



Bruxelles, le 17.12.2015
C(2015) 9160 final

RÈGLEMENT DÉLÉGUÉ (UE) .../... DE LA COMMISSION

du 17.12.2015

**complétant la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui
concerne les obligations des dépositaires**

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

EXPOSÉ DES MOTIFS

1. CONTEXTE DE L'ACTE DÉLÉGUÉ

La directive 2009/65/CE¹ (la «directive OPCVM») fournit un cadre juridique harmonisé pour les organismes de placement collectif en valeurs mobilières («OPCVM») qui peuvent être commercialisés librement dans l'Union européenne. Afin de garantir la sécurité des OPCVM pour les investisseurs de détail, la directive impose des règles communes en ce qui concerne l'agrément, le contrôle, la structure des fonds et des gestionnaires et elle fixe des limites de placement concernant les actifs investissables et la concentration des risques.

Les crises financières de 2007 à 2009 ont néanmoins mis en exergue certaines faiblesses des règles applicables aux OPCVM, en particulier concernant les obligations et la responsabilité des dépositaires d'OPCVM.

Pour remédier à ces problèmes, la Commission européenne a proposé quelques modifications à la directive OPCVM. La directive 2014/91/UE² (la «directive OPCVM V»), adoptée le 23 juillet 2014, a modifié la directive OPCVM pour ce qui est des règles, de la rémunération et des sanctions applicables aux dépositaires. Les nouvelles exigences relatives aux dépositaires d'OPCVM reflètent, dans une large mesure, les dispositions relatives aux dépositaires qui ont été introduites par la directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (la «directive AIFM»)³.

La directive OPCVM prévoit plusieurs pouvoirs permettant à la Commission d'adopter des actes délégués afin de préciser les nouvelles exigences applicables aux dépositaires. Ces pouvoirs correspondent en grande partie à des pouvoirs prévus par la directive AIFM, qui ont été mis en œuvre par le règlement délégué n° 231/2013⁴ de la Commission. En outre, la directive OPCVM V habilite la Commission à préciser les mesures qu'un dépositaire d'OPCVM doit veiller à ce qu'un tiers prenne pour protéger les actifs d'OPCVM contre l'insolvabilité. La Commission est également habilitée à énoncer les conditions et critères visant à garantir que les sociétés de gestion, les sociétés d'investissement, les dépositaires et les tiers auxquels des fonctions de garde ont été déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive OPCVM agissent en toute indépendance. La directive OPCVM V est entrée en vigueur le 17 septembre 2014.

¹ Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) (refonte) (JO L 302 du 17.11.2009, p. 32).

² Directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions – Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (JO L 257 du 28.8.2014, p. 186).

³ Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010 (JO L 174 du 1.7.2011, p. 1).

⁴ Règlement délégué (UE) n° 231/2013 de la Commission du 19 décembre 2012 complétant la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les dérogations, les conditions générales d'exercice, les dépositaires, l'effet de levier, la transparence et la surveillance (JO L 83 du 22.3.2013, p. 1).

2. CONSULTATIONS AVANT L'ADOPTION DE L'ACTE

Bien que la directive OPCVM ne mentionne pas de date limite pour la rédaction de l'acte délégué, la Commission entend adopter la législation d'exécution avant la fin de la période de transposition de la directive OPCVM V (18 mars 2016).

En 2011, l'AEMF a fourni des conseils techniques sur les pouvoirs conférés par la directive AIFM concernant les obligations des dépositaires⁵. Dans un souci de cohérence entre la directive OPCVM et la directive AIFM, l'acte délégué concernant les dépositaires d'OPCVM se rapproche autant que possible des dispositions du règlement délégué n° 231/2013 de la Commission.

Les deux pouvoirs concernant l'exigence d'indépendance et la protection des actifs contre l'insolvabilité ont fait l'objet d'un avis technique de l'AEMF, qui a été transmis à la Commission européenne le 28 novembre 2014⁶.

Tout au long de la procédure de rédaction de l'avis, l'AEMF est restée en contact étroit avec le secteur concerné, dans le cadre de réunions bilatérales, d'une table ronde des parties prenantes et d'une consultation publique officielle.

Les premières consultations écrites sur l'avis de l'AEMF, notamment au sujet des règles applicables aux dépositaires, se sont tenues lors de la préparation du règlement délégué découlant de la directive AIFM. L'AEMF a organisé trois auditions publiques, la première en janvier 2011, couvrant l'appel à contributions, et les deux autres en septembre de la même année, sur les deux parties du projet d'avis technique. Des résumés de ces auditions, rédigés par l'AEMF, sont joints au rapport d'analyse d'impact concernant le règlement délégué n° 231/2013. Entre mars et mai 2011, l'AEMF a également organisé une série d'ateliers ciblés portant sur les différentes parties de l'avis technique sur la directive AIFM. Ces ateliers n'étaient pas ouverts au public, mais accessibles uniquement sur invitation. Ils ont rassemblé quinze à vingt experts du secteur autour des différents sujets choisis par l'AEMF.

La deuxième consultation écrite sur l'avis de l'AEMF s'est déroulée en septembre 2014, plus précisément autour des deux pouvoirs prévus par la directive OPCVM V qui ne figuraient pas dans la directive AIFM. En plus de ses consultations écrites, l'AEMF a organisé le 29 juillet 2014 une table ronde destinée à recueillir les observations d'acteurs du marché, à laquelle elle avait convié des experts, parmi lesquels des gestionnaires d'OPCVM, des dépositaires, des courtiers principaux et des représentants des consommateurs.

La Commission elle-même a eu des discussions approfondies avec les autorités nationales de surveillance et les parties prenantes, en particulier des organisations professionnelles, des gestionnaires de fonds et des dépositaires.

Conformément à sa politique «mieux légiférer», la Commission a conduit une analyse d'impact (le «rapport d'analyse d'impact») des options envisagées concernant les mesures à prendre pour éviter les conflits d'intérêts et garantir l'indépendance de la société de gestion/d'investissement de l'OPCVM et du dépositaire d'OPCVM.

Le 23 avril 2015, les services de la Commission ont consulté les États membres au sein du groupe d'experts du comité européen des valeurs mobilières. La consultation portait sur les options envisagées concernant l'indépendance et les garanties qui trouvent application quand un dépositaire d'OPCVM délègue à un tiers la garde d'actifs de l'OPCVM.

⁵ http://www.esma.europa.eu/system/files/2011_379.pdf

⁶ <http://www.esma.europa.eu/system/files/2014-1417.pdf>

Le comité d'analyses d'impact a examiné le projet de rapport d'analyse d'impact le 17 juin 2015 dans le cadre d'une procédure normale. Le comité d'analyses d'impact a rendu un avis positif le 19 juin 2015 et le projet de rapport d'analyse d'impact a ensuite été remanié de façon à tenir compte de l'avis du comité.

3. ÉLÉMENTS JURIDIQUES DE L'ACTE DÉLÉGUÉ

3.1. Subsidiarité et proportionnalité

Le droit de la Commission européenne et de l'Union européenne à agir fait l'objet d'une argumentation dans le rapport d'analyse d'impact qui accompagne le règlement délégué de la Commission sur les OPCVM.

La base juridique des actes délégués est fournie (et circonscrite) par le pouvoir d'adopter des actes délégués conféré à la Commission par l'article 112 *bis* de la directive OPCVM. La directive prescrit l'adoption d'un acte délégué dans certains domaines, afin que ses dispositions soient mises en œuvre de manière cohérente dans l'ensemble de l'Union européenne.

3.1.1. Choix de la forme juridique

Il est essentiel de mettre en œuvre un corpus de règles unique pour les OPCVM qui sont vendus dans l'Union européenne. Afin de garantir le niveau de protection le plus élevé possible des actifs des OPCVM, des règles précises et sans équivoque sur les dépositaires et les tiers auxquels des fonctions de garde ont été déléguées s'imposent. Conformément aux règles envisagées, les investisseurs d'un OPCVM dans l'Union européenne bénéficient du même niveau de protection s'agissant de la garde de leurs actifs par un dépositaire d'OPCVM. De même, les rapports entre une société de gestion ou une société d'investissement et un dépositaire ou le tiers auxquels des fonctions de garde ont été déléguées doivent être régis par des règles uniformes, évitant les conflits d'intérêts qui peuvent nuire aux investisseurs de détail dans l'Union européenne.

C'est pourquoi il n'est pas suffisant de s'en remettre à la coexistence de différentes réglementations nationales et pourquoi la directive OPCVM V charge la Commission d'adopter un acte délégué énonçant des règles garantissant qu'un gestionnaire d'actifs d'OPCVM agisse en toute indépendance du dépositaire/conservateur de l'OPCVM, et réciproquement.

Dans la mesure où l'acte délégué adopté en complément de la directive AIFM prend la forme d'un règlement, les règles imposées aux dépositaires d'OPCVM doivent être présentées sous la même forme juridique afin de garantir le niveau de cohérence nécessaire entre les deux actes, notamment pour ce qui concerne les exigences relatives à la protection des investisseurs.

Un acte juridique directement applicable fournit à tous les acteurs concernés un ensemble clair de règles uniformes et garantit un niveau effectif et comparable de protection des investisseurs de l'OPCVM dans l'Union européenne. Ceci tient à un avantage important des règlements, à savoir qu'ils ne nécessitent pas de transposition. Les règles directement applicables rendent immédiatement claires les exigences légales et contribuent considérablement à la sécurité juridique.

3.1.2. Subsidiarité et proportionnalité

Sur un marché intégré de fonds d'investissement, des fonds OPCVM sont vendus dans toute l'Union européenne, ce qui rend indispensable un ensemble uniforme de règles régissant les

dépositaires d'OPCVM. Les règles relatives aux OPCVM visent à garantir que les investisseurs de l'OPCVM de différents États membres bénéficient du même niveau de protection quand ils investissent dans un fonds OPCVM harmonisé. C'est la raison pour laquelle il est essentiel qu'il existe des règles uniformes sur la garde d'actifs d'investissement et une clarté quant aux accords de délégation conclus par un dépositaire d'OPCVM et des conservateurs tiers en vue de la garde d'actifs d'OPCVM et de leur protection contre l'insolvabilité.

Une action au niveau national ne permettrait pas d'obtenir le résultat attendu, à savoir garantir un niveau uniforme de protection des investisseurs, ni même d'éviter de potentiels conflits d'intérêts entre la société de gestion et le dépositaire de l'OPCVM ou le tiers auquel les fonctions de garde ont été déléguées.

Cette divergence des approches nationales explique la décision des co-législateurs d'habiliter la Commission à préciser et harmoniser les règles qui régissent les rapports entre le gestionnaire de l'OPCVM et son dépositaire ou le tiers auquel les fonctions de garde ont été déléguées.

Conformément au principe de proportionnalité, les mesures de l'Union ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs énoncés. Les mesures proposées traitent de façon proportionnée la question de la protection contre l'insolvabilité et celle de l'indépendance. Des mesures plus incisives, telles que l'exigence de séparation structurelle stricte entre le gestionnaire des actifs et son dépositaire, sont écartées en faveur d'exigences moins incisives, mais tout aussi efficaces, concernant l'indépendance des comités de direction des deux entités. De même, s'agissant de la «protection contre l'insolvabilité» des actifs en cas de délégation à un tiers, l'exigence stricte d'un avis juridique indépendant est atténuée par l'autorisation du partage de tels avis entre plusieurs membres d'une fédération sectorielle. Toutes les autres règles relatives aux dépositaires sont en harmonie avec le règlement délégué n° 231/2013 de la Commission, qui définit une norme de marché applicable aux relations contractuelles entre les dépositaires et les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

3.2. Explication détaillée de la proposition

Le règlement contient des dispositions détaillées sur les droits et obligations des dépositaires, compte tenu du fait que la fonction essentielle de ces entités est d'assurer la protection des investisseurs de l'OPCVM.

3.2.1. Définitions (article 1^{er})

En plus des définitions figurant à l'article 2 de la directive 2009/65/CE, l'article 1^{er} définit un «lien» comme la situation dans laquelle au moins deux personnes physiques ou morales sont liées par une participation qualifiée, alignant le seuil pertinent sur l'article 2, paragraphe 1, point j), de la directive OPCVM; et un «lien de groupe» comme la situation dans laquelle au moins deux entreprises ou entités appartenant au même groupe au sens de l'article 2, point 11, de la directive 2013/34/UE⁷, ou conformément aux normes comptables internationales applicables dans l'Union européenne en vertu du règlement (CE) n° 1606/2002⁸.

⁷ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil – Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (JO L 182 du 29.6.2013, p. 19).

⁸ Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales (JO L 243 du 11.9.2002, p. 1).

3.2.2. Détails devant être inclus dans le contrat écrit (article 2) – Article 22, paragraphe 2, de la directive OPCVM

L'article 2 prescrit des exigences minimales pour l'accord contractuel entre la société de gestion ou d'investissement et le dépositaire désigné par l'OPCVM conformément à l'article 22 de la directive OPCVM. La liste des exigences qui doivent être incluses dans le contrat définit ce qui est nécessaire pour la bonne garde de tous les actifs de l'OPCVM par le dépositaire ou par un tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive OPCVM et pour la bonne exécution par le dépositaire de ses fonctions de surveillance et de contrôle. Pour permettre au dépositaire d'évaluer et de surveiller le risque de conservation et d'insolvabilité, le contrat écrit doit fournir suffisamment d'informations sur les catégories d'instruments financiers dans lesquels l'OPCVM est susceptible d'investir et il doit mentionner les régions géographiques dans lesquelles l'OPCVM projette d'investir. Le contrat doit également contenir le détail d'une procédure d'intervention par paliers. Ainsi, le dépositaire doit prévenir l'OPCVM de tout risque important détecté dans le système de règlement d'un marché donné. En ce qui concerne la résiliation du contrat, il doit être indiqué que celle-ci constitue le dernier recours du dépositaire si ce dernier n'a pas l'assurance que les actifs sont suffisamment protégés en cas de faillite du conservateur. Le contrat doit également prévenir l'aléa moral, c'est-à-dire la possibilité que l'OPCVM prenne des décisions d'investissement sans tenir compte des risques de conservation associés à la zone géographique en partant du principe que le dépositaire serait tenu responsable si un risque de conservation se réalisait. Pour préserver un niveau élevé de protection des investisseurs, les dispositions relatives à la surveillance des tiers doivent être appliquées à toute la chaîne de conservation.

3.2.3. Obligations de surveillance (article 3) – Article 22, paragraphe 3, de la directive OPCVM

L'article 3 fixe, en particulier, des exigences concernant la fonction de surveillance et de contrôle incombant à un dépositaire, afin de lui permettre d'évaluer et de surveiller dûment la société de gestion ou d'investissement. L'article 3, paragraphe 3, impose au dépositaire d'établir sa propre procédure d'intervention par paliers pour traiter les situations dans lesquelles des irrégularités/écarts ont été détectés. La procédure d'intervention par paliers du dépositaire devrait décrire les circonstances, les obligations de notification et les mesures que doit prendre le personnel du dépositaire, à tout niveau de la structure organisationnelle, en lien avec tout écart détecté, y compris la notification à la société de gestion ou d'investissement et/ou aux autorités compétentes, tel que requis par le règlement.

3.2.4. Obligations relatives à la souscription et au remboursement (article 4) – Article 22, paragraphe 3, point a), de la directive OPCVM

Le dépositaire établit une procédure appropriée de rapprochement afin d'assurer la concordance du nombre de parts émises avec le produit des souscriptions reçu. Il vérifie également que les procédures en matière de vente, d'émission, de rachat, de remboursement et d'annulation de parts de l'OPCVM sont conformes au droit national applicable ainsi qu'au règlement de l'OPCVM ou à ses documents constitutifs.

3.2.5. Obligations relatives à l'évaluation des parts (article 5) – Article 22, paragraphe 3, point b), de la directive OPCVM

La fonction de surveillance du dépositaire comprend également l'obligation de contrôler les politiques et procédures d'évaluation de l'OPCVM appliquées pour l'évaluation des actifs de l'OPCVM. Conformément à l'article 85 de la directive OPCVM, le droit des États membres contient des règles détaillées concernant l'évaluation des actifs, ainsi que des règles pour le

calcul du prix de vente ou d'émission et du prix de rachat ou de remboursement des parts d'un OPCVM. Ces règles devraient également se retrouver dans le règlement du fonds ou dans les documents constitutifs de la société d'investissement. Tout manquement à ces règles devrait être notifié à la société de gestion ou d'investissement, qui devrait alors corriger l'évaluation des parts de l'OPCVM.

3.2.6. Obligations relatives à l'exécution des instructions de l'OPCVM (article 6) – Article 22, paragraphe 3, point c), de la directive OPCVM

Une autre mission de surveillance du dépositaire consiste à vérifier que les investissements de l'OPCVM sont conformes à ses stratégies d'investissement, telles que décrites dans son règlement et ses documents d'offre, et à s'assurer que l'OPCVM n'enfreint pas les restrictions en matière d'investissement. Le dépositaire doit surveiller les transactions de l'OPCVM et enquêter sur toute transaction inhabituelle. Si les limites ou les restrictions fixées par la législation ou la réglementation nationales applicables ou par le règlement et les documents constitutifs de l'OPCVM sont enfreintes.

3.2.7. Obligations relatives au règlement rapide des transactions (article 7) – Article 22, paragraphe 3, point d), de la directive OPCVM

Les dépositaires doivent contrôler toutes les opérations impliquant des actifs de l'OPCVM et remédier à tous retards dans la restitution d'instruments financiers par les contreparties.

3.2.8. Obligations relatives à la distribution des bénéfices de l'OPCVM (article 8) – Article 22, paragraphe 3, point e), de la directive OPCVM

Le dépositaire s'assure que les produits de l'OPCVM sont calculés avec précision et il vérifie l'exhaustivité et l'exactitude de toute distribution des bénéfices.

3.2.9. Suivi des liquidités (articles 9 à 11) – Article 22, paragraphe 4, de la directive OPCVM

Les articles 9, 10 et 11 du règlement énoncent les exigences nécessaires, en termes d'accès à l'information et de circulation de l'information, pour que le dépositaire ait une vue d'ensemble claire des flux de liquidités de l'OPCVM et puisse les suivre efficacement, comme le prévoit l'article 22, paragraphe 4, de la directive OPCVM. Le dépositaire doit également être informé de tous paiements effectués par des investisseurs ou pour leur compte lors de la souscription de parts d'un OPCVM.

3.2.10. Conditions d'exercice des fonctions de dépositaire (articles 12, 13 et 14) – Article 22, paragraphe 5, de la directive OPCVM

L'article 12 définit le champ d'application de la conservation. En vertu de cet article, tous les instruments financiers qui peuvent être enregistrés sur un compte d'instruments financiers (essentiellement les valeurs mobilières, les instruments du marché monétaire et les parts d'organismes de placement collectif) et qui appartiennent à un OPCVM doivent être conservés. Comme le précise le considérant 12, les actifs appartenant à un OPCVM ne peuvent pas être exclus du champ d'application de la conservation pour la simple raison qu'ils font l'objet de transactions commerciales particulières, telles qu'un contrat de garantie financière. Par conséquent, à supposer qu'un OPCVM fournisse ses actifs comme collatéral à un preneur de collatéral, le règlement de l'OPCVM exige que les actifs en question soient conservés aussi longtemps que l'OPCVM en reste propriétaire.

Les instruments financiers qui sont conservés doivent à tout instant bénéficier du soin et de la protection requis. Pour faire en sorte que le risque de conservation soit correctement évalué, le dépositaire doit, lorsqu'il fait preuve du soin requis, savoir notamment quels tiers constituent la chaîne de conservation, veiller à ce que les obligations en matière de diligence et de

ségrégation soient maintenues tout au long de la chaîne de conservation, s'assurer qu'il dispose d'un droit d'accès approprié aux livres et aux registres des tiers auxquels des fonctions de garde ont été déléguées, garantir le respect de ces exigences, documenter toutes ces obligations, mettre cette documentation à la disposition de l'OPCVM et faire rapport à ce dernier.

3.2.11. Obligations de diligence des dépositaires (article 15) – Article 22 bis, paragraphe 2, point c), de la directive OPCVM

Pour garantir un niveau suffisant de protection des actifs, l'article 15 fixe certains principes qui doivent s'appliquer dans le cadre de la délégation des fonctions de garde. Ces principes ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, c'est-à-dire ni comme établissant en détail la manière dont le dépositaire doit exercer la compétence, le soin et la diligence nécessaires, ni comme fixant toutes les mesures à prendre par le dépositaire en rapport avec lesdits principes. Lorsque le dépositaire sélectionne et désigne un tiers auquel il va déléguer des fonctions de garde, il évalue le cadre réglementaire et légal, y compris le risque pays, le risque de conservation et le caractère exécutoire des contrats du tiers. Si le tiers est situé dans un pays tiers, l'évaluation du caractère exécutoire du contrat doit reposer sur les conseils juridiques d'une source indépendante. L'obligation de contrôler de manière continue le tiers auquel des fonctions de garde ont été déléguées doit consister à vérifier que ce tiers s'acquitte correctement de toutes les fonctions déléguées et respecte l'accord de délégation.

L'accord contractuel avec le tiers sélectionné auquel sont déléguées les fonctions de garde doit contenir une clause de résiliation anticipée. Le dépositaire doit être en mesure de mettre un terme à ses rapports contractuels avec un tiers auquel les fonctions de garde ont été déléguées si le droit ou la jurisprudence d'un pays tiers connaît une modification telle que la protection des actifs de l'OPCVM n'est plus assurée. Dans de telles situations, le dépositaire informe la société de gestion ou d'investissement, laquelle notifie ses autorités compétentes du risque de conservation qui apparaît en lien avec les actifs conservés dans le pays tiers en question et prend toutes les mesures nécessaires qui servent au mieux les intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs. L'article 24 de la directive OPCVM impose aux dépositaires la stricte responsabilité en cas de perte d'un instrument financier. Par conséquent, tant que l'accord contractuel avec le tiers auquel certaines fonctions de garde ont été déléguées reste en vigueur, la stricte responsabilité du dépositaire continue de s'appliquer à tous les actifs conservés par ledit tiers. Aux termes de l'accord contractuel, le dépositaire devrait pouvoir mettre fin à son contrat avec la société de gestion ou d'investissement s'il n'est plus en mesure d'assurer le niveau de protection requis pour les actifs de l'OPCVM en raison des décisions d'investissement de la société de gestion ou d'investissement.

3.2.12. Obligation de ségrégation (article 16) – Article 22 bis, paragraphe 3, point c), de la directive OPCVM

Lorsque des fonctions de garde sont déléguées, le dépositaire doit s'assurer que les exigences de l'article 22 bis, paragraphe 3, point c), de la directive OPCVM sont satisfaites et que les actifs de ses OPCVM clients sont correctement ségrégués. Cette obligation doit en particulier garantir que les actifs de l'OPCVM ne soient pas perdus en cas d'insolvabilité du tiers auquel des fonctions de garde ont été déléguées.

3.2.13. Protection des actifs de l'OPCVM contre l'insolvabilité lorsque le dépositaire délègue des fonctions de garde à un tiers (article 17) – Article 22 bis, paragraphe 3, point d), de la directive OPCVM

Avant et pendant la délégation de fonctions de garde, le dépositaire doit s'assurer que le tiers prenne des mesures, au moyen d'accord précontractuels et contractuels, et mettre lui-même en

place des arrangements afin de garantir que les actifs de l'OPCVM soient protégés contre toute distribution ou toute réalisation au bénéfice des créanciers du tiers. La directive OPCVM impose à tous les États membres de mettre leur législation en matière d'insolvabilité en conformité avec cette exigence. Il est donc nécessaire que le dépositaire se procure un avis juridique indépendant sur le droit et la jurisprudence applicables en matière d'insolvabilité dans le pays tiers où des actifs de l'OPCVM doivent être détenus. L'accord contractuel avec le tiers auquel les fonctions de garde doivent être déléguées doit prévoir les obligations en matière de diligence et d'information permettant au dépositaire de vérifier si les actifs de l'OPCVM font l'objet d'une ségrégation appropriée et ne peuvent pas être distribués ou réalisés au bénéfice des créanciers du tiers. Un tiers est tenu d'informer le dépositaire de toute modification du droit ou de la jurisprudence en matière d'insolvabilité. Un tiers est également tenu de mettre en place les accords opérationnels permettant l'identification immédiate des actifs de l'OPCVM et des transactions effectuées qui sont nécessaires pour permettre au dépositaire d'exercer ses obligations de surveillance prévues par la directive OPCVM et le règlement.

3.2.14. Conditions et circonstances dans lesquelles les instruments financiers conservés doivent être considérés comme perdus (chapitre 3) – Article 24 de la directive OPCVM

En ce qui concerne le régime de la responsabilité du dépositaire, les articles 18 et 19 garantissent une interprétation uniforme de l'article 24, paragraphe 1, de la directive OPCVM. L'article 24, paragraphe 2, de ladite directive dispose que cette responsabilité n'est pas affectée par une éventuelle délégation telle que visée à l'article 22 *bis* de la directive OPCVM. Cela implique que le dépositaire est responsable de la restitution d'un instrument perdu alors qu'il était conservé, si la perte de cet instrument est causée par des événements entrant dans sa sphère opérationnelle ou dans celle du réseau de sous-conservateurs qu'il a désignés. En cas d'insolvabilité d'un sous-conservateur, une défaillance opérationnelle de sa part (par exemple, le non-respect de l'obligation de ségrégation) entraînerait également l'application de l'obligation de restitution, contrairement à des événements externes tels que catastrophe naturelle, décision des pouvoirs publics ou mesures gouvernementales (par exemple, la fermeture du marché), à moins qu'il ne soit établi que les conséquences auraient pu en être évitées. L'article 19 énonce les conditions d'utilisation de la décharge de responsabilité et précise ce qu'il faut entendre par événements extérieurs échappant à un contrôle raisonnable et dont les conséquences auraient été inévitables malgré tous les efforts raisonnables déployés pour les éviter, conformément à l'article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive OPCVM.

3.2.15. Conditions à remplir pour répondre à l'exigence d'indépendance (chapitre 4) – Article 25, paragraphe 2, de la directive OPCVM

La directive OPCVM délègue la mission d'établir des conditions et critères visant à garantir que les sociétés de gestion, sociétés d'investissement, dépositaires et tiers auxquels des fonctions de garde ont été déléguées agissent en toute indépendance.

Dans l'établissement de ces critères, la section 4 tient compte des spécificités des systèmes de gouvernement d'entreprise monistes et dualistes.

Des modalités communes de gestion garantissent que l'organe de direction de la société de gestion ou d'investissement et le dépositaire ou le tiers auquel des fonctions de garde ont été déléguées ne comprennent pas de membres de l'organe de direction des autres entités ou de salariés des autres entités. Les organes qui assument des fonctions de surveillance peuvent être composés seulement au tiers de membres qui sont également membres de l'organe de direction, membres de l'organe chargé des fonctions de surveillance ou salariés de l'autre

entité. La sélection des dépositaires par la société de gestion ou d'investissement doit reposer sur des critères solides, objectifs et prédéfinis et servir les seuls intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs. Il en va de même pour le dépositaire lorsqu'il délègue la garde à un tiers conformément à l'article 22 *bis* de la directive OPCVM. Dans les structures de groupe ou si le gestionnaire des actifs et le dépositaire sont liés par une participation qualifiée, les conflits d'intérêts doivent être évités ou, à tout le moins, détectés, gérés, suivis et signalés. En outre, la société de gestion ou d'investissement est tenue d'étayer et de documenter la sélection du dépositaire, ainsi que de justifier son choix par une comparaison quantitative et qualitative.

Elle informe également les investisseurs, par tous moyens appropriés, de l'existence de la structure de groupe ou du lien par une participation qualifiée, et justifie le choix du dépositaire à la demande des investisseurs. Afin de renforcer l'indépendance des entités concernées qui appartiennent au même groupe, au moins un tiers des membres, ou deux personnes, le chiffre le plus bas étant retenu, des organes assumant les fonctions de surveillance, y compris l'organe de direction chargé des fonctions de surveillance, doivent être indépendants.

4. INCIDENCE BUDGÉTAIRE

Les tâches que le règlement délégué prévoit de confier à l'AEMF n'ont pas d'incidence budgétaire sur le budget de l'UE, ni celui de l'AEMF. L'AEMF n'aura ainsi besoin d'aucun financement ni d'aucun poste supplémentaire au titre dudit acte.

RÈGLEMENT DÉLÉGUÉ (UE) .../... DE LA COMMISSION

du 17.12.2015

complétant la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les obligations des dépositaires

(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)

LA COMMISSION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)⁹, et notamment son article 26 *ter*,

considérant ce qui suit:

- (1) Il importe de veiller à ce que les objectifs de la directive 2009/65/CE soient atteints de manière uniforme dans tous les États membres afin de renforcer l'intégrité du marché intérieur et d'offrir une sécurité juridique à ses participants, notamment aux investisseurs institutionnels, aux autorités compétentes et aux autres parties prenantes. Par sa forme, un règlement apporte un cadre cohérent à tous les participants du marché et constitue le meilleur moyen de garantir des conditions de concurrence équitables et uniformes ainsi qu'une norme commune appropriée de protection des investisseurs. Il assure en outre l'applicabilité directe de règles uniformes détaillées relatives à l'activité des organismes de placement collectifs en valeurs mobilières (OPCVM) et des dépositaires, qui, de par leur nature, sont directement applicables et ne nécessitent donc pas d'être transposées au niveau national. L'adoption d'un règlement garantit également que les modifications pertinentes apportées à la directive 2009/65/CE par la directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil¹⁰ puissent toutes être appliquées à partir de la même date dans tous les États membres.
- (2) La directive 2009/65/CE prévoit un vaste ensemble d'exigences concernant les obligations des dépositaires, les accords de délégation et le régime de responsabilité pour les actifs de l'OPCVM conservés, afin de garantir un niveau élevé de protection des investisseurs qui tienne compte du fait que l'OPCVM est un mécanisme d'investissement de détail. Il convient donc de définir clairement les droits et les obligations du dépositaire, de la société de gestion et de la société d'investissement. Le contrat écrit doit comporter tous les détails nécessaires à la bonne garde de tous les actifs de l'OPCVM par le dépositaire ou par un tiers auquel les fonctions de garde ont

⁹ JO L 302 du 17.11.2009, p. 32.

¹⁰ Directive 2014/91/UE du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) pour ce qui est des fonctions de dépositaire, des politiques de rémunération et des sanctions, JO L 257 du 28.8.2014, p. 186.

été déléguées conformément à la directive 2009/65/CE, et à la bonne exécution par le dépositaire de ses fonctions de surveillance et de contrôle.

- (3) Pour permettre au dépositaire d'évaluer et de surveiller le risque de conservation et d'insolvabilité, le contrat écrit doit fournir suffisamment d'informations sur les catégories d'instruments financiers dans lesquels l'OPCVM est susceptible d'investir et il doit mentionner les régions géographiques dans lesquelles l'OPCVM projette d'investir. La procédure d'intervention par paliers du dépositaire devrait décrire les circonstances, les obligations de notification et les mesures que doit prendre le personnel du dépositaire, à tout niveau de la structure organisationnelle, en lien avec tout écart détecté, y compris la notification à la société de gestion ou d'investissement et/ou aux autorités compétentes, comme requis par le présent règlement. Ainsi, le dépositaire doit prévenir la société de gestion ou d'investissement de tout risque important détecté dans le système de règlement d'un marché donné. En ce qui concerne la résiliation du contrat, il doit être indiqué que celle-ci constitue le dernier recours du dépositaire si ce dernier n'a pas l'assurance que les actifs sont suffisamment protégés. Le contrat doit également prévenir l'aléa moral, c'est-à-dire la possibilité que l'OPCVM prenne des décisions d'investissement sans tenir compte des risques de conservation en partant du principe que le dépositaire sera tenu responsable. Pour préserver un niveau élevé de protection des investisseurs, la disposition fixant les détails de la surveillance des tiers doit être appliquée à toute la chaîne de conservation.
- (4) Pour faire en sorte que le dépositaire soit en mesure de s'acquitter de ses missions, il convient de préciser les tâches prévues par l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE, et en particulier les contrôles de deuxième niveau que le dépositaire doit entreprendre. Ces tâches ne doivent pas empêcher le dépositaire de procéder à des vérifications ex ante lorsqu'il le juge nécessaire, en accord avec l'OPCVM. Pour être en mesure de s'acquitter de ses missions, le dépositaire doit établir sa propre procédure d'intervention par paliers pour traiter les situations dans lesquelles des écarts ont été détectés. Cette procédure doit garantir que toute infraction importante soit notifiée aux autorités compétentes. Les responsabilités de surveillance que doit exercer le dépositaire à l'égard des tiers sont sans préjudice des responsabilités incombant à l'OPCVM selon la directive 2009/65/CE.
- (5) Le dépositaire doit vérifier que le nombre de parts émises concorde avec le produit des souscriptions reçu. En outre, pour s'assurer que les paiements effectués par les investisseurs lors de la souscription ont été reçus, le dépositaire doit veiller à ce qu'un autre rapprochement soit réalisé entre les ordres de souscription et le produit des souscriptions. Le même rapprochement doit également être effectué pour les ordres de remboursement. Le dépositaire doit aussi vérifier que le nombre de parts figurant dans les comptes de l'OPCVM correspond au nombre de parts en circulation indiqué dans le registre de l'OPCVM. Le dépositaire doit adapter ses procédures en conséquence, en tenant compte du flux des souscriptions et des remboursements.
- (6) Le dépositaire doit prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que des politiques et procédures d'évaluation appropriées soient mises en œuvre de manière effective pour les actifs de l'OPCVM, en procédant à des contrôles sur échantillons ou en vérifiant la concordance entre les changements dans le temps du calcul de la valeur nette d'inventaire et ceux d'une référence. Lorsqu'il établit ses procédures, le dépositaire doit avoir une connaissance exacte des méthodes d'évaluation utilisées par l'OPCVM pour évaluer les actifs de l'OPCVM. La fréquence de ces contrôles doit être adaptée à celle de l'évaluation des actifs de l'OPCVM.

- (7) Conformément à son obligation de surveillance établie par la directive 2009/65/CE, le dépositaire doit mettre en place une procédure pour vérifier ex post que l'OPCVM a respecté la législation et les règles applicables ainsi que son règlement et ses documents constitutifs. Il doit s'agir par exemple de vérifier que les investissements de l'OPCVM sont conformes à ses stratégies d'investissement, telles que décrites dans son règlement et ses documents d'offre, et de s'assurer que l'OPCVM n'enfreint pas les restrictions en matière d'investissement. Le dépositaire doit surveiller les transactions de l'OPCVM et enquêter sur toute transaction inhabituelle. Si les limites ou les restrictions fixées par la législation ou les règles nationales applicables ou par le règlement et les documents constitutifs de l'OPCVM sont enfreintes, le dépositaire doit agir rapidement pour inverser la transaction qui était en infraction de la législation, des règles ou du règlement en question.
- (8) Le dépositaire doit veiller à ce que les bénéfices de l'OPCVM soient calculés avec exactitude conformément à la directive 2009/65/CE. Le dépositaire doit pour cela s'assurer que le calcul et la distribution des bénéfices sont adéquats et, lorsqu'il détecte une erreur, que l'OPCVM prend les mesures correctives qui s'imposent. Une fois qu'il s'en est assuré, il doit vérifier l'exhaustivité et l'exactitude de la distribution des bénéfices.
- (9) Pour que le dépositaire puisse avoir en toutes situations une vue d'ensemble de tous les flux de liquidités entrants et sortants de l'OPCVM, l'OPCVM doit s'assurer que celui-ci reçoive dans les meilleurs délais des informations exactes concernant tous les flux de liquidités, notamment de la part de tiers auprès desquels un compte de liquidités de l'OPCVM est ouvert.
- (10) Pour que les flux de liquidités de l'OPCVM soient correctement surveillés, le dépositaire doit s'assurer que des procédures sont en place et mises en œuvre efficacement pour suivre adéquatement les flux de liquidités de l'OPCVM et que ces procédures sont périodiquement révisées. Le dépositaire doit en particulier examiner la procédure de rapprochement pour s'assurer qu'elle est adaptée à l'OPCVM et qu'elle est effectuée à des intervalles appropriés prenant en compte la nature, la taille et la complexité de l'OPCVM. Cette procédure doit par exemple comparer un à un chacun des flux de liquidités figurant dans les relevés de compte bancaire à chacun des flux de liquidités enregistrés dans les comptes de l'OPCVM. Lorsque des rapprochements sont effectués quotidiennement, comme c'est le cas pour la plupart des OPCVM, le dépositaire doit également effectuer son rapprochement de façon quotidienne. Le dépositaire doit en particulier surveiller les disparités mises en évidence par les procédures de rapprochement et les mesures correctives qui ont été prises afin d'avertir dans les meilleurs délais l'OPCVM de toute anomalie non corrigée et de procéder à un examen complet des procédures de rapprochement. Un tel examen doit être réalisé au moins une fois par an. Le dépositaire doit également détecter en temps utile les flux de liquidités importants et en particulier ceux qui pourraient être incompatibles avec les opérations de l'OPCVM, tels que les changements de positions sur les actifs de l'OPCVM ou les souscriptions et remboursements, et il doit recevoir périodiquement des relevés des comptes de liquidités et vérifier que les positions de liquidités qu'il a lui-même enregistrées sont conformes à celles enregistrées par l'OPCVM. Le dépositaire doit tenir son registre à jour conformément à l'article 22, paragraphe 5, point b), de la directive 2009/65/CE.
- (11) Le dépositaire doit veiller à ce que tous les paiements effectués par des investisseurs ou en leur nom lors de la souscription de parts ou d'actions de l'OPCVM aient été reçus et comptabilisés sur un ou plusieurs comptes de liquidités conformément à la

directive 2009/65/CE. L'OPCVM doit donc s'assurer que le dépositaire dispose des informations pertinentes dont il a besoin pour effectuer un suivi adéquat de la réception des paiements des investisseurs. L'OPCVM doit veiller à ce que le dépositaire obtienne ces informations dans les meilleurs délais lorsque le tiers reçoit un ordre de remboursement ou d'émission de parts d'un OPCVM. Ces informations doivent donc être transmises au dépositaire à la clôture du jour ouvrable par l'entité responsable de la souscription et du remboursement de parts d'un OPCVM pour éviter toute utilisation abusive des paiements des investisseurs.

- (12) Le dépositaire doit assurer la conservation de tous les instruments financiers de l'OPCVM qui peuvent être enregistrés ou détenus dans un compte directement ou indirectement au nom du dépositaire ou d'un tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées, notamment au niveau du dépositaire central des titres. Doivent également être conservés les instruments financiers qui sont uniquement enregistrés directement auprès de l'émetteur lui-même ou de son agent au nom du dépositaire ou d'un tiers auquel les fonctions de garde sont déléguées. Ne doivent pas être conservés les instruments financiers qui, conformément à la législation nationale applicable, sont seulement enregistrés au nom de l'OPCVM auprès de l'émetteur ou de son agent. Tous les instruments financiers qui pourraient être livrés physiquement au dépositaire doivent être conservés. Si les conditions de conservation des instruments financiers sont satisfaites, les instruments financiers fournis en tant que collatéral à un tiers ou par un tiers au profit de l'OPCVM doivent également être conservés par le dépositaire lui-même ou par un tiers auquel les fonctions de garde ont été déléguées, dans la mesure où ils sont la propriété de l'OPCVM.
- (13) Les instruments financiers qui sont conservés doivent à tout instant bénéficier du soin et de la protection requis. Pour faire en sorte que le risque de conservation soit correctement évalué, des obligations claires doivent être prévues pour le dépositaire, qui doit, lorsqu'il fait preuve du soin requis, savoir notamment quels tiers constituent la chaîne de conservation, veiller à ce que les obligations en matière de diligence et de ségrégation soient maintenues tout au long de la chaîne de conservation, s'assurer qu'il dispose d'un droit d'accès approprié aux livres et aux registres des tiers auxquels des fonctions de garde ont été déléguées, garantir le respect des exigences en matière de diligence et de ségrégation, documenter toutes ces obligations et mettre cette documentation à la disposition de la société de gestion ou d'investissement.
- (14) Le dépositaire doit à tout moment avoir une vue d'ensemble complète de tous les actifs qui ne sont pas des actifs financiers dont il convient d'assurer la conservation. Ces actifs sont soumis à l'obligation de vérification de la propriété et de tenue d'un registre selon la directive 2009/65/CE. Ce sont par exemple des actifs physiques qui ne sont pas considérés comme des instruments financiers au sens de la directive 2009/65/CE ou qui ne peuvent pas être livrés physiquement au dépositaire, des contrats financiers tels que certains dérivés et des dépôts de liquidités.
- (15) Pour atteindre un niveau suffisant de certitude que l'OPCVM est bien le propriétaire d'un actif, le dépositaire doit s'assurer qu'il reçoit toutes les informations qu'il juge nécessaires pour avoir l'assurance que l'OPCVM détient la propriété de cet actif. Il peut s'agir de la copie d'un document officiel prouvant que l'OPCVM est le propriétaire de l'actif ou de tout autre élément de preuve officiel et fiable jugé approprié par le dépositaire. Si nécessaire, le dépositaire doit demander des éléments de preuve supplémentaires à l'OPCVM ou le cas échéant à un tiers.

- (16) Le dépositaire doit également tenir un registre de tous les actifs dont il a l'assurance que l'OPCVM est le propriétaire. Il peut mettre en place une procédure pour recevoir des informations de la part de tiers, qui permette l'instauration de mécanismes garantissant que les actifs ne puissent être transférés sans que lui-même ou le tiers auquel les fonctions de garde ont été déléguées n'en soient informés.
- (17) Lorsque le dépositaire délègue des fonctions de garde à un tiers conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, il doit mettre en place et appliquer une procédure appropriée et documentée pour garantir que le délégataire se conforme en toutes circonstances aux exigences de l'article 22 *bis*, paragraphe 3, de la directive. Pour garantir un niveau suffisant de protection des actifs, il est nécessaire de fixer certains principes qui doivent s'appliquer dans le cadre de la délégation des fonctions de garde.
- (18) Ces principes ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, c'est-à-dire ni comme établissant en détail la manière dont le dépositaire doit exercer la compétence, le soin et la diligence nécessaires, ni comme fixant toutes les mesures à prendre par le dépositaire en rapport avec ces principes. L'obligation de contrôler de manière continue le tiers auquel des fonctions de garde ont été déléguées doit consister à vérifier que ce tiers s'acquitte correctement de toutes les fonctions déléguées et respecte le contrat de délégation, ainsi que les autres exigences légales telles que l'exigence d'indépendance et l'interdiction de réutilisation. Le dépositaire doit également examiner les éléments évalués lors du processus de sélection et de désignation et les comparer aux développements du marché. Le dépositaire doit, à tout moment, être à même d'évaluer comme il convient les risques liés à la décision de confier des actifs à un tiers. La fréquence de cet examen doit pouvoir être modifiée afin de toujours être adaptée aux conditions de marché et aux risques associés. Pour que le dépositaire puisse réagir efficacement à une possible insolvabilité du tiers, il doit mettre au point des plans d'urgence, et notamment la possibilité de sélectionner d'autres prestataires. Si de telles mesures peuvent permettre de réduire le risque de conservation encouru par un dépositaire, elles ne changent en rien l'obligation de restituer les instruments financiers ou, en cas de perte de ces derniers, de verser un montant correspondant, obligation qui dépend du respect ou non des exigences de l'article 24 de la directive 2009/65/CE.
- (19) Afin de vérifier que les actifs et les droits de l'OPCVM sont protégés contre l'insolvabilité d'un tiers, le dépositaire doit comprendre le droit en matière d'insolvabilité du pays tiers dans lequel est situé le tiers et s'assurer du caractère exécutoire de leurs rapports contractuels. Avant de déléguer des fonctions de garde à un tiers situé en dehors de l'Union européenne, le dépositaire doit se procurer un avis juridique indépendant concernant le caractère exécutoire de l'accord contractuel avec le tiers en vertu du droit et de la jurisprudence en matière d'insolvabilité du pays dans lequel et situé le tiers, afin de garantir que l'accord contractuel puisse également être exécuté en cas d'insolvabilité du tiers. L'obligation pour un dépositaire d'évaluer le cadre réglementaire et légal du pays tiers implique également de se procurer un avis juridique indépendant évaluant le droit et la jurisprudence en matière d'insolvabilité du pays tiers dans lequel est situé ledit tiers. Ces avis peuvent être combinés, le cas échéant, ou être remis pour chaque juridiction par des fédérations sectorielles ou des cabinets juridiques pertinents au bénéfice de plusieurs dépositaires.
- (20) L'accord contractuel avec le tiers sélectionné auquel les fonctions de garde sont déléguées doit contenir une clause de résiliation anticipée, dans la mesure où le dépositaire doit être en mesure de mettre un terme aux rapports contractuels si le droit

ou la jurisprudence d'un pays tiers connaît une modification telle que la protection des actifs de l'OPCVM n'est plus assurée. Dans de telles situations, le dépositaire doit informer la société de gestion ou d'investissement qui, à son tour, doit notifier ses autorités compétentes et prendre toutes les mesures qui servent aux mieux les intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs. La notification aux autorités compétentes du risque accru de conservation et d'insolvabilité concernant les actifs de l'OPCVM dans un pays tiers ne doit pas décharger le dépositaire ou la société de gestion ou d'investissement des devoirs et obligations imposés par la directive 2009/65/CE.

- (21) Lorsque des fonctions de garde sont déléguées, le dépositaire doit s'assurer que les exigences de l'article 22 *bis*, paragraphe 3, point c), de la directive 2009/65/CE sont satisfaites et que les actifs de ses OPCVM clients sont correctement ségrégués. Cette obligation doit en particulier garantir que les actifs de l'OPCVM ne soient pas perdus en cas d'insolvabilité du tiers auquel les fonctions de garde ont été déléguées et que les actifs d'OPCVM ne soient pas réutilisés par un tiers pour son propre compte. En outre, le dépositaire devrait pouvoir interdire les déficits temporaires dans les actifs des clients, utiliser des tampons ou mettre en place des mécanismes interdisant de recourir au solde débiteur d'un client pour neutraliser le solde créditeur d'un autre client. Si de telles mesures peuvent permettre de réduire le risque de conservation encouru par un dépositaire, elles ne changent en rien l'obligation de restituer les instruments financiers ou, en cas de perte de ces derniers, de verser un montant correspondant, obligation qui dépend du respect ou non des exigences de la directive 2009/65/CE.
- (22) Avant et pendant la délégation de fonctions de garde, le dépositaire doit s'assurer, au moyen d'accord précontractuels et contractuels, que le tiers prenne des mesures et mette en place des arrangements afin de garantir que les actifs de l'OPCVM soient protégés contre toute distribution ou toute réalisation au bénéfice des créanciers du tiers lui-même. La directive 2009/65/CE impose à tous les États membres de mettre leur législation loi pertinente en matière d'insolvabilité en conformité avec cette exigence. Il appartient donc au dépositaire de se procurer des informations indépendantes sur le droit et la jurisprudence applicables en matière d'insolvabilité dans le pays tiers où les actifs de l'OPCVM doivent être conservés.
- (23) La responsabilité du dépositaire visée à l'article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2009/65/CE est engagée en cas de perte d'un instrument financier conservé par le dépositaire lui-même ou par un tiers auquel la garde a été déléguée, si le dépositaire ne peut prouver que cette perte résulte d'un événement extérieur échappant à son contrôle raisonnable et dont les conséquences auraient été inévitables malgré tous les efforts raisonnables déployés pour l'éviter. Cette perte est à distinguer d'une perte sur un investissement subie par des investisseurs du fait de la baisse de la valeur d'actifs résultant d'une décision d'investissement.
- (24) Pour qu'une perte engage la responsabilité d'un dépositaire, elle doit être définitive, sans possibilité de récupérer l'actif financier. Par conséquent, lorsqu'un instrument financier est seulement provisoirement indisponible ou gelé, cela ne doit pas être considéré comme une perte au sens de l'article 24 de la directive 2009/65/CE. Il existe en revanche trois types de situations dans lesquelles la perte doit être considérée comme définitive: lorsque l'instrument financier n'existe plus ou n'a jamais existé; lorsque l'instrument financier existe, mais que l'OPCVM a définitivement perdu son droit de propriété sur ce dernier; et lorsque l'OPCVM détient le droit de propriété sur l'instrument financier mais ne peut plus, de façon permanente, transférer le titre de propriété ou créer des droits de propriété limités.

- (25) Un instrument financier est considéré comme n'existant plus lorsque, par exemple, il a disparu à la suite d'une erreur comptable qui ne peut pas être corrigée, ou lorsqu'il n'a jamais existé et qu'il a été enregistré comme propriété de l'OPCVM sur la base de documents falsifiés. Lorsque des instruments financiers sont perdus en raison d'un comportement frauduleux, cela doit être considéré comme une perte.
- (26) Une perte ne peut être constatée lorsque l'instrument financier a été remplacé par un autre ou converti en un autre, lorsque dans le cadre de la restructuration d'une entreprise, des actions sont annulées et remplacées par des actions nouvellement émises. L'OPCVM ne doit pas être considéré comme privé de façon permanente de son droit de propriété sur un instrument financier s'il en a légitimement transféré la propriété à un tiers. Par conséquent, lorsqu'une distinction s'opère entre propriété juridique et propriété économique effective des actifs, la définition de la perte doit se rapporter à la perte du droit de propriété économique.
- (27) Le dépositaire ne peut être déchargé de sa responsabilité visée à l'article 24 de la directive 2009/65/CE qu'en cas d'évènement extérieur échappant à son contrôle et dont les conséquences auraient été inévitables malgré tous les efforts raisonnables déployés pour l'éviter. Pour être déchargé de sa responsabilité, le dépositaire doit prouver que ces conditions sont cumulativement remplies; une procédure devrait être prévue et suivie à cet effet.
- (28) Il convient en premier lieu de déterminer si l'évènement ayant conduit à la perte était extérieur. La responsabilité du dépositaire ne doit pas être modifiée par la délégation de fonctions de garde et par conséquent, un évènement doit être considéré comme extérieur s'il ne résulte pas d'un acte ou d'une omission du dépositaire ou du tiers auquel la garde des instruments financiers concernés a été déléguée. Il convient ensuite de déterminer si l'évènement échappait au contrôle du dépositaire en vérifiant qu'un dépositaire prudent n'aurait effectivement rien pu entreprendre qui puisse raisonnablement être attendu de lui pour empêcher que cet évènement survienne. À cet égard, les évènements naturels ainsi que les actes d'une autorité publique peuvent être considérés comme des évènements extérieurs échappant à un contrôle raisonnable. En revanche, une perte provoquée par le non-respect de l'exigence de ségrégation fixée à l'article 21, paragraphe 11, point d) iii), de la directive 2009/65/CE ou une perte d'actifs résultant de l'interruption de l'activité du tiers en raison de son insolvabilité ne peuvent être considérées comme des évènements extérieurs échappant à un contrôle raisonnable.
- (29) Enfin, le dépositaire doit prouver que la perte n'aurait pas pu être évitée en dépit de tous les efforts qui auraient raisonnablement pu être déployés. À cet égard, le dépositaire doit informer la société de gestion ou d'investissement et prendre les mesures appropriées en fonction des circonstances. Lorsque le dépositaire pense par exemple que la seule mesure appropriée est de céder les instruments financiers, il doit dûment en informer la société de gestion ou d'investissement, qui doit à son tour signifier par écrit au dépositaire si ce dernier doit continuer de détenir les instruments financiers ou s'il doit les céder. Si le dépositaire reçoit l'instruction de continuer de détenir les actifs, les investisseurs de l'OPCVM doivent en être informés dans les meilleurs délais. La société de gestion ou d'investissement doit dûment tenir compte des recommandations du dépositaire. Selon les circonstances, si après des avertissements répétés, le dépositaire continue de craindre que le niveau de protection de l'instrument financier soit insuffisant, il doit envisager de prendre éventuellement d'autres mesures, comme de résilier le contrat, à condition de respecter un délai de

préavis permettant à l'OPCVM de trouver un autre dépositaire, conformément à la législation nationale.

- (30) Les garanties de protection des investisseurs prévues par le régime du dépositaire doivent tenir compte d'éventuelles interconnexions entre le dépositaire et la société de gestion ou d'investissement, telles que celles qui découlent d'une gestion commune ou affiliée ou d'actionnariats croisés. Ces interconnexions, si et dans la mesure où le droit national les autorise, pourraient faire naître des conflits d'intérêts représentés par le risque de fraude (irrégularités non signalées aux autorités compétentes pour éviter une mauvaise réputation), le risque de recours judiciaire (réticence ou refus d'engager des poursuites contre le dépositaire), le biais de sélection (choix du dépositaire ne reposant pas sur la qualité et le prix), le risque d'insolvabilité (normes plus faibles en matière de ségrégation des actifs ou attention plus faible portée à la solvabilité du dépositaire) ou le risque d'exposition d'un groupe donné (investissements intragroupe).
- (31) L'indépendance opérationnelle de la société de gestion ou d'investissement et du dépositaire, y compris lorsque des fonctions de garde ont été déléguées, fournit des garanties supplémentaires assurant la protection des investisseurs, sans frais excessifs, en relevant les normes comportementales des entités qui font partie du même groupe ou qui sont liées de toute autre façon. Les exigences d'indépendance opérationnelle devraient porter sur des éléments matériels, tels que l'identité ou les liens personnels de gestionnaires, de salariés ou de personnes assumant des fonctions de surveillance envers d'autres entités ou sociétés au sein du groupe, y compris des situations dans lesquelles de telles personnes sont affiliées.
- (32) Pour garantir un traitement proportionnel, lorsque la société de gestion ou d'investissement et le dépositaire appartiennent au même groupe, au moins un tiers des membres, ou deux personnes, le chiffre le plus bas étant retenu, des organes assumant des fonctions de surveillance ou des organes de direction également chargés des fonctions de surveillance doivent être indépendants.
- (33) S'agissant du gouvernement d'entreprise, il convient de refléter les spécificités du système moniste, dans lequel une société est gérée par un organe qui assume à la fois les fonctions de direction et de surveillance, et le système dualiste, dans lequel le conseil d'administration et le conseil de surveillance coexistent.
- (34) Pour permettre aux autorités compétentes, aux OPCVM et aux dépositaires de s'adapter aux nouvelles dispositions du présent règlement, de façon à ce que ces dispositions puissent être appliquées de manière efficace et efficiente, il convient de retarder la date d'application du présent règlement de six mois par rapport à sa date d'entrée en vigueur.
- (35) Les mesures prévues par le présent règlement sont conformes à l'avis du groupe d'experts du comité européen des valeurs mobilières,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

CHAPITRE 1

DÉFINITIONS ET DÉTAILS DU CONTRAT ÉCRIT

(Article 22, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE)

Article premier

Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par:

- (a) «lien», une situation dans laquelle au moins deux personnes physiques ou morales sont liées par une participation directe ou indirecte dans une entreprise qui représente 10 % ou plus du capital ou des droits de vote ou qui permet d'exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise dans laquelle est détenue cette participation;
- (b) «lien de groupe», une situation dans laquelle au moins deux entreprises ou entités appartiennent au même groupe au sens de l'article 2, point 11), de la directive 2013/34/UE¹¹ ou au sens des normes comptables internationales adoptées en vertu du règlement (CE) n° 1606/2002¹².

Article 2

Contrat de désignation d'un dépositaire

1. Le contrat matérialisant la désignation du dépositaire conformément à l'article 22, paragraphe 2, de la directive 2009/65/CE est établi entre, d'une part, le dépositaire et, d'autre part, la société d'investissement ou de gestion pour chacun des fonds communs que gère la société de gestion.
2. Le contrat comporte au moins les éléments suivants:
 - (a) une description des services à fournir par le dépositaire et des procédures à adopter par le dépositaire pour chaque type d'actifs dans lesquels l'OPCVM pourrait investir et qui seraient ensuite confiés au dépositaire;
 - (b) une description de la manière dont les fonctions de garde et de surveillance seront exercées, en fonction des types d'actifs et des régions géographiques dans lesquels l'OPCVM prévoit d'investir, y compris, pour ce qui concerne les missions de garde, des listes de pays et les procédures permettant l'ajout et le retrait de pays de ces listes. Ces informations sont conformes aux informations figurant dans le règlement, les documents constitutifs et les documents d'offre de l'OPCVM concernant les actifs dans lesquels l'OPCVM peut investir;
 - (c) la durée de validité et les conditions de modification et de résiliation du contrat, y compris les situations qui pourraient entraîner la résiliation du contrat et les détails de la procédure de résiliation, ainsi que les procédures à respecter par le dépositaire pour transmettre toutes les informations pertinentes à son successeur;
 - (d) les obligations de confidentialité applicables aux parties, conformément aux lois et règlements pertinents. Ces obligations n'empêchent pas les autorités compétentes d'accéder aux documents et aux informations nécessaires;
 - (e) les moyens et les procédures utilisés par le dépositaire pour transmettre à la société de gestion ou d'investissement toutes les informations dont celle-ci a

¹¹ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182 du 29.6.2013, p. 19).

¹² Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales (JO L 243 du 11.9.2002, p. 1).

besoin pour s'acquitter de ses missions, y compris l'exercice des droits rattachés aux actifs, et pour permettre à la société de gestion ou d'investissement de disposer, en temps utile, d'une vue d'ensemble exacte des comptes de l'OPCVM;

- (f) les moyens et les procédures utilisés par la société de gestion ou d'investissement pour transmettre au dépositaire toutes les informations dont celui-ci a besoin pour s'acquitter de ses missions, ou faire en sorte qu'il y ait accès; il s'agit entre autres des procédures visant à ce que le dépositaire reçoive les informations nécessaires des tiers désignés par la société de gestion ou d'investissement;
- (g) les procédures à suivre lorsqu'une modification du règlement, des documents constitutifs ou des documents d'offre de l'OPCVM est envisagée, avec une description détaillée des situations dans lesquelles le dépositaire doit être informé ou doit donner son accord préalable à la modification;
- (h) les obligations d'échange d'informations entre, d'une part, la société d'investissement ou de gestion, ou un tiers agissant pour le compte de l'OPCVM et, d'autre part, le dépositaire, en ce qui concerne la vente, la souscription, le remboursement, l'émission, l'annulation et le rachat de parts de l'OPCVM;
- (i) les obligations d'échange d'informations entre la société d'investissement ou de gestion, ou un tiers agissant pour le compte de l'OPCVM, et le dépositaire en ce qui concerne l'exercice des fonctions du dépositaire;
- (j) si les parties au contrat envisagent de désigner des tiers pour s'acquitter d'une partie de leurs missions respectives, un engagement de communiquer régulièrement les coordonnées de tout tiers désigné et, sur demande, les critères utilisés pour sélectionner ce dernier et les mesures envisagées pour assurer le suivi de ses activités;
- (k) des informations sur les tâches et les responsabilités des parties au contrat en ce qui concerne les obligations en matière de prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme;
- (l) des informations sur tous les comptes de liquidités ouverts au nom de la société d'investissement ou de gestion agissant pour le compte de l'OPCVM et les procédures visant à ce que le dépositaire soit informé lors de toute ouverture d'un nouveau compte;
- (m) le détail des procédures d'intervention par paliers du dépositaire, y compris l'identité des personnes travaillant pour la société de gestion ou d'investissement que le dépositaire doit joindre lorsqu'il lance une telle procédure;
- (n) l'engagement du dépositaire de signaler s'il se rend compte que la ségrégation des actifs n'est pas ou plus suffisante pour garantir la protection contre l'insolvabilité d'un tiers auquel les fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE sur un territoire donné;
- (o) les procédures visant à ce que le dépositaire, en ce qui concerne ses fonctions, puisse s'informer de la manière dont la société de gestion ou d'investissement mène ses activités et évaluer la qualité des informations obtenues, notamment

par un droit d'accès aux livres comptables de la société de gestion ou d'investissement ou par des visites sur place;

- (p) les procédures garantissant que la société de gestion ou d'investissement soit habilitée à évaluer la performance du dépositaire au regard de ses obligations.

Les moyens et procédures visés aux points a) à p) sont décrits en détail dans le contrat de désignation du dépositaire et dans ses avenants ultérieurs éventuels.

3. Les parties peuvent convenir de transmettre électroniquement tout ou partie des informations qu'elles se communiquent, à condition que ces informations soient dûment enregistrées.
4. Sauf disposition contraire du droit national, il n'est pas obligatoire de conclure un contrat écrit distinct pour chaque fonds commun.

La société de gestion et le dépositaire peuvent conclure un contrat unique énumérant les fonds communs gérés par ladite société de gestion auxquels s'applique le contrat.

5. Le droit national applicable au contrat de désignation du dépositaire et à tout accord ultérieur est précisé.

CHAPITRE 2

Fonctions du dépositaire, obligations de diligence, obligation de ségrégation et protection contre l'insolvabilité

(Article 22, paragraphes 3, 4 et 5, et article 22 bis, paragraphe 2, points c) et d), de la directive 2009/65/CE)

Article 3

Obligations de surveillance – Exigences générales

1. Au moment de sa désignation, le dépositaire évalue les risques liés à la nature, à la taille et à la complexité de la stratégie et de la politique d'investissement de l'OPCVM et à l'organisation de la société de gestion ou d'investissement. Sur la base de cette évaluation, le dépositaire conçoit des procédures de surveillance appropriées à l'OPCVM et aux actifs dans lesquels celui-ci investit, qui sont ensuite mises en œuvre et appliquées. Ces procédures sont mises à jour régulièrement.
2. Dans l'exercice de ses obligations de surveillance au titre de l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE, le dépositaire réalise des contrôles et vérifications ex post portant sur les processus et procédures qui relèvent de la responsabilité de la société de gestion ou d'investissement ou d'un tiers désigné. Le dépositaire veille à l'existence, en toutes circonstances, d'une procédure appropriée de vérification et de rapprochement, ainsi qu'à sa mise en œuvre, à son application et à son réexamen fréquent. La société de gestion ou d'investissement veille à ce que toutes les instructions liées aux actifs et aux opérations de l'OPCVM soient transmises au dépositaire, de façon que ce dernier soit en mesure de mener à bien sa propre procédure de vérification ou de rapprochement.
3. Le dépositaire établit une procédure d'intervention par paliers claire et globale à appliquer si, dans le cadre de ses obligations de surveillance, il détecte des écarts potentiels; les détails de cette procédure sont mis à la disposition des autorités compétentes de la société de gestion ou d'investissement sur demande.
4. La société de gestion ou d'investissement fournit au dépositaire, dès le début de ses fonctions et en permanence, toutes les informations nécessaires à ce dernier pour respecter ses obligations au titre de l'article 22, paragraphe 3, de la directive 2009/65/CE, y compris les informations à fournir au dépositaire par des tiers.

La société de gestion ou d'investissement veille en particulier à ce que le dépositaire soit en mesure d'accéder aux livres comptables et de réaliser des visites sur place dans les locaux de la société de gestion ou d'investissement et dans ceux de tout prestataire de services désigné par la société de gestion ou d'investissement, ou d'examiner les rapports et déclarations délivrant des certifications externes reconnues émanant d'auditeurs indépendants qualifiés ou d'autres experts, afin de s'assurer du caractère adéquat et pertinent des procédures en place.

Article 4

Obligations relatives à la souscription et au remboursement

1. Un dépositaire est réputé satisfaire aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 3, point a), de la directive 2009/65/CE s'il veille à ce que la société de gestion ou d'investissement ait établi, mette en œuvre et applique une procédure appropriée et cohérente afin de:
 - (a) rapprocher d'une part les ordres de souscriptions et le montant des souscriptions, d'autre part le nombre de parts émises et le montant des souscriptions reçu par l'OPCVM;
 - (b) rapprocher d'une part les ordres de remboursement et le montant des remboursements payé, d'autre part le nombre de parts annulées et le montant des remboursements payé par l'OPCVM;
 - (c) vérifier régulièrement que la procédure de rapprochement est appropriée.Aux fins des points a), b) et c), le dépositaire vérifie régulièrement, en particulier, la correspondance entre le nombre total de parts qui apparaissent dans les comptes de l'OPCVM et le nombre total de parts en circulation qui figurent dans le registre de l'OPCVM.
2. Le dépositaire veille à ce que les procédures en matière de vente, d'émission, de remboursement, de rachat et d'annulation de parts de l'OPCVM soient conformes au droit national applicable ainsi qu'au règlement de l'OPCVM ou à ses documents constitutifs; il s'en assure régulièrement et vérifie que ces procédures sont effectivement mises en œuvre.
3. La fréquence des vérifications effectuées par le dépositaire est adaptée à la fréquence des souscriptions et des remboursements.

Article 5

Obligations relatives à l'évaluation des parts

1. Un dépositaire est réputé satisfaire aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 3, point b), de la directive 2009/65/CE s'il met en place des procédures afin de:
 - (a) vérifier en permanence que des procédures appropriées et cohérentes sont établies et appliquées pour l'évaluation des actifs de l'OPCVM conformément au droit national applicable comme prévu à l'article 85 de la directive 2009/65/CE ainsi qu'au règlement et aux documents constitutifs de l'OPCVM;
 - (b) veiller à ce que les politiques et procédures d'évaluation soient mises en œuvre effectivement et réexaminées périodiquement.
2. Le dépositaire mène les vérifications visées au paragraphe 1 à une fréquence compatible avec la fréquence de la politique d'évaluation de l'OPCVM, telle que définie dans le droit national adopté en lien avec l'article 85 de la directive 2009/65/CE, ainsi que dans le règlement et les documents constitutifs de l'OPCVM.

3. Lorsqu'un dépositaire considère que le calcul de la valeur des parts de l'OPCVM n'a pas été effectué conformément au droit applicable, ou au règlement ou aux documents constitutifs de l'OPCVM, il le signale à la société de gestion ou d'investissement et veille à ce que des mesures correctrices rapides soient prises, servant au mieux les intérêts des investisseurs de l'OPCVM.

Article 6

Obligations relatives à l'exécution des instructions de l'OPCVM

Un dépositaire est réputé satisfait aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 3, point c), de la directive 2009/65/CE s'il établit et met en œuvre au minimum:

- (a) des procédures appropriées pour vérifier que les instructions de la société de gestion ou d'investissement sont conformes aux lois et règlements applicables ainsi qu'au règlement et aux documents constitutifs de l'OPCVM.
- (b) une procédure d'intervention par paliers à appliquer en cas de non-respect par l'OPCVM d'une limite ou restriction visée au deuxième alinéa.

Aux fins du point a), le dépositaire contrôle en particulier si l'OPCVM respecte les restrictions en matière d'investissement et les limites à l'effet de levier auxquelles l'OPCVM est soumis. Les procédures visées au point a) sont proportionnées à la nature, à la taille et à la complexité de l'OPCVM.

Article 7

Obligations relatives au règlement rapide des transactions

1. Un dépositaire est réputé satisfait aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 3, point d), de la directive 2009/65/CE s'il met en place une procédure visant à détecter toute situation dans laquelle une contrepartie liée à des opérations portant sur les actifs de l'OPCVM n'est pas remise à l'OPCVM dans les délais habituels, à en informer la société de gestion ou d'investissement en conséquence et, s'il n'a pas été remédié à la situation, à demander à la contrepartie de restituer les actifs si possible.
2. Lorsque les transactions n'ont pas lieu sur un marché réglementé, le dépositaire exécute ses obligations conformément au paragraphe 1 en tenant compte des conditions des transactions.

Article 8

Obligations relatives au calcul et à la distribution des bénéfices de l'OPCVM

1. Un dépositaire est réputé satisfait aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 3, point e), de la directive 2009/65/CE s'il:
 - (a) s'assure que le calcul du résultat net est effectué conformément au règlement et aux documents constitutifs de l'OPCVM ainsi qu'au droit national applicable chaque fois que des bénéfices sont distribués;

- (b) fait en sorte que des mesures appropriées soient prises lorsque les contrôleurs des comptes de l'OPCVM ont émis des réserves sur les états financiers annuels. La société de gestion ou d'investissement fournit au dépositaire toutes les informations relatives aux réserves exprimées au sujet des états financiers;
 - (c) vérifie l'exhaustivité et l'exactitude des paiements de dividendes chaque fois que des bénéfices sont distribués.
2. Lorsqu'un dépositaire considère que le calcul des bénéfices n'a pas été effectué conformément au droit applicable, ou au règlement ou aux documents constitutifs de l'OPCVM, il le signale à la société de gestion ou d'investissement et veille à ce que des mesures correctrices rapides soient prises, servant au mieux les intérêts des investisseurs de l'OPCVM.

Article 9

Suivi des liquidités – Exigences générales

1. Lorsqu'un compte de liquidités est détenu ou ouvert auprès d'une entité visée à l'article 22, paragraphe 4, point b), de la directive 2009/65/CE au nom de la société d'investissement ou de gestion, agissant pour le compte de l'OPCVM, la société de gestion ou d'investissement veille à ce que le dépositaire reçoive, dès le début de ses fonctions et en permanence, toutes les informations nécessaires pour avoir une vue d'ensemble de tous les flux de liquidités de l'OPCVM afin que le dépositaire puisse honorer ses obligations.
2. Après la désignation du dépositaire, la société d'investissement ou de gestion informe le dépositaire de tous les comptes de liquidités ouverts au nom de la société d'investissement ou de gestion agissant pour le compte de l'OPCVM.
3. La société d'investissement ou de gestion veille à ce que le dépositaire reçoive toutes les informations relatives à l'ouverture de tout nouveau compte de liquidités par la société d'investissement ou de gestion agissant pour le compte de l'OPCVM.

Article 10

Suivi des flux de liquidités de l'OPCVM

1. Un dépositaire est réputé satisfaire aux exigences de l'article 22, paragraphe 4, de la directive 2009/65/CE s'il garantit un suivi efficace et adéquat des flux de liquidités de l'OPCVM, notamment, au moins, si:
 - (a) il veille à ce que les liquidités de l'OPCVM soient comptabilisées sur des comptes ouverts auprès d'une banque centrale ou d'un établissement de crédit agréé conformément à la directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil¹³ ou d'un établissement de crédit agréé dans un pays tiers, où des comptes de liquidités sont exigés aux fins des opérations de l'OPCVM, à

¹³ Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE (JO L 176 du 27.6.2013, p. 338).

condition que les exigences réglementaires et de surveillance prudentielle appliquées aux établissements de crédit dans ce pays tiers soient considérées par l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'OPCVM comme au moins équivalentes à celles appliquées dans l'Union européenne.

- (b) il met en œuvre des procédures efficaces et adéquates pour effectuer le rapprochement de tous les mouvements de liquidités, de façon quotidienne ou, si les mouvements de liquidité ne sont pas fréquents, chaque fois qu'ils ont lieu;
- (c) il met en œuvre des procédures appropriées pour détecter, à la clôture du jour ouvrable, les flux de liquidités importants et ceux qui pourraient ne pas correspondre aux activités de l'OPCVM;
- (d) il examine périodiquement si ces procédures sont appropriées, notamment en réexaminant entièrement le processus de rapprochement au moins une fois par an, et il veille à ce que les comptes de liquidités ouverts au nom de la société d'investissement, au nom de la société de gestion agissant pour le compte de l'OPCVM ou au nom du dépositaire agissant pour le compte de l'OPCVM soient intégrés dans ce processus;
- (e) il assure le suivi continu des résultats du rapprochement et des mesures prises lorsque des disparités sont détectées dans le cadre de ces procédures et il informe la société de gestion ou d'investissement si une irrégularité n'a pas été rectifiée dans les meilleurs délais, de même que les autorités compétentes si la situation ne peut pas être rectifiée;
- (f) il vérifie que les positions de liquidités qu'il a lui-même enregistrées sont conformes à celles enregistrées par l'OPCVM.

Aux fins de l'évaluation de l'équivalence des exigences réglementaires et de surveillance prudentielle appliquées aux établissements de crédit d'un pays tiers visées au point a), les autorités compétentes tiennent compte des actes d'exécution adoptés par la Commission en vertu de l'article 107, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil¹⁴.

2. La société de gestion ou d'investissement veille à ce que toutes les instructions et informations liées à un compte de liquidités ouvert auprès d'un tiers soient transmises au dépositaire, de façon que ce dernier soit en mesure de mener à bien sa propre procédure de rapprochement.

Article 11

Obligations relatives aux paiements lors de souscriptions

Une société de gestion ou d'investissement veille à ce que le dépositaire reçoive les informations relatives aux paiements effectués par les investisseurs ou pour leur compte lors de la souscription de parts d'un OPCVM à la clôture de chaque jour ouvrable lors duquel la société d'investissement ou de gestion, l'OPCVM ou tout tiers agissant pour son compte, par exemple un agent de transfert, reçoit de tels paiements ou un ordre d'un investisseur. La société de gestion ou d'investissement veille à ce que le dépositaire reçoive toutes les autres

¹⁴ Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 (JO L 176 du 27.6.2013, p. 1).

informations pertinentes dont il a besoin pour s'assurer que les paiements sont comptabilisés sur des comptes de liquidités ouverts au nom de la société d'investissement ou au nom de la société de gestion pour le compte de l'OPCVM ou au nom du dépositaire, conformément aux dispositions de l'article 22, paragraphe 4, de la directive 2009/65/CE.

Article 12

Instruments financiers dont la conservation doit être assurée

1. Les instruments financiers appartenant à l'OPCVM et qui ne peuvent pas être livrés physiquement au dépositaire entrent dans le champ d'application des fonctions de conservation du dépositaire lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:
 - (a) il s'agit d'instruments financiers visés à l'article 50, paragraphe 1, points a) à e) et point h), de la directive 2009/65/CE ou de valeurs mobilières qui comportent un dérivé comme visées à l'article 51, paragraphe 3, quatrième alinéa, de la directive 2009/65/CE;
 - (b) ils peuvent être enregistrés ou détenus dans un compte de titres directement ou indirectement au nom du dépositaire.
2. Les instruments financiers qui, conformément au droit national applicable, sont seulement enregistrés directement au nom de l'OPCVM auprès de l'émetteur lui-même ou de son agent, par exemple un teneur de registre ou un agent de transfert, ne peuvent pas être conservés.
3. Les instruments financiers appartenant à l'OPCVM et qui peuvent être livrés physiquement au dépositaire entrent toujours dans le champ d'application des fonctions de conservation du dépositaire.

Article 13

Obligations de garde pour les actifs conservés

1. Un dépositaire est réputé satisfaire aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 5, point a), de la directive 2009/65/CE en ce qui concerne les instruments financiers dont il convient d'assurer la conservation s'il fait en sorte que:
 - (a) les instruments financiers soient correctement enregistrés conformément à l'article 22, paragraphe 5, point a) ii), de la directive 2009/65/CE;
 - (b) les registres et les comptes ségrégués soient tenus d'une manière assurant leur fidélité, et en particulier leur correspondance avec les instruments financiers et les liquidités détenues pour les OPCVM;
 - (c) des rapprochements soient effectués régulièrement entre les comptes et registres internes du dépositaire et les comptes et registres des tiers éventuels auxquels la garde a été déléguée conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE;
 - (d) la diligence requise soit exercée à l'égard des instruments financiers conservés, afin de garantir un niveau élevé de protection des investisseurs;

- (e) tous les risques de conservation pertinents, tout au long de la chaîne de conservation, fassent l'objet d'une évaluation et d'un suivi, et que la société de gestion ou d'investissement soit informée de tout risque sensible détecté;
 - (f) des dispositions organisationnelles appropriées soient mises en place pour minimiser le risque de perte ou de diminution de la valeur des instruments financiers, ou des droits liés à ces instruments, du fait de fraudes, d'une gestion déficiente, d'un enregistrement inadéquat ou de négligences;
 - (g) le droit de propriété de l'OPCVM ou de la société de gestion agissant pour le compte de l'OPCVM sur les actifs soit vérifié.
2. Si un dépositaire a délégué à un tiers ses fonctions de garde concernant des actifs conservés conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, il reste soumis aux exigences du paragraphe 1, points b) à e), du présent article. Le dépositaire veille également à ce que le tiers respecte les dispositions du paragraphe 1, points b) à g), du présent article.

Article 14

Obligations de garde en matière de vérification de propriété et d'enregistrement

1. La société de gestion ou d'investissement fournit au dépositaire, dès le début de ses fonctions et en permanence, toutes les informations nécessaires à ce dernier pour respecter ses obligations au titre de l'article 22, paragraphe 5, point b), de la directive 2009/65/CE, et veille à ce que le dépositaire reçoive toutes les informations utiles de la part des tiers.
2. Un dépositaire est réputé satisfaire aux exigences visées à l'article 22, paragraphe 5, point b), de la directive 2009/65/CE si, au moins:
- (a) il a accès dans les meilleurs délais à toutes les informations pertinentes dont il a besoin pour remplir ses obligations en matière de vérification de propriété et d'enregistrement, y compris aux informations pertinentes que doivent lui fournir des tiers;
 - (b) il possède des informations suffisantes et solides lui permettant d'être assuré du droit de propriété de l'OPCVM sur les actifs;
 - (c) il tient un registre des actifs dont il a l'assurance que l'OPCVM détient la propriété et:
 - (i) il inscrit dans son registre, sous la mention du nom de l'OPCVM, les actifs dont il a l'assurance qu'ils sont la propriété de l'OPCVM, avec mention de leurs montants notionnels respectifs;
 - (ii) il est en mesure de fournir à tout moment un inventaire complet et à jour des actifs de l'OPCVM, avec mention de leurs montants notionnels respectifs.

Aux fins du point c) ii) du présent paragraphe, le dépositaire fait en sorte que des procédures soient en place pour que les actifs enregistrés ne puissent être assignés, transférés, échangés ou livrés que si lui-même ou le tiers auquel la garde a été déléguée conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE en a été informé. Le dépositaire doit avoir accès dans les meilleurs délais, auprès du tiers

concerné, aux documents prouvant chaque transaction et chaque position. La société de gestion ou d'investissement veille à ce que le tiers concerné fournisse au dépositaire les certificats ou autres documents probants dans les meilleurs délais, lors de chaque vente ou acquisition d'actifs ou de chaque opération de société débouchant sur l'émission d'instruments financiers, et au moins une fois par an.

3. Le dépositaire veille à ce que la société de gestion ou d'investissement mette en place et applique des procédures appropriées pour vérifier que les actifs acquis par l'OPCVM sont enregistrés de façon appropriée au nom de l'OPCVM, et pour vérifier la correspondance entre les positions figurant dans les registres de l'OPCVM et les actifs dont le dépositaire a l'assurance qu'ils sont la propriété de l'OPCVM. La société de gestion ou d'investissement veille à ce que toutes les instructions et informations pertinentes liées aux actifs de l'OPCVM soient transmises au dépositaire, de façon que ce dernier soit en mesure de mener à bien sa propre procédure de vérification ou de rapprochement.
4. Le dépositaire établit et met en œuvre une procédure d'intervention par paliers à suivre en cas de détection d'une irrégularité, qui prévoit notamment le signalement de la situation à la société de gestion ou d'investissement et aux autorités compétentes si la situation ne peut pas être rectifiée.

Article 15

Diligence requise

1. Un dépositaire est réputé satisfaire aux exigences visées à l'article 22 *bis*, paragraphe 2, point c), de la directive 2009/65/CE s'il met en œuvre et applique une procédure appropriée et documentée garantissant qu'il exerce la diligence requise pour la sélection et le suivi permanent du tiers auquel des fonctions de garde doivent être ou ont été déléguées conformément à l'article 22 *bis* de ladite directive. Cette procédure est réexaminée régulièrement, au moins une fois par an.
2. Lorsque le dépositaire sélectionne et désigne un tiers auquel il délègue des fonctions de garde, conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, il agit avec toute la compétence, le soin et la diligence requis pour s'assurer que les instruments financiers confiés à ce tiers bénéficieront d'un niveau adéquat de protection. Le dépositaire effectue au moins les actions suivantes:
 - (a) évaluer le cadre réglementaire et légal, y compris le risque-pays, le risque de conservation et le caractère exécutoire des contrats du tiers. Cette évaluation permet notamment au dépositaire de déterminer les incidences potentielles d'une insolvabilité du tiers sur les actifs et les droits de l'OPCVM;
 - (b) garantir que l'évaluation du caractère exécutoire des dispositions contractuelles visées au point a), si le tiers est situé dans un pays tiers, repose sur les conseils juridiques d'une personne physique ou morale indépendante du dépositaire ou du tiers en question;
 - (c) évaluer si les pratiques, les procédures et les contrôles internes mis en place par le tiers sont appropriés pour garantir que les actifs de l'OPCVM bénéficient d'un niveau élevé de soin et de protection;

- (d) évaluer si la solidité et la réputation financières du tiers sont compatibles avec les tâches déléguées. Cette évaluation se fonde sur les informations fournies par le tiers envisagé ainsi que sur d'autres données et informations;
 - (e) veiller à ce que le tiers dispose des capacités opérationnelles et techniques lui permettant d'exécuter les tâches de garde déléguées en assurant un degré élevé de protection et de sécurité.
3. Le dépositaire procède avec toute la compétence, le soin et la diligence requis à des évaluations périodiques et à un suivi permanent visant à vérifier que le tiers continue de se conformer aux critères énoncés au paragraphe 2 du présent article et aux conditions prévues à l'article 22 *bis*, paragraphe 3, points a) à e), de la directive 2009/65/CE; au minimum:
- (a) il assure le suivi des performances du tiers et du respect, par ce dernier, des normes du dépositaire;
 - (b) il veille à ce que le tiers exécute ses tâches de garde avec un niveau élevé de soin, de prudence et de diligence et, en particulier, qu'il assure la ségrégation effective des instruments financiers conformément à l'article 16 du présent règlement;
 - (c) il réexamine les risques de conservation liés à la décision de confier les actifs au tiers, et signale toute modification de ces risques à la société de gestion ou à la société d'investissement dans les meilleurs délais. Cette évaluation se fonde sur les informations fournies par le tiers ainsi que sur d'autres données et informations. Lorsque les marchés connaissent des perturbations ou qu'un risque a été détecté, la fréquence du réexamen est accrue et son champ d'application est élargi;
 - (d) il vérifie le respect de l'interdiction édictée à l'article 22, paragraphe 7, de la directive 2009/65/CE;
 - (e) il vérifie le respect de l'interdiction édictée à l'article 25 de la directive 2009/65/CE et des exigences prévues aux articles 21 à 24 du présent règlement.
4. Les paragraphes 1, 2 et 3 s'appliquent par analogie lorsque le tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE a décidé de sous-déléguer tout ou partie de ses fonctions de garde à un autre tiers conformément à l'article 22 *bis*, paragraphe 3, troisième alinéa, de la directive 2009/65/CE.
5. Le dépositaire élabore un plan d'urgence pour chaque marché sur lequel il désigne un tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE. Le plan d'urgence désigne, si possible, un prestataire de remplacement.
6. Le dépositaire prend les mesures, y compris résiliation du contrat, qui servent au mieux les intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs lorsque le tiers auquel la garde a été déléguée conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE ne respecte plus les exigences du présent règlement.
7. Si le dépositaire a délégué ses fonctions de garde conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE à un tiers situé dans un pays tiers, il veille à ce que le contrat avec le tiers autorise une résiliation anticipée, compte tenu de la nécessité d'agir de façon à servir au mieux les intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs, si le droit et

la jurisprudence applicables en matière d'insolvabilité ne reconnaissent plus la ségrégation des actifs de l'OPCVM en cas d'insolvabilité du tiers ou si les conditions édictées par le droit et la jurisprudence ne sont plus satisfaites.

8. Si le droit et la jurisprudence applicables en matière d'insolvabilité ne reconnaissent plus la ségrégation des actifs de l'OPCVM en cas d'insolvabilité du tiers auquel des fonctions de garde ont été déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE ou ne garantissent plus que les actifs des OPCVM clients du dépositaire ne feront pas partie du patrimoine du tiers en cas d'insolvabilité et ne pourront pas être distribués ou réalisés au bénéfice de créanciers du tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, le dépositaire informe immédiatement la société de gestion ou d'investissement.
9. À réception des informations visées au paragraphe 8, la société de gestion ou d'investissement en informe immédiatement son autorité compétente et envisage toutes les mesures appropriées en ce qui concerne les actifs pertinents de l'OPCVM, y compris leur cession, en tenant compte de la nécessité d'agir de façon à servir au mieux les intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs.

Article 16

Obligation de ségrégation

1. Lorsque les fonctions de garde ont été déléguées en tout ou en partie à un tiers, le dépositaire veille à ce que ce tiers, auquel les fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, respecte l'obligation de ségrégation énoncée au paragraphe 3, point c), dudit article, en vérifiant qu'il:
 - (a) tient tous les registres et comptes nécessaires pour lui permettre, rapidement et à tout moment, de distinguer les actifs des OPCVM clients du dépositaire de ses propres actifs, des actifs de ses autres clients, des actifs détenus par le dépositaire pour son propre compte et des actifs détenus pour des clients du dépositaire qui ne sont pas des OPCVM;
 - (b) tient ces registres et comptes de manière à garantir leur exactitude, et notamment leur correspondance avec les actifs gardés pour les clients du dépositaire;
 - (c) effectue régulièrement des rapprochements entre les comptes et registres internes du dépositaire et ceux du tiers auquel il a sous-délégué des fonctions de garde conformément à l'article 22 *bis*, paragraphe 3, troisième alinéa, de la directive 2009/65/CE;
 - (d) met en place des dispositions organisationnelles appropriées pour minimiser le risque de perte ou de diminution de la valeur des instruments financiers, ou des droits liés à ces instruments financiers, du fait d'une utilisation abusive, de fraudes, d'une gestion déficiente, d'un enregistrement inadéquat ou de négligences;
 - (e) détient les liquidités de l'OPCVM sur un ou plusieurs comptes auprès d'une banque centrale d'un pays tiers ou d'un établissement de crédit agréé dans un pays tiers, à condition que les exigences réglementaires et de surveillance prudentielle appliquées aux établissements de crédit dans ce pays tiers soient

considérées par l'autorité compétente des États membres d'origine des OPCVM comme au moins équivalentes à celles appliquées dans l'Union européenne, conformément à l'article 22, paragraphe 4, point c), de la directive 2009/65/CE.

2. Le paragraphe 1 s'applique par analogie lorsque le tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE a décidé de sous-déléguer tout ou partie de ses fonctions de garde à un autre tiers conformément à l'article 22 *bis*, paragraphe 3, troisième alinéa, de la directive 2009/65/CE.

Article 17

Protection des actifs de l'OPCVM contre l'insolvabilité en cas de délégation de fonctions de conservation

1. Le dépositaire veille à ce qu'un tiers situé dans un pays tiers, auquel des fonctions de conservation doivent être ou ont été déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, prenne toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que, en cas d'insolvabilité du tiers, les actifs d'un OPCVM conservés par le tiers ne puissent pas être distribués ou réalisés au bénéfice de créanciers dudit tiers.
2. Le dépositaire veille à ce que le tiers prenne les mesures suivantes:
 - (a) se procurer les conseils juridiques d'une personne physique ou morale indépendante confirmant que le droit et la jurisprudence applicables en matière d'insolvabilité reconnaissent la ségrégation entre les actifs des OPCVM clients du dépositaire et ses propres actifs ainsi que les actifs de ses autres clients, les actifs détenus par le dépositaire pour son propre compte et les actifs détenus pour des clients du dépositaire qui ne sont pas des OPCVM, comme prévu à l'article 16 du présent règlement, et que les actifs des OPCVM clients du dépositaire ne feront pas partie du patrimoine du tiers en cas d'insolvabilité et ne pourront pas être distribués ou réalisés au bénéfice de créanciers du tiers auquel des fonctions de garde ont été déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE;
 - (b) s'assurer que les conditions édictées dans le droit et la jurisprudence applicables en matière d'insolvabilité du pays tiers en question qui reconnaissent que les actifs des OPCVM clients du dépositaire sont ségrégués et ne peuvent être distribués ou réalisés au bénéfice de créanciers, comme prévu au point a), sont satisfaites à la date de conclusion de l'accord de délégation avec le dépositaire et sans interruption pendant toute la durée de la délégation;
 - (c) informer immédiatement le dépositaire si l'une quelconque des conditions visées au point b) n'est plus satisfaite;
 - (d) tenir des registres et comptes exacts et à jour des actifs de l'OPCVM sur la base desquels le dépositaire peut, à tout moment, déterminer la nature exacte, l'emplacement et la propriété de ces actifs;
 - (e) fournir régulièrement au dépositaire, et en tout état de cause chaque fois qu'un changement intervient, une déclaration détaillant les actifs des OPCVM clients du dépositaire;

- (f) informer le dépositaire des changements du droit applicable en matière d'insolvabilité et de son application effective.
- 3. Si le dépositaire a délégué ses fonctions de garde conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE à un tiers situé dans l'Union européenne, ce tiers fournit régulièrement au dépositaire, et en tout état de cause chaque fois qu'un changement intervient, une déclaration détaillant les actifs des OPCVM clients du dépositaire.
- 4. Le dépositaire veille à ce que les obligations édictées aux paragraphes 1 et 2 s'appliquent par analogie lorsque le tiers auquel des fonctions de garde sont déléguées conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE a décidé de sous-déléguer tout ou partie de ses fonctions de garde à un autre tiers conformément à l'article 22 *bis*, paragraphe 3, troisième alinéa, de la directive 2009/65/CE.

CHAPITRE 3

Perte d'instruments financiers et décharge de responsabilité

(Article 24, paragraphe 1, de la directive 2009/65/CE)

Article 18

Perte d'un instrument financier conservé

1. Aux fins de l'article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2009/65/CE, la perte d'un instrument financier conservé est réputée avoir eu lieu lorsque l'une des conditions suivantes est remplie s'agissant d'un instrument financier détenu par le dépositaire ou par un tiers auquel la garde d'instruments financiers a été déléguée conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE:
 - (a) il est démontré qu'un droit de propriété dont s'est réclamé l'OPCVM n'est pas valide, soit parce qu'il a cessé d'exister, soit parce qu'il n'a jamais existé;
 - (b) l'OPCVM a été privé définitivement de son droit de propriété sur l'instrument financier;
 - (c) l'OPCVM est définitivement incapable de céder directement ou indirectement l'instrument financier.
2. La société de gestion ou d'investissement constate la perte d'un instrument financier selon une procédure bien précise, à laquelle les autorités compétentes ont aisément accès. Lorsqu'une perte est constatée, elle est signalée immédiatement aux investisseurs sur un support durable.
3. Un instrument financier conservé n'est pas réputé perdu au sens de l'article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2009/65/CE lorsque l'OPCVM est privé définitivement de son droit de propriété sur un instrument particulier, mais que cet instrument est remplacé par un ou plusieurs autres instruments financiers, ou converti en un ou plusieurs de ces instruments.
4. En cas d'insolvabilité du tiers auquel la garde d'instruments financiers a été déléguée conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, la perte d'un instrument financier conservé est constatée par la société de gestion ou d'investissement dès que l'une des conditions énumérées au paragraphe 1 est remplie avec certitude.

Cette certitude est acquise au plus tard à la fin de la procédure d'insolvabilité. La société de gestion ou d'investissement et le dépositaire suivent étroitement les procédures d'insolvabilité pour déterminer si tout ou partie des instruments financiers confiés au tiers auquel la garde a été déléguée conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE sont effectivement perdus.
5. La perte d'un instrument financier conservé est constatée indépendamment de la raison pour laquelle les conditions visées au paragraphe 1 sont remplies: fraude, négligence ou autre comportement intentionnel ou non intentionnel.

Décharge de responsabilité

1. Aux fins de l'article 24, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2009/65/CE, la responsabilité du dépositaire n'est pas engagée si celui-ci peut prouver que l'ensemble des conditions suivantes sont remplies:
 - (a) l'événement qui a entraîné la perte ne résulte pas d'un acte ou d'une omission du dépositaire ou d'un tiers auquel a été déléguée la garde d'instruments financiers dont la conservation est assurée conformément à l'article 22, paragraphe 5, point a), de la directive 2009/65/CE;
 - (b) le dépositaire n'aurait pas pu raisonnablement prévenir l'événement qui a entraîné la perte, même en prenant toutes les précautions qui caractérisent un dépositaire diligent selon la pratique courante du secteur;
 - (c) le dépositaire n'aurait pas pu prévenir la perte malgré l'exercice rigoureux et global de la diligence requise au moyen des actions suivantes:
 - (i) établir, mettre en œuvre, appliquer et maintenir opérationnelles des structures et des procédures adéquates et proportionnées à la nature et à la complexité des actifs de l'OPCVM, et s'assurer l'expertise appropriée, afin de déceler rapidement et de suivre en permanence les événements extérieurs pouvant déboucher sur la perte d'un instrument financier conservé;
 - (ii) évaluer en permanence si l'un des événements décelés conformément au point i) représente un risque significatif de perte d'un instrument financier conservé;
 - (iii) lorsque de tels événements, réels ou potentiels, ont été repérés, informer la société de gestion ou d'investissement des risques significatifs décelés et prendre, si possible, les mesures appropriées pour prévenir ou limiter la perte d'instruments financiers conservés.
2. Les exigences visées au paragraphe 1, points a) et b), peuvent être réputées remplies dans les circonstances suivantes:
 - (a) phénomène naturel échappant à l'influence ou au contrôle humains;
 - (b) adoption par tout gouvernement ou organe public, y compris les cours et tribunaux, d'une loi, d'un décret, d'un règlement, d'une décision ou d'un arrêt ayant des incidences sur les instruments financiers conservés;
 - (c) guerre, émeutes ou autres troubles majeurs.
3. Les exigences visées au paragraphe 1, points a) et b), ne sont pas réputées remplies en cas, notamment, d'erreur comptable, de dysfonctionnement opérationnel, de fraude ou de non-application des exigences de ségrégation au niveau du dépositaire ou du tiers auquel a été déléguée la garde d'instruments financiers dont la conservation est assurée conformément à l'article 22, paragraphe 5, point a), de la directive 2009/65/CE.

CHAPITRE 4

Exigences d'indépendance et dispositions finales

(Article 25 de la directive 2009/65/CE)

Article 20

Organe de direction

Aux fins du présent chapitre, l'«organe de direction de la société de gestion» est l'organe de direction de la société de gestion ou l'organe de direction de la société d'investissement.

Article 21

Direction commune

La société de gestion ou d'investissement et le dépositaire respectent à tout moment l'ensemble des exigences suivantes:

- (a) personne ne peut être à la fois membre de l'organe de direction de la société de gestion et membre de l'organe de direction du dépositaire;
- (b) personne ne peut être à la fois membre de l'organe de direction de la société de gestion et salarié du dépositaire;
- (c) personne ne peut être à la fois membre de l'organe de direction de la société du dépositaire et salarié de la société de gestion ou d'investissement;
- (d) si l'organe de direction de la société de gestion n'est pas chargé des fonctions de surveillance au sein de la société, tout au plus un tiers des membres de son organe assumant les fonctions de surveillance sont en même temps membres de l'organe de direction, membres de l'organe assumant les fonctions de surveillance ou salariés du dépositaire;
- (e) si l'organe de direction du dépositaire n'est pas chargé des fonctions de surveillance au sein du dépositaire, tout au plus un tiers des membres de son organe assumant les fonctions de surveillance sont en même temps membres de l'organe de direction de la société de gestion, membres de l'organe assumant les fonctions de surveillance de la société de gestion ou d'investissement ou salariés de la société de gestion ou d'investissement.

Article 22

Désignation d'un dépositaire et délégation de fonctions de garde

1. La société de gestion ou d'investissement dispose d'une procédure décisionnelle pour le choix et la désignation du dépositaire qui repose sur des critères objectifs prédéfinis et sert les seuls intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs.

2. Si la société de gestion ou d'investissement désigne un dépositaire avec lequel elle a un lien ou un lien de groupe, elle conserve les documents justificatifs suivants:
 - (a) une évaluation comparative des raisons de désigner un dépositaire ayant un lien ou un lien de groupe avec la société de gestion ou d'investissement et des raisons de désigner un dépositaire sans lien ou lien de groupe, compte tenu, au minimum, des coûts, de l'expertise, de la réputation financière et de la qualité des services fournis par tous les dépositaires évalués;
 - (b) un rapport, basé sur l'évaluation visée au point a), décrivant comment la désignation satisfait aux critères objectifs prédéfinis visés au paragraphe 1 et intervient dans le seul intérêt de l'OPCVM et de ses investisseurs.
3. La société de gestion ou d'investissement démontre à l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'OPCVM qu'elle est satisfaite de la désignation du dépositaire et que la désignation du dépositaire sert les seuls intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs. La société de gestion ou d'investissement met les documents justificatifs visés au paragraphe 1 à la disposition de l'autorité compétente de l'État membre d'origine de l'OPCVM.
4. La société de gestion ou d'investissement justifie le choix du dépositaire auprès des investisseurs de l'OPCVM s'ils en font la demande.
5. Le dépositaire dispose d'une procédure décisionnelle pour le choix de tiers auxquels il peut déléguer les fonctions de garde conformément à l'article 22 *bis* de la directive 2009/65/CE, qui repose sur des critères objectifs prédéfinis et sert les seuls intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs.

Article 23

Conflits d'intérêts

S'il existe un lien ou un lien de groupe entre eux, la société de gestion ou d'investissement et le dépositaire mettent en place des politiques et procédures garantissant qu'ils:

- (a) identifient tous les conflits d'intérêts découlant de ce lien;
- (b) prennent toutes les mesures raisonnables pour éviter de tels conflits d'intérêts.

S'il n'est pas possible d'éviter un conflit d'intérêt mentionné au premier alinéa, la société de gestion ou d'investissement et le dépositaire gèrent, suivent et signalent ce conflit d'intérêts afin d'éviter tous effets néfastes sur les intérêts de l'OPCVM et de ses investisseurs.

Article 24

Indépendance des conseils d'administration et fonctions de surveillance

1. S'il existe un lien de groupe entre eux, la société de gestion ou d'investissement et le dépositaire font en sorte que:
 - (a) si l'organe de direction de la société de gestion et l'organe de direction du dépositaire assument également les fonctions de surveillance au sein des sociétés respectives, au moins un tiers des membres, ou deux personnes, le chiffre le plus bas étant retenu, de l'organe de direction de la société de gestion et de l'organe de direction du dépositaire sont indépendants;

- (b) si l'organe de direction de la société de gestion et l'organe de direction du dépositaire n'assument pas les fonctions de surveillance au sein des sociétés respectives, au moins un tiers des membres, ou deux personnes, le chiffre le plus bas étant retenu, de l'organe assumant les fonctions de surveillance au sein de la société de gestion et au sein du dépositaire sont indépendants.
2. Aux fins du paragraphe 1, les membres de l'organe de direction de la société de gestion, les membres de l'organe de direction du dépositaire ou les membres de l'organe desdites sociétés assumant les fonctions de surveillance sont réputés indépendants tant qu'ils ne sont ni membres de l'organe de direction ou de l'organe assumant les fonctions de surveillance, ni salariés de l'une quelconque des autres entreprises entre lesquelles il existe un lien de groupe et ne sont liés par aucune relation d'affaires, familiale ou autre avec la société de gestion ou d'investissement, le dépositaire ou toute autre entreprise au sein du groupe qui donnerait lieu à un conflit d'intérêt de nature à compromettre leur jugement.

Article 25

Entrée en vigueur et application

Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Il s'applique à compter du [OP: insérer une date 6 mois après l'entrée en vigueur du règlement*].

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 17.12.2015

Par la Commission
Le président,
Jean-Claude JUNCKER