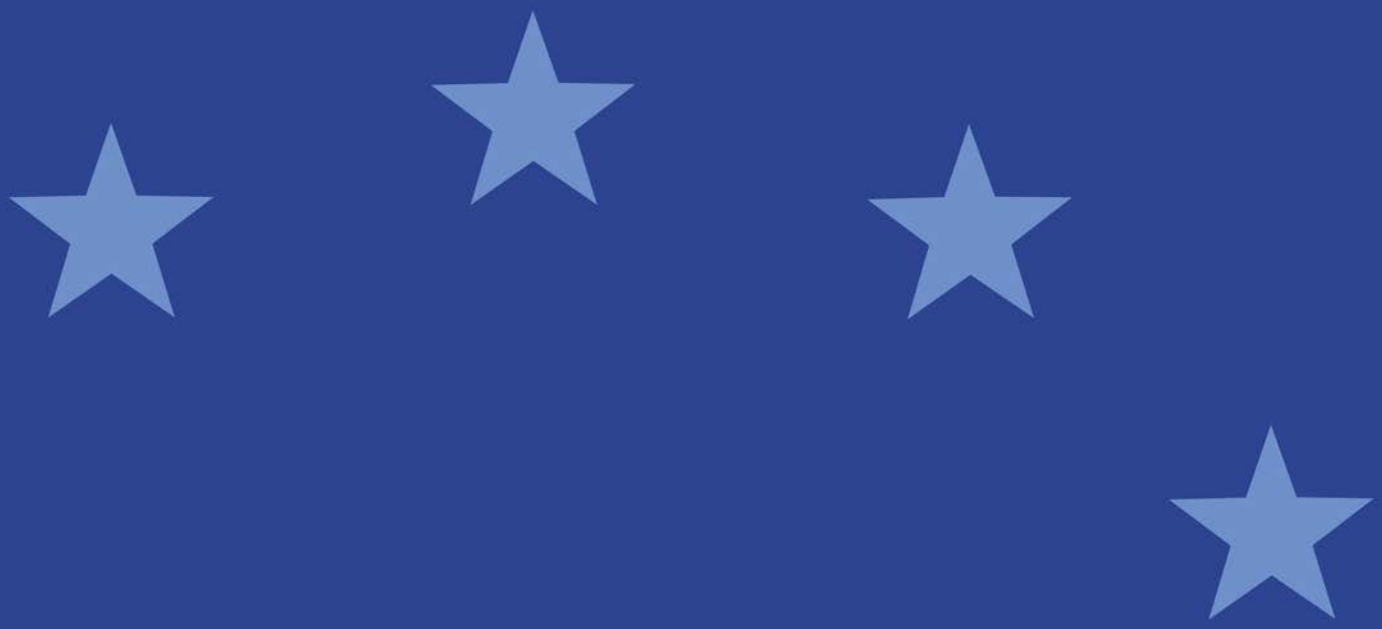
esma European Securities and Markets Authority

Obecné pokyny

Obecné pokyny ke klíčovým pojmům směrnice o správcích alternativních investičních fondů



13.08.2013 | ESMA/2013/611

European Securities and Markets Authority

Datum: 13.08.2013
ESMA/2013/611

Obsah

I. Působnost ____ 3
II. Definice ____ 3
III. Účel ____ 4
IV. Dodržování předpisů a oznamovací povinnost ____ 5
V. Obecné pokyny k zacházení s podfondy podniku ____ 5
VI. Obecné pokyny k pojmu „subjekt kolektivního investování“ ____ 5
VII. Obecné pokyny k pojmu „získávání kapitálu“ ____ 6
VIII. Obecné pokyny k pojmu „větší počet investorů“ ____ 6
IX. Obecné pokyny k pojmu „určitá investiční politika“ ____ 7

I. Působnost

Kdo?

1. Tyto obecné pokyny se vztahují na správce alternativních investičních fondů a příslušné orgány.

Co?

2. Tyto obecné pokyny se uplatňují v souvislosti s čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů.

Kdy?

3. Tyto obecné pokyny se použijí po uplynutí dvou měsíců od data jejich zveřejnění orgánem ESMA.

II. Definice

Není-li stanoveno jinak, mají výrazy použité ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU ze dne 8. června 2011 o správcích alternativních investičních fondů a o změně směrnic 2003/41/ES a 2009/65/ES a nařízení (ES) č. 1060/2009 a (EU) č. 1095/2010[1] (dále jen „směrnice o správcích alternativních investičních fondů“) a v nařízení Komise v přenesené pravomoci (EU) č. 231/2013 ze dne 19. prosince 2012, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/61/EU, pokud jde o výjimky, obecné podmínky provozování činnosti, depozitáře, pákový efekt, transparentnost a dohled[2], stejný význam i v těchto obecných pokynech. Kromě toho pro účely těchto obecných pokynů platí tyto definice:

Obecný obchodní nebo průmyslový účel	Účel provádění obchodní strategie, jež zahrnuje charakteristické prvky, jako je provozování převážně i) obchodní činnosti, která zahrnuje nákup, prodej a/nebo směnu zboží nebo komodit a/nebo dodávky služeb nefinanční povahy; nebo ii) průmyslové činnosti, která zahrnuje výrobu zboží nebo výstavbu nemovitostí; nebo iii) kombinace výše uvedených činností.
Sdružený výnos	Výnos generovaný sdruženým rizikem vyplývající z pořízení, držby nebo prodeje investičních aktiv – včetně činností, jejichž cílem je optimalizace nebo zvýšení hodnoty těchto aktiv – bez ohledu na to, zda jsou pro investory generovány různé výnosy, například na základě politiky dividend

[1] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:174:0001:0073:CS:PDF.
[2] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:083:0001:0095:CS:PDF.

přizpůsobené jejich potřebám.

Pravomoc volného uvážení nebo kontroly týkající se každodenních záležitostí	Forma přímé a průběžné rozhodovací pravomoci (ať již vykonávané, či nikoli) v provozních záležitostech týkajících se každodenního spravování aktiv podniku, která podstatně přesahuje rámec běžného rozhodování nebo kontroly prostřednictvím hlasování na valné hromadě akcionářů v záležitostech, jako jsou fúze nebo likvidace, volba zástupců akcionářů, jmenování ředitelů nebo auditorů nebo schvalování roční účetní závěrky.
Dříve existující skupina	Skupina rodinných příslušníků, bez ohledu na typ právní struktury, kterou tito rodinní příslušníci případně zřídili za účelem investování do podniku, pokud jedinými konečnými příjemci v takové právní struktuře jsou rodinní příslušníci, přičemž existence skupiny časově předchází datu zřízení podniku. Tento předpoklad nebrání rodinným příslušníkům připojit se ke skupině po zřízení podniku. Pro účely této definice se „rodinnými příslušníky" rozumí manžel/ka jednotlivce, osoba, která s jednotlivcem trvale žije v závazném intimním partnerském svazku ve společné domácnosti, příbuzní v přímé linii, sourozenci, strýcové, tety, bratranci a sestřenice prvního stupně a vyživované osoby jednotlivce.

III. Účel

4. Účelem těchto obecných pokynů je zajistit společné, jednotné a důsledné uplatňování pojmů, které zahrnuje definice „alternativního investičního fondu" uvedená v čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů, a to vyjasněním každého z těchto pojmů. Mělo by být odpovídajícím způsobem zohledněno vzájemné působení jednotlivých pojmů obsažených v definici alternativního investičního fondu, přičemž subjekt by neměl být považován za alternativní investiční fond, pokud nejsou splněny všechny faktory uvedené v definici „alternativních investičních fondů" v čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů. Například podniky, které získávají kapitál od většího množství investorů, ale nečiní tak s cílem investovat tento kapitál v souladu s určitou investiční politikou, by neměly být pro účely směrnice o správcích alternativních investičních fondů považovány za alternativní investiční fondy.

5. Příslušné orgány a účastníci trhu by se však neměli domnívat, že skutečnost, že nejsou splněny všechny nebo kterýkoli ze znaků charakterizujících jednotlivé pojmy, jež jsou zahrnuty v definici „alternativního investičního fondu" uvedené v čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů (tj. „subjekt kolektivního investování", „získávání kapitálu", „větší počet investorů" a „určitá investiční politika"), jak je vymezují tyto obecné pokyny, jednoznačně prokazuje, že podnik nespadá do působnosti relevantního pojmu. Příslušné orgány a účastníci trhu by měli podnik považovat za „alternativní investiční fond", jestliže je splnění kritérií vymezujících tyto pojmy obsažené v definici podle čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních prokázáno jinak. Pro vyloučení pochyb tyto obecné pokyny rozvádějí a vysvětlují znaky, které pravděpodobně povedou

k tomu, že podnik bude považován za alternativní investiční fond, nijak však nepozměňují ustanovení směrnice o správcích alternativních investičních fondů.

6. Podrobnější informace uvedené v těchto obecných pokynech by měly být relevantní pouze pro účely směrnice o správcích alternativních investičních fondů a nemají ovlivnit význam jakýchkoli podobných pojmů používaných v jiných evropských právních předpisech, včetně směrnice 2009/65/ES a směrnice 2010/73/EU.

IV. Dodržování předpisů a oznamovací povinnost

Status obecných pokynů

7. Tento dokument obsahuje obecné pokyny vydané podle článku 16 nařízení o orgánu ESMA[3]. V souladu s čl. 16 odst. 3 nařízení o orgánu ESMA musí příslušné orgány a účastníci finančního trhu vynaložit veškeré úsilí, aby se obecnými pokyny a doporučeními řídili.

8. Příslušné orgány, na které se tyto obecné pokyny vztahují, by měly zajistit soulad s nimi tak, že je začlení do svých postupů dohledu, a to i tehdy, pokud jsou konkrétní obecné pokyny uvedené v tomto dokumentu určeny především účastníkům finančního trhu.

Požadavky na oznámení

9. Příslušné orgány, na které se tyto obecné pokyny vztahují, musí orgánu ESMA oznámit, zda se těmito obecnými pokyny řídí nebo hodlají řídit, přičemž musí případně uvést důvody, proč se jimi neřídí nebo nehodlají řídit, a to do dvou měsíců od data jejich zveřejnění orgánem ESMA. Nebude-li do tohoto termínu podáno žádné oznámení, bude se mít za to, že se příslušné orgány těmito obecnými pokyny neřídí. Vzor oznámení je k dispozici na internetových stránkách orgánu ESMA.

10. Správci alternativních investičních fondů nemusí podávat zprávu o tom, zda se těmito obecnými pokyny řídí.

V. Obecné pokyny k zacházení s podfondy podniku

11. Jestliže určitý podfond podniku vykazuje všechny znaky obsažené v definici „alternativního investičního fondu“ v čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů (tj. „subjekt kolektivního investování“, „získávání kapitálu“, „větší počet investorů“ a „určitá investiční politika“), mělo by to být dostatečným podkladem pro určení toho, že podnik jako celek je „alternativním investičním fondem“ podle čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů.

VI. Obecné pokyny k pojmu „subjekt kolektivního investování“

12. Níže uvedené znaky, pokud je podnik vykazuje všechny, by měly prokazovat, že podnik je subjektem kolektivního investování zmíněným v čl. 4 odst. 1 písm. a) směrnice o správcích alternativních investičních fondů. Tyto znaky jsou:

[3] Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1095/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o zřízení Evropského orgánu dohledu (Evropského orgánu pro cenné papíry a trhy), o změně rozhodnutí č. 716/2009/ES a o zrušení rozhodnutí Komise 2009/77/ES.

a) podnik nemá *obecný obchodní nebo průmyslový účel*;

b) podnik sdružuje kapitál získaný od jeho investorů za účelem jeho investování s cílem generovat pro tyto investory *sdružený výnos* a

c) držitelé podílových jednotek nebo akcionáři podniku (jako kolektivní skupina) nemají *pravomoc volného uvážení nebo kontroly týkající se každodenních záležitostí*. Skutečnost, že *pravomoc volného uvážení nebo kontroly týkající se každodenních záležitostí* má jeden či více výše uvedených držitelů podílových jednotek nebo akcionářů, nikoli však všichni z nich, by neměla být chápána jako doklad toho, že podnik není podnikem kolektivního investování.

VII. Obecné pokyny k pojmu „získávání kapitálu“

13. Obchodní činnost spočívající v provádění přímých nebo nepřímých kroků ze strany podniku nebo osoby či subjektu, který jedná jménem podniku (obvykle správce alternativního investičního fondu), s cílem zajistit převod nebo svěření kapitálu od jednoho nebo více investorů podniku za účelem investování tohoto kapitálu v souladu s určitou investiční politikou by měla být pokládána za činnost získávání kapitálu zmíněnou v čl. 4 odst. 1 písm. a) bodě i) směrnice o správcích alternativních investičních fondů.

14. Pro účely předcházejícího bodu by nemělo být podstatné, zda:

a) činnost probíhá pouze jednou, při několika příležitostech, nebo průběžně;

b) převod nebo svěření kapitálu má podobu upisování v peněžní nebo naturální formě.

15. Aniž je dotčen bod 16, jestliže je kapitál do podniku investován členem *dříve existující skupiny* a podnik byl zřízen výhradně pro účely investování soukromého majetku této skupiny, nebude tato činnost pravděpodobně spadat pod pojem získávání kapitálu.

16. Skutečnost, že člen *dříve existující skupiny* investuje společně s investory, kteří nejsou členy *dříve existující skupiny*, by neměla mít za následek nesplnění kritéria „získávání kapitálu“. Kdykoli taková situace nastane, měli by mít všichni investoři plná práva podle směrnice o správcích alternativních investičních fondů.

VIII. Obecné pokyny k pojmu „větší počet investorů“

17. Podnik, kterému jeho vnitrostátní právní předpisy, statut nebo zakládací dokumenty nebo jakákoli jiná ustanovení či ujednání se závazným právním účinkem nebrání v získávání kapitálu od více než jednoho investora, by měl být považován za podnik, který získává kapitál od většího počtu investorů v souladu s čl. 4 odst. 1 písm. a) bodem i) směrnice o správcích alternativních investičních fondů. Mělo by tomu tak být i v případě, že podnik má ve skutečnosti jen jednoho investora.

18. Podnik, kterému jeho vnitrostátní právní předpisy, statut nebo zakládací dokumenty nebo jakákoli jiná ustanovení či ujednání se závazným právním účinkem brání v získávání kapitálu od více než jednoho investora, by měl být považován za podnik, který získává kapitál od většího počtu investorů v souladu s čl. 4 odst. 1 písm. a) bodem i) směrnice o správcích alternativních investičních fondů, jestliže tento jediný investor:

a) investuje kapitál, který získal od více než jedné právnické či fyzické osoby s cílem investovat jej ve prospěch těchto osob; a

b) má uspořádání nebo strukturu, která má celkem více než jednoho investora pro účely směrnice o správcích alternativních investičních fondů.

19. K příkladům uspořádání nebo struktur podle bodu 18 patří struktury řídících/podřízených fondů, v nichž jeden podřízený fond investuje do řídícího podniku, struktury fondu fondů, v nichž je fond fondů jediným investorem do podkladového podniku, a uspořádání, v nichž je jediný investor určenou osobou, která jedná jako zástupce více než jednoho investora, přičemž pro administrativní účely sdružuje zájmy těchto investorů.

IX. Obecné pokyny k pojmu „určitá investiční politika“

20. Podnik, který má politiku, jež určuje, jak má být spravován sdružený kapitál v podniku, aby generoval *sdružený výnos* pro investory, od nichž byl tento kapitál získán, by měl být považován za podnik, který má určitou investiční politiku v souladu s čl. 4 odst. 1 písm. a) bodem i) směrnice o správcích alternativních investičních fondů. Faktory, které by samostatně nebo kumulativně zpravidla naznačovaly existenci takové politiky, jsou:

a) investiční politika je určena a pevně stanovena nejpozději v době, kdy začnou být závazky investorů vůči podniku pro ně závazné;

b) investiční politika je stanovena v dokumentu, který se stává součástí statutu nebo zakládacích dokumentů podniku či na který statut nebo zakládající dokumenty podniku odkazují;

c) podnik nebo právnická osoba, která podnik spravuje, má vůči investorům povinnost (jakkoli vzniklou) dodržovat investiční politiku včetně všech jejích změn, přičemž tato povinnost je ze strany investorů právně vymahatelná;

d) v rámci investiční politiky jsou stanoveny investiční pokyny, jež odkazují na kritéria, která zahrnují kterékoli nebo všechny tyto prvky:

i) investovat do určitých kategorií aktiv nebo dodržovat omezení týkající se rozvržení aktiv;
ii) provádět určité strategie;
iii) investovat v určitých zeměpisných oblastech;
iv) dodržovat omezení týkající se pákového efektu;
v) dodržovat minimální doby držení nebo
vi) dodržovat jiná omezení určená k zajištění diverzifikace rizik.

21. V bodě 20 písm. d) by veškeré pokyny poskytnuté ke spravování podniku, které stanovují jiná investiční kritéria než kritéria uvedená v obchodní strategii, jíž se podnik, který má *obecný obchodní nebo průmyslový účel*, řídí, měly být považovány za „investiční pokyny“.

22. Ponechání zcela volného uvážení při přijímání investičních rozhodnutí právnické osobě, která podnik spravuje, by nemělo být používáno jako způsob k obejití ustanovení směrnice o správcích alternativních investičních fondů.