

Galimatias w regulacjach

Implementacja MiFID powoduje niemałe zamieszanie w regulacjach bankowych dotyczących outsourcingu

Zdwuletnim opóźnieniem, 21 października 2009 r., weszła w życie nowelizacja Ustawy o obrocie instrumentami finansowymi (u.o.i.f.). Implementuje ona przepisy unijnych dyrektyw 2004/39/WE oraz 2006/73/WE w sprawie rynków instrumentów finansowych (MiFID).

MiFID wywiera wpływ na praktycznie wszystkie istotne aspekty prowadzenia działalności inwestycyjnej (maklerskiej). Kompleksowo reguluje nie tylko zasady świadczenia klientom usług na rynku kapitałowym, ale także szczegółowo określa wewnętrzne wymagania organizacyjne uczestników tego rynku, takie jak zarządzanie konfliktem interesów, audyt wewnętrzny czy właśnie outsourcing – zlecenie podmiotom zewnętrznym wykonywanie pewnych funkcji i czynności.

Implementacja MiFID odnosi się nie tylko do domów maklerskich. Nowe regulacje mają także zastosowanie do banków, które aktywnie świadczą swoim klientom usługi inwestycyjne: zarówno posiadających własne biuro maklerskie, jak i działających na rynku kapitałowym w ograniczonym zakresie, bez odrębnego zezwolenia maklerskiego, na podstawie art. 70 ust. 2 u.o.i.f.

Dotychczasowe zasady

Do tej pory outsourcing bankowy podlegał jednolitym regulacjom prawnym. Banki mogły korzystać z pomocy podmiotów zewnętrznych na zasadach kompleksowo określonych w art. 6a-6d Prawa bankowego (p. b.). Przepisy te, zgodnie z interpretacją organów nadzoru, normowały zarówno outsourcing działalności banków na rynku bankowym (usługi kredytowe, depozytowe, rozliczeniowe itd.), jak i na rynku kapitałowym (usługi inwestycyjne). Obejmowały wszelkie przejawy korzystania przez banki ze wsparcia podmiotów zewnętrznych na całym rynku finansowym: pośrednictwo w dokonywaniu czynności prawnych, jak i zlecenie wykonywania czynności faktycznych.

W literaturze prawniczej oraz w praktyce art. 6a-6d p.b. powszechnie ocenia się jako unormowania nadmiernie sztywne i skomplikowane. Podstawową wadą tych przepisów jest „przeregulowanie” kwestii związanych z outsourcingiem. Nie różnicują one w dostatecznym stopniu outsourcingu istotnego, który powinien podlegać szczególnym wymaganiom organizacyjnym, od outsourcingu nieistotnego (bagatelnego), który nie ma poważnego znaczenia dla stabilności czy ciągłości działań banku, więc nie wymaga drobiazgowego nadzoru. Regulacje te dalece odbiegają od rozwiązań prawnych, jakie obecnie przyjmuje się w Europie Zachodniej czy w wytycznych CEBS (Committee of European Banking Supervisors) na temat outsourcingu z 14 grudnia 2006 r.

Działalność inwestycyjna

Regulacja outsourcingu w MiFID, którą implementowano w art. 81a-81g u.o.i.f., jest oparta na odmiennych zasadach niż przyjęto w art. 6a-6d p.b. Każda firma inwestycyjna może w drodze umowy zawartej w formie pisemnej powierzyć przedsiębiorcy lub przedsiębiorcy zagranicznemu wykonywanie czynności związanych z działalnością prowadzoną przez tę firmę, w tym ze świadczonymi przez nią usługami inwestycyjnymi. Outsourcing taki charakteryzują następujące reguły (szerzej zob. T. Czech, E. Szlachetka „Outsourcing w MiFID”, „Gazeta Bankowa” z 25 lutego 2008 r., s. 28-29):

- zasada swobody outsourcingu,
- zasada odpowiedzialności firmy inwestycyjnej za outsourcing,
- zasada efektywnego nadzoru.

Należy podkreślić, że regulacje te – w przeciwieństwie do art. 6a-6d p.b. – rozróżniają outsourcing istotny od nieistotnego. Jedynie ten pierwszy podlega szczegółowej regulacji prawnej. Przed zawarciem umowy, której przedmiotem jest outsourcing istotny, firma inwestycyjna jest obowiązana ustalić, czy dany przedsiębiorca spełnia warunki określone w ustawie (np. posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz zapewnia warunki techniczne i organizacyjne konieczne do prawidłowego wykonania umowy), jak również musi podjąć czynności gwarantujące m.in. właściwy nadzór nad outsourcowanymi działaniami. Obowiązki te nie odnoszą się do

outsourcingu nieistotnego, który nie wymaga szczególnych przygotowań ani kontroli.

Kluczowe znaczenie mają kryteria normatywne pozwalające na odróżnienie obu rodzajów outsourcingu. Zgodnie z art. 81f u.o.i.f., outsourcing nieistotny to powierzenie przedsiębiorcy czynności niemających istotnego znaczenia dla prawidłowego wykonywaniaprzez firmę inwestycyjną obowiązków określonych przepisami prawa, sytuacji finansowej tej firmy, ciągłości lub stabilności prowadzonej przez nią działalności maklerskiej. Aby skorzystać z ulgowego reżimu normatywnego, w odniesieniu do planowanego outsourcingu należy zatem przeprowadzić test istotności i ustalić, czy outsourcing ten może mieć poważny, negatywny wpływ na któryś z powyższych elementów.

Ponadto, przepisy u.o.i.f. wprost przesądzają, że do outsourcingu nieistotnego zalicza się świadczenie na rzecz firmy inwestycyjnej doradztwa lub innych usług niezwiązanych bezpośrednio z jej działalnością maklerską (w tym usług doradztwa prawnego, szkolenia pracowników, prowadzenia ksiąg rachunkowych, ochrony osób lub mienia), a także świadczenie usług wystandaryzowanych, w tym usług polegających na dostarczaniu informacji rynkowych lub informacji o notowaniach instrumentów finansowych.

Warto zauważyć, że według MiFID oraz przepisów u.o.i.f. dostęp outsourcanta do informacji poufnych nie stanowi kryterium wyróżniającego outsourcing istotny.

Kolizja regulacji

Jak wspomniano, nowe regulacje art. 81a-81g u.o.i.f. dotyczą także banków, które świadczą swoim klientom usługi inwestycyjne. Jeżeli bank ma własne biuro maklerskie (tj. uzyskał licencję maklerską) regulacje te stosuje się wprost, a w przypadku gdy bank świadczy usługi na podstawie art. 70 ust. 2 u.o.i.f. – stosuje się je odpowiednio.

W konsekwencji aktualnie pojawia się ważne pytanie, jaka jest relacja pomiędzy art. 6a-6d p.b., które dotychczas kompleksowo normowały outsourcing bankowy, a nowymi regulacjami zamieszczonymi w art. 81a-81g u.o.i.f. W naszej ocenie pierwszeństwo – w zakresie objętym kolizją regulacji – trzeba przyznać przepisom u.o.i.f. Przemawiają za tym trojakiemu rodzaju argumenty. Po pierwsze, art. 81a-81g u.o.i.f. są przepisami późniejszymi w stosunku do art. 6a-6d p.b. Po drugie, art. 81a-81g u.o.i.f. mają charakter szczególnie w porównaniu do art. 6a-6d p.b. Normują one outsourcing jedynie w odniesieniu do tej części działalności banków, jaka jest związana z rynkiem instrumentów finansowych. Po trzecie, powyższy wniosek wspiera reguła pośredniego skutku dyrektyw UE. Interpretując przepisy prawa polskiego, należy dążyć do pełnej i efektywnej implementacji MiFID w Polsce wobec wszystkich banków operujących na rynku kapitałowym.

Dualizm reżimów prawnych

W rezultacie od 21 października 2009 r. znacznie komplikuje się sytuacja banków, które świadczą usługi inwestycyjne. Od tej pory outsourcing, z którego korzystają, podlega dwóm osobnym, zróżnicowanym regulacjom prawnym:

- art. 81a-81g u.o.i.f. normują outsourcing w dziedzinie usług i działalności inwestycyjnej oraz powiązanych z nimi usług pomocniczych i funkcji operacyjnych,

- art. 6a-6d p.b. kształtują outsourcing w pozostałych dziedzinach funkcjonowania banków.

Rodzi to dla banków liczne, kłopotliwe konsekwencje. Przede wszystkim obowiązane są one dostosować swoje procedury oraz regulacje wewnętrzne do zmienionych zasad. W odniesieniu do banków mających biuro maklerskie termin dostosowania wynosi 2 miesiące, a odnośnie do pozostałych banków – 6 miesięcy.

Jednakże już od 21 października 2009 r. wszelkie nowe umowy outsourcingowe należy rozpatrywać pod kątem właściwego reżimu normatywnego: czy stosuje się do nich art. 81a-81g u.o.i.f., czy art. 6a- -6d p.b. W pierwszym przypadku dodatkowo trzeba przeprowadzić test istotności, aby określić, czy szczególne obostrzenia ustawowe można pominąć, zlecając podmiotowi zewnętrznemu wykonywanie pewnych zadań.

Na przykład, jeżeli przedmiotem outsourcingu jest usługa utrzymania (maintenance) systemu informatycznego, za pomocą którego klienci banku dokonują operacji na instrumentach finansowych, outsourcing taki – jako istotny – podlega obowiązkowi określonym w art. 81a-81g u.o.i.f., a nie stosuje się do niego wymagań art. 6a-6d p. b.

Jeżeli jednak maintenance ma dotyczyć systemu informatycznego, który stanowi platformę do zawierania transakcji walutowych lub zakładania depozytów, outsourcing ten regulują wyłącznie art. 6a-6d p.b.

Wyrazista różnica między dwoma omawianymi reżimami normatywnymi pojawia się zwłaszcza w przypadku, gdy powierzone czynności mają być wykonywane za granicą. Jeżeli outsourcing podlega przepisom art. 81a-81g u.o.i.f., to nie jest wymagana zgoda Komisji Nadzoru Finansowego, chyba że chodzi o niektóre przypadki zlecenia zarządzania portfelem klienta detalicznego – Komisji przysługuje wówczas prawo sprzeciwu. Z kolei gdy

do outsourcingu zagranicznego mają zastosowanie art. 6a-6d p.b., każdorazowo konieczne jest uzyskanie zezwolenia KNF.

Czas na zmiany

Powyższy dualizm regulacji największe problemy praktyczne wywołuje w odniesieniu do outsourcingu, którego przedmiotem jest jednocześnie działalność banku na rynku bankowym oraz na rynku instrumentów finansowych. Outsourcing taki musi spełniać rozbieżne wymagania, jakie przewidziano w obu reżimach normatywnych. Przykładowo, umowa outsourcingowa z agentem banku, który pośredniczy w zawieraniu umów rachunku bankowego oraz umów rachunku papierów wartościowych, powinna być sporządzona z uwzględnieniem obowiązków określonych zarówno w art. 81a-81g u.o.i.f. (jeśli mamy do czynienia z outsourcingiem istotnym), jak i w art. 6a-6d p.b. Innym przykładem jest outsourcing IT w odniesieniu do systemów informatycznych, które równocześnie obsługują czynności inwestycyjne oraz klasyczne czynności bankowe (kredytowe, depozytowe itd.). W omawianych przypadkach doraźnym, choć kłopotliwym rozwiązaniem może być dzielenie zlecenia dla outsourcanta na poszczególne moduły, do których stosuje się osobne regulacje outsourcingowe, w szczególności gdy mamy do czynienia z outsourcingiem zagranicznym.

Na dłuższą metę powyższy stan rzeczy jest nie do utrzymania. Postulować trzeba o niezwłoczną nowelizację Prawa bankowego, tak aby unormowanie outsourcingu działalności bankowej dostosować do modelu wypracowanego w MiFID i zlikwidować zbędną dwutorowość regulacji. Warto podkreślić, że takie rozwiązanie powszechnie przyjęto w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, np. w Niemczech, Austrii, Wielkiej Brytanii czy Irlandii. Na tym tle konstrukcja art. 6a-6d p.b. coraz dobitniej ujawnia swój anachroniczny, dysfunkcyjny charakter.

Sprostowanie

W numerze 43. „Gazety Bankowej” z 26 października w artykule Pawła Pietkuna „O co walczą banki” znalazło się zdanie: „Prezes Pekao Jan Krzysztof Bielecki doprowadził do fuzji Pekao i BPH po mistrzowsku szachując parlament w taki sposób, żeby Sejm pod fuzję zmienił prawo bankowe”. Sugerowało ono, że Jan Krzysztof Bielecki prowadził skuteczny lobbing w celu zmiany prawa bankowego w sposób korzystny dla Pekao. Rzecznik prasowy Pekao zwrócił redakcji uwagę, że jest to pomyłka, ponieważ prezes Pekao nie miał wpływu na to w jaki sposób zaplanowano połączenie banków. Proces łączenia Pekao i PBH był elementem globalnej fuzji włoskiego banku UniCredit (większościowy akcjonariusz Pekao) i niemieckiego HVB (właściciel BPH). Proces ten nadzorował zarówno w Polsce jak i za granicą Alessandro Profumo, szef UniCredit i to jemu można przypisywać zasługi związane ze skutecznym przeprowadzeniem całego procesu. Zainteresowane osoby redakcja przeprasza za pomyłkę.

Maciej Goniszewski, redaktor naczelny „Gazety Bankowej”