II

(Atos não legislativos)

REGULAMENTOS

REGULAMENTO DELEGADO (UE) 2018/1618 DA COMISSÃO

de 12 de julho de 2018

que altera o Regulamento Delegado (UE) n.º 231/2013 no que respeita à função de guarda dos depositários

(Texto relevante para efeitos do EEE)

A COMISSÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,

Tendo em conta a Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos ([1]), em especial o artigo 21.º, n.º 17,

Considerando o seguinte:

(1) Em resultado das diferenças nas legislações nacionais em matéria de valores mobiliários e de insolvência, que não estão harmonizadas no âmbito da União, verifica-se uma divergência na proteção dos instrumentos financeiros mantidos em custódia por terceiros para os clientes fundos de investimento alternativos («FIA») face aos riscos de insolvência. A fim de assegurar uma forte proteção dos ativos dos clientes, como previsto na Diretiva 2011/61/UE, e de integrar os requisitos mais rigorosos previstos nas legislações nacionais no que diz respeito a estes domínios não harmonizados, é necessário clarificar as obrigações relativas à guarda de ativos estabelecidas na Diretiva 2011/61/UE.

(2) Atualmente, as autoridades competentes e o setor aplicam os requisitos de separação de ativos estabelecidos no Regulamento Delegado (UE) n.º 231/2013 da Comissão ([2]) de forma diferente. Embora os depositários, que se situam no primeiro nível de uma cadeia de custódia, tenham a obrigação de prever uma conta individual para manter os instrumentos financeiros de cada cliente FIA, é necessário clarificar que, quando a função de custódia é delegada num terceiro, este último deve poder manter os ativos dos clientes de um depositário, incluindo os ativos de FIA e organismos de investimento coletivo em valores mobiliários («OICVM»), numa conta coletiva. Esta conta coletiva deve sempre excluir os ativos que sejam propriedade do depositário e os ativos que sejam propriedade do terceiro, bem como os ativos pertencentes a outros clientes do terceiro. Da mesma forma, nos casos em que a custódia é subdelegada, a instituição de subcustódia deve poder manter os ativos dos clientes da instituição de custódia delegante numa conta coletiva. Esta conta coletiva deve sempre excluir os ativos que sejam propriedade da instituição de subcustódia e os ativos que sejam propriedade da instituição de custódia delegante, bem como os ativos pertencentes a outros clientes da instituição de subcustódia. Tal é necessário para alcançar um equilíbrio são entre a eficiência do mercado e a proteção dos investidores.

(3) Para minimizar o risco de perda dos ativos mantidos em contas coletivas de instrumentos financeiros fornecidas por terceiros em quem a função de guarda foi delegada, a frequência das conciliações entre as contas de valores mobiliários e os registos do depositário de um cliente FIA, por um lado, e os do terceiro, por outro lado, ou entre os dos terceiros, nos casos em que a função de guarda é subdelegada no nível inferior da cadeia de custódia, deve assegurar uma transmissão atempada das informações relevantes ao depositário. Além disso, a frequência

([1]) Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Diretivas 2003/41/CE e 2009/65/CE e os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009 e (UE) n.º 1095/2010 (JO L 174 de 1.7.2011, p. 1).

([2]) Regulamento Delegado (UE) n.º 231/2013 da Comissão, de 19 de dezembro de 2012, que complementa a Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no que diz respeito às isenções, condições gerais de funcionamento, depositários, efeito de alavanca, transparência e supervisão (JO L 83 de 22.3.2013, p. 1).

dessas conciliações deve depender dos movimentos dessa conta coletiva, incluindo transações relativas aos ativos pertencentes a outros clientes do depositário mantidos na mesma conta coletiva que os ativos FIA.

(4) O depositário deve poder continuar a exercer as suas funções de forma efetiva nos casos em que a custódia dos ativos pertencentes aos seus clientes FIA é delegada num terceiro. Por conseguinte, é necessário exigir que o depositário mantenha, na conta de instrumentos financeiros que abriu em nome de um cliente FIA ou do GFIA que atua por conta deste último, um registo que mostre que os ativos detidos em custódia por um terceiro pertencem a esse cliente FIA em particular.

(5) A fim de reforçar a legitimidade do depositário em relação aos terceiros em quem a custódia dos ativos é delegada, essa relação deve ser documentada num contrato de delegação escrito. Esse contrato deve permitir que o depositário tome as medidas necessárias para assegurar que os ativos mantidos em custódia são devidamente salvaguardados e que o terceiro cumpre, a todo o momento, o disposto no contrato de delegação e os requisitos previstos na Diretiva 2011/61/UE e no Regulamento Delegado (UE) n.º 231/2013. Além disso, o depositário e o terceiro devem determinar, através de um acordo formal, se o terceiro está autorizado a subdelegar as funções de custódia. Em caso afirmativo, o acordo ou contrato entre o terceiro delegante e o terceiro em quem as funções de custódia são subdelegadas deve prever direitos e obrigações equivalente aos acordados entre o depositário e o terceiro delegante.

(6) Para que os depositários possam desempenhar as suas funções, é necessário reforçar a sua função de fiscalização sobre os terceiros, independentemente de estes últimos se situarem dentro ou fora da União. Deve ser exigido aos depositários que verifiquem se os instrumentos financeiros dos FIA estão corretamente registados na contabilidade dos terceiros e que os registos mantidos são suficientemente exatos para permitir a identificação da natureza, da localização e da propriedade dos ativos mantidos em custódia. Para facilitar o cumprimento efetivo das obrigações dos depositários, os terceiros devem facultar-lhes uma declaração sobre qualquer alteração que afete os ativos mantidos em custódia por conta dos clientes FIA dos depositários.

(7) Como parte das obrigações de zelo e diligência dos depositários em caso de delegação das funções de guarda, antes de proceder à delegação destas funções em terceiros situados fora da União, os depositários devem receber um parecer jurídico independente sobre a legislação do país em que os terceiros se situam em matéria de insolvência, incluindo uma avaliação do nível de proteção garantido pela separação das contas de instrumentos financeiros nessa jurisdição. O parecer emitido no que respeita a cada jurisdição pelas federações setoriais ou sociedades de advogados relevantes em benefício de vários depositários deve ser aceitável. Além disso, o depositário deve assegurar que o terceiro situado fora da União o informa de qualquer alteração das circunstâncias ou da legislação desse país terceiro em matéria de insolvência que possa afetar os ativos dos clientes FIA do depositário.

(8) A fim de dar tempo aos depositários para se adaptarem aos novos requisitos previstos no presente regulamento, a data de aplicação deste último deve ser diferida por dezoito meses após a sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

(9) As medidas introduzidas pelo presente regulamento são consentâneas com o parecer da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados ([1]).

(10) As medidas introduzidas pelo presente regulamento são consentâneas com o parecer do grupo de peritos do Comité Europeu dos Valores Mobiliários.

(11) Por conseguinte, o Regulamento Delegado (UE) n.º 231/2013 deve ser alterado em conformidade,

ADOTOU O PRESENTE REGULAMENTO:

Artigo 1.º

O Regulamento Delegado (UE) n.º 231/2013 é alterado do seguinte modo:

1) O artigo 89.º é alterado do seguinte modo:

a) O n.º 1 é alterado do seguinte modo:

i) a alínea c) passa a ter a seguinte redação:

«c) São levadas a cabo, com a frequência necessária, conciliações entre as contas e registos internos do depositário e as de qualquer terceiro em quem tenha sido delegadas funções de guarda em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE.»;

([1]) Parecer da ESMA, 20.7.2017, 34 45 277.

ii) é aditado o seguinte segundo parágrafo:

«No que se refere à alínea c) do primeiro parágrafo, a frequência das conciliações é determinada com base nos seguintes elementos:

a) A atividade normal de negociação do FIA;

b) Eventuais negociações efetuadas fora da atividade normal de negociação;

c) Eventuais negociações efetuadas em nome de qualquer outro cliente cujos ativos sejam mantidos pelo terceiro na mesma conta de instrumentos financeiros que os ativos do FIA.»;

b) O n.º 2 passa a ter a seguinte redação:

«2. Sempre que um depositário tenha delegado as suas funções de custódia num terceiro em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE, fica sujeito aos requisitos constantes das alíneas a) a e) do n.º 1 do presente artigo. Deve igualmente assegurar que o terceiro cumpre os requisitos constantes das alíneas b) a g) do n.º 1 do presente artigo, bem como as obrigações de separação estabelecidas no artigo 99.º.»;

2) No artigo 98.º, é inserido o seguinte n.º 2-A:

«2-A. O contrato através do qual o depositário nomeia um terceiro para manter ativos dos clientes FIA desse depositário em custódia deve conter, pelo menos, as seguintes disposições:

a) Uma garantia do direito do depositário a conhecer, inspecionar e aceder aos registos e contas relevantes do terceiro que mantém ativos em custódia, para permitir ao depositário cumprir as suas obrigações de fiscalização e devida diligência e, em especial, para lhe permitir:

i) identificar todas as entidades da cadeia de custódia;

ii) verificar que a quantidade de instrumentos financeiros identificados registados na conta de instrumentos financeiros aberta na contabilidade do depositário em nome do FIA ou do GFIA que atua por conta do FIA corresponde à quantidade de instrumentos financeiros identificados mantidos em custódia pelo terceiro para esse FIA, como registado na conta de instrumentos financeiros aberta na contabilidade do terceiro;

iii) verificar que a quantidade de instrumentos financeiros identificados, que estão registados e mantidos numa conta de instrumentos financeiros aberta na central de valores mobiliários («CSD») do emitente ou do seu agente, em nome do terceiro por conta dos seus clientes, corresponde à quantidade de instrumentos financeiros identificados registada nas contas de instrumentos financeiros abertas na contabilidade do depositário em nome de cada um dos seus clientes FIA ou em nome da GFIA que atua por conta do FIA.

b) Detalhes dos direitos e obrigações equivalentes acordados entre o terceiro e outro terceiro, no caso de subdelegação de funções de custódia.»;

3) O artigo 99.º é alterado do seguinte modo:

a) O n.º 1 passa a ter a seguinte redação:

«1. Sempre que tenham sido delegadas funções de guarda num terceiro, no todo ou em parte, o depositário deve assegurar que o terceiro em quem estas funções foram delegadas em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE, atua de acordo com a obrigação de separação prevista no artigo 21.º, n.º 11, alínea d), subalínea iii), da mesma diretiva, assegurando e verificando que o terceiro:

a) Regista corretamente todos os instrumentos financeiros identificados na conta de instrumentos financeiros, que está aberta na contabilidade do terceiro, a fim de manter em custódia os instrumentos financeiros por conta dos clientes do depositário, o que exclui os instrumentos financeiros que são propriedade do depositário, do terceiro e dos outros clientes do terceiro, para permitir que o depositário iguale a quantidade de instrumentos financeiros identificados registada nas contas abertas na contabilidade do depositário em nome de cada um dos seus clientes FIA ou em nome do GIFA que atua por conta do FIA;

b) Conserva todos os registos e contas de instrumentos financeiros que sejam necessários para permitir ao depositário, em qualquer momento e rapidamente, distinguir os ativos dos seus clientes dos ativos próprios do terceiro, dos ativos dos outros clientes do terceiro e dos ativos mantidos pelo depositário por sua própria conta;

c) Mantém os registos e contas de instrumentos financeiros de modo a assegurar a sua exatidão e, em especial, a sua correspondência com os ativos mantidos sob guarda para os clientes FIA do depositário, e com base nos quais o depositário pode, a qualquer momento, determinar a natureza, a localização e o estatuto de propriedade exatos desses ativos;

d) Fornece ao depositário, regularmente e, em todo o caso, sempre que se verifique uma alteração de circunstâncias, uma declaração que especifica os ativos dos clientes FIA do depositário;

e) Efetua, com a frequência necessária, conciliações entre as suas contas de instrumentos financeiros e registos internos e as do terceiro em quem tenha delegado funções de guarda em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE.

A frequência das conciliações é determinada em conformidade com o artigo 89.º, n.º 1;

f) Introduz disposições organizacionais adequadas para minimizar o risco de perda ou de diminuição de valor dos instrumentos financeiros ou dos direitos a eles relativos, como consequência de utilização abusiva dos instrumentos financeiros, fraude, má gestão, registo inadequado ou negligência;

g) Sempre que o terceiro seja uma entidade referida no artigo 18.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), da Diretiva 2006/73/CE, que esteja sujeita a uma regulamentação e supervisão prudenciais com o mesmo efeito que o direito da União e que sejam efetivamente aplicadas, o depositário deve tomar as medidas necessárias para garantir que o numerário do FIA é detido numa conta ou contas em conformidade com o artigo 21.º, n.º 7, da Diretiva 2011/61/UE.»;

b) É inserido o seguinte n.º 2-A:

«2-A. Sempre que um depositário tenha delegado as suas funções de custódia num terceiro situado num país terceiro em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE, o depositário deve assegurar, para além dos requisitos estabelecidos no n.º 1 do presente artigo, que:

a) O depositário recebe aconselhamento jurídico de uma pessoa singular ou coletiva independente que confirme que a legislação aplicável em matéria de insolvência reconhece o seguinte:

i) a separação dos ativos dos clientes do depositário relativamente aos ativos do terceiro, relativamente aos ativos dos outros clientes do terceiro e relativamente aos ativos mantidos pelo terceiro por conta do depositário;

ii) que os ativos dos clientes FIA do depositário não fazem parte do património do terceiro em caso de insolvência;

iii) que os ativos dos clientes FIA do depositário não podem ser distribuídos ou realizados em benefício dos credores do terceiro em quem foram delegadas funções de custódia em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE;

b) O terceiro toma as seguintes medidas:

i) assegura que as condições estabelecidas na alínea a) são respeitadas à data de celebração do acordo de delegação com o depositário e de forma contínua durante todo o período de vigência da delegação;

ii) informa imediatamente o depositário sempre que qualquer das condições referidas na subalínea i) deixa de estar preenchida;

iii) informa o depositário de qualquer alteração no que diz respeito à legislação aplicável em matéria de insolvência e à sua aplicação efetiva.»;

c) O n.º 3 passa a ter a seguinte redação:

«Os n.ºs 1, 2 e 2-A aplicam-se, com as devidas adaptações, se o terceiro em quem foram delegadas funções de guarda em conformidade com o artigo 21.º, n.º 11, da Diretiva 2011/61/UE, tiver decidido delegar todas ou parte das suas funções de guarda noutro terceiro de acordo com o artigo 21.º, n.º 11, terceiro parágrafo, da Diretiva 2011/61/UE.».

Artigo 2.º

O presente regulamento entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

O presente regulamento é aplicável a partir de 1 de abril de 2020.

O presente regulamento é obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

Feito em Bruxelas, em 12 de julho de 2018.

Pela Comissão

O Presidente

Jean-Claude JUNCKER