

BEAMA AIFMD FAQ – Partie II

Attention : ce Q&A fait suite à plusieurs questions concrètes que les membres de notre Association nous ont soumises. Sur base de ses différents contacts, BEAMA y a tenté de répondre au mieux.

Les réponses ci-dessous ne constituent pas un conseil juridique et n’engagent pas BEAMA.
Toute question ou remarque quant à ce document peut être envoyée à ag@febelfin.be

A. Dossier d’agrément

1. Pour les AIFM existants, un dossier d’agrément devra être déposé auprès de la FSMA pour le 22 juillet 2014 au plus tard. Quelles sont les modalités de transmission pour le dossier d’agrément ?

Du fait du retard dans la transposition, la FSMA avait largement insisté, lors de la période précédant la publication de la loi, sur l’introduction d’un pré-dossier d’agrément auprès de ses services.

Maintenant que la loi est entrée en vigueur, il est obligatoire pour les gestionnaires tombant dans le champ d’application de la directive d’introduire dès à présent un dossier d’agrément officiel.

A ce sujet, la FSMA ne prévoit pas de ‘template’ spécifique pour le dossier d’agrément. Il est par contre possible d’utiliser le Mémoire relatif à l’obtention d’un agrément par une société de gestion de portefeuille et de conseil en investissement de droit belge en tant que fil rouge pour ce dossier d’agrément. Ce document est disponible via le lien suivant :

http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/memorandum/fr/2013-06-18_memorandum.ashx

De plus, l’annexe au Q&A de la FSMA relatif à l’entrée en vigueur de la loi OPCA (disponible via http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/circ/fr/2014/fsma_2014_03-1.ashx) indique les différents éléments que doit contenir ce dossier d’agrément.

Dans la loi OPCA, les conditions d’agrément sont reprises dans le chapitre II du titre 1^{er} du livre 1^{er} de la partie II (articles 11 et suivants).

B. Période transitoire

2. Quid de la réglementation « produit » contenue dans la future loi AIFM ? A la lecture conjointe des questions 3 et 7 du Q&A de la FSMA relatif à la période transitoire de

l'AIFMD, il semble ressortir que les OPCA existants devront être en conformité avec cette loi dès son entrée en vigueur. Cette interprétation très stricte est-elle correcte ?

Ceci aurait pour conséquence, si la future loi AIFM entrait en vigueur le jour de sa publication au Moniteur Belge (comme ce fut le cas pour UCITS IV avec la loi du 3 août 2012), il n'y aurait aucune période transitoire au cours de laquelle les OPCA existants disposeraient du temps nécessaire pour se conformer à la nouvelle loi AIFM.

Ou au contraire ces OPCA disposeront-ils d'une période transitoire s'étendant jusqu'au 22 juillet 2014 afin de se mettre en conformité, ce indépendamment du moment où le gestionnaire obtiendra son agrément en tant qu'AIFM ? En d'autres mots, les volets « gestionnaires » et « OPCA » pourraient-ils être traités séparément dans le cadre de la demande d'agrément ?

Finalement, existe-t-il une différence de traitement durant la période transitoire entre OPCA du fait de leur forme légale (SICAV ou FCP) ?

En effet, il est correct que dès la publication de la loi AIFM au Moniteur Belge, les articles régissant les OPCA ayant opté pour un régime spécifique de droit belge (OPCA publics, PRICAF, SICAFI) ont cessé d'exister et ont été remplacés par les nouvelles dispositions auxquelles les OPCA doivent immédiatement se conformer.

Cependant, la FSMA semble d'avis que la mise en conformité des OPCA publics avec les règles « produit » demeure plus formelle étant donné que la loi AIFM les conserve telles que dans la loi du 3/08/2012 (ce à l'exception des règles relatives au dépositaire et aux informations à l'investisseur).

Il sera possible de traiter de façon séparée les volets « produit » et « gestionnaire ».

Il n'y a pas de différence de traitement entre SICAV et FCP pour la période transitoire.

C. *Scope du passeport, substance et enregistrement*

3. Comment la commercialisation des SICAV institutionnelles non publiques¹ dans les autres Etats Membres va-t-elle se dérouler étant donné que celles-ci ne sont pas inscrites sur une liste de la FSMA mais bien auprès du SPF Finance ?

Dans le cas d'un gestionnaire d'OPCA pleinement autorisé (donc après dépôt et approbation du dossier d'agrément), ce sera la FSMA (autorité de contrôle au niveau du gestionnaire) qui effectuera la notification du gestionnaire de ces OPCA (ou de l'OPCA lui-même dans le cas d'une SICAV institutionnelle autogérée) auprès des autorités de contrôle des autres Etats Membres.

¹ C.-à-d. comptant uniquement des actionnaires éligibles au sens de l'AR du 26/09/2013.

Cette réponse n'est cependant pas valable dans le cas de SICAV institutionnelles qui ne sont pas des OPCA ni dans le cas de gestionnaire faisant usage du régime 'de minimis' de notification à la FSMA et qui n'ont pas procédé à l'opt-in pour le régime complet.

- 4. La question de la prestation des services auxiliaires au sens de MiFID (définis par l'article 6(4) de la Directive) est un sujet qui pose encore de nombreuses interrogations. La possibilité, pour un AIFM, d'exercer ces services sur une base transfrontalière est capitale étant donné que la licence AIFM n'est pas compatible avec la licence MiFID. Plusieurs Etats Membres ont déjà confirmé leur intention d'autoriser leurs AIFM à prêter les services MiFID à l'étranger étant donné qu'il semble maintenant acquis que cette absence de passeportabilité résulte d'un oubli du législateur. Quelle sera la position en Belgique quant à ceci ?**

Comment le service particulier « Reception and Transmission of Orders » (Voir Art. 6(4) b iii) Directive 2011/61/UE) s'articulera-t-il avec la licence UCITS pour les sociétés qui auront opté pour la double licence AIFM – UCITS ?

La Belgique permet aux AIFM d'exercer toutes les activités au sens de l'article 6(4) de la Directive et notifiera le cas échéant ces activités aux autorités compétentes des autres Etats Membres. Cependant, étant donné que la correction du texte de la Directive AIFM n'a pas encore été effectuée, il n'est pas garanti que ces Etats Membres acceptent cette notification. La Belgique accepte la notification de la prestation sur son territoire des services MiFID par des AIFM d'autres Etats Membres.

Concernant l'articulation des services MiFID pour les gestionnaires disposant du double agrément UCITS-AIFM, ceux-ci peuvent cumuler les activités pour lesquels ils ont reçu une autorisation en vertu de leur agrément selon ces directives. Un AIFM peut donc également en principe prêter le service de RTO pour des parts de fonds UCITS.

- 5. Un OPCA non-autogéré peut-il nommer un gestionnaire d'un autre Etat membre de l'EEE ?**

Un OPCA, qu'il soit FCP ou Société d'investissement peut désigner un AIFM de droit étranger. Cependant, si cet OPCA est public, il sera nécessaire que le gestionnaire agisse par le biais de sa succursale belge (voir article 2012 de la loi OPCA pour les FCP et article 209, 3° pour les Sociétés d'investissement).

6. Quelles sont les exigences en matière de substantialité pour les OPCA autogérés ?

La substantialité pour ces véhicules est à apprécier selon l'article 82 du règlement 231/2013. La FSMA n'a pas encore de position définitive quant aux critères qu'elle appliquera à ce sujet mais pourrait éventuellement publier une circulaire à ce sujet.

7. Il semblerait qu'il ne soit plus possible pour les administrateurs des OPCA/UCITS et des sociétés d'investissement publics d'exercer en tant que personne morale, les administrateurs devant être des personnes physiques. Est-ce correct ?

En effet, ceci est correct. L'article 141 de la loi du 25/04/2014 portant des dispositions diverses a modifié l'article 39 de la loi du 03/08/2012 relative aux OPCVM de la façon suivante :

« L'article 39 de la même loi est remplacé par ce qui suit: "Art. 39. § 1er. Les membres de l'organe légal d'administration des sociétés d'investissement, les personnes chargées de la direction effective et les responsables des fonctions de contrôle indépendantes, sont exclusivement des personnes physiques. [...] »

Pour la société de gestion c'est l'article 148 de ce même projet de loi qui modifie l'article 199 de la loi du 03/08/2012 dans le même sens.

Concernant les OPCA publics, l'article 206 reprend la même formulation pour l'agrément des sociétés d'investissement et l'article 317 pour l'agrément des sociétés de gestion.

D. Transparence

8. En partant de ce qui était requis dans le cadre de la loi du 3 août 2012, quelles sont les exigences supplémentaires pour satisfaire aux obligations de transparence au sens des articles 22, 23 et autres de la Directive AIFM ?

Dans quelle mesure sera-t-il possible de référer dans les prospectus à un site Internet pour communiquer les informations requises ?

L'adaptation quant aux exigences de transparence envers les investisseurs sera plus ardue pour les OPCA non publics étant donné qu'ils n'étaient pas soumis à un tel niveau d'exigences. Pour les OPCA publics, l'adaptation devrait se faire relativement à la marge. Quelques-uns des points nécessitant une attention particulière sont les suivants :

- Indicateurs clés de performance, financiers et non financiers (art. 105(3))
- Présentation des changements substantiels intervenus dans les informations visées à l'article 23 de la directive (ainsi que 22(2) de la directive et 105 du règlement délégué de la Commission).

- Rémunération (art. 22(2) e) et f) et art. 107 règlement délégué).

L'article 23 n'impose pas que toutes les informations requises soient communiquées dans le rapport annuel, il existe une certaine flexibilité quant à la fourniture de ces informations. Le rapport annuel peut faire des références à un site Internet mais doit cependant demeurer compréhensible en un seul document. La FSMA demandera cependant un minimum de centralisation entre ces différentes informations.

E. Reporting

9. Quelle sera la date du premier « round » de reporting ?

A ce sujet, on se référera aux sections VI et VII des orientations de l'ESMA « Guidelines on reporting obligations under Articles 3(3)(d) and 24(1), (2) and (4) of the AIFMD (revised) »

Le reporting doit débuter le premier jour du trimestre suivant l'agrément en tant que gestionnaire d'OPCA. De par ce fait et étant donné que les dossiers d'agrément des gestionnaires existants ont été déposés pour le 22 juillet 2014 au plus tard, le premier tour de reporting portera sur Q4 2014 et sera à déposer à la FSMA pour le 31 janvier 2015 au plus tard (15 février en cas de fonds en fonds) et ce quelle que soit la fréquence de reporting exigée (trimestrielle, semestrielle ou annuelle). La seconde période de reporting portera sur Q1 2015, Q1 et Q2 2015 ou Q1 à Q4 2015 selon cette même fréquence.

10. Par rapport à ce reporting, quel type de protocole IT² à utiliser sera-t-il et à quelle autorité les rapports produits devront être destinés ?

De plus, il ne nous semble pas encore clair s'il faudra rapporter concernant l'ensemble des AIF que le gestionnaire gère ou uniquement pour les AIF belges. Dans le cas d'un gestionnaire gérant des AIF de droit étranger, une partie du reporting devra-t-elle également se faire à destinations des autorités de contrôle d'autres Etats Membres ?

Le reporting est basé sur le protocole xml développé par ESMA et doit être adressé directement à la FSMA par le biais de la plateforme « FIMIS » qui transmet ces informations à la BNB et fait exécuter les éventuelles recommandations de la BNB. Une circulaire à ce sujet est en préparation par la FSMA.

Un gestionnaire belge d'OPCA devra rapporter pour tous les OPCA qu'ils gèrent donc aussi bien de droit belge que de droit étranger. Ce sans préjudice des éventuelles obligations supplémentaires en matière de reporting envers les autorités nationales compétentes (par exemple, en Belgique, les

² BEAMA imagine que les templates au format xml développé par l'ESMA pourront être utilisés dans ce cadre.

OPC publics mêmes gérés par la succursale belge d'un AIFM de droit étranger doivent transmettre un reporting spécifique).

Pour plus d'information concernant le reporting AIFM envers la FSMA, on se référera à la circulaire FSMA concernant les obligations des gestionnaires d'organismes de placement collectif alternatifs en matière de comptes rendus à l'égard de la FSMA disponible via le lien suivant :

http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/circ/fr/2014/fsma_2014_09.ashx

11. Au point 42 de la page 26 des orientations de l'ESMA concernant les obligations de reporting au sens des articles 3 et 24 de l'AIFMD, on lit « The inception date of the AIF is defined as the date the AIF started business ». Ceci peut être sujet à interprétation.

Quand se situe précisément cette « inception date » ?

-Au début de la période de souscription initiale ?

-A la fin de la période de souscription initiale ?

-Au premier calcul de VNI ?

-A une autre date ?

Autrement formulé : quand considère-t-on que l'OPCA a débuté ses activités ?

ESMA a répondu à cette question dans sa question 12 du Q&A relatif à l'application de l'AIFMD disponible via le lien suivant : http://www.esma.europa.eu/system/files/2014-esma-296_ga_on_aifmd_march_update_for_publication_clean.pdf

F. Dépositaire

12. Concernant le contenu du contrat OPCA-dépositaire, sera-t-il possible de se limiter aux clauses essentielles quant aux obligations des parties et de référer à un « SLA³ » pour les procédures plus opérationnelles? Quelles seraient les points d'attention dans un tel accord ?

A propos du reporting que le dépositaire doit effectuer envers le gestionnaire AIFM dans le cadre de ses obligations, la FSMA s'attend-elle à des templates particuliers ? Pourrait-on imaginer que la FSMA rédige une circulaire à ce sujet ?

Oui, il sera possible de se référer à un SLA pour les procédures opérationnelles. Il sera cependant nécessaire de veiller au caractère juridiquement contraignant de ce SLA.

Actuellement, la FSMA ne prévoit pas de prendre position à ce sujet dans une éventuelle circulaire.

13. La Directive 2011/61/UE introduit une obligation stricte de séparation des actifs des AIF par rapport aux autres actifs dans les comptes du dépositaire. Cette obligation de

³ Service Level Agreement

ségrégation des actifs de chaque client existe déjà dans la Circulaire PPB-2007-7-CPB aux établissements de crédit, sociétés de bourse, organismes de liquidation et organismes assimilés à des organismes de liquidation. Cette circulaire découle directement des règles MiFID.

Les OPCA étant des clients professionnels du dépositaire, en partant de cette circulaire, quelles sont les obligations supplémentaires pour un dépositaire afin d'être en conformité avec ses obligations au sens de la Directive AIFM ?

Comment cette obligation de ségrégation devra-t-elle être appliquée au sein de la chaîne de sous-délégation ? BEAMA comprend que les actifs détenus par un sous-dépositaire doivent être séparés en trois « masses » :

- Les propres actifs du dépositaire.**
 - Les actifs en dépôt pour les clients AIF.**
 - Les actifs des autres clients du dépositaire (parmi lesquels des fonds UCITS).**
- Cette interprétation est-elle correcte ?**

Oui la séparation en trois masses au sein de la chaîne de sous-dépositaire est correcte, les actifs doivent être séparés par client au niveau du dépositaire.

14. Certains membres ont rapporté à notre association que certains CSD/SSS se livreraient à des communications à caractère plutôt publicitaires mettant en avant le fait que le dépôt des titres auprès de ces acteurs « libérerait » la banque dépositaire de son obligation de restitution en cas de perte des instruments financiers. Ces communications se produiraient dans le contexte de titres obligataires. De l'avis de la FSMA, quel est le crédit à apporter à de tels messages ? Nous sommes d'avis que la perte des titres par un CSD résulte d'un événement extérieur échappant au contrôle raisonnable du dépositaire et dont les conséquences auraient été inévitables malgré tous les efforts raisonnables déployés pour l'éviter. Etes-vous d'accord avec cette présomption ?

Non, cette interprétation est incorrecte. Le fait que les titres soient en dépôt auprès d'un CSD même si celui-ci est CSD émetteur (et c'est uniquement dans ce cas que le CSD n'est pas délégataire et que l'événement peut être considéré comme extérieur) ne suffit pas pour libérer le dépositaire de ses obligations. En effet, en cas de faillite du CSD, le dépositaire doit encore démontrer qu'il a pris des mesures pour éviter les conséquences de cette faillite et qu'elle échappe à son contrôle raisonnable (voir article 101 règlement 231/2013 pour juger de ces critères).

Pour plus de détails quant à cette question, on se référera également aux questions 22 et 23 de la partie I du Q&A BEAMA quant à l'AIFMD.

BEAMA recommande la plus grande prudence quant à ce cas. En effet, le cas de la responsabilité en cas de perte d'instruments en dépôt auprès d'un CSD ou d'un délégataire n'a pas encore été testé

devant les tribunaux. C'est uniquement à ce moment qu'il sera possible de mieux interpréter l'article 21(11).

- 15. Quel est, pour la banque dépositaire, le statut des titres qui font l'objet de prêt dans le cadre d'opération de « securities lending » pour le compte de l'OPCA ? Quid en cas de perte de ces titres ?**
Quel est également le statut des actifs donnés ou reçus par l'OPCA à titre de collatéral ? Ces actifs sont-ils à considérer comme en dépôt (au sens de l'Art. 21(8) a) de 2011/61/UE) ou comme autres actifs (au sens de l'Art. 21(8) b) de 2011/61/UE) ?

BEAMA a répondu à cette question dans son Q&A dépositaire : question 14.

- 16. L'article 83(1) o) du Règlement Délégué de la Commission prévoit que le contrat avec le dépositaire décrive le détail des procédures d'intervention par paliers. Comment concrètement cette procédure doit-elle se dérouler, la FSMA a-t-elle l'intention de proposer des « best practices » à ce sujet ?**

La FSMA n'a pour le moment pas l'intention de faire une telle proposition.

- 17. Dans le cadre de ses obligations de suivi des flux de liquidités et de reporting vers le gestionnaire en conséquence, dans quelle mesure le dépositaire peut-il faire appel à des rapports provenant de parties tierces (administrateur de fonds par exemple). Le reporting ne pourrait-il pas être allégé en se fiant au reporting comptable de l'OPCA ? Celui-ci s'effectue en effet en partie double. Quelles seraient les conditions pour justifier le recours à ce reporting existant ?**

La question de la délégation des fonctions de supervision des flux de liquidités peut être délicate à traiter. Il est en effet possible de faire appel au reporting exécuté par l'administrateur mais il est impossible de déléguer la responsabilité de cette tâche à ce même administrateur. Dès lors, il est conseillé que le dépositaire effectue au minimum un contrôle régulier de ce processus.

De manière générale, il est utile de garder à l'esprit qu'en ce qui concerne les OPCA et les sociétés de gestion publiques de droit belge, les tâches d'agent administratif (certaines) et la fonction de dépositaire ne peuvent pas être exercées par la même entité. Cela est confirmé dans la loi du 19/04/2014, article 209 §1 3° d). Il n'en reste pas moins que le dépositaire peut s'appuyer sur les informations récoltées par l'agent administratif dans le cadre des tâches légales exercées par ce dernier. En tout état de cause, le dépositaire garde la responsabilité pleine et entière des missions légales qui lui appartiennent.

18. En cas de perte des autres actifs, le dépositaire n'est pas tenu à restitution sauf en cas de négligence ou de faute intentionnelle du dépositaire (cf. question 19 de la FAQ BEAMA). Ceci est-il correct ?

Correct.

19. Si les comptes d'instruments financiers auprès d'un CSD sont administrés par une autre partie (« operated by model »), l'exception de l'article 21(11) AIFMD pour les services des SSS est elle applicable ? Si les services de Fund Settle ou de Vestima sont utilisés, cette exception est elle applicable ?

Selon les dernières informations dont nous disposons, non, cette interprétation est incorrecte. L'article 21(11) quant à l'exception à la délégation des fonctions de conservation ne s'applique que lorsque le CSD est CSD émetteur (dit aussi CSD principal). Dans le cas de Vestima et Fund-Settle, le CSD agit comme intermédiaire auprès des différents TA des fonds cibles. Etant donné que la conservation d'un instrument auprès d'un CSD n'est pas une délégation des fonctions de conservation, le régime de responsabilité s'applique pleinement.

Néanmoins dans le cas des parts de fonds, il est utile de vérifier au nom de qui le compte est ouvert auprès du TA. Dans le cas du CSD, les parts de fonds sont des actifs à conserver. Dans le cas de l'OPCA ou du gestionnaire agissant au nom de l'OPCA, ces parts sont des autres actifs (uniquement tâches de contrôle de la propriété et d'enregistrement).

BEAMA est au courant que des discussions quant à ce sujet au sein de l'ESMA et il n'est pas exclu que celle-ci prenne ultérieurement position par rapport à cette question.

20. Quels sont les critères pour un CSD pour être considéré comme un SSS pour l'application de l'exception de l'article 21(11) in fine AIFMD ? Quelle serait la pratique en Belgique et quelle serait l'évolution de celle-ci en vue des nouvelles dispositions CSD concernant l'obligation de ségrégation des comptes ?

Comme déjà expliqué cette exception ne s'applique que lorsque le CSD est CSD principal (émetteur). Dans ce cas uniquement le CSD n'est pas considéré comme un délégataire du dépositaire. Ceci ne signifie cependant pas que l'exemption de responsabilité est automatique dans ce cas, cf. question 15.

BEAMA est au courant que plusieurs CSD implémentent des comptes clients ségrégués, cette pratique serait plutôt à recommander.

BEAMA - 30/07/2014