

Erhvervsstyrelsens udtalelse af 3. juli 2014 om revisors uafhængighed i relation til hvervet som depositar

Udtalelse

Lov nr. 598 af 12. juni 2012 om forvaltere af alternative investeringsfonde fastsætter i § 53 nærmere "etiske" krav til depositarens udførelse af opgaven, herunder udførelse i AIF'ens og dennes investorerers interesse. Hvis depositaren udfører andre aktiviteter, der kan skabe interessekonflikter, skal depositaren funktionelt og hierarkisk have adskilt disse opgaver.

Udtalelsen tager derfor udgangspunkt i, at revisionsvirksomheden opfylder kravene til funktionel og hierarkisk adskillelse af revisionsopgaven og depositarfunktionen.

Styrelsen skal indledningsvis anføre, at der efter ændringen af revisorlovgivningen i 2003 ikke er noget til hinder for, at en revisionsvirksomhed påtager sig depositarfunktionen for alternative investeringsfonde (AIF'er), hvor den ikke samtidig udfører erklæringsopgaver med sikkerhed, herunder revision.

Adgangen til samtidig at varetage depositarfunktionen og revisionsopgaven (eller andre erklæringer med sikkerhed) afgrænses af revisorlovgivningens uafhængighedsregler.

Det er styrelsens opfattelse, at revisorlovgivningens uafhængighedsregler som udgangspunkt ikke er til hinder for, at en revisionsvirksomhed samtidig varetager revisionsopgaven og depositarfunktionen for en AIF, der ikke er en virksomhed af offentlig interesse i henhold til revisorlovens § 21, stk. 3.

Det er imidlertid styrelsens opfattelse, at f.eks. aftaler, hvorefter revisionsvirksomheden som depositar bemyndiges til at handle eller disponere på vegne af AIF'en, jf. bl.a. FAIF-lovens § 50, stk. 2, og § 51, stk. 2, kan indebære en trussel mod revisors uafhængighed.

Det er i den forbindelse styrelsens opfattelse, at i den udstrækning at sådanne aftaler fører til, at revisionsvirksomheden som depositar i større udstrækning handler eller disponerer på vegne af AIF'en, vil det kunne få karakter af beslutningstagen i henhold til revisorlovens § 24, stk. 1, og dermed kunne blive omfattet af uafhængighedsbekendtgørelsens § 6.

Med hensyn til AIF'er, der er omfattet af revisorlovens § 21, stk. 3, er det styrelsens opfattelse, at enhver form for depositaraftale, hvorefter revisionsvirksomheden som depositar vil kunne disponere eller handle på vegne af fonden vil falde ind under uafhængighedsbekendtgørelsens § 5. Ved sådanne aftaler vil revisionsvirksomheden således altid være afskåret fra samtidig at varetage revisionsopgaven eller at afgive andre erklæringer med sikkerhed.

Det må dog i alle tilfælde bero på indholdet af den konkrete aftale, der indgås mellem revisionsvirksomheden som depositar og FAIF'en eller AIF'en i henhold til artikel 83 i forordning 231/2013, om revisionsvirksomheden vil være uafhængig ved afgivelse af erklæringer med sikkerhed. Særligt aftaler, hvorved revisionsvirksomheden påtager sig opgaver, der rækker længere end en egentlig ekstern kontrolfunktion, kan således være en trussel mod revisors uafhængighed.

Ovenstående er udtryk for styrelsens vejledende fortolkning af revisorlovgivningens uafhængighedsbestemmelser, mens spørgsmålets endelig afgørelse henhører under domstolene. Udtalelsen er baseret på de oplysninger, der er anført under afsnittet ”Grundlag for udtalelse”. Andre oplysninger, bestemmelser eller praksis, der direkte eller indirekte berører alternative investeringsfonde eller forholdet mellem alternative investeringsfonde og depositaren, vil kunne ændre på styrelsens udtalelse.

Grundlag for udtalelse

Revisorlovens regler om uafhængighed er fastsat i revisorlovens (lov nr. 468 af 17. juni 2008) §§ 24-26 og yderligere uddybet i bekendtgørelse om godkendte revisorer og revisionsvirksomheders uafhængighed (bek. nr. 663 af 26. juni 2008).

I henhold til revisorlovens § 24, stk. 1, skal en revisor være uafhængig og må ikke være involveret i virksomhedens beslutningstagen. Bestemmelsen gælder ved enhver erklæringsopgave med sikkerhed.

Uafhængighedsbekendtgørelsen fastsætter i § 2 de situationer, hvor truslerne mod revisors uafhængighed betyder, at revisor ikke kan påtage sig en erklæringsopgave med sikkerhed, ligesom bekendtgørelsens § 5 fastsætter skærpede krav til revisors uafhængighed, hvis erklæringsopgaven med sikkerhed vedrører en virksomhed af offentlig interesse, jf. revisorlovens § 21, stk. 3.

Det fremgår bl.a. af bekendtgørelsens § 5, at revisor ikke er uafhængig, hvis ”revisor eller andre personer i revisionsvirksomheden

- 1) Ud over de krav, der følger af god revisionsskik, har deltaget i bogføring eller lignende registreringer, som danner grundlag for det forhold, opgaven vedrører, eller har medvirket ved udarbejdelsen af det dokument, opgaven vedrører”

Uafhængighedsbekendtgørelsens § 6 regulerer andre situationer, hvor der kan være trusler mod revisors uafhængighed, hvor revisor skal træffe sikkerhedsforanstaltning og vurdere, om de truffne sikkerhedsforanstaltninger har fjernet eller reduceret truslerne til et niveau, hvor de ikke længere udgør en risiko mod revisors uafhængighed. Bestemmelsen er ikke udtømmende.

Reglerne om depositarer fremgår af kapitel 8 i lov nr. 598 af 12. juni 2013 (FAIF-loven), ligesom Kommissionens forordning 231/2013 af 19. december 2013 i kapitel IV indeholder bestemmelser, som uddybende beskriver indholdet af depositarfunktionen.

Finanstilsynet har endvidere udarbejdet en vejledning om depositarfunktionen (vejledning nr. 9388), ligesom Finanstilsynet har udarbejdet et notat med ”Spørgsmål & svar”.

Det fremgår af det af Finanstilsynet udarbejdede og offentliggjorte ”Spørgsmål & svar”, at

”Er det korrekt forstået, at depositarfunktionen er en ekstern kontrolfunktion i forhold til depositarens registreringer og etablerede procedurer, der ikke fritager FAIF’en for ansvar for at leve op til lovens krav og for at skulle etablere interne procedurer og kontrolmiljøer?”

Baggrunden for kravet om udpegning af en depositar er et ønske om en høj grad af investorbekyttelse. Depositaren er derfor en ekstern kontrolenhed, der ikke kan eller skal er-

støtte FAIF'ens interne kontrolmiljø. Udpegning af en depositar fritager ikke FAIF'en for ansvaret for at skulle leve op til kravene i FAIF loven."

En depositar er således som udgangspunkt en ekstern kontrolenhed.

Depositarens opgaver

Depositarens opgaver er fastsat i FAIF-loven og yderligere specificeret i forordning 2013/231.

Opgaverne kan overordnet inddeles i følgende 3 overordnede emner:

- 1) Overvågning af AIF'ens cash-flow
- 2) Opbevaring af fondens aktiver
- 3) Tilsynsfunktion, herunder ansvarsplacering og mulighed for delegation af visse opgaver

Ad 1) Overvågning af AIF'ens cash-flow

I henhold til Vejledning 9388 er depositarens overvågning som udgangspunkt en ex-post kontrol.

Kravene til overvågning er fastsat i FAIF-lovens § 50 og yderligere konkretiseret i artikel 86 i forordning 231/2013.

Overvågningsopgaven indbefatter bl.a. kontrol med modtagelse af betalinger, korrekt bogføring og afstemninger.

Efter FAIF-lovens § 50, stk. 2, kan kontantkonti oprettes i depositarens navn, ligesom det synes muligt, at depositaren kan handle på AIF'ens vegne, jf. ordlyden

"... at alle kontanter i den alternative investeringsfond er bogført på kontantkonti, i fondens navn eller i forvalterens navn eller depositarens navn, når disse handler på vegne af fonden ..."

Finanstilsynet har oplyst, at

"Efter bestemmelsen i § 50, stk. 2, kan en depositar – igen efter fuldmagt fra den alternative investeringsfond – oprette en kontantkonto på vegne af fonden. Finanstilsynet er ikke pt. bekendt med situationer, hvor denne mulighed er udnyttet, og det er vores vurdering, at der næppe vil blive en udbredt anvendelse heraf."

Ad 2) Opbevaring af fondens aktiver

Kravene er fastsat i FAIF-lovens § 51 og i artikel 89 i forordning 2013/231. Der skelnes mellem "finansielle instrumenter, der kan opbevares i depot" og "andre aktiver".

Med hensyn til "finansielle instrumenter, der kan opbevares i depot" skal depositaren 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 afstemning.

Efter FAIF-lovens § 50, stk. 1, nr. 1, litra c, skal depositaren sikre, at "finansielle instrumenter, der kan opbevares i depot" registreres på konti eller i depoter, der er oprettet i AIF'ens eller FAIF'ens navn.

Med hensyn til ”andre aktiver” er depositarens væsentligste opgaver at hhv. verificere og registrere AIF’ens ejerskab til aktiverne, herunder sikre, at det til enhver tid er muligt at fremlægge en fyldestgørende og ajourført opgørelse af fondens aktiver med angivelse af aktivernes nominelle værdi.

Det fremgår af Vejledning 9388, jf. FAIF-lovens § 51, stk. 2, at der gælder et krav om ”at depositaren ikke må sælge, pantsætte eller på anden måde disponere over aktiverne uden den alternative investeringsfonds samtykke.”

Finanstilsynet har herom oplyst overfor Erhvervsstyrelsen, at der er tale om en situation, der primært vil være relevant, hvor der er tale om finansielle instrumenter, der kan opbevares i depot, jf. FAIF-lovens § 51, stk. 1, litra a. Der vil således kunne være tale om, at et pengeinstitut, der er depositar for en alternativ investeringsfond, vil kunne få fuldmagt fra fonden til at skulle afhænde en bestemt portefølje af aktier eller tilsvarende. Det er derfor Finanstilsynets vurdering, at bestemmelsen næppe vil blive anvendt af depositarer, der er meddelt tilladelse efter § 46, stk. 3.

Ad 3) Tilsynsfunktion, herunder ansvarsplacering og mulighed for delegation af visse opgaver

Depositarens forpligtelser i forbindelse med tilsynsfunktionen er primært fastlagt i FAIF-lovens § 52, og forpligtelserne er konkretiseret i artiklerne 93-97 i forordning 231/2013.

Tilsynsopgaverne vedrører

- Opgaver i forbindelse med tegning og indløsning
Depositaren skal sikre, at udstedelse, tilbagekøb, indløsning og annullering sker i overensstemmelse med lovgivning mv., herunder at AIF’en, FAIF’en eller andre har passende procedure i den forbindelse.
- Opgaver i forbindelse med værdiansættelse af andele
Depositaren skal sikre, at beregning af indre værdi pr. andel sker i overensstemmelse med lovgivning mv. Hvis depositaren ikke er enig i, at værdiansættelsen er i overensstemmelse med lovgivning mv., skal den underrette FAIF’en og/eller AIF’en og sikre, at der træffes afhjælpende foranstaltninger i AIF-investorernes interesse.
- Opgaver i forbindelse med rettidig afvikling af transaktioner
Depositaren skal herunder anmode om tilbageføring af finansielle instrumenter fra modparten, hvis modydelsen ikke afregnes rettidig.
- Opgaver i forbindelse med FAIF’ens indtægtsfordeling
Depositaren skal sikre, at AIF’ens indtægter anvendes i overensstemmelse med lovgivningen mv. Hvis depositaren ikke mener, at indtægtsberegningen er udført i overensstemmelse med lovgivningen mv., skal den underrette FAIF’en og/eller AIF’en og sikre, at der træffes rettidige afhjælpende foranstaltninger i AIF-investorernes interesse.

Efter FAIF-lovens § 52, stk. 2, skal depositaren udføre forvalterens instrukser, medmindre de er i strid med lovgivningen mv.

FAIF-lovens § 53 fastsætter nærmere ”etiske” krav til depositarens udførelse af opgaven, herunder udførelse i AIF’ens og dennes investorers interesse. Hvis depositaren udfører andre aktiviteter, der kan skabe interessekonflikter, skal depositaren funktionelt og hierarkisk have adskilt disse opgaver.