

BEAMA AIFMD FAQ – Deel II

Opgelet: deze Q&A is een antwoord op een aantal concrete vragen vanwege de leden van onze Vereniging. Op basis van diverse contacten heeft BEAMA getracht die vragen zo goed mogelijk te beantwoorden.

De hieronder vermelde antwoorden zijn geen juridisch advies en binden BEAMA niet. Vragen of opmerkingen in verband met dit document kunnen worden toegezonden aan ag@febelfin.be

A. Erkenningsdossier

1. Voor de bestaande AIFM's zal een erkenningsdossier moeten worden ingediend bij de FSMA uiterlijk 22 juli 2014. Hoe moet het erkenningsdossier worden overgemaakt?

Wegens de vertraging in de omzetting had de FSMA tijdens de periode vóór de bekendmaking van de wet sterk aangedrongen op de indiening van een voorafgaand erkenningsdossier bij haar diensten.

Nu de wet in werking is getreden, is het verplicht voor de beheerders die onder de toepassing van de Richtlijn vallen, om vanaf nu een officieel erkenningsdossier in te dienen.

De FSMA heeft geen specifieke 'template' opgesteld voor het erkenningsdossier. Wel kan gebruik worden gemaakt van het Memorandum voor de toekenning van een erkenning aan een vennootschap voor vermogensbeheer en beleggingsadvies naar Belgisch recht als rode draad voor dat erkenningsdossier. Dat document is terug te vinden via de volgende link:

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

In de bijlage bij de Q&A van de FSMA betreffende de inwerkingtreding van de wet op de AICB's (zie http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/circ/nl/2014/fsma_2014_03-1.ashx) staan bovendien de diverse elementen vermeld die in het erkenningsdossier moeten worden opgenomen.

In de wet op de AICB's staan de erkenningsvoorwaarden vermeld in hoofdstuk II van titel 1 van boek 1 in deel II (artikelen 11 en volgende).

B. Overgangperiode

2. Wat met de 'productreglementering' in de toekomstige AIFM-wet? Als vragen 3 en 7 in de Q&A van de FSMA betreffende de overgangperiode van de AIFMD samen worden

gelezen, blijkt hieruit naar voor te komen dat de bestaande AICB's in orde zullen moeten zijn met die wet van bij de inwerkingtreding. Is die erg strikte interpretatie correct? Dit zou immers voor gevolg hebben dat indien de toekomstige AIFM-wet in werking treedt op de dag van de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad (zoals voor UCITS IV met de wet van 3 augustus 2012), er geen overgangperiode zou zijn waarin de bestaande AICB's over de nodige tijd zouden beschikken om zich in regel te stellen met de nieuwe AIFM-wet. Of zullen die AICB's daarentegen een overgangperiode krijgen die loopt tot 22 juli 2014 om zich in regel te stellen, onafgezien van het ogenblik waarop de beheerder als AIFM erkend wordt? Kunnen de aspecten 'beheerders' en 'AICB's' met andere woorden los van elkaar worden behandeld in het kader van de erkenningsaanvraag? Bestaat er tenslotte een verschil in behandeling tijdens de overgangperiode tussen AICB's al naargelang hun rechtsvorm (BEVEK of GBF)?

Het is inderdaad zo dat zodra de AIFM-wet in het Belgisch Staatsblad is verschenen, de artikelen betreffende de AICB's die hebben gekozen voor een specifiek Belgisch rechtstelsel (publieke AICB's, privaks, vastgoedbevaks), ophouden te bestaan en worden vervangen door de nieuwe bepalingen die de AICB's onmiddellijk moeten naleven.

Nochtans is de FSMA blijkbaar van oordeel dat de naleving van de regels betreffende het 'product' door de publieke AICB's formeler is, aangezien die regels in de AIFM-wet behouden blijven zoals in de wet van 3/08/2012 (met uitzondering van de regels betreffende de depositaris en de informatie voor de belegger).

De aspecten 'product' en 'beheerder' zullen afzonderlijk kunnen worden behandeld.

Voor de overgangperiode wordt er geen verschil in behandeling gemaakt tussen een BEVEK en een GBF.

C. Wat behelst het paspoort, de inhoud en de registratie ?

3. **Hoe zal de commercialisering van de niet-publieke institutionele beveks¹ verlopen in de overige lidstaten, aangezien die niet staan ingeschreven op een lijst van de FSMA, maar wel bij de FOD Financiën?**

Gaat het om een beheerder van een volledig erkende AICB (dus na indiening en goedkeuring van het erkenningsdossier), dan zal de FSMA (toezichthouder op het niveau van de beheerder) zich belasten met de kennisgeving van de beheerder van die AICB's (of van de AICB zelf in het geval van een zelfbeheerde institutionele bevek) aan de toezichthouders in de overige lidstaten.

¹ D.w.z..met enkel aandeelhouders die volgens het KB van 26/09/2013 in aanmerking komen.

Dat antwoord is echter niet van toepassing als het gaat om institutionele beveks die geen AICB's zijn, en evenmin als het gaat om een beheerder die gebruik maakte van het 'de minimis' stelsel voor kennisgeving aan de FSMA, en die niet kozen voor een opt-in voor het volledige stelsel.

- 4. De kwestie van het verlenen van bijbehorende diensten in de zin van MiFID (zoals bepaald in artikel 6(4) van de Richtlijn) doet nog veel vragen rijzen. De mogelijkheid voor een AIFM om haar diensten te verrichten op grensoverschrijdende basis is essentieel belangrijk, vermits de AIFM-licentie niet samengaat met de MiFID-licentie.**

Verscheidene lidstaten hebben al bevestigd dat ze hun AIFM de toestemming willen geven om MiFID-diensten in het buitenland aan te bieden, aangezien het nu zo goed als vast staat dat dit gebrek aan 'paspoortregeling' het gevolg is van een vergetelheid van de wetgever. Welk standpunt zal België in dat opzicht innemen?

Hoe zal de bijzondere « Reception and Transmission of Orders » dienst (zie art. 6(4) b) iii), Richtlijn 2011/61/UE) samengaan met de UCITS-licentie voor de vennootschappen die hebben gekozen voor de dubbele AIFM – UCITS-licentie?

In België mogen AIFM's alle activiteiten in de zin van artikel 6(4) van de Richtlijn uitoefenen en ons land zal in voorkomend geval die activiteiten ter kennis brengen van de bevoegde overheid in de overige lidstaten. Aangezien de tekst van de AIFM-Richtlijn nog niet is verbeterd, staat het echter niet vast dat die lidstaten die kennisgeving zullen aanvaarden.

België aanvaardt de kennisgeving van de dienstenverlening op zijn grondgebied als het gaat om MiFID-diensten verstrekt door AIFM's uit andere lidstaten.

Voor de regeling in verband met de MiFID-diensten voor beheerders met een dubbele UCITS-AIFM-erkenning, is het zo dat die beheerders de activiteiten mogen cumuleren waarvoor ze een erkenning hebben gekregen overeenkomstig hun erkenning op basis van die Richtlijnen. Een AIFM mag dus in principe ook de RTO-dienst verstrekken voor deelbewijzen van ICBE's.

- 5. Mag een niet-zelfbeheerde AICB een beheerder uit een andere lidstaat van de EER aanwijzen**

Een AICB, of het nu gaat om een GBF of een beleggingsvennootschap, mag een AIFM naar buitenlands recht aanwijzen. In het geval van een publieke AICB zal het nodig zijn dat de beheerder handelt via zijn Belgisch bijkantoor (zie artikel 2012 van de AICB-wet voor de GBF en artikel 209, 3° voor de beleggingsvennootschappen).

6. Wat zijn de vereisten inzake substantialiteit voor zelfbeheerde AICB's?

De substantialiteit met betrekking tot die vehikels moet worden beoordeeld op basis van artikel 82 van Verordening 231/2013. De FSMA heeft nog geen definitief standpunt bepaald omtrent de criteria die ze op dat gebied zal hanteren, maar zou eventueel een circulaire daarover kunnen publiceren.

7. Blijkbaar is het voor de bestuurders van de ICBA's/ICBE's en van de publieke beleggingsvennootschappen niet meer mogelijk om te handelen als rechtspersoon, vermits de bestuurders natuurlijke personen moeten zijn. Klopt dat?

Dat is inderdaad zo. Bij artikel 141 van de wet van 25/04/2014 houdende diverse bepalingen is een wijziging aangebracht in artikel 39 van de wet van 03/08/2012 betreffende de ICBE's. Die wijziging luidt als volgt:

« Artikel 39 van dezelfde wet wordt vervangen als volgt : “Art. 39. § 1. De leden van het wettelijk bestuursorgaan van de beleggingsvennootschap, de personen belast met de effectieve leiding, en de verantwoordelijken voor de onafhankelijke controlefuncties, zijn uitsluitend natuurlijke personen. [...] »

Voor de beheermaatschappij is het artikel 148 in hetzelfde ontwerp van wet dat voorziet in de wijziging van artikel 199 van de wet van 03/08/2012 in dezelfde zin.

Waar het gaat om de publieke ICBA's, is artikel 206 in dezelfde bewoordingen opgesteld voor de erkenning van de beleggingsvennootschappen en artikel 317 voor de erkenning van de beheermaatschappijen.

D. Transparantie

8. Wat zijn in vergelijking met het bepaalde in de wet van 3 augustus 2012 de aanvullende vereisten om te voldoen aan de transparantieverplichtingen die zijn vastgelegd in artikelen 22, 23 en andere van de AIFM-Richtlijn? In welke mate zal in de prospectussen kunnen worden verwezen naar een website voor de communicatie van de informatie die wordt gevraagd?

De aanpassing op het stuk van de transparantieverplichtingen ten opzichte van de beleggers zal moeilijker zijn voor niet-publieke AICB's, aangezien ze niet aan dergelijke vereisten moesten voldoen. Voor de publieke AICB's zou de aanpassing min of meer in de marge gebeuren. Tot de punten waaraan bijzondere aandacht moet worden besteed, behoren onder meer:

- Financiële en niet-financiële 'key performance indicators' (art. 105(3))

- Overzicht van de ingrijpende veranderingen in de gegevens waarvan sprake is in artikel 23 van de Richtlijn (alook 22(2) van de Richtlijn en 105 van de gedelegeerde Verordening van de Commissie).
- Verloning (art. 22(2) e) en f) en art. 107 van de Gedelegeerde Verordening).

Volgens artikel 23 is het niet verplicht dat alle vereiste gegevens in het jaarverslag worden vermeld; er heerst enige soepelheid met betrekking tot de mededeling van die gegevens. In het jaarverslag mag worden verwezen naar een website, maar het moet wel gaan om één document dat vlot begrijpelijk is. Wel zal de FSMA een minimum aan centralisatie tussen die verschillende gegevens vragen.

E. Rapportering

9. Wanneer valt de eerste ‘rapporteringsronde’?

In dat verband wordt verwezen naar afdelingen VI en VII van de ESMA richtlijnen ‘Guidelines on reporting obligations under Articles 3(3)(d) and 24(1), (2) and (4) of the AIFMD (revised)’.

De rapportering moet ingaan op de eerste dag van het kwartaal dat volgt op de erkenning als AICB-beheerder. Daarom en omdat de dossiers voor de erkenning van de bestaande beheerders uiterlijk 22 juli 2014 werden ingediend, zal de eerste rapporteringsronde betrekking hebben op Q4 2014 en bij de FSMA uiterlijk 31 januari 2015 worden ingediend (15 februari als het gaat om een dakfonds), ongeacht de vereiste rapporteringsfrequentie (driemaandelijks, halfjaarlijks of jaarlijks). De tweede rapporteringsperiode zal slaan op Q1 2015, Q1 en Q2 2015 of Q1 tot Q4 2015 volgens deze zelfde frequentie.

10. Welk type van IT-protocol² zal voor die rapportering moeten worden gebruikt en voor welke overheid zijn de rapporten bestemd?

Bovendien is het volgens ons nog niet duidelijk of zal moeten worden gerapporteerd voor alle AIF’s onder het beheer van de beheerder of enkel voor de Belgische AIF’s. Als het gaat om een beheerder die AIF’s naar buitenlands recht beheert, zal dan een deel van de rapportering ook moeten worden gedaan aan de toezichthouders in andere lidstaten?

De rapportering steunt op het xml-protocol van de ESMA en moet rechtstreeks aan de FSMA worden bezorgd via het ‘FIMIS-platform’, dat die gegevens doorstuurt naar de NBB en ervoor zorgt dat de eventuele aanbevelingen van de NBB in acht worden genomen. De FSMA bereidt een circulaire in dat verband voor.

² BEAMA neemt aan dat de door de ESMA ontworpen templates in xml-formaat zullen mogen worden gebruikt.

Een Belgische beheerder van AICB's zal moeten rapporteren voor alle AICB's onder zijn beheer, dus zowel die naar Belgisch als naar buitenlands recht, onverminderd de eventuele bijkomende verplichtingen inzake de rapportering aan de nationale bevoegde overheid (in België bijvoorbeeld zullen de publieke ICB's, ook al worden ze beheerd door het Belgische bijkantoor van een AIFM naar buitenlands recht, een specifieke rapportering moeten indienen).

Voor meer informatie over de AIFM-rapportering ten opzichte van de FSMA, zal worden verwezen naar de FSMA-circulaire in verband met de verplichtingen van de beheerders van alternatieve instellingen voor collectieve beleggingen inzake verslagen aan de FSMA die beschikbaar zijn via de volgende link: http://www.fsma.be/~media/Files/fsmafiles/circ/nl/2014/fsma_2014_09.ashx

11. Onder punt 42 op pagina 26 van de ESMA-richtlijnen omtrent de rapporteringsverplichtingen waarvan sprake is in artikelen 3 en 24 van de AIFMD, leest men « The inception date of the AIF is defined as the date the AIF started business ». Dat is vatbaar voor interpretatie.

Wanneer valt die 'inception date' precies?

- bij het begin van de periode voor eerste inschrijving?
- op het einde van de periode voor eerste inschrijving?
- bij de eerste berekening van de NIW?
- op een andere datum?

Anders gezegd: wanneer wordt de AICB geacht van start te zijn gegaan met haar werkzaamheden?

ESMA heeft die vraag beantwoord onder vraag 12 in de Q&A over de toepassing van de AIFMD, beschikbaar via de volgende link: http://www.esma.europa.eu/system/files/2014-esma-296_qa_on_aifmd_march_update_for_publication_clean.pdf

F. Depositaris

12. Zal het in verband met het contract tussen de AICB en de depositaris mogelijk zijn om zich te beperken tot de essentiële clausules in verband met de verplichtingen van de partijen en te verwijzen naar een 'SLA'³ voor de meer operationele procedures? Wat zouden de aandachtspunten zijn in een dergelijk akkoord?

Verwacht de FSMA speciale templates voor de rapportering die de depositaris moet bezorgen aan de AIFM-beheerder in het kader van zijn verplichtingen? Bestaat er een kans dat de FSMA een circulaire in dat verband opstelt?

Ja, er zal kunnen worden verwezen naar een SLA voor de operationele procedures. Wel zal ervoor moeten worden gezorgd dat die SLA juridisch afdwingbaar is.

³ Service Level Agreement

Momenteel is de FSMA niet van plan een standpunt terzake in te nemen in een eventuele circulaire.

13. Richtlijn 2011/61/EU bevat een strenge verplichting tot scheiding tussen de activa van de AIF's en de overige activa op de rekeningen van de depositaris. Die verplichte afzondering van de activa van elke klant bestaat al in Circulaire PPB-2007-7-CPB bestemd voor de kredietinstellingen, beursvennootschappen, vereffeninginstellingen en instellingen gelijkgesteld met vereffeninginstellingen. Die circulaire is een rechtstreeks gevolg van de MiFID-regels.

Aangezien de AICB's professionele klanten van de depositaris zijn, vertrekkende van die circulaire, wat zijn de aanvullende verplichtingen voor een depositaris opdat hij kan voldoen aan zijn verplichtingen in de zin van de AIFM-Richtlijn?

Hoe zal die verplichte scheiding moeten worden toegepast in de keten van de onderbewaarneming? BEAMA veronderstelt dat de activa die een onderbewaarnemer in zijn bezit heeft, moeten worden opgesplitst in drie 'delen':

-de eigen activa van de bewaarnemer.

-de activa in bewaarneming voor de AIF-klanten.

-de activa van de overige klanten van de bewaarnemer (onder wie ICBE-fondsen).

Klopt die interpretatie ?

Ja, de opsplitsing in drie delen binnen de keten van de onderbewaarnemer is correct. De activa moeten bij de depositaris worden afgezonderd per klant.

14. Bepaalde leden hebben onze vereniging ervan op de hoogte gebracht dat sommige CSD/SSS mededelingen durven versturen met een publicitaire ondertoon waarin de aandacht wordt gevestigd op het feit dat bewaargeving van effecten bij hen, de bank die als depositaris optreedt 'zou bevrijden' van haar verplichting tot terugstorting in geval van verlies van de financiële instrumenten. Die mededelingen zouden gebeuren in de context van effecten in de vorm van obligaties. Welk geloof moet er volgens de FSMA aan dergelijke berichten worden gehecht? Wij zijn van oordeel dat het verlies van effecten door een CSD te wijten is aan een externe gebeurtenis waarop de depositaris redelijkerwijze geen invloed heeft en waarvan de gevolgen onvermijdelijk zouden zijn geweest, ondanks alle redelijk aanvaardbare inspanningen die werden gedaan om zo iets te voorkomen. Gaat u met die veronderstelling akkoord?

Neen, die interpretatie is foutief. Het feit dat de effecten in bewaring zijn gegeven bij een CSD, ook al gaat om de CSD-emittent (en het is enkel in dat geval dat de CSD geen cessionaris is en dat de gebeurtenis als extern mag worden beschouwd), is niet voldoende om de depositaris van zijn verplichtingen te ontslaan. In geval van faillissement van de CSD, moet de depositaris nog aantonen dat hij maatregelen heeft genomen om de gevolgen van dat faillissement te voorkomen en dat hij

redelijkerwijze daarop geen invloed heeft (zie artikel 101, Verordening 231/2013 voor een beoordeling aan die criteria).

Voor meer details in verband met die vraag wordt eveneens verwezen naar vragen 22 en 23 van deel I van de Q&A BEAMA met betrekking tot de AIFMD.

BEAMA beveelt aan om met betrekking tot dit geval de grootste omzichtigheid in acht te nemen. De rechtbanken hebben nog geen gelegenheid gekregen om zich uit te spreken over een geval van aansprakelijkheid bij verlies van instrumenten in bewaring bij een CSD of een cessionaris. Enkel op dat ogenblik zal het mogelijk zijn artikel 21(11) beter te interpreteren.

- 15. Wat is voor de bank die als bewaarnemer optreedt, het statuut van de effecten die worden geleend in het kader van een 'securities lending' voor rekening van de AICB? Wat in geval van verlies van die effecten?
Wat is eveneens het statuut van de activa die de AICB als onderpand geeft of krijgt?
Moeten die activa worden beschouwd als zijnde in bewaring (volgens art. 21(8) a) van 2011/61/EU) of als andere activa (volgens art. 21(8) b) van 2011/61/EU)?**

BEAMA heeft die vraag beantwoord in haar Q&A over de depositaris: vraag 14.

- 16. In artikel 83(1) o) van de Gedelegeerde Verordening van de Commissie is bepaald dat in de overeenkomst met de depositaris een gedetailleerde beschrijving wordt gegeven van de wijze waarop de trapsgewijze interventie verloopt. Hoe gaat dit concreet in zijn werk en is het de bedoeling van de FSMA om 'best practices' op dat gebied voor te stellen?**

Voorlopig ligt het niet in de bedoeling van de FSMA om met een dergelijk voorstel voor de dag te komen.

- 17. In welke mate kan de depositaris in het kader van zijn verplichtingen tot opvolging van de liquiditeitsstromen en daaropvolgende rapportering aan de beheerder, steunen op rapporten afkomstig van derde partijen (fondsenbeheerder bijvoorbeeld). Kan de rapportering niet worden verlicht door te vertrouwen op de boekhoudingsrapportering van de AICB? Die rapportering is immers een dubbele boekhouding. Onder welke voorwaarden zou een beroep op die bestaande rapportering gerechtvaardigd zijn?**

De vraag van de overdracht van de functies in verband met het toezicht op de liquiditeitsstromen kan delicaat zijn om te behandelen. Het is inderdaad mogelijk om gebruik te maken van de rapportering uitgevoerd door de bestuurder, maar het is onmogelijk om de aansprakelijkheid voor die taak over te dragen aan diezelfde bestuurder. Er wordt dan ook aangeraden dat de depositaris op zijn minst dat proces regelmatig controleert.

In het algemeen is het nuttig voor ogen te houden dat met betrekking tot de AICB's en publieke beheermaatschappijen naar Belgisch recht, (bepaalde) taken van de administratief agent en de functie van depositaris niet door een en dezelfde entiteit mogen worden uitgevoerd. Dat wordt bevestigd in de wet van 19/04/2014, artikel 209 §1 3° d). Dat neemt niet weg dat de depositaris zich mag baseren op de informatie die de administratief agent heeft bijeengebracht in het kader van diens wettelijke taken. Hoe dan ook behoudt de depositaris de volle en volledige aansprakelijkheid voor de wettelijke taken waarmee hij is belast.

18. Wanneer andere activa verloren gaan, is de depositaris niet verplicht tot teruggave, behalve als er sprake is van nalatigheid of moedwillige fout van de depositaris (zie vraag 19 FAQ BEAMA). Is dat juist?

Dit is juist.

19. Is de in artikel 21(11) van de AIFMD bepaalde uitzondering voor de diensten van de SSS van toepassing, als de rekeningen van de financiële instrumenten bij een CSD door een andere partij worden beheerd ('operated by model')? Geldt die uitzondering als gebruik wordt gemaakt van de diensten van Fund Settle of Vestima?

Neen, volgens de meest recente informatie waarover wij beschikken, is dit een verkeerde interpretatie. Artikel 21(11) betreffende de uitzondering op de overdracht van de bewaarnemingsfuncties is van toepassing enkel wanneer de CSD een CSD-emittent is (ook hoofd-CSD genoemd). In het geval van Vestima en Fund-Settle treedt de CSD op als tussenpersoon bij de verschillende TA's van de doelgroepfondsen. Vermits de bewaarneming van een instrument bij een CSD geen overdracht van bewaarnemingsfuncties is, geldt de aansprakelijkheidsregeling ten volle.

Gaat het echter om deelbewijzen van fondsen, dan is het nuttig na te gaan op wiens naam de rekening bij de TA is geopend. In het geval van de CSD zijn de deelbewijzen van de fondsen activa die moeten worden bewaard. In het geval van de AICB of van de beheerder die namens de AICB optreedt, zijn die deelbewijzen overige activa (enkel taken van toezicht op de eigendom en registratie).

BEAMA is ervan op de hoogte dat bij de ESMA besprekingen over dit onderwerp worden gevoerd en het is niet uitgesloten dat de ESMA later een standpunt terzake inneemt.

20. Aan welke criteria moet een CSD voldoen om te worden beschouwd als een SSS voor de toepassing van de uitzondering van artikel 21(11) in fine van de AIFMD? Hoe zou de praktijk eruit zien in België en in welke richting zou die evolueren in het licht van de nieuwe CSD-bepalingen inzake de verplichte afzondering van rekeningen?

Zoals reeds is uiteengezet, is die uitzondering enkel van toepassing wanneer de CSD een hoofd-CSD (emittent) is. Alleen in dat geval wordt de CSD niet beschouwd als een cessionaris van de depositaris. Dat betekent echter niet dat er in dat geval sprake is van een automatische vrijstelling van aansprakelijkheid, zie vraag 15.

BEAMA is ervan op de hoogte dat verscheidene CSD's werken met afzonderlijke klantenrekeningen; die praktijk is aanbevelenswaardig.

BEAMA - 30/07/2014