

28. august 2013

Skal min fond have en depositar?

Indledning

I forbindelse med ikrafttrædelse den 22. juli 2013 af lov om forvaltere af alternative investeringsfonde m.v. ("**FAIF**") har Finanstilsynet ("**FT**") bl.a. udarbejdet vejledning om depositarer for alternative investeringsfonde¹ ("**Vejledningen**"). Denne artikel vil kort gennemgå udvalgte dele af Vejledningen².

Med FAIF (som implementerer EU Direktiv 2011/61/EU ("**Direktivet**")) er alle fonde nu opdelt i 2 kategorier. Enten er investeringsenheden en UCITS, f.eks. investeringsforeninger, SIKAVs og værdipapirfonde, der typisk investerer i likvide aktiver, eller også er investeringsenheden en alternativ investeringsfond ("**AIF**"), f.eks. private equity fonde, der investerer i illikvide aktiver (fast ejendom, unoterede aktier, infrastruktur eller varer som vin eller kunst). FAIF dækker alle mulige investeringsstrategier og juridiske former for AIF og forvaltere af alternative investeringsfonde ("**Forvalteren**"). De fleste medlemmer af DVCA vil i kraft af deres aktiviteter potentielt være en AIF.

Hvad er en depositar?

En depositar er en uafhængig tredjepart som skal varetage AIFs investoreres interesser.

Hvem kan være depositar?

Traditionelt har pengeinstitutter og fondsmæglerselskaber varetaget rollen som depositarer for UCITS. Idet AIF typisk handler med illikvide aktiver, hvor ejendomsretten ikke blot kan sikres ved at opbevare et værdipapir i et depot, har en række af de traditionelle depositarer, så vidt vides, besluttet ikke at tilbyde depositar services til AIFs.

En AIF som 1) har en grundlæggende investeringspolitik, der ikke hovedsagelig er at investere i finansielle instrumenter, der kan opbevares i depot og hvor ingen investorer har ret til at blive indløst i en periode på minimum 5 år efter første investering, eller 2) hovedsagelig investerer i udstedere eller unoterede selskaber med henblik på at opnå bestemmende indflydelse over selskaberne, kan udpege en depositar, som ikke er et pengeinstitut eller et fondsmæglerselskab, jf. FAIF § 46, stk. 3. Dette skyldes, at depositarfunktionerne vil være væsentlig anderledes for en AIF end for en UCITS. De fleste medlemmer af DVCA vil, som private equity fonde uden indløsningsmulighed, have mulighed for at udpege en depositar med godkendelse i henhold til FAIF § 46, stk. 3.

Det er vigtigt at bemærke, at depositaren skal være hjemmehørende i Danmark, hvor AIF har hjemsted i Danmark.

Kravene til godkendelse af en depositar udpeget efter FAIF § 46, stk. 3 er som følger:

1) enheden skal være registreringspligtig for sine professionelle eller erhvervmæssige aktiviteter,

¹ Vejledningen blev offentliggjort den 19. juli 2013

² For god ordens skyld bemærkes det, at Vejledningen vil blive suppleret af praksis, som FT løbende vil offentliggøre på FTs hjemmeside

- 2) enheden skal kunne stille tilstrækkelige finansielle garantier for, at enheden er i stand til effektivt at udfylde de relevante depositarfunktioner og opfylde de krav, der er forbundet med disse funktioner,
- 3) enheden skal kunne stille tilstrækkelige professionelle garantier for, at enheden er i stand til effektivt at udfylde de relevante depositarfunktioner og opfylde de krav, der er forbundet med disse funktioner, og
- 4) enheden skal have en passende ansvarsforsikring med en forsikringssum der anses for passende under hensyn til omfanget af AIFs investeringer.

Skal min fond have en depositar?

Hvis du som Forvalter af en AIF kan svare "ja" til følgende 2 spørgsmål, har du pligt til at sikre, at der udpeges en depositar for hver AIF, som du har under forvaltning:

1. Forvaltes en kollektiv (der er endnu ikke fast krav om antal Limited Partners, men afgørende vil være hvor mange potentielle Limited Partners der markedsføres til) investeringsenhed eller investeringsafdelinger, som (i) rejser kapital fra en række investorer med henblik på at investere den i overensstemmelse med en defineret investeringspolitik til fordel for disse investorer (f.eks. en hedge fond eller en private equity fond) og (ii) ikke er en UCITS?
2. Forvaltes aktiver under administration, der overstiger enten (i) EUR 100 millioner, eller (ii) EUR 500 millioner i særlige tilfælde?

Hvis du som Forvalter kan svare "nej" til et af spørgsmålene ovenfor, skal du højest sandsynligt ikke ansøge om tilladelse hos FT, men alene registreres som Forvalter hos FT.

Det er vigtigt at notere sig, at uanset om du som Forvalter kan svare "nej" til spørgsmål nummer 2 ovenfor, kan det være en god ide at lade sig registrere som AIF, idet man i modsat fald ved fremtidige fundraising, ikke vil kunne markedsføre sine produkter til investorer uden for Danmark.

Såfremt du som Forvalter kan svare "ja" til spørgsmålene ovenfor, skal Forvalteren senest den 22. juli 2014 have indrettet sig i overensstemmelse med FAIF og indsendt en ansøgning om tilladelse til FT, hvor Forvalteren har udpeget en depositar. Forvalteren kan dernæst fortsætte sin virksomhed i Danmark uden tilladelse, indtil FT har truffet afgørelse om ansøgningen.

De fleste ejendomsfonde, buy-out fonde og andre private equity fonde vil i kraft af deres størrelse være direkte omfattet af FAIF. Det vil derimod være de færreste venturekapital fonde som vil være direkte omfattet af FAIF.

Hvilke opgaver skal depositaren varetage?

Depositarens opgaver kan overordnet inddeles i 3 områder:

1. Overvågning af AIFs cash flow
2. Opbevaring af AIFs aktiver
3. Tilsynsfunktion

Ad 1

Depositaren skal afstemme alle cash flow bevægelser for AIF. Afstemningen skal ske dagligt eller efter behov, hvis der kun er få bevægelser. Depositaren skal etablere procedurer internt hos depositaren, der sikrer, at dette sker effektivt og korrekt.

Konstateres der fejl eller uoverensstemmelser, skal depositaren følge op på de foranstaltninger, som AIF foretager i den anledning. Depositaren skal underrette Forvalteren, hvis AIF ikke

afhjælper uregelmæssighederne uden unødigt forsinkelse – og FT, hvis der er tale om fejl eller uoverensstemmelser, der ikke kan afhjælpes.

Derudover påhviler der depositaren en særlig kontrolforpligtelse i forhold til betalinger fra investorerne i forbindelse med tegning af andele og i forhold til kontantbeholdninger i AIF.

Depositaren skal endvidere føre særlig kontrol med, at alle kontanter i AIF bliver bogført korrekt på kontantkonti i pengeinstitutter eller centralbanker.

Ad 2

Finansielle instrumenter der kan opbevares i depot

Depositaren skal bl.a. sikre, at de finansielle instrumenter er korrekt registreret, sikre at konti og registre er adskilte og korrekte, og sikre, at der foretages regelmæssige afstemninger.

Det vil typisk for private equity fonde omhandle aktier som er blevet børsnoteret som forberedelse i AIFs exit.

Andre aktiver

"Andre aktiver" er ikke defineret direkte men vil som oftest være reale aktiver af forskellig karakter, som f.eks. fast ejendom, skove, vindmøller m.v. Det skal særligt fremhæves, at finansielle instrumenter, som kun er registreret i AIFs navn hos en udsteder selv eller hos dennes agent, herunder f.eks. private equity fondes eller venturekapital fondes investeringer i noterede selskaber, skal omfattes af FAIF, der gælder for "andre aktiver".

Da aktiverne i sagens natur ikke opbevares hos depositaren i depot, er det depositarens væsentligste opgaver henholdsvis at verificere og registrere AIFs ejerskab til aktiverne. Dette gælder også for underliggende aktiver, såfremt der er etableret en struktur med holdingselskaber.

Depositaren skal derudover sikre, at det til enhver tid er muligt at fremlægge en fyldestgørende og ajourført opgørelse af AIFs aktiver med angivelse af aktivernes værdi. I den forbindelse påhviler det også depositaren at sørge for, at der hos AIF og Forvalteren er etableret procedurer, så der ikke kan ske overdragelse m.v. af aktiverne uden, at depositaren informeres herom.

Det påhviler endvidere depositaren at sikre, at der er procedurer for situationer, hvor der konstateres uregelmæssigheder, således at det sikres, at der tages hånd herom, herunder sker underretning til Forvalteren og FT eller anden kompetent myndighed, hvis nødvendigt.

Re 3

Depositaren har bl.a. en række konkrete forpligtelser i forbindelse med tilsynsfunktionen.

Forpligtelserne omhandler opgaver i forbindelse med

- 1) tegning og indløsning,
- 2) værdiansættelse af andele,
- 3) den rettidige afvikling af transaktioner, og
- 4) AIFs indtægtsfordeling.

Depositaren har udover de konkrete opgaver nævnt ovenfor en række generelle tilsynsfunktioner.

Her skal særligt fremhæves, at depositaren skal foretage en efterfølgende kontrol af AIFs eller Forvalterens procedurer og processer, og at depositaren skal oprette en procedure hos depositaren, der sikrer, at der tages hånd om konstaterede uregelmæssigheder og at oplysninger herom skal stilles til rådighed for de kompetente myndigheder for Forvalteren.

Derudover er det en del af depositarens tilsynsfunktion at kontrollere, at såvel AIF som Forvalteren overholder gældende lovgivning og vedtægter eller fondsbestemmelser, herunder særligt AIFs overholdelse af investeringsbegrænsning og gearingslofter fastsat i udbudsdokumenter. Der gælder et proportionalitetsprincip, idet depositarens forpligtelser skal stå i et rimeligt forhold til arten, omfanget og kompleksiteten af AIF.

Depositarens ansvar og risiko

Depositaren er som udgangspunkt ansvarlig over for AIF eller AIFs investorer for eventuelle tab, som AIF eller investorerne lider som følge af depositarens misligholdelse af sine forpligtelser.

FAIF sondrer mellem tab af finansielle instrumenter opbevaret i depot og øvrige tab.

Ansvar er skærpet for så vidt angår finansielle instrumenter opbevaret i depot, idet depositaren er ansvarlig for tab af finansielle instrumenter opbevaret i depot, som er forårsaget af depositaren eller tredjemand, som depositaren har delegeret opbevaringsopgaven til. Depositaren er kun fri for ansvaret i særlige tilfælde.

For øvrige tab gælder, at depositaren er ansvarlig for ethvert andet tab end tab af finansielle instrumenter, som AIF eller dennes investorer lider som følge af depositarens forsætlige eller uagtsomme misligholdelse af forpligtelserne efter FAIF.

*

CorpNordic Denmark A/S har i juli 2013 indgivet ansøgning til Finanstilsynet om at blive godkendt som depositar i henhold til FAIF § 46, stk. 3. CorpNordic koncernen tilbyder depositar services i henholdsvis Danmark, Finland, Norge og Sverige³. CorpNordic er så vidt vides pt. den eneste udbyder af depositar services til AIF.

Yderligere information om CorpNordic koncernens depositar services og/eller Vejledningen kan fås ved henvendelse til:

Joo Runge
Director

CorpNordic Denmark A/S
Harbour House
Sundkrogsgade 21
DK - 2100 Copenhagen
Denmark

Phone: +45 3318 9000
Direct phone: +45 3318 9016
Fax: +45 3318 9001
E-mail: j.runge@corpnordic.com
Web: www.corpnordic.com



Indholdet i denne artikel er udelukkende ment som generel information og service og kan ikke betragtes som rådgivning eller træde i stedet for rådgivning. CorpNordic Denmark A/S eller andre selskaber i CorpNordic koncernen kan ikke holdes ansvarlig for indholdet i denne artikel eller for læserens dispositioner på baggrund heraf.

³ Depositar services tilbydes med forbehold for godkendelse af CorpNordic som depositar i henholdsvis Danmark, Finland, Norge og Sverige