

Finansdepartementet  
Postboks 8008 Dep  
0030 Oslo

Per e-post til [postmottak@fin.dep.no](mailto:postmottak@fin.dep.no)

Oslo, 17. juni 2013  
Deres ref.: 11/4699 CNO

## Høring - forslag til lov om forvaltning av alternative investeringsfond mv

Det vises til Finansdepartementets høringsbrev datert 21.03.2013 hvor det bes om høringsuttalelser til forslag til lov om forvaltning av alternative investeringsfond mv. - utarbeidet av arbeidsgruppe nedsatt av Finanstilsynet og beskrevet i Rapport om gjennomføring av AIFMD i norsk rett, datert 1. mars 2013.

Depotmottakerbankene DNB, Danske Bank, Handelsbanken og J.P. Morgan, har kommentarer til en rekke av de foreslåtte bestemmelsene. Vi vil først og fremst påpeke de nye og omfattende kravene som stilles til depotmottakere. Dette er beskrevet i punkt 1. Tre av depotmottakerbankene mener at depotmottakere for nasjonale fond, i denne omgang, ikke bør omfattes av AIFM-kravene. Dette er beskrevet i punkt 2 nedenfor.

Når det gjelder øvrige kommentarer er disse relatert til implementeringen av direktiv 2011/61/EU (heretter "AIFMD") i lovutkastet og fremkommer i punktene 3 til 14 i notatet. Rekkefølgen på disse er i stigende § -rekkefølge.

Vi har også sett på EU-kommisjonens forordning 231/2013 datert 19. desember 2012 (heretter "Forordningen") som oppstiller detaljerte regler for gjennomføringen av AIFMD (også omtalt som level 2). Forordningen, som forventes å bli implementert "as is", gir svært konkrete retningslinjer bl.a. for hvordan depotmottakerfunksjonen skal utføre sine oppgaver, og vi vil derfor også knytte enkelte kommentarer til denne.

### 1. Konsekvenser av ny regulering for depotmottaker

I arbeidsgruppens rapport kapittel 18, omhandles økonomiske og administrative konsekvenser av gjennomføringen av AIFMD. Konsekvenser for depotmottakere er behandlet i kapittel 18.4 og vurderingen dreier seg i første rekke om en mulig utvidelse av markedet for å tilby tjenester som depotmottaker og en mulig utvidelse av antall aktører som kan tenkes å tilby slike tjenester. Vi er enige i de generelle vurderingene i 18.4. og er positive til at reguleringen åpner for en utvidelse av hvem som kan tenkes å ta på seg depotmottakeroppdrag for enkelte type AIF'er.

Økonomiske og administrative konsekvenser for depotmottaker som følge av AIFMD er ikke omhandlet i arbeidsgruppens rapport. Depotmottakers plikter og ansvar vil i vesentlig grad skjerpes gjennom implementeringen av AIFMD, noe som i enda større grad tydeliggjøres i Forordningen (level 2). Det er vår oppfatning at strengere krav vil medføre økt risiko for depotmottaker, i tillegg til at de økonomiske og administrative konsekvensene vil øke betydelig ved tilpasning til ny regulering.

Våre kommentarer er som følger:

- Depotmottaker pålegges større ansvar og erstatningsplikt i forbindelse med oppbevaring av finansielle instrumenter; herunder
  - umiddelbar erstatning av eventuelt tapte instrumenter
  - bevisbyrde («burden of proof») om depotmottakerbanken mener de ikke er ansvarlige for et eventuelt tap
  - omfattende krav til due diligence-undersøkelser
- Depotmottaker pålegges nye kontrolloppgaver (i tillegg til de som også er regulert gjennom verdipapirfondloven)
  - kontroll av kontantstrømmer og at konti er åpnet hos «kvalifiserte» banker
  - kontrollere at AIF'er er eier av aktiva som ikke kan holdes i depot samt holde et oppdatert register over disse midlene
  - kontroll og avstemning av tegninger/innløsninger med tilhørende betaling

- kontroll av at totalt utstedte andeler samsvarer med andelseierregisteret til forvalter
- Depotmottaker pålegges krav til frekvens og omfang av kontrolloppgavene, bl.a.
  - banktransaksjoner skal sjekkes på daglig basis – eller når de gjennomføres
  - kontroll av andeler/aksjer – med samme frekvens som det gjøres tegninger og innløsninger
  - kontroll av at verdiberegninger gjøres i henhold til gjeldende regelverk og AIFets vedtekter eller stiftelsesdokumenter skal gjøres med en frekvens forenlig med AIFets verdiberegninger. De fleste norske, nasjonale fond har daglige verdiberegninger.

Depotmottakerfunksjonen er i Norge bl.a. regulert gjennom verdipapirfondloven, verdipapirfondforskriften og Finanstilsynets rundskriv 12/2006 av 13. mars 2006 (vi er kjent med at Finanstilsynet, etter implementering av ny verdipapirfondlov per 1.1.2012, arbeider med en revisjon av dette rundskrivet). Depotmottakerbankene har innrettet sin virksomhet etter rundskrivet som bl.a. sier:

«Basert på egne risikovurderingar til eikvar tid må depotmottakar vurdere:

- omfanget av nødvendige kontrollar i samsvar med kompleksiteten og omfanget av forvaltningsveksemda
- frekvens for dei ulike kontrollane»

At depotmottakere for AIFer herunder nasjonale fond pålegges krav om å kontrollere kontantstrømmer og verdiberegninger på daglig basis – eller så ofte det er bevegelse, vil innebære vesentlig større krav til systemer og automatiserte kontroller. I tillegg vil ressursbehovene øke både mht kapasitet og kompetanse hos depotmottakerbankene. Dette vil for de norske depotmottakerbankene og forvaltningsselskapene være en helt ny situasjon og som det vil ta tid å implementere. AIFMD er laget ut fra en europeisk virkelighet med store forvaltningsmiljøer og depotbanker som ofte også er administratorer for fond. Systemer for overvåking er bygget opp gjennom mange år og gjennom rollen som administratorer har depotmottakerbankene en helt annet tilgang til onlineinformasjon fra fondene.

Det vil være stor forskjell på omfanget av kontroller depotmottaker må utføre for et fond som kanskje har verdiberegning en eller to-tre ganger i året i motsetning til nasjonale fond som er åpen for tegning og innløsninger daglig og med tilhørende daglige verdiberegninger.

#### Informasjonsutveksling – krav til systemer

De økte kravene til kontroll vil også få effekt for forvaltningsselskapene som må tilrettelegge for elektronisk overføring av data til depotmottaker. Forvaltningsselskapene i Norge er relativt små og kun de aller største har for eksempel tatt i bruk standardiserte meldingssystemer som f.eks. SWIFT for oversendelse av instruksjoner til/fra banker, meglerforbindelser og eventuelle tredjeparter. I tillegg til nye selskaper som blir underlagt AIFMD vil dette kanskje i størst grad treffe forvaltningsselskaper for nasjonale fond.

#### Kompetanse

AIFMD innebærer krav til en annen type kompetanse hos depotmottaker enn det som per i dag er tilfelle. I dag er kompetansekravene i hovedsak relatert til verdipapirfondregelverket. For å fylle rollen som depotmottaker for et AIF kreves kompetanse bl.a. på selskapsrett relatert til den rettslige reguleringen av AIFene som forvaltes (as, is, ks ol), f.eks. utstedelse av nye aksjer, nedsetting av aksjekapital, utdeling av overskudd mv.

#### Fondenes investeringsunivers

Basert på de kravene som stilles til depotmottakerfunksjonen mht ansvar og erstatning av finansielle instrumenter ved et eventuelt tap, forventer vi at depotmottakerbankene vil frasi seg ansvar for investeringer gjort i land som de ikke anser som «sikre» nok. Dette vil måtte bli nedfelt i avtalen mellom depotmottaker og det enkelte AIF og innebærer i tillegg at AIFet helt spesifikt vil måtte angi de land og instrumenter det er aktuelt å investere i. I praksis vil da dette være styrende for fondenes investeringsunivers.

- De økte kravene til depotmottakerfunksjonen, vil etter vår mening i vesentlig grad øke risikoen ved å ta på seg slike oppdrag, og de vil ha store administrative og økonomiske konsekvenser for depotmottakerbankene.
- Kostnadene vil i større grad enn det som er dagens situasjon, måtte bæres av forvaltningsselskapene.

## **2. Forslag til utsatt ikrafttredelse (av depotmottakeroppgaver) for nasjonale fond**

I lys av de skjerpede kravene som AIFMD innebærer for depotmottakerbankene, er tre av depotmottakerbankene av den oppfatning at det er behov for utsatt ikrafttredelse for nasjonale fond underlagt verdipapirfondloven i Norge. Den siste depotmottakerbanken avstår fra å uttale seg om dette.

Som nevnt over er konsekvensen av de nye kravene at depotmottakere må tilegne seg ny kompetanse, etablere nye systemer og antakelig øke bemanningen. Også forvaltningsselskapene for nasjonale fond vil måtte utvikle systemløsninger for overføring av data på daglig basis til depotmottakerbankene. Alt i alt vil de nye og skjerpede kravene til depotmottakerne innebærer økte kostnader for både depotmottakerbankene og for forvaltningsselskapene for nasjonale fond. Dette vil igjen medføre en unødvendig kostnadsbyrde og forskjellsbehandling for de nasjonale fondene (og for deres andelseiere gjennom økte forvaltningshonorarer) sett i forhold til UCITS-fond.

Formålet med AIFMD er å etablere et harmonisert og strengt regelverk og tilsynsordning for investeringsstrukturer innen EU som ikke tidligere har vært underlagt offentlig regulering og tilsyn.

Norske nasjonale fond er allerede i dag gjennomregulert og underlagt offentlig tilsyn gjennom verdipapirfondloven og faller således utenfor den gruppe av investeringsinnretninger som Direktivet i hovedsak er ment å fange opp. Nasjonale fond er etter verdipapirfondloven pålagt å ha en depotmottaker på lik linje med andre verdipapirfond etablert i henhold til UCITS-direktivet. Norske nasjonale fond har store likhetstrekk med UCITS-fond, både i forhold til struktur, investeringsunivers og plasseringsbegrensninger sett opp mot den store og uensartede gruppen av alternative investeringsinnretninger.

AIFMD er ikke til hinder for at norske myndigheter etablerer eller opprettholder nasjonale regler i tilknytning til AIFer etablert i Norge. Arbeidsgruppen har derfor lagt opp til et tosporet system, hvor forvalteren av nasjonale fond må søke tillatelse etter AIFMD, mens selve fondet fremdeles skal følge reglene i verdipapirfondloven.

At det ikke har vært meningen å pålegge selskaper som i dag er depotmottakere for verdipapirfond strengere krav gjennom AIFMD følger forutsetningsvis av direktivet der definisjonen av AIF er negativt avgrenset til å gjelde kollektive investeringsinnretninger som ikke krever tillatelse i dag (etter UCITS IV), jf. AIFMD artikkel 4 nr 1 bokstav (a) (ii). Videre fremgår det av fortalen i Direktivet (Recital (33)) at det er rom for å avpasse kravene og oppgavene til depotmottaker ut ifra særegenhetene til de ulike AIF innretningene. Det er vår oppfatning at så lenge nasjonale fond har samme struktur og i all hovedsak tilsvarende investeringsunivers og plasseringsbegrensninger som et UCITS-fond, bør kravene til depotmottaker også være tilsvarende som for et UCITS-fond.

Skjerpede krav for depotmottaker for UCITS-fond forventes å bli innført gjennom UCITS V, dog med den forskjell at kravene i UCITS V antas å bli tilpasset verdipapirfond med daglige tegninger og innløsninger og hyppige transaksjoner.

Etter vårt syn er det lite hensiktsmessig å ha ulik regulering for UCITS-fond og nasjonale fond i en periode. Kravene i AIFMD er dessuten tilpasset andre investeringer enn verdipapirfond, eksempelvis eiendomsselskaper, der transaksjonsfrekvens, innløsningsfrekvens etc. er en helt annen.

Dersom det ikke gis utsettelse for de skjerpede kravene som AIFMD innebærer for depotmottakerbankene, vil depotmottakere for nasjonale fond bli pålagt å innrette seg etter nye krav, med mindre de sier fra seg oppdraget, noe som vil være uheldig både av hensyn til fondene og renommémessig for depotmottakerne. Utgangspunktet er således et annet for nasjonale fond enn for AIFer som ikke er regulert, der depotmottakere står fritt til å vurdere om de vil påta seg slike oppdrag.

Det er derfor vår oppfatning at ikrafttredelse av kravene knyttet til depotmottakers oppbevaring og kontroll, bør utsettes for nasjonale fond underlagt verdipapirfondloven inntil UCITS V er vedtatt og trer i kraft.

## **3. Vedr. lovutkastets § 2-5 (3) - Formalia – AIF som rettssubjekt – vedtekter**

I rapporten punkt 5.2.2 omtales hvilke investeringsinnretninger som anses å falle inn under direktivets virkeområde. I den forbindelse uttaler arbeidsgruppen følgende på s. 29:

*“Definisjonen omfatter både nasjonale verdipapirfond og ulike kollektive investeringsstrukturer organisert som aksjeselskap og kommandittselskap. Også andre innretninger kan falle inn under definisjonen av et alternativt investeringsfond.”*

I lovforslaget forutsettes det implisitt at et AIF har vedtekter uten at det stilles særskilte krav til disse. Av direktivet artikkel 23 (1) følger det at informasjon skal gis til investorene i henhold til “AIF rules or instruments of incorporation”. Noen tilsvarende henvisning til AIFets vedtekter er ikke inntatt i lovforslaget § 4-2 første ledd som gjennomfører direktivsbestemmelsen. Videre følger det i direktivet artikkel 7 (3) (c) at forvaltningsselskapet skal oversende fondets vedtekter i søknaden til myndighetene. I lovforslaget § 2-5 tredje ledd vises det bare til § 4-2 uten å presisere at fondets vedtekter skal følge med søknaden.

I aksje- og selskapslovgivningen finnes det krav til et selskaps vedtekter. For nasjonale verdipapirfond finnes kravene i verdipapirfondloven. Ettersom også andre innretninger kan falle inn under definisjonen av et AIF, er det imidlertid vår oppfatning at det bør klargjøres i loven at et AIF skal ha vedtekter, hvilket innhold vedtektene skal ha og at vedtektene skal medfølge søknaden til Finanstilsynet..

#### **4. Vedr. Lovutkastets § 2-5 - Aksept fra depotmottaker i forbindelse med søknad om tillatelse**

##### **a. Søknad om tillatelse for nye selskaper**

I lovforslagets § 2-5(3) Søknad om tillatelse, foreslår arbeidsgruppen følgende:  
«Søknaden skal inneholde informasjon om de alternative investeringsfond som forvalter skal forvalte, herunder informasjon som angitt i § 4-2, om de investeringsstrategier som skal anvendes, depotmottaker for fondene og informasjon om hvor mottakerfondet er etablert dersom fondet er et tilføringsfond.» (vår understreking).

Depotmottakerbankene mener at det ikke er tilstrekkelig at selskapene i søknad om tillatelse, kun informerer om depotmottaker for fondene. Vi er innforstått med at AIFMD regulerer forvaltningsselskapene og ikke fondene som sådan. Imidlertid mener vi at det i søknaden om tillatelse bør vedlegges en bekreftelse fra depotmottaker om at de tar på seg oppdraget som depotmottaker for de respektive fond. I denne forbindelse viser vi til verdipapirfondloven hvor avtale med depotmottaker skal oversendes søknaden om etablering av verdipapirfond (vpfl § 4-1 (2) 2 ).

- Depotmottakerbankene mener at det bør reguleres enten i lov eller forskrift at bekreftelse fra depotmottaker, eventuelt avtale med depotmottaker, vedlegges søknaden om tillatelse.

I den grad dette skal reguleres i forskrift, mener vi det bør inntas en forskriftshjemmel i lovforslaget § 2-5 i tråd med arbeidsgruppens hensikt, jf. rapporten s. 40 der det heter at «Arbeidsgruppen foreslår at det inntas forskriftshjemler som gjør det mulig å innta nærmere regler om søknad om tillatelse. Det vises til utkastet § 2-5.»

##### **b. Søknad om tillatelse for selskaper som allerede har tillatelse etter verdipapirfondloven**

I lovforslagets § 2-5 (1) står følgende: «Forvalter som på tidspunkt for søknaden allerede har tillatelse som forvaltningsselskap etter verdipapirfondloven § 2-1 trenger ikke oppgi opplysninger som er gitt ved søknad om tillatelse etter verdipapirfondloven § 2-2.»

Gitt de økte kravene til depotmottakerfunksjonen for fond regulert under AIFMD, herunder krav til informasjonsutveksling og avtaler mellom partene, mener vi at også for selskaper som har tillatelse etter verdipapirfondloven, skal det i søknaden vedlegges bekreftelse fra depotmottaker, eventuelt kopi av avtale.

#### **5. Vedr. Lovutkastets § 2-8 – Krav til ansvarlig kapital**

##### **a. Krav til kapital**

I arbeidsgruppens notat kapittel 7.4 behandles EØS-retten vedr. startkapital og krav til ansvarlig kapital for AIF-forvaltere. Blant annet gjengis AIFMDs krav til ansvarlig kapital som ikke skal være mindre enn det som kreves i henhold til artikkel 21 i direktiv 2006/49/EF og som er implementert i norsk rett i kapitalkravforskriften § 41-2 første ledd.



Kravet til ansvarlig kapital er implementert i lovforslaget § 2-8 andre ledd. Depotmottakerne er imidlertid av den oppfatning at det ikke fremgår klart av den foreslåtte bestemmelsen at kravet i kapitalkravsforskriften § 41-2 første ledd er et minimumskrav som gjelder i tillegg til de andre kravene. Når det i lovforslaget § 2-8 (2) heter "Forvalter skal ha en ansvarlig kapital som til enhver tid utgjør et beløp (...) eller som svarer til forskrift 14. desember 2006 nr. 1506 (kapitalkravsforskriften) § 41-2." (vår understrekning) får man inntrykk av at forvaltningsselskapet kan velge.

Depotmottakerne mener det beste ville være å innta en presisering av hva kravet innebærer slik man har gjort i verdipapirfondforskriften § 2-2 femte ledd, eller at det fremgår at dette er kumulative vilkår og ikke alternative vilkår. Dette kan løses ved å erstatte ordet "eller" med "og".

#### b. Forvaltningsselskaper som også forvalter UCITS-fond

I rapporten punkt 7.4 omtaler arbeidsgruppen bestemmelsen i AIFMD artikkel 9 (10) om hvilke krav som skal gjelde for forvaltningsselskaper som både forvalter UCITS-fond og AIFer. Vi kan ikke se at en tilsvarende bestemmelse er inntatt i lovforslaget.

### **6. Vedr. Lovutkastets § 3-7 – Uavhengig risikostyringsfunksjon og regulering rundt selskapenes due diligence-undersøkelser**

#### a. Risikostyringsfunksjon adskilt fra forvalterens operative virksomhet

I lovutkastet § 3-7 (1) fastslås det i første setning at Forvalter skal ha en risikostyringsfunksjon som er adskilt fra forvalterens operative virksomhet. Deretter åpnes det for at «Forvalter kan avvike fra kravet om adskillelse dersom dette ut i fra virksomhetens art, omfang og kompleksitet fremstår som urimelig byrdefullt og risikostyringsfunksjonen forblir effektiv.»

Vi stiller spørsmål ved dette da AIFMD etter vår oppfatning ikke åpner for at en AIF-forvalter kan avvike fra kravet om at risikostyringsfunksjonen skal være adskilt fra forvalterens virksomhet. Det samme legger arbeidsgruppen til grunn i rapporten s. 50, men til tross for dette foreslås et unntak fra kravet om atskillelse, tilsvarende det som finnes i verdipapirfondforskriften § 2-12 andre ledd.

Ifølge AIFMDs artikkel 15(5) skal EU-kommisjonen fastsette nærmere regler om bl.a. hvordan risikostyringsfunksjonen funksjonelt og hierarkisk skal være adskilt fra operasjonell virksomhet, herunder porteføljestyling. Slike regler har, som kjent, EU-kommisjonen gitt gjennom Forordningen.

Forordningens artikkel 42 omhandler risikostyringsfunksjonens adskillelse fra operasjonelle enheter og det er listet opp en rekke forhold som alle må være på plass for at adskillelseskravet skal anses oppfylt. Vi viser spesielt til punkt 1b og punkt 2 i artikkel 42.

Vi viser også til Forordningens punkt (53) som slår fast at risikostyringsfunksjonen skal være adskilt fra operasjonell virksomhet og at slik adskillelse skal gjelde oppover til styret («governing body»). Videre at risikostyringsfunksjonen ikke skal utføre noen oppgaver som kan være i konflikt med operasjonell virksomhet og at den heller ikke skal ledes av noen som har ansvar for funksjoner hvor det kan være interessekonflikter.

Depotmottakerbankene anser risikoen hos en forvalter av AIFer å være høyere enn i et selskap som forvalter UCITfond, - både som følge av deres mulige investeringsunivers og at disse selskapene ikke har tradisjon for å være underlagt et tilsvarende regelverk som AIFMD. Vi mener derfor det ikke bør åpnes for å fravike kravet om at risikofunksjonen skal være adskilt fra operasjonell virksomhet, herunder porteføljestyling.

Vi foreslår at

- Lovforslagets § 3-7 (1) andre setning strykes, alternativt at ordlyden endres slik at den reflekterer direktivsteksten.

#### b. Due diligence

I direktivets artikkel 15 (3) stilles det bl.a. krav om at en AIFM minst skal implementere en hensiktsmessig prosedyre for due diligence ved investeringer på vegne av fond. Prosedyren skal være dokumentert, den skal gjennomgås regelmessig og oppdateres ved behov og den skal være i henhold til

AIF'ets investeringsstrategi, målene og risikoprofilen til AIF. Dette er også gjengitt i arbeidsgruppens rapport punkt 8.4.2. Vi kan ikke se at kravene til due diligence er gjennomført i lovforslaget.

I arbeidsgruppens beskrivelse av berørte bransjer, rapportens kapittel 3, er det i omtalen av aktive eierfond referert til at prosessen mot en eventuell investering blant annet består av en due diligence-undersøkelser.

Forordningen beskriver tre varianter av når en due diligence undersøkelse skal gjennomføres:  
Artikkel 18 – i forbindelse med utvelgelse og løpende overvåking av investeringer  
Artikkel 19 - i forbindelse med investeringer av eiendeler med begrenset likviditet  
Artikkel 20 - i forbindelse med utvelgelse og avtaleinngåelse med motparter og prime brokers

Vi mener at due diligence undersøkelser er så sentralt for et AIF at dette bør inntas i lovverket, herunder krav til retningslinjer, prosesser og gjennomføring.

Forslag:

- Lovforslagets § 3-7 utvides med et nytt punkt 3 hvor due diligence kravene reguleres – nåværende punkt 3 blir nytt punkt 4.
- Alternativt at det etableres en ny bestemmelse § 3-8 som omhandler due diligence undersøkelser – og at nåværende § 3-8 og påfølgende nummeres fra § 3-9 og utover.

## **7. Vedr. lovutkastets § 5-3 andre ledd – konti åpnet i forvalterens navn**

Av forslaget § 5-3 andre ledd følger det at alle likvide midler skal være "bokført på kontoer som er åpnet i fondets navn eller i forvalteren eller depotmottakerens navn på vegne av fondet". I den grad kontoer er åpnet i forvalterens navn følger det eksplisitt av direktivet at det er forvalterens navn på vegne av fondet, jf. ordlyden i artikkel 21 (7) "in the name of the AIFM acting on behalf of the AIF". Vi er av den oppfatning at dette ikke kommer klart frem i lovteksten. I det minste bør det stå "forvalterens" med s. Vi foreslår på denne bakgrunn å endre teksten til å være som følger:

*Depotmottakeren skal kontrollere det alternative investeringsfondets kontantstrømmer, at innbetalinger fra investorer i forbindelse med tegninger av andeler eller aksjer er blitt mottatt og at alle likvide midler er bokført på kontoer som er åpnet i fondets navn eller i forvalterens eller depotmottakerens navn på vegne av fondet. Kontoer skal være opprettet i institusjon som nevnt i verdipapirforskriften § 9-18 første ledd (a) – (c) eller tilsvarende foretak i land utenfor EØS underlagt regulering og tilsyn for beskyttelse av kundemidler.*

## **8. Vedr. lovutkastets § 5-3 (5) tredje ledd – utføre forvalters instruksjoner**

I forbindelse med Lovutkastets § 5-3 (5) tredje ledd sier arbeidsgruppen følgende (s 65):

*«Arbeidsgruppen antar at artikkel 21(9)(c) om at depotmottaker ikke skal utføre forvalterens instruksjoner dersom disse er i strid med lov, vedtekter med videre, må forstås med den begrensning at instruksjoner som er en oppfølging av rettslige bindende avtaler for AIF-et, likevel må utføres, og at depotmottaker i stedet må rapportere forholdet til selskapet og om nødvendig til tilsynsmyndighetene. Det vises i den forbindelse til forarbeidene til verdipapirfondloven, jf. Prop. 149 L(2010-2011), s. 155 der det heter:*

*"Arbeidsgruppen foreslår en videreføring av bestemmelsen om at depotmottaker ikke kan etterkomme instruks fra forvaltningsselskapet, hvis instruksjonen er i strid med lov, forskrift eller fondets vedtekter. I tilfeller der instruksjonen er en oppfølging av rettslig bindende avtaler mellom forvaltningsselskapet og en kontraktsmotpart, foreslås det en presisering av at depotmottaker skal be forvaltningsselskapet rette det lovstridige eller vedtektsstridige forholdet snarest. Hvis nødvendig oppretting ikke gjennomføres, skal det etter arbeidsgruppens forslag gis melding til Finanstilsynet."*

*Departementet sluttet seg til dette forslaget. Arbeidsgruppen foreslår at det tas inn en tilsvarende presisering om at depotmottaker skal be AIF-et eller forvalteren på dets vegne rette det lovstridige eller vedtektsstridige forholdet snarest, og at forholdet skal meldes til Finanstilsynet dersom ikke nødvendig oppretting gjennomføres innen rimelig tid. Det vises til lovforslaget § 5-3 femte ledd nr. 3.»*

Depotmottakerbankene støtter arbeidsgruppens forslag om presisering som beskrevet ovenfor.

## **9. Vedr. lovutkastets § 5-3 (5) nr 5. – kontroll av fondets inntekter**

Vi viser til lovforslaget § 5-3 (5) nr. 5 "Kontrollere at det alternative investeringsfondets inntekter anvendes i samsvar med gjeldende lovgivning og fondets vedtekter eller stiftelsesdokumenter."

Lovteksten er en direkte oversettelse av direktivets art. 21 (9) bokstav (e). Etter vår oppfatning fremstår det som noe uklart hva som inngår i den angitte kontrollplikten, da "inntekter" enten kan forstås som utbytter, renteutbetalinger o.l. som fondet mottar på sine investeringer, eller som utbytter som utdeles fra fondet til andelseierne. Hvis man ser hen til forordningens art. 97 fremgår det klart at bestemmelsen regulerer depotmottakers plikt til å kontrollere at utbytte fra verdipapirfondet til andelseierne anvendes i samsvar med lov og fondets vedtekter eller stiftelsesdokument. Forordningen presiserer også at depotmottaker skal forsikre seg om at nødvendige tiltak er iverksatt i tilfeller der fondenes revisor har satt begrensninger på utdelinger i fondenes årsregnskap.

Tilsvarende bestemmelse ble inntatt i verdipapirfondloven § 10-1 (3) nr.4, men uten noen nærmere presisering i verken forskrift eller forarbeider. Etter vår oppfatning ble gjennomføringen av denne bestemmelsen i norsk lov noe uheldig da ordlyden ga rom for feiltolkning.

Vi anbefaler derfor at det gis nærmere presisering av bestemmelsen, enten i lovforslaget eller i forskriftsform.

## **10. Vedr. lovutkastets § 5-4 første ledd nr. 4 bokstav c) – utkontraktering og segregering av konti**

Kravene til segregering av det alternative investeringsfondets aktiva der depotmottaker utkontrakterer oppbevaringsoppgaven, følger av lovforslaget § 5-4 første ledd nr. 4 bokstav c):

«Oppbevare det alternative investeringsfondets aktiva atskilt fra oppdragstakers aktiva og skal til en hver tid kunne identifiseres som tilhørende fondet,» (vår understreking)

I motsetning til hva som følger av direktivet, synes arbeidsgruppen å foreslå et krav om segregering i alle ledd, uten at dette er begrunnet nærmere i arbeidsgrupperapporten.

Av direktivet artikkel 21 (11) (d) (iii) og forordningens artikkel 99 følger det at fondets aktiva skal være segregert fra oppdragstakerens aktiva og depotmottakerens aktiva slik at aktivaene til enhver tid kan identifiseres som tilhørende depotmottakers kunder. Etter direktivet er det altså adgang til å bruke samlekonti for flere kunder (såkalte "omnibus accounts") dersom oppbevaringsoppgavens settes bort til en tredjepart. Etter vår oppfatning bør den samme regelen innføres i Norge.

Det er en rekke praktiske forhold som gjør at segregering ut i markedet kan være vanskelig eller umulig, og vi mener det øker den operasjonelle risikoen for at det kan skje feil om et slikt krav skal gjøres gjeldende. I enkelte markeder har utenlandske investorer dessuten ikke mulighet til å registrere seg direkte hos CSD'en grunnet lokal lovgivning. I slike tilfeller er det nødvendig at verdipapirene ligger registrert gjennom lokal agent på samlekonto ("omnibus account") felles med andre kunders verdipapirer. Kontiene vil imidlertid være segregert hos den agenten depotmottaker har utkontraktert oppbevaringsoppgavene til, atskilt fra depotmottakers egne midler og agentens midler, men ikke nødvendigvis segregert fra midler tilhørende andre kunder av depotmottakeren. Det vil imidlertid klart gå frem hos agenten og eventuelt også i CSDen at midlene tilhører kunder.

De landene vi kjenner til, hvor det er «vanlig» med segregering helt ut i CSDen, er Norge og Hellas. I de fleste andre CSDer etableres det konti i agentens navn, merket med kundemidler, eller i depotmottakers navn merket med kundemidler. Selv om noen land, som f.eks land i Asia, krever segregering er det kun hos den enkelte agent segregeringen blir gjort, ikke i den enkelte CSD.

En ytterligere segregering hos depotmottakers agent (den depotmottaker har utkontraktert oppbevaringsoppgaven til) vil i mange tilfeller ikke føre til noen ytterligere sikkerhet for kundene, men kun føre til at kundene vil få en mer komplisert SSI (Standard Settlement Instruction), noe som øker risikoen for feil i oppgjørinstruksjoner og annet.

En segregering ut i det ytterste ledd eller hos den depotmottaker har utkontraktert oppbevaringsoppgaven til, vil føre til en mye større administrasjon både hos den enkelte depotmottaker samt hos AIFMene. Dette vil føre til en større risiko for at oppgjør og Corporate Action kan gå feil samt at kostnader for sluttkunde eller investor i fondet vil øke betraktelig.

På denne bakgrunn foreslår vi følgende ordlyd i § 5-4 første ledd nr. 4 bokstav c):

*"Oppbevare det alternative investeringsfondets aktiva atskilt fra oppdragstakers aktiva og depotmottakers aktiva på en slik måte at disse til enhver tid skal kunne identifiseres som tilhørende depotmottakers kunder."*

## **11. Vedr. lovutkastets § 5-3 (6), jf. § 5-2 (4) - krav til uavhengighet**

Vi viser til lovforslaget § 5-3 (6) første setning "... Depotmottakerfunksjonen skal utføres uavhengig av oppgaver som kan medføre interessekonflikter mellom det alternative investeringsfondet, dets investorer, forvalteren og depotmottaker".

Etter vår oppfatning fremstår lovteksten som noe uklar når det gjelder hva det angitte kravet om uavhengighet viser til mer konkret. Den norske teksten avviker i begrepsbruken fra direktivteksten artikkel 21(10). I direktivteksten fremgår at depotmottaker ikke skal utføre aktiviteter som medfører interessekonflikter mellom AIFet, dets investorer, forvaltere og seg selv, med mindre depotmottaker funksjonelt og hierarkisk har skilt utøvelsen av depotmottakerfunksjonene fra andre oppgaver som kan komme i konflikt med disse, og at potensielle interessekonflikter er tilstrekkelig identifisert, håndtert og overvåket og forelagt fondets investorer.

Vi ser videre at den tilsvarende bestemmelse for primærmegler etter direktivet art. 21 (4) er tatt inn under lovforslaget § 5-2 (4) hvor det fremgår at "...Primærmegler som utøver virksomhet som motpart til et alternativt investeringsfond kan ikke være depotmottaker for fondet, med mindre depotmottakerfunksjonen utføres på uavhengig basis". Lovteksten er uten en henvisning til siste del av direktivbestemmelsen art. 21 (4) når det gjelder håndtering av interessekonflikter.

Vi legger til grunn ut i fra omtalen i rapporten om gjennomføring av AIFMD i norske rett (se side 73 og 75) at etter den norske lovteksten § 5-2 (4) og § 5-3 (6) skal begrepet "uavhengig" eller på "uavhengig basis" forstås som "... depotmottaker funksjonelt og hierarkisk har skilt utførelsen av depotmottakerfunksjonene fra oppgaver som kan komme i konflikt med disse". Bakgrunnen for at arbeidsgruppen har valgt å benytte begrepene "uavhengig" eller "på uavhengig basis" istedenfor direktivteksten fremgår ikke av rapporten. Vi er av den oppfatning at direktivteksten "... med mindre depotmottaker funksjonelt og hierarkisk har adskilt utførelsen av depotmottakerfunksjonene fra oppgaver ..." gir en mer konkret og hensiktsmessig veiledning.

Vi viser også til at direktivet art. 21 (4) og art. 21 (10) andre avsnitt er laget over samme lest og inneholder de samme elementene uten den forenkling som er inntatt i det norske lovforslaget. Direktivbestemmelsene følger den samme oppbygging med (i) hovedregel, (ii) unntak der depotmottaker funksjonelt og hierarkisk har skilt depotmottakerfunksjonene fra andre oppgaver og at (iii) de potensielle interessekonflikter er tilstrekkelig identifisert, håndtert og overvåket og opplyst fondets investorer. Eneste forskjell mellom art. 21 (4) og art. 21 (10) går på om utgangspunktet er primærmegler eller hos depotmottaker. Vi er av den oppfatning at lovutkastet § 5-2 (4) og § 5-3 (6) bør ha samme oppbygging som direktivbestemmelsene, og særlig § 5-2 (4) bør ikke forenkles. Dette skaper bedre systematikk siden både primærmegler og depotmottaker er underlagt samme regel.

Vi bemerker også at definisjonen av primærmegler i § 1-2 nr. 10 dekker de mest opplagte tjeneste som kan komme i konflikt med depotmottakerfunksjonen, men likevel ikke corporate finance tjenester, aktiv forvaltning, investeringsrådgivning osv., som uansett er underlagt krav om informasjonssperrer.

Vi er av den oppfatning av den norske lovteksten bør legges tett opp til/ videreføre direktivteksten som gir noe konkret veiledning.

Vi foreslår følgende:

1. § 5-2 (4): "...Primærmegler som utøver virksomhet som motpart til et alternativt investeringsfond kan ikke være depotmottaker for fondet, med mindre depotmottaker funksjonelt og hierarkisk har adskilt utførelsen av depotmottakerfunksjonene fra oppgavene som

*primærmegler og at de potensielle interessekonfliktene er tilstrekkelig identifisert, håndtert, overvåket og opplyst til investorene i fondet".*

2. *§ 5-3 (6) "...Depotmottakerfunksjonen skal ikke utføre oppgaver som kan medføre interessekonflikter mellom det alternative investeringsfondet, dets investorer, forvalteren og depotmottaker, med mindre depotmottaker funksjonelt og hierarkisk har adskilt utførelsen av depotmottakerfunksjonene fra oppgaver som kan komme i konflikt med disse, og at de potensielle interessekonfliktene er tilstrekkelig identifisert, håndtert, overvåket og opplyst til investorene i fondet".*

## **12. Vedr. lovutkastets § 5-5 (1), jf. § 5-3 (3) - depotmottakers ansvar for tap**

Direktivets art 21 (12) regulerer depotmottakers ansvar for tap av finansielle instrumenter som oppbevares av depotmottaker, eller av depotmottakers oppdragstaker. Direktivet begrenser depotmottakers ansvar til å omfatte tap av finansielle instrumenter som kan registreres på en verdipapirkonto og finansielle instrumenter som fysisk kan leveres og oppbevares av depotmottaker, jf. art. 21 (8) (b). Arbeidsgruppens forslag til gjennomføring av AIFMD i norsk lov har inntatt ansvarsbestemmelsen i § 5-5 (1):

*"Depotmottaker er ansvarlig overfor det alternative investeringsfondet og dets investorer for tap av finansielle instrumenter som oppbevares etter § 5-3 tredje ledd første ledd av depotmottaker eller depotmottakers oppdragstaker, men mindre tapet skyldes forhold utenfor depotmottakers kontroll som depotmottaker ikke med rimelighet kunne ventes å unngå eller overvinne følgene av".*

Henvisningen til "§ 5-3 tredje ledd første ledd" synes å være feil, der riktig referanse vil være "§ 5-3 tredje ledd første punktum".

Direktivets art. 21 (8) regulerer depotmottakers plikt til å oppbevare det alternative investeringsfondets aktiva. Gjennom en inndeling i avsnitt (a) og (b) skiller bestemmelsen klart mellom finansielle instrumenter som kan oppbevares av depotmottaker og de aktiva som ikke kan oppbevares. Arbeidsgruppens forslag til gjennomføring av AIFMD i norsk lov har inntatt bestemmelsen i § 5-3 tredje ledd. Den norske oversettelsen virker noe komprimert og forenklet fra direktivets ordlyd, og den synes ikke å skille klart nok mellom finansielle instrumenter som kan oppbevares og andre aktiva som ikke kan oppbevares. Viktigheten av å markere skille mellom disse hovedgrupper henger sammen med depotmottakers ansvarsbestemmelse etter lovutkastet § 5-5 (1). Vi er av den oppfatning at en tilsvarende oppbygning i lovutkastet § 5-3 tredje ledd som direktivets art. 21(8) vil bidra til å tydeliggjøre delingen.

Vi foreslår at § 5-3 (3) endres til følgende:

*For finansielle instrumenter som kan oppbevares i depot gjelder følgende:*

- (a) finansielle instrumenter som kan registreres på en verdipapirkonto og finansielle instrumenter som fysisk kan leveres skal oppbevares av depotmottaker. Depotmottaker skal sikre at alle finansielle instrumenter som kan registreres på en verdipapirkonto holdes på segregerte konti hos depotmottaker og atskilt fra depotmottakerens egne midler, og at kontoer som benyttes er opprettet i fondets navn eller forvalterens navn på vegne av fondet, slik at de til enhver tid kan identifiseres som tilhørende fondet.*

*For andre aktiva gjelder følgende:*

- (b) Depotmottaker skal, på grunnlag av informasjon fra det alternative investeringsfondet, forvalter eller andre eksterne kilder der det er tilgjengelig, kontrollere at fondet er eier av slike aktiva, og depotmottaker skal holde en oppdatert oversikt over de aktiva som det er godtgjort at fondet er eier av.*

## **13. Vedr. lovutkastets § 5-5 (1), jf. § 5-5 (2) - ansvar for tap av finansielle instrumenter**

Forslag til lovtekst § 5-5 første og andre ledd regulerer depotmottakers ansvar for tap av finansielle instrumenter som oppbevares av depotmottaker eller oppdragstaker på vegne av depotmottaker. Lovteksten er en direkte oversettelse av direktivets art. 21 (12). Arbeidsrapporten for gjennomføring av



AIFMD i norsk rett har ikke omtalt bestemmelsen, og det synes uklart når et finansielt instrument skal anses som tapt.

Vi viser til at Forordningens art. 100 oppstiller vilkår for når et finansielt instrument skal anses som tapt:

- (a) a stated right of ownership of the AIF is demonstrated not to be valid because it either ceased to exist or never existed;
- (b) the AIF has been definitively deprived of its right of ownership over the financial instrument;
- (c) the AIF is definitively unable to directly or indirectly dispose of the financial instrument.

Alternativene (a) til (c) ovenfor er ikke kumulative vilkår.

ESMAs Technical Advice gir ytterligere beskrivelse av vilkårene;

1. Det første vilkåret omfatter tilfeller der det aktuelle finansielle instrumentet rett og slett ikke eksisterer, enten fordi de har "forsvunnet" som en følge av for eksempel registreringsfeil, eller det kan være at det aldri har eksistert for eksempel grunnet svindel. Dette vilkåret er ment å dekke tilfeller der tap av finansielle instrumenter skyldes uredelig adferd.
2. For de to andre vilkårene sier ESMA at varigheten av tilfellene må tas i betraktning. Finansielle instrumenter kan bare konstanteres som tapt dersom det alternativet investeringsfondet har blitt fratatt retten til eierskap eller det ikke er mulig å avhende instrumentene på permanent basis, og ikke bare midlertidig.
3. Ved insolvens hos sub-custodian, hvor finansielle instrumenter oppbevares, skal ikke instrumentene konstanteres som tapt før det synes klart at fondet ikke vil få tilbake instrumentene.

Vi anbefaler at det fastsettes så konkrete regler som overhode mulig for når et finansielt instrument skal anses tapt, enten i lovutkastet eller i forskriftsform. Selv om vi legger til grunn at det kommer nærmere regulering av når et finansielt instrument anses som tapt i forskriftsform med hjemmel i § 5-7, kunne det vært hensiktsmessig at det ble tatt inn tydelig referanse i § 5-5 (1) om at dette vil bli nærmere regulert i forskrift. Nærmere veiledning om dette bør gis i forarbeidene til lovutkastet.

#### **14. Vedr. lovutkastets § 5-6 (1) - informasjon til Tilsynsmyndigheter i depotmottakers hjemstat**

Av lovforslaget § 5-6 første ledd følger det at depotmottaker etter anmodning skal oversende opplysninger til fondets eller forvalters tilsynsmyndigheter. Dette er i strid med direktivet artikkel 21 (16) hvoretter depotmottaker skal oversende opplysninger til sine egne tilsynsmyndigheter (som eventuelt skal videresende disse dersom fondet eller forvalter har andre tilsynsmyndigheter).

Vi foreslår at teksten i § 5-6 første ledd endres til:

*"Depotmottakeren skal etter anmodning fra sine tilsynsmyndigheter oversende de opplysninger som depotmottakeren har innhentet under utførelsen av sine plikter."*

Med vennlig hilsen

(Sign)  
Bente Ekrem Neby  
DNB Bank ASA

(Sign)  
Jonas Skattum Svegaarden  
Handelsbanken Custody

(sign)  
Inger Ruthgerda Wellendorf  
Danske Bank

(sign)  
Elaine Christiansen  
J.P. Morgan Europe Ltd, Oslo Branch