een ontwikkelde secundaire markt waar financiers van tijd tot tijd leningen aan elkaar doorverkopen. Dat gebeurt zeker ook wanneer zich donkere wolken samepakken boven een kredietnemer (zonder dat de lening geldt als niet-renderend). Nu wordt binnen banken de "exit strategy" in het geval van problemen bij de kredietnemer behandeld als belangrijk element bij de keuze om überhaupt grootzakelijk krediet te verstrekken. Het is voor de kredietverstrekking in Nederland dan ook belangrijk dat de secundaire markt niet wordt bemoeilijkt door dit risico van verwijten achteraf. Het zou namelijk kunnen bijdragen aan gedrag waar kopers van krediet uit risico-aversie afzien van, of onnodig vertraging veroorzaken bij, een transactie op de secundaire markt.

De vraag of een te verkopen krediet geldt als niet-renderend laat zich door een koper niet of nauwelijks verifiëren met boekenonderzoek. Hiervoor zitten in artikel 47 bis Verordening Kapitaalvereisten te veel subjectieve elementen, die zich bij uitstek in de sfeer van de verkopende bank bevinden. Wij zouden tegen deze achtergrond voorstellen dat de koper van een krediet, bij de bepaling of men te gelden heeft als kredietkoper in de zin van het Voorstel, zal mogen afgaan op een verklaring van de verkoper in hoeverre verkochte kredieten gelden als niet-renderend. Een uitzondering hierop is denkbaar wanneer de koper wist of zonder verder onderzoek moest weten dat die verklaring onjuist was.

Het zou wat ons betreft volstaan dit laatste te verduidelijken in de Memorie van Toelichting.

7.2 Het vervullen van de mededelingsplichten

Wanneer een kredietkoper binnen het bereik van de Nederlandse implementatiewetgeving komt, bepaalt het voorgestelde artikel 4:81h Wft dat de kredietkoper bepaalde informatie moet verstrekken.

Wij noemden al eerder in deze reactie de positie van de agent in syndicaatsleningen. In dergelijke leningen is het gebruikelijk dat juist de agent de communicatie voert met de kredietnemer en deze bijvoorbeeld op de hoogte stelt van periodiek verschuldigde bedragen. Wanneer de kredietnemer zich tot een kredietgever wil wenden, dient deze dat ook in beginsel via de agent te doen. Bij de agent kan de kredietnemer in de regel ook een lijst opvragen van de kredietgevers die deel uitmaken van het syndicaat. De artikel 4:81h-verplichting kan kortom prima worden uitgevoerd door de agent, ook zonder dat de agent is aangewezen om de niet-renderende kredietovereenkomst te serviceren in de zin van het voorgestelde artikel 4:81h lid 3 Wft (hetgeen de kredietkoper volledig zou vrijstellen).

Waar het voorgestelde artikel 4:81h Wft spreekt over het "doen toekomen" van mededelingen aan de kredietnemer, lijkt er ons geen enkel bezwaar tegen te bestaan dat een derde dit voor de kredietnemer doet, ook buiten de gevallen waarin de kredietkoper op grond van het voorgestelde

²⁴ Op grond van de aanhef van artikel 47 bis lid 1 Verordening Kapitaalvereisten kunnen leningen in de handelsportefeuille niet gelden als niet-renderend in de zin van die verordening. Via de definitie van niet-renderende kredietovereenkomst in het Voorstel geldt dat dan dus ook voor het Voorstel.

artikel 4:81h lid 3 Wft volledig is vrijgesteld. Het komt echter wenselijk voor dit te verduidelijken; een passage in de Memorie van Toelichting hieromtrent zou moeten volstaan.

7.3 Civiele consequenties van schending van mededelingsplichten

Een laatste opmerking over deze mededelingsplichten betreft de consequenties van schending van de artikelen 4:81g tot en met 4:81l Wft. Wij menen dat zoiets niet direct gevolgen zou moeten hebben in de civiele relatie tussen kredietkoper en kredietnemer.

Voor zover Nederlands recht daarop van toepassing is, zou de kredietnemer bij schending van de informatieplichten mogelijk nog een beroep toekomen op bepaalde opschortingsrechten volgens gemeen contractenrecht (zoals artikel 6:37 BW, wanneer niet duidelijk is aan wie men moet betalen), maar een vermeende schending van het voorgestelde artikel 4:81g Wft / artikel 10 lid 1 onder a Richtlijn zou niet direct zo'n effect moeten hebben. Schending van de genoemde plichten in een kredietovereenkomst beheerst door vreemd recht zou een kwestie zijn van het toepasselijke vreemde recht.

Wij stellen concreet voor om:

- **in de voorgestelde paragraaf 4.3.6.2 Wft te verduidelijken dat de territoriale reikwijdte van de volledige paragraaf beperkt is als omschreven in artikel 21 Richtlijn;**
- **in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat een koper, bij de bepaling van de vraag of kredietkopers-plichten van toepassing zijn, zal mogen afgaan op de verklaring van de verkoper of het verkochte krediet geldt als niet-renderend;**
- **in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat informatieplichten die onder deze paragraaf rusten op kredietkopers ook voor deze kunnen worden voldaan door derden die niet formeel zijn aangewezen om het bewuste krediet te servicen; en**
- **in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat schending van de plichten opgelegd aan de kredietkoper niet zelfstandig leidt tot consequenties in de rechtsverhouding tussen kredietkoper en kredietnemer, zonder dat dit afbreuk doet aan rechten die de kredietkoper op grond van het gemene verbintenissenrecht zou kunnen hebben.**

8 Overige opmerkingen

Tenslotte geven wij u nog het volgende in overweging:

- 8.1** Pagina 10 van de Memorie van Toelichting verwijst naar het voorgestelde artikel 4:81e Wft, dat artikel 6 Richtlijn implementeert. In de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt dat het hier gaat om situaties waarbij kredietnemers blijven doorbetalen aan de kredietverstrekker die de niet-renderende lening heeft overgedragen aan een kredietkoper zonder hier mededeling van te doen. Echter, uit het voorgestelde artikel 4:81f Wft (de verwijzing in de Memorie van Toelichting is onjuist) blijkt niet van een dergelijke beperking.
- 8.2** De definitie van 'kredietservicer' verwijst onterecht naar "onderdeel a" van het voorgestelde artikel 2:64b Wft, aangezien dit artikel geen onderdeel a kent.

BIJLAGE 1

30 August 2022

European Banking Authority
Tour Europlaza
20 avenue André Prothin
CS 30154
92927 Paris La Défense CEDEX
France



Dear Sirs

RE: Directive (EU) 2021/2167 on credit servicers and credit purchasers (the “Directive”) was published in the OJ on 8 December and the consultation paper (the “Consultation Paper”) published by the EBA on its draft ITS specifying disclosure templates to be used for the provision of information in connection with the sale of non-performing loans (“NPL’s”).

The role of the Financial Markets Law Committee (the "FMLC" or the "Committee") is to identify issues of legal uncertainty, or misunderstanding, present and future, in the framework of the wholesale financial markets which might give rise to material risks, and to consider how such issues should be addressed. This matter has been considered by a working group convened for this purpose whose members are listed in the Schedule to this letter.

Uncertainties arising from the Directive are set out below.

1. The scope of the Directive covers NPLs issued by credit institutions established in the EU. Since large, syndicated corporate loans are not excluded, the question arises as to how these are to be treated. It is unclear, for example, if the involvement of a single EU bank in the initial lending syndicate will bring the whole loan into scope or only that portion of the loan funded by the EU bank. The issue risks becoming particularly acute for facility and security agents where the loan becomes non-performing, as the definition of a credit servicer is broad enough that it might be read to include those roles where the underlying loan becomes an NPL. This has the potential to become extremely awkward where the agents are non-EU entities (since only EU entities are permitted to service NPLs under the Directive) but there are EU banks in the syndicate. Industry raised these issues during the legislative process but they do not seem to have been addressed. As it stands, exempt entities (including EU credit institutions) acting as facility agents or security trustees are not credit servicers. Non-exempt entities acting as facility agents or security trustees may be able to establish that they don't fall within the definition although the position is not clear. But EU credit institutions and EU supervised consumer credit firms and mortgage lenders may still be subject to some obligations although it is not clear that this was intended.
2. A similar issue arises where there are multiple EU banks in a lending syndicate but they don't all classify the loan as non-performing in accordance with Article 47a CRR at the same time or at all.
3. Further, bringing a loan into scope on the basis of its classification in accordance with Article 47a CRR raises the issue of whether a loan can become non-performing

Brian.gray@fmlc.org

Tel: +442045229190

Third Floor
North Wing
Guildhall
Basinghall Street
London EC2P 2EJ
www.fmlc.org

Registered Charity Number: 1164902.

"The FMLC" and "The Financial Markets Law Committee" are terms used to describe a committee appointed by Financial Markets Law Committee, a limited company ("FMLC" or "the Company").

Registered office: PO Box 270, Guildhall, London EC2P 2EJ. Registered in England and Wales. Company Registration Number: 8733443.

for purposes of the Directive where it is held in the trading book, since Article 47a CRR assessments are only carried out with respect to loans in the banking book. *A fortiori* it raises the question of whether a loan can come into scope of the Directive if it becomes non-performing when held by a non-bank, since they do not carry out Article 47a CRR assessments at all.

4. The servicing framework set out in the Directive largely exempts servicing by regulated financial institutions from needing separate licensing. Credit institutions, alternative investment fund managers and even entities supervised under consumer credit legislation (in each case where regulated in the EU) may carry on servicing of debt without their servicing activities requiring separate authorisation under the Directive (although they may be subject to some regulatory obligations under the Directive). Notably absent from this list, however, is MiFID investment firms, who regularly manage assets on behalf of clients. It is unclear why they have not also been exempted in the same way.
5. The definition of a "credit purchaser" is broad enough to cover group entities of credit institutions provided they are not themselves credit institutions, meaning credit institutions may find they have lost flexibility in how to manage NPLs within their consolidated groups.
6. The definition of "credit purchaser" is also broad enough to cover special purpose entities, meaning parties to securitisations may have to provide for loans becoming non-performing ahead of time by, e.g. ensuring the servicer on the transaction is permitted to service NPLs. They may also need to ensure they have the information required to complete any templates required to be filled in for loans that later become NPLs. This would also present challenges to non-EU securitisation special purpose entities (SSPEs) that hold loans originated by EU credit institutions. Given that SSPEs have, by design, limited ability to take action on their own, it would be much more difficult to address these issues after the transaction is live.
7. The framework set out in the Directive seems to assume a world where a loan would be kept on the originating credit institution's books until the point it is sold as an NPL, ignoring the active secondary market in performing loans of all kinds. No lender other than the originating credit institution is likely to have the information required to fill in the relevant templates (assuming they look something like the ones the EBA consulted on in its May 2021 Discussion Paper on NPL transaction data templates (EBA/DP/2021/02)). The implication of this is that purchasers of all loans (performing or otherwise) originated by credit institutions may have to insist on receiving the data templates. Otherwise, buyers of performing loans take the risk they may not be able to sell a loan that later becomes non-performing because they will not have the information they would be required to provide under the Directive, and the originating credit institution may no longer exist or – even if it does – it may no longer have the relevant records or an incentive to provide any information it does have.
8. Recital 38 of the Directive indicates that the data disclosure obligation is intended to "apply to transfers of [NPLs] only, and does not encompass complex transactions where [NPLs] are included as a part of such a transaction, including sales of branches, sales of business lines or sales of clients' portfolios not limited to [NPLs] and transfers as part of an ongoing restructuring operation of the selling credit institution within insolvency, resolution or liquidation proceedings". However, the only operative provision that implements this seems restricted to sales of NPLs to credit institutions, not credit purchasers. In addition, while the principle of limiting application of the framework to sales of NPL portfolios is sensible, it is not clear

why this limitation should only apply to the data disclosure obligations. It does not necessarily seem sensible that an entity buying a whole business line should have to appoint a credit servicer just for the NPLs that form part of that business line.

9. The Directive also acknowledges that securitisation is one route commonly used for banks to dispose of NPLs and that there is a consequent need to avoid overlap between the Directive's requirements and those arising out of regulation specific to securitisation. In this sense, Recital 38 provides that "...in the case of securitisation transactions, where mandatory transparency templates are provided for, any double reporting as a result of this Directive should be avoided." This is promising, but does not appear to be reflected in the operative text of the Directive, meaning it will not be clear whether or how this eminently sensible principle will be implemented in practice. It is possible this might be addressed in the EBA's technical standards with disclosure templates, but that seems unlikely to be confirmed for at least several months.
10. There are a number of transitional issues, including the transitional provisions around the requirements for data provision. Article 15(1) sets out the general obligation to provide information, and Article 16 sets out various rules around the data templates, which are presumably meant to fulfil the Article 15(1) obligation to provide information to prospective credit purchasers. Unfortunately, the transitional provision in Article 16(7) specifies only how the data templates apply to "credits issued" on or after 1 July 2018 that become non-performing after the Directive enters into force. It does not specify whether the general disclosure obligation in Article 15(1) still somehow applies to credits issued prior to 1 July 2018 or to credits issued on or after that date and that become non-performing before the Directive enters into force and, if so, how. However, credit institutions will be subject to the reporting obligation under Article 15(2) when they sell any existing loan after the date the obligations under the Directive begin to apply.

In addition to clarifying these issues in the Draft ITS we recommend interpretive guidance be issued by the EBA and or the joint Committee of the ESA's.

I and Members of the Committee would be delighted to meet you to discuss the issues raised in this letter. Please do not hesitate to contact me should you wish to arrange a meeting or if you have any questions.

Yours faithfully,



Brian Gray
FMLC Chief Executive¹

¹ FMLC acknowledges the assistance of Andrew Bryan of Clifford Chance LLP, Sanjev Warna-kula-suriya of Latham & Watkins LLP, the Loan Market Association and the International Capital Market Services Association in writing this letter.

Financial Markets Law Committee

Working Group²

Andrew Bryan

Peter Englund

Tom Falkus

David Ferris

George Gooderham

Fiona McCrindle

Jason Richardson

Nicholas Voisey

Sanjev Warna-Kula-Suriya

Clifford Chance LLP

Katten Muchin Rosenman UK LLP

White & Case LLP

Dentons UK and Middle East LLP

Linklaters LLP

Allen & Overy LLP

Reed Smith LLP

Loan Market Association

Latham & Watkins LLP

Brian Gray

FMLC Chief Executive

² Note that Members act in a purely personal capacity. The names of the institutions that they ordinarily represent are given for information purposes only.

BIJLAGE 2

14 June 2023

John Berrigan
Director General
Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and
Capital Markets Union
European Commission
Rue de la Loi / Wetstraat 200
1049 Brussels Belgium

cc:

Commissioner Mairead McGuinness
Directorate-General for Financial Stability, Financial Services and
Capital Markets Union

José Manuel Campa
Chairperson
European Banking Authority

Dear Mr Berrigan

**Directive on credit servicers and credit purchasers:
EBA final report on draft ITS on NPL transaction data templates**

Thank you for your letter of 15 May 2023 responding to our letter of 12 January 2023 commenting on the December 2022 final report of the European Banking Authority (EBA) on draft ITS on data templates for transactions in non-performing loans (NPLs) and seeking guidance from the Commission and the EBA on additional issues relating to the Directive on credit servicers and credit purchasers that fall outside the scope of the ITS. I attach a copy of our previous letter for your ease of reference.

1. Alignment between the scope of the ITS and the Directive

We welcome the confirmation in your letter that the scope of the ITS must be aligned with the scope of the Directive.

However, sections 2 and 3 of Annex II to our previous letter requested guidance on additional issues relating to the Directive including confirmation that:

- the disclosure obligation under Article 15(1) and the obligation to report sales to regulators under Article 15(2) of the Directive do not apply to sales of NPLs to which the ITS do not apply;
- where non-bank entities buy or take a transfer of loans in circumstances in which the ITS do not apply to the selling bank:

- the non-bank entities are not "credit purchasers" subject to the obligations that apply to credit purchasers under the Directive in relation to those loans; and
- entities performing credit servicing activities for the buyers are not "credit servicers" subject to the obligations that apply to credit servicers under the Directive in relation to those loans.

It appears from your letter that the Commission may agree with these conclusions on the basis that the scope of the ITS and the Directive are aligned. However, we consider that it would be helpful if the Commission or the EBA make clear that the disclosure and reporting obligations referred to above will not apply in relation to sales of loans where the ITS do not apply and that the obligations of credit purchasers and servicers under the Directive do not apply in relation to entities that are purchasers of such loans or that perform credit servicing activities in relation to such loans.

2. Treatment of syndicated loans, large corporate loans, loans acquired from third parties and loans to third country borrowers

Your letter states that the key argument in our previous letter is that certain categories of loans, i.e., syndicated loans and large corporate loans, loans acquired from non-bank third parties, and loans to third country borrowers should be excluded from the scope of the ITS and also from the scope of the Directive. Your letter also refers to the proportionality model introduced in the final draft ITS, allowing all data fields to be treated as "non-mandatory" when selling or transferring NPLs related to syndicated and large corporate single-name transactions and NPLs acquired from non-banks and states that this "effectively makes the use of the templates non-mandatory."

(a) Scope of the Directive

Our previous letter did not argue that syndicated loans and large corporate loans are excluded from the scope of the Directive and thus should be excluded from the scope of the ITS (see section 4 of our previous letter).

Our previous letter did argue that a better interpretation of the Directive is that the selling bank obligations under the Directive do not apply to sales of loans to third country borrowers or loans acquired from third parties, whether the third party is a bank or non-bank entity (for the reasons set out in sections 5 and 6 of our previous letter). We understand from your letter that the Commission does not interpret the Directive in this way but that these issues may be addressed as part of the review of the Directive in three years' time (which of course would be too late to be of any assistance to our members when implementing the obligations under the Directive from the end of this year).

(b) Proportionality

We understand that the final draft ITS sought to introduce an element of proportionality by providing limited derogations from the requirements of the ITS in relation to sales of syndicated loans (but not large non-syndicated corporate loans as such), loans to third country borrowers, intragroup transactions and loans acquired from non-bank third parties (but not loans acquired from banks) (Article 5(4)(b) to (e) of the final draft ITS). These limited derogations allow the selling bank to treat all the data fields as "non-mandatory" in such cases.

However, as we discussed in section 4 of our previous letter, there appears to be a risk that the final draft ITS still impose disproportionate obligations on selling banks, even where the limited derogations in Article 5(4) apply. Article 5(3) of the final draft ITS requires a selling bank to "make reasonable efforts to provide information" for the data fields that are not mandatory. Therefore, it appears that EU banks selling NPLs in circumstances covered by the limited derogations in Article 5(4) may still be required to take steps to identify whether the information by all the fields in the templates is available to them and whether it can be provided to the purchaser or transferee without unreasonable effort. This may still require investment in new systems to manage this obligation and may potentially require the disclosure to purchasers of syndicated loans or other loans covered by the limited derogations of information which is inconsistent with market practice (and of no value to the purchaser or transferee, especially in the case of intragroup transactions). EU banks may be concerned that a failure to comply with this obligation to make reasonable efforts could expose them to the risk of administrative penalties for failing to provide the information required by the ITS in accordance with the Directive.

As we proposed in sections 4 to 6 of our previous letter, the final ITS should address these concerns by making it clear that the use of the templates is indeed non-mandatory where the derogations apply (preferably) by making clear there is no obligation on selling banks to provide (or to use reasonable or other efforts to provide) information for non-mandatory data fields, including data fields that are treated as non-mandatory in relation to sales or transfers of NPLs by virtue of the derogations in Article 5(4) of the final draft ITS.

3. Treatment of portfolio sales

Your letter also suggests that the limited derogations in Article 5(4) of the final draft ITS apply to sales or transfers of NPLs related to "large corporate single-name transactions". We assume that this is a reference to Article 5(4)(a) of the final draft ITS which extends the limited derogations to sales or transfers of a single NPL and NPLs towards a single borrower (regardless of the size of the transaction). However, as we discuss in section 3 of our previous letter, this provision is inconsistent with Article 2(1) of the final draft ITS which states that the ITS only apply to sales of portfolios of NPLs (which would appear to mean that Article 5(4)(a) is redundant).

We consider that the final draft ITS should make clear that the ITS do not apply to sales of single NPLs, NPLs to a single borrower or NPLs under a single credit agreement on the basis that the Directive only applies to sales of portfolios of NPLs and these transactions cannot be considered to involve the sale of a portfolio. For example, the sale of an NPL or NPLs to multiple borrowers under a single credit agreement would usually be considered to be the sale of a single credit not a portfolio. In many cases, the borrowers would be jointly and severally liable or co-guarantors for one another, especially where they are members of a single group of companies.

4. Other issues

Our previous letter raised other issues about the final draft ITS that we still consider should be addressed in the final ITS. These include issues relating to the application of the ITS to complex transactions, the content of the templates, sanctions and liability and the timing of entry into force of the ITS (see sections 7 to 10 of our previous letter).

Our previous letter also asked the Commission or the EBA to provide guidance on additional issues relating to the Directive falling outside the scope of the ITS. We still consider that the Commission or the EBA should give guidance regarding the application of obligations of credit purchasers and credit servicers to existing loans, the application of the obligations of servicers to facility agents and security agents, the application of the obligations of credit purchasers to non-EU banks and the application of the Directive to NPLs that subsequently cease to be non-performing (see sections 4 to 7 of Annex II to our previous letter).

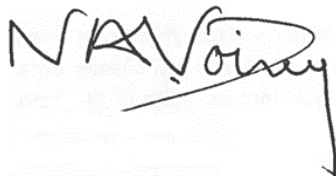
5. Conclusion

The Directive requires Member States to apply their implementing national measures to market participants from 30 December 2023. This deadline is now less than seven months away. Our members face significant challenges in preparing for the implementation of the Directive given the uncertainty as to the final form of the ITS and the lack of legal certainty as to how the Directive should be applied.

The early adoption of final ITS and the provision of guidance addressing the concerns raised in our previous letter would help our members overcome these challenges and successfully prepare for the implementation deadline.

We would welcome an opportunity to discuss the proposals in this letter. Please contact Nicholas Voisey at the LMA (nicholas.voisey@lma.eu.com) if you or your colleagues would like to arrange a meeting or call.

Yours sincerely,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'N Voisey', with a long horizontal stroke extending to the right and a vertical line ending in a small hook.

Nicholas Voisey
Managing Director