

STALIŠČE SVETA AGENCIJE V ZVEZI Z VZPOSTAVITVIJO FUNKCIJE »COMPLIANCE« V BORZNOPOSREDNIŠKIH DRUŽBAH IN BANKAH, KI OPRAVLJAJO INVESTICIJSKE STORITVE

Svet Agencije za trg vrednostnih papirjev je na svoji 285. seji dne 9. 7. 2009 sprejel naslednje stališče:

Prvi odstavek 6. člena Sklepa o pogojih za opravljanje investicijskih in drugih storitev za borznoposredniške¹ družbe (Uradni list RS, št. 106/2007 in 5/2008; v nadaljevanju: Sklep) določa, da mora borznoposredniška družba vzpostaviti in vzdrževati trajno ter učinkovito funkcijo spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi (»Compliance²«), ki deluje neodvisno in ima naslednje odgovornosti:

1. spremljanje in redno ocenjevanje primernosti ter učinkovitosti rednih postopkov, ter ukrepov, sprejetih za odpravljanje morebitnih pomanjkljivosti, na področju skladnosti poslovanja družbe s predpisi,
2. svetovanje in pomoč osebam, pristojnim za opravljanje posameznih investicijskih in drugih storitev, za uskladitev družbe z obveznostmi, ki jih določajo ustrezni predpisi.

V skladu z drugim odstavkom 6. člena Sklepa je funkcija ustrezno organizirana, če:

1. borznoposredniška družba imenuje osebo, ki je odgovorna za izvajanje funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ter za poročanje upravi borznoposredniške družbe v zvezi s spremljanjem skladnosti poslovanja s predpisi,
2. oseba, ki jo izvaja, ima potrebne pristojnosti, sredstva, strokovno znanje in dostop do vseh ustreznih informacij,
3. se oseba, vključena v funkcijo spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi, ne sme ukvarjati z opravljanjem storitev ali dejavnosti, ki jih spremlja,
4. metoda nagrajevanja osebe, pristojne za funkcijo spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi, ne vpliva na njeno objektivnost, niti ne sme biti verjetno, da bi vplivala nanjo.

Hkrati je potrebno upoštevati tudi tretji odstavek 6. člena Sklepa, ki določa da borznoposredniški družbi ni treba izpolnjevati zahtev iz 3. in 4. točke drugega odstavka tega člena, če lahko dokaže, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih ter drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, učinkovitost njene funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ni ogrožena.

Pri zgoraj navedeni obveznosti, gre za obveznost, ki v slovenski pravni red prenaša 6. člen Direktive komisije 2006/73/ES z dne 10. avgusta 2006 o izvajanju Direktive 2004/39/ES Evropskega parlamenta in Sveta v zvezi z organizacijskimi zahtevami in pogoji poslovanja investicijskih družb ter opredeljenimi izrazi za namene navedene direktive (v nadaljevanju: direktiva 2006/73ES).

¹ Ta sklep se uporablja tudi za banke, ki opravljajo investicijske storitve in posle. Posledično se tudi vsebina tega dokumenta nanaša tudi na tiste banke, ki opravljajo investicijske storitve in posle. Kjer ni posebej drugače navedeno se v gradivu uporabljeni pojmi »borznoposredniška družba«, BPD, investicijsko podjetje nanašajo tudi na banko, ki opravlja investicijske storitve in posle.

² Pojma Compliance ne bomo slovenili, ga pa bomo za potrebe tega gradiva sklanjali (Compliance, Complianca, Compliancu,...).

6. člen direktive 2006/73ES določa:

»1. Države članice zagotovijo, da investicijske družbe³ vzpostavijo, izvajajo in vzdržujejo primerne politike in postopke, katerih cilj je odkrivati morebitna tveganja, da družba ne bi izpolnjevala obveznosti iz Direktive 2004/39/ES, ter s tem povezana tveganja, ter da vzpostavijo primerne ukrepe in postopke, katerih cilj je, da se tako tveganje minimizira in da se pristojnim organom omogoči učinkovito izvajanje njihovih pooblastil na podlagi navedene direktive.

Države članice zagotovijo, da investicijske družbe za navedene namene upoštevajo naravo, obseg in kompleksnost poslov družbe ter naravo in obseg investicijskih storitev in dejavnosti, ki se opravljajo med tekom navedenih poslov.

2. Države članice zahtevajo, da investicijske družbe vzpostavijo in vzdržujejo trajno in učinkovito funkcijo spremljanja skladnosti, ki deluje neodvisno in ima naslednje odgovornosti:

(a) spremljati in redno ocenjevati primernost in učinkovitost ukrepov in postopkov, vzpostavljenih v skladu s prvim pododstavkom odstavka 1, ter ukrepov, sprejetih za odpravljanje morebitnih pomanjkljivosti na področju skladnosti družbe z njenimi obveznostmi;

(b) svetovati in pomagati ustreznim osebam, pristojnim za opravljanje investicijskih storitev in dejavnosti, za uskladitev družbe z obveznostmi na podlagi Direktive 2004/39/ES.

3. Da omogočijo funkciji spremljanja skladnosti pravilno in neodvisno opravljanje dolžnosti, države članice zahtevajo, da investicijske družbe zagotovijo izpolnjevanje naslednjih pogojev:

(a) funkcija spremljanja skladnosti mora imeti potrebno pristojnost, sredstva, strokovno znanje in dostop do vseh ustreznih informacij;

(b) imenovati je treba uradnika za spremljanje skladnosti, ki je odgovoren za funkcijo spremljanja skladnosti ter za poročanje v zvezi s spremljanjem skladnosti, kakor zahteva člen 9(2);

(c) ustrezne osebe, vključene v funkcijo spremljanja skladnosti, se ne smejo ukvarjati z opravljanjem storitev ali dejavnosti, ki jih spremljajo;

(d) metoda določanja plačila zadevnih oseb, pristojnih za funkcijo spremljanja skladnosti, ne sme vplivati na njihovo objektivnost, niti ne sme biti verjetno, da bi vplivala nanjo.

Od investicijske družbe pa se ne zahteva, da izpolni točko (c) ali točko (d), če lahko dokaže, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih storitev in dejavnosti, obveznost iz navedene točke ni sorazmerna in da je njena funkcija spremljanja skladnosti še naprej učinkovita.«

Niti ZTFI niti sklep podrobneje ne našteva konkretnih naloge Complianca. Kot uvodoma predstavljeno so neposredno določene le v prvem odstavku (»1. spremljanje in redno ocenjevanje primernosti ter učinkovitosti rednih postopkov, ter ukrepov, sprejetih za odpravljanje morebitnih pomanjkljivosti, na področju skladnosti poslovanja družbe s predpisi in 2. svetovanje in pomoč osebam, pristojnim za opravljanje posameznih investicijskih in drugih storitev, za uskladitev družbe z obveznostmi, ki jih določajo ustrezni predpisi«) in prvi točki drugega odstavka 6. člena Sklepa (»borznoposredniška družba imenuje osebo, ki je odgovorna za izvajanje funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ter za poročanje upravi borznoposredniške družbe v zvezi s spremljanjem skladnosti poslovanja s predpisi«).

Naloge lahko posredno razberemo iz 3. b) odstavka 6. člena direktive 2006/73ES (»imenovati je treba uradnika za spremljanje skladnosti, ki je odgovoren za funkcijo spremljanja skladnosti ter za poročanje v zvezi s spremljanjem skladnosti, kakor zahteva člen 9(2)«). Nadalje 9(2) člen direktive 2006/73ES določa »Države članice zahtevajo, da investicijske družbe⁴ zagotovijo, da njihovo višje vodstvo redno in vsaj enkrat na leto prejme pisna poročila o zadevah iz členov 6, 7 in 8, v katerih je zlasti navedeno, ali so bili v primeru pomanjkljivosti sprejeti primerni ukrepi.«). Prav tako naloge Complianca izhajajo tudi iz 9. člena Sklepa (Osebnostne transakcije) zlasti pa iz 4. točke 9. člena Sklepa (»borznoposredniška družba vodi evidenco o osebnih transakcijah iz 2. točke tega odstavka, vključno z morebitnimi dovoljenji, prepovedmi ali navodili v zvezi s posamezno transakcijo, ki so jih pridobile zadevne osebe⁵ v skladu z 2. točko prvega odstavka 6. člena tega sklepa.«

³ Opomba: Slovenski prevod direktive 2006/73ES napačno uporablja pojem »investicijska družba«, pravilno (v skladu z direktivo 2004/39 ES) gre namreč za »investicijsko podjetje«!

⁴ Opomba: pravilno »investicijska podjetja«!

⁵ »Zadevna oseba« v zvezi z borznoposredniško družbo pomeni:

(a) direktor, partner ali enakovredna oseba, poslovodja ali odvisni borznoposredniški zastopnik podjetja,

(b) direktor, partner ali enakovredna oseba ali poslovodja odvisnega borznoposredniškega zastopnika podjetja,

Iz navedenega izhaja, da je naloga Complianca tesno povezana z vzpostavitvijo in vzdrževanjem (ter svetovanjem, izobraževanjem in nadzorom) primernih pravil glede osebnih transakcij. Glede na to, da primerna pravila vključujejo morebitna (op.: predhodna) dovoljenja, prepovedi ali navodila glede osebnih transakcij in nadzor nad tovrstnimi transakcijami je naloga Complianca tudi v tem da predhodni dovoli, prepove ali poda določena navodila v zvezi s sklenitvijo posamezne osebne transakcije.

Prav tako naloge Complianca izhajajo iz 4. poglavja sklepa »PRAVILA V ZVEZI Z NASPROTJI INTERESOV« izrecno pa tudi iz 2. točke drugega odstavka 32. člena Sklepa, ki določa »*finančni analitiki in druge zadevne osebe, ki sodelujejo v pripravi investicijske raziskave, ne smejo opravljati osebnih transakcij s finančnimi instrumenti, na katere se nanaša investicijska raziskava, ali s katerimi koli drugimi povezanimi finančnimi instrumenti, v nasprotju s tekočimi priporočili, razen v izjemnih okoliščinah in na podlagi predhodne odobritve osebe iz drugega odstavka 6. člena tega sklepa*«.

Je pa pri konkretni organiziranosti funkcije oz. službe Complianca potrebno izhajati iz narave, obsega in kompleksnosti poslov ter narave in obsega investicijskih ter drugih storitev, ki jih investicijsko podjetje dejansko opravlja. V tem gradivu bo zato predstavljena dobra praksa iz EU tujine, pri čemer pa je smiselno pri konkretni organiziranosti funkcije Complianca upoštevati:

- specifične konkretne borznoposredniške družbe,
- dejstvo o tem ali gre za borznoposredniško družbo ali banko, ki opravlja investicijske storitve in posle
- podatke o sistemski pomembnosti konkretne borznoposredniške družbe ali banke,
- vplivu borznoposredniške družbe ali banke, ki ga ima na trgu kapitala,
- lastniški strukturi borznoposredniške družbe ali banke,
- poslovni model borznoposredniške družbe ali banke
- druge dejavnike (število zaposlenih, obseg in kompleksnost finančnih storitev, ki jih dejansko opravlja,...) v zvezi z borznoposredniško družbo oz. banko.

Odgovor kakšna je ustrezna oblika organiziranosti funkcije ali službe Complianca zato ne more biti splošen in enoznačen, prav tako pa je potrebno dodati, da se funkcija in naloge Complianca razvijajo in spreminjajo upoštevaje tudi sam razvoj trga kapitala. Učinkovit Compliance (kljub stroškom, ki ga povzroča) je močna konkurenčna prednost in pravzaprav pogoj za delovanje investicijskih podjetij.

1. Uvodoma k opredelitvi pojma »Compliance«

Čeprav zgodovinsko funkcija Complianca izhaja iz angloameriškega finančnega in s tem povezanega pravnega sistema, je z uveljavitvijo MiFID postala sestavni del poslovanja investicijskih podjetij v državah članicah EU, pri čemer je treba poudariti, da je konkretna organiziranost funkcije Complianca v pristojnosti investicijskega podjetja.

Na področju finančnih storitev se »Compliance« uporablja predvsem v smislu (zagotavljanja) spoštovanja zakonov, predpisov, smernic in drugih navodil, prav tako pa se posamezna podjetja⁶ lahko prostovoljno podredijo (zavežejo) k spoštovanju določenih internih pravil obnašanja (kodeksi, politike). Compliance torej pomeni, da se podjetje (BPD ali banka) obnaša v skladu s svojim regulatornim okvirjem, ne glede na to, ali gre za prisilne predpise ali pa za prostovoljne samo-

(c) zaposleni družbe ali njegovega odvisnega borznoposredniškega zastopnika ter vsaka druga fizična oseba, katere storitve so na voljo družbi ali so pod nadzorom družbe ali njenega odvisnega borznoposredniškega zastopnika, ki se ukvarja z opravljanjem investicijskih storitev in dejavnosti družbe,

(d) fizična oseba, ki se neposredno ukvarja z izvajanjem storitev za borznoposredniško družbo ali za njene odvisne borznoposredniške zastopnike na podlagi dogovora o zunanjem izvajanju investicijskih storitev in dejavnosti družbe.

⁶ Pojem podjetje se uporablja bodisi kot splošen pojem za podjetje, praviloma pa se ga uporablja v smislu investicijskega podjetja (borznoposredniške družbe ali banke, ki opravlja investicijske storitve in posle).

omejitve. Na prvi pogled to ni nekaj posebnega, saj je samoumevno, da se vsako podjetje pri opravljanju svoje dejavnosti drži veljavnih zakonov. Naloga »Compliance« službe, ni dnevno (naknadno) operativno preverjanje vseh aktivnosti poslovanja v nekem podjetju, ampak predvsem v tem, da z usmerjenimi organizacijskimi ukrepi preventivno deluje tako, da potencialne kršitve niti ne nastanejo⁷.

Naloge in cilji – Naloge in cilji Compliance službe zakonsko niso določeno (taksativno) navedene. Posamezne naloge izhajajo iz različnih predpisov, pri čemer pa ne gre za dokončen seznam nalog, ki ne bi bil predmet širitve.

Compliance – tveganja⁸. Načeloma lahko ugotovimo, da je naloga Compliance, v zaščiti managementa pred tki. Compliance – tveganji, tj. preprečevanje in zmanjšanje tveganj izgube/škode, ki bi lahko nastala s tem, da se podjetje ne obnaša v skladu z veljavnimi predpisi. Po eni strani gre za tveganja, ki lahko nastanejo iz razmerja med podjetjem in pristojnim(i) nadzornim(i) organi in sankcijami, ki sežejo od priporočil in opozoril, odreditve odprave kršitve, odreditve dodatnih ukrepov za uresničevanje pravil o upravljanju s tveganji, odvzema dovoljenja, kot tudi glob in drugih sankcij po zakonu o prekrških. Po drugi strani pa gre tudi za tveganja, ki izhajajo iz operativnega delovanja podjetja. Pri tem gre lahko konkretno za tveganja odškodnin in reputacijska⁹ tveganja (smiselno glej Boehlen, Kan; str. 355).

Compliance – tveganja imajo tako vedno vpliv tudi na poslovno politiko podjetja. Ker Compliance tovrstna tveganja nadzira in v dvomu tudi intervenira v posamezna poslovna področja, je Compliance često deležen (neupravičenega) očitka, da ovira samo poslovanje podjetja.

Compliance investicijskih storitev in poslov – Ena ključnih nalog Compliance službe je sprejeti učinkovita načela in postopke, ki so primerni, da se prepreči kršitev določb zakonov s področja trga vrednostnih papirjev in na njegovi podlagi izdanih predpisov, bodisi s strani samega investicijskega podjetja, bodisi s strani njegovih zaposlenih (op. nenazadnje pa tudi s strani strank!). Prav tako je naloga Compliance vnaprejšnje ocenjevanje tveganj, ki izhajajo iz nespoštovanja predpisov. Naloga Compliance je tudi redno nadzorovanje primernosti in učinkovitost tovrstnih postopkov. V primeru ugotovljenih pomanjkljivosti je del aktivnosti Compliance usmerjenih v smeri odpravljanja tovrstnih pomanjkljivosti. Primarno gre pri Compliance za znotraj-podjetno zagotavljanje spoštovanja določb s področja predpisov trga vrednostnih papirjev. Tovrstnemu Compliance lahko rečemo tudi »Securities-Compliance« (smiselno Boehlen, Kan; str. 357). Navedene naloge pa smiselno izhajajo tudi iz določb prvega in drugega odstavka 6. člena Sklepa. Compliance ima naslednje **funkcije** (Boehlen, Kan; str. 357):

- svetovalno;
- izobraževalno;
- nadzorno.

Svetovalna funkcija – za preprečevanje oziroma zmanjševanje Compliance – tveganj je nujno posameznim organizacijskim enotam v podjetju nuditi stalno spremljajočo pomoč v obliki svetovanja, katere cilj je preventivno (s pomočjo svetovanja) vplivati na preprečitev Compliance – tveganj. V idealnem primeru je Compliance že od samega začetka vključen v razvoj raznih transakcij, projektov in poslovnih modelov in spremlja posamezna poslovna področja pri njihovem vsakodnevnem operativnem poslovanju.

Izobraževalna funkcija – zgolj obstoj in formalna objava predpisov ali internih navodil, samo po sebi ne zagotavlja, da bi vsi zaposleni poznali za njih relevantne predpise in da jih tudi pravilno razumejo. Zato je ena ključnih nalog Compliance tudi izobraževanje zaposlenih. V procesu izobraževanja se doseže ustrezno razumevanje smisla in namena posameznih predpisov.

⁷ Smiselno prevedeno in povzeto po (Boehlen, Kan; MiFID-Kompendium Praktischer Leitfaden fuer Finanzdienstleister, Springer-Verlag, Berlin, 2008, str. 353 in nadaljnje)

⁸ Tveganje (ne)skladnosti je tveganje nastanka izgube zaradi zakonskih sankcij in ukrepov nadzornih organov, ki jih lahko borznoposredniška družba utрпи iz naslova namerne ali nenamerne neskladja z veljavno zakonodajo, standardi in kodeksi ter notranjimi akti.

⁹ Tveganje (zmanjšane) ugleda.

Nadzorna funkcija – poleg preventivnih ukrepov, kot so svetovanje in izobraževanje je naloga Compliance tudi represivna nadzorna funkcija. Tako Compliance npr. preverja posle BPD, banke oziroma njenih zaposlenih in jih preverja z vidika morebitnih kršitev ali kaznivih dejanj, npr. insiderstvo, manipulacija (Boehlen, Kan; str. 357)

To razmeroma ozko razumevanje **Securities-Compliance** se je razširilo z **dodatnimi nalogami** na področju preprečevanja pranja denarja, boja proti prevaram in korupciji in drugimi področji.

Preprečevanje pranja denarja – Pomembno področje s katerim se ukvarjajo v Compliance službah je preprečevanje pranja denarja, pri čemer je motiv drugačen kot pri Securities-Compliance. Pri Securities-Compliance je Compliance služba »odvetnik¹⁰« stranke, kar pomeni, da Compliance služba poskrbi za to, da podjetje stranko obravnava pošteno in brez konfliktov interesov.

Pri preprečevanju pranja denarja pa podjetje pred vzpostavitvijo poslovnega razmerja preveri stranko in njene posle z vidika njene zanesljivosti in zakonitosti. Securities-Compliance in funkcija preprečevanje pranja denarja se razlikujeta v svojem bistvu. Securities Compliance ščiti stranko pred samo BPD ali banko, medtem ko služba preprečevanja pranja denarja ščiti BPD oz. banko pred stranko. Tudi področje preprečevanja pranja denarja je večplastno in zato je tudi na tem področju treba delovati svetovalno, izobraževalno in nadzorno, zlasti pri načrtovanju standardiziranih (masovnih) procesov mora biti služba preprečevanje pranja denarja vključena v sam razvoj procesa že od samega začetka.

Boj proti prevaram in korupciji – tudi na tem področju je naloga Compliance s svetovanjem, izobraževanjem in nadzorom preprečiti nastanek raznih prevar in korupcij (tako s strani same BPD oz. banke, njenih zaposlenih, kot tudi strank, ki bi zlorabile BPD ali banko za doseg takih ciljev).

Druga področja Compliance – Odvisno od razumevanja se lahko področju Compliance pridružijo tudi druge naloge: »Whistle-Blowing«, »Code of Conduct«, kot tudi upravljanja z reputacijskimi tveganji. Pod pojmom »Whistle-Blowing« razumemo vzpostavitev nevtralnega mesta, kateremu lahko zaposleni BPD javljajo (tudi anonimno) morebitna kazniva dejanja, druge kršitve predpisov ali pa zgolj določene posebnosti pri poslovanju, ne da bi bili izpostavljeni tveganju, da bodo s strani prizadete osebe (kršitelja), ki je lahko npr. njihov predpostavljeni, deležni kakšnih sankcij. »Code of Conduct« so smernice obnašanja, ki si jih je podjetje samo postavilo in se jim je podvrglo pri svojem ravnanju, tako da se spodbuja integriteta podjetja. Upravljanje z reputacijskimi tveganji ima svoj namen v varovanju ugleda podjetja v javnosti. Poslovne procese borznoposredniške družbe ali banke se nadzira in po potrebi tudi spreminja. Tak primer bi lahko bil, ko banka vzpostavi poslovne stike ali npr. odobri posojilo trgovcu z orožjem ali proizvajalcu jedrske energije. Četudi je poslovanje s takšno stranko lahko zakonito, pa je lahko razumevanje javnosti, zaradi različnih etičnih ali moralnih meril javnosti, takšno, da bo banka izgubila določene stranke (Boehlen, Kan; str. 359).

Compliance bo tako moral ugotoviti morebitna Compliance-tveganja in sprejeti primerne ukrepe za odpravo tovrstnih tveganj v skrajnem primeru, pa v kolikor tovrstnih tveganj ni možno omejiti, predlagati ustrezno spremembo poslovnega modela. Pri analizi Compliance-tveganj, ki bo temelj za ustrezno vzpostavitev poročanja bo Compliance verjetno izhajal iz analize občutljivosti posameznih delovnih mest, z vidika značilnosti in obsega poslov, dejansko razpoložljivih (občutljivih) informacij s katerimi se posamezni delavci na določenem delovnem mestu običajno srečujejo ter preveril možnost vzpostavitve določenih nujnih organizacijskih ukrepov (npr. chinese-walls, kneed-to-know-principle,...), ki bodo v največji meri lahko preprečile dejanske konflikte interesov.

Borznoposredniška družba mora v skladu z 198. členom ZTFI uresničevati učinkovit sistem za preprečevanje in za upravljanje z nasprotji interesov, ki obsega vse razumne ukrepe, za preprečitev, da bi nasprotja interesov iz prvega odstavka tega člena neugodno vplivala na

¹⁰ Opomba: Pojem »odvetnik« stranke je mišljen kot prisposodba. Stranka je posredno deležna zaščite skozi zmanjševanje »compliance – tveganj«.

uresničitev interesov njenih strank. Na tem mestu bi zgolj sistematizirali nekaj skupin deležnikov, za katere je značilen konflikt interesov, in sicer so to konflikti med naslednjimi skupinami¹¹ deležnikov:

- BPD – stranka,
- BPD – zaposleni (v vlogi stranke)
- zaposleni – stranka,
- posamezne skupine strank – druge skupine strank.

Prav tako mora borznoposredniška družba v skladu z 239. členom ZTFI nadzorovati dejanja iz prvega odstavka 238. člena tega zakona, ki jih v njenem imenu opravlja odvisni borznoposredniški zastopnik, in opraviti vse ukrepe, potrebne za zagotovitev, da ta zastopnik pri opravljanju teh dejanj ravna v skladu s predpisi iz 1. točke 197. člena tega zakona. Borznoposredniška družba mora opraviti vse ukrepe, potrebne za zagotovitev, da drugi posli, ki jih opravlja odvisni borznoposredniški zastopnik in za katere se ne uporabljajo določbe tega zakona o investicijskih oziroma pomožnih investicijskih storitvah in poslih, nimajo negativnega vpliva na opravljanje investicijskih storitev in poslov, ki jih odvisni borznoposredniški zastopnik opravlja za borznoposredniško družbo.

Compliance bo te ukrepe prilagodil na način, da bo z vidika nadzorne funkcije, ki jo ima Compliance, sam obseg ukrepov in poročanja ter krog zavezancev, takšen, da bo Compliance prejemal Compliance-relevantne podatke in da zaradi morebitnih preobsežnih informacij ali preširokega kroga zavezancev k poročanju, ne doseže ravno nasprotnega učinka (»zaradi dreves ne vidi gozda«). Podrobneje o delovno-pravnih vidikih in konfliktih z osebnostnimi pravicami posameznih delavcev (pravica do zasebnosti), varstvom osebnih podatkov in problematiko Compliance v koncernskih družbah lahko razberete v delih Ehrler J., Compliance in Universalbanken – Strategien fuer das Management von Interessenkonflikten, Gabler Verlag, Wiesbaden, 1997, str. 206 in nadaljnje ter v Jerusalem K., Die Regelung von Mitarbeitergeschaeften im Bankgewerbe durch Compliance, ESV -Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1996, str. 171, 221 in nadaljnje.

2. Razmejitev nalog

Compliance-služba ima določene skupne oz. presečne naloge z drugimi organizacijskimi enotami investicijskega podjetja. Naloge med posameznimi organizacijskimi enotami lahko tekoče prehajajo. Ne glede na to pa v nadaljevanju poskušamo ostreje razmejiti pristojnosti med Compliance in drugimi organizacijskimi enotami (smiselno povzeto po Boehlen, Kan; str. 360)

Interna revizija – pojem revizija oz. revidiranje izhaja iz latinske besede *revidere* in pomeni toliko kot naknadni pregled oz. preverjanje. Že iz samega pojma postane jasno, kaj spada k nalogam (interne) revizijske službe. Interna revizija je opredeljena kot neodvisna funkcija, kar pomeni da ni sestavni del operativnih poslov in tudi drugače ne spada k nobenemu drugemu področju podjetja. Interna revizija ima podobno kot Compliance nadzorno in svetovalno (op.: ne pa tudi izobraževalno!) funkcijo, pri čemer pa se funkciji razlikujeta v samem izhodišču. Compliance je zlasti specializiran na področje opravljanja investicijskih storitev in poslov¹². Prav tako se loči Compliance v časovni komponenti od interne revizije. Interna revizija preverja zgolj obstoječe procese, poteke in navodila, ko se le-ti dejansko že odvijajo v podjetju. Pogled interne revizije je v času postopka interne revizije dejansko ex-post. Compliance pa je na dnevni bazi vpet v poslovna

¹¹ Jerusalem K., Die Regelung der Mitarbeitergeschaefte im Bankgewerbe durch Compliance, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1996, str. 39 in nadaljnje)

¹² Poudariti velja, da so z vidika pristojnosti Agencije za trg vrednostnih papirjev v zvezi z borznoposredniškimi družbami to hkrati tudi vsi njeni posli, ki jih le-te lahko opravljajo. Z vidika pristojnosti Agencije v zvezi z nadzorom nad bankami, ki imajo dovoljenje za opravljanje investicijskih storitev in poslov pa prav tako vsi posli za katere nadzor je pristojna Agencija. Agencija se pri tem ne opredeljuje do obveznosti bank vzpostaviti compliance na drugih področjih. Pri tem pa je treba opozoriti, da imajo lahko različne organizacijske enote (četudi se v njih ne opravljajo tipične investicijske storitve in posli) pomemben vpliv na compliance z vidika ZTFI (npr. compliance-relevantna je lahko tudi situacija, ko se npr. v organizacijski enoti »poslovalnica za poslovanje z občani« odobri posojilo za nakup vrednostnih papirjev, ki se izvaja v enoti »trgovanje z VP«).

področja. Compliance aktivno sodeluje pri razvoju poslovnih modelov že od samega začetka (ex-ante).

Pravna služba – Pravna služba je pri vseh (op.: velikih) investicijskih podjetjih (op.: zakonsko sicer neobvezen) sestavni del organizacije (smiselno Boehlen, Kan; str. 361). Njene naloge v angleškem jeziku opisujemo kot »Managing Corporate Legal Affairs«. Pravzaprav so njene naloge enake kot naloge običajne odvetniške pisarne, s tem da gre za odvetniško pisarno, ki je organizirana znotraj podjetja in deluje samo za to podjetje. Pravna služba se bo v investicijskem podjetju ukvarjala s številnimi pravnimi področji (delovno, obligacijsko, korporacijsko, bančno, pravo vrednostnih papirjev,...). Že iz tega izhajajo prve ločnice oz. skupne točke s Compliancom, ki je specializiran na določena ožja pravna področja (op.: zlasti ZTFI, ZNVP, ZPre, ZISDU, ZPPDenFT,...).

Compliance se od pravne službe loči tudi po svoji glavni usmeritvi oz. osredotočenosti. Pravna služba je namreč odvetnik podjetja, Compliance pa »odvetnik« stranke. Tako se bo pravna služba ukvarjala z vprašanjem ali je določen proces, potek ali poslovni model pravno brežhiben. Compliance pa se bo hkrati vprašal, če je takšna (pravno brežhibna) rešitev tudi ustrezna za stranko podjetja in bo v dvomu iskal rešitve ki bodo bližje interesom stranke. Tudi pri načinu delovanja in (časovnem) trenutku vključitve se razlikuje pravna služba od Compliance službe. Posamezna poslovna področja dobivajo s strani Complianca »pro-aktivno« in trajno oskrbo, medtem ko se pravna služba praviloma odziva zgolj na konkretna zaprosila, ko torej obstaja konkretno pravno vprašanje. Compliance tako poskuša s soustvarjanjem procesov in potekov že vnaprej pravno korektno omogočiti številne poslovne dogodke, medtem ko bo pravna služba praviloma aktivna šele na posamična zaprosila drugih organizacijskih enot (Boehlen, Kan; str. 361).

Upravljanje pritožb strank – investicijska podjetja morajo imeti ustrezne postopke za reševanje pritožb neprofesionalnih strank. Vsaka pritožba in posledično ukrepanje mora biti ustrezno dokumentirano. Ta organizacijska dolžnost se lahko izvaja v različnih organizacijskih enotah. Čeprav bi iz narave Complianca kot strankinega »odvetnika« bilo moč sklepati, da se funkcija upravljanje pritožb strank izvaja v Compliancu, pa temu nasprotuje dejstvo, da želi stranka hitro rešitev svoje težave. Samo težavo pa lahko rešuje le organizacijska enota, v kateri je prišlo do pomanjkljive storitve. Če bi pritožbe strank obravnaval Compliance, bi to (op.: v velikih podjetjih) pomenilo zgolj nepotrebno zavlačevanje procesa, ki ni v interesu stranke. Zato je bolj smiselno, da se Compliance vključi v razvoj sistema reševanja pritožb, tako da bo sistem skladen z zahtevami Complianca in v iskanje sistemskih rešitev v kolikor iz pritožb strank izhajajo sistemske pomanjkljivosti pri opravljanju investicijskih storitev in poslov.

Operativna področja – čeprav je Compliance vedno z nasvetom ob strani drugim operativno delujočim področjem (npr. trgovanje z VP, upravljanje portfeljev, analitska služba, dealing, poslovanje z občani,...), pa je odgovornost posameznih operativnih področij, da se bodo gibali znotraj regulatornega okvira, na njih samih. Compliance ni poslovno operativna enota, zato je odgovornost za posamezen posel pri posameznem operativnem področju. Compliance je neodvisna funkcija, ki ostalim aktivno svetuje, vendar nikoli ne sprejema poslovnopolitičnih odločitev. Compliance ne odloča kakšne odločitve bo podjetje sprejemalo, mora pa ocenjevati s tem povezana tveganja. Pri tem torej ne gre za vprašanje ali bo podjetje ponudilo kakšno storitev ampak za vprašanje kako to storitev ponuditi (op.: sodeluje pri načrtovanju te storitve, tako da svetuje in pomaga ter spremlja in redno ocenjuje njeno primernost).

3. Problematika združevanja posameznih funkcij v »mikro« borznoposredniški družbi

Tretji do peti člen Sklepa določa obveznost uprave oz. borznoposredniške družbe glede spoštovanja predpisov in splošnih organizacijskih zahtev, pri tem pa se v praksi pojavljajo vprašanja glede primernosti konkretne organizacije posameznih področij in funkcij v borznoposredniški družbi, zlasti glede na značilnosti, obseg in zapletenosti poslov, ki jih družba dejansko opravlja. Ključno poslovno vprašanje je namreč povezano s sorazmernostjo posameznih organizacijskih ukrepov (le-ti pa imajo seveda tudi stroškovni vidik).

Preden odgovorimo na vprašanje glede na dopustnosti združevanja posameznih funkcij je treba analizirati ali in pod kakšnimi pogoji je posamezna funkcija obvezna oz. v katerih izjemah le-ta ni obvezna.

Funkcija Complianca

Kot je uvodoma predstavljeno, je vzpostavitev in vzdrževanje trajne ter učinkovite funkcije Complianca obligatorna (glej prvi in drugi odstavek 6. člena Sklepa), načelo sorazmernosti pa se odraža skozi tretji odstavek 6. člena.

Funkcija interne revizije

V zvezi s funkcijo notranje revizije je potrebno opozoriti na določbo 8. člena direktive 2006/73ES, ki določa, da:

»Države članice zahtevajo, da investicijske družbe¹³, če je primerno in sorazmerno glede na naravo, obseg in kompleksnost poslovanja ter naravo in vrsto investicijskih storitev in dejavnosti, ki jih opravlja pri svojem poslovanju, vzpostavijo in vzdržujejo funkcijo notranje revizije, ki je ločena in neodvisna od drugih funkcij in dejavnosti investicijske družbe in ima naslednje odgovornosti:

- (a) vzpostavitev, izvajanje in vzdrževanje revizijskega načrta za pregled in ocenjevanje primernosti in učinkovitosti sistemov, mehanizmov notranje kontrole in ureditev investicijske družbe;*
- (b) izdajanje priporočil na podlagi rezultatov dela, opravljenega v skladu s točko (a);*
- (c) preverjanje skladnosti z navedenimi priporočili;*
- (d) poročanje v zvezi z notranjo revizijo v skladu s členom 9(2).«.*

Slovenski pravni red določa, da je organiziranje funkcije notranje revizije obligatorno (ne glede na to, če je primerno in sorazmerno glede na naravo, obseg in kompleksnost poslovanja ter naravo in vrsto investicijskih storitev in dejavnosti, ki jih opravlja pri svojem poslovanju), navedeno pa izhaja iz 193. člena ZTFI v zvezi z 197. do 202. členom ZBan – 1.

Se pa načelo sorazmernosti pri borznoposredniških družbah (ne pa tudi bankah!) odraža skozi 6. odstavek 193. člena ZTFI, na podlagi katerega lahko, ne glede na prvi odstavek 199. člena ZBan-1, opravljanje nalog notranjega revidiranja prenesejo na osebo, ki izpolnjuje pogoje za opravljanje teh nalog.

Funkcija upravljanja s tveganji

Načelo sorazmernosti je upoštevano tudi v zvezi z vzpostavitvijo funkcije upravljanja s tveganji, saj 7. člen Sklepa glede upravljanje s tveganji določa:

»(1) Borznoposredniška družba mora vzpostaviti in vzdrževati trajno in učinkovito funkcijo upravljanja s tveganji, ki deluje neodvisno in ima naslednje odgovornosti:

- 1. spremljanje in redno ocenjevanje primernosti ter učinkovitosti rednih postopkov, ter ukrepov, sprejetih za odpravljanje morebitnih pomanjkljivosti, na področju obvladovanja tveganj,*
- 2. poročanje upravi borznoposredniške družbe v zvezi s spremljanjem obvladovanja tveganj.*

*(2) Borznoposredniški družbi **ni treba vzpostaviti** in vzdrževati funkcije upravljanja s tveganji kot neodvisne službe, če lahko dokaže, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih in drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, trajno in učinkovito izvajanje njene funkcije obvladovanja tveganj ni ogroženo.«.*

Zgoraj navedeni člen v slovenski pravni red prenaša 7. člen direktive 2006/73ES, pri čemer je tudi pri konkretni organiziranosti funkcije upravljanja s tveganji potrebno upoštevati načelo sorazmernosti, ki se kaže v tem, da borznoposredniški družbi, funkcije upravljanja s tveganji ni potrebno vzpostaviti, kot neodvisne službe, če lahko dokaže, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih in drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, trajno in učinkovito izvajanje njene funkcije obvladovanja tveganj ni ogroženo.

¹³ Opomba: pravilno investicijska podjetja!

Če primerjamo obveznost organiziranja funkcije Complianca in funkcije upravljanja s tveganji, kot neodvisne službe, lahko povzamemo, da mora biti Compliance obvezno organiziran, kot neodvisna funkcija (v vsakem primeru, pri čemer so možni določeni »odpustki« glede (ne)združljivosti posameznih dejanj osebe, ki je vključena v funkcijo Complianca in nagrajevanja te osebe, v primeru, če lahko borznoposredniška družba dokaže da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih ter drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, učinkovitost njene funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ni ogrožena).

Ne glede na to, da borznoposredniški družbi pod določenimi pogoji ni treba vzpostaviti funkcije upravljanja s tveganji kot neodvisne službe, pa mora vzpostaviti, izvajati in vzdrževati primerno politiko obvladovanja tveganja in postopke za ugotavljanje tveganja v zvezi z dejavnostmi, procesi in sistemi družbe. Podrobneje glej tudi »Q&A - Your questions on MiFID« <http://ec.europa.eu/ygol/index.cfm?fuseaction=question.show&questionId=242>¹⁴.

Dopustnost združevanja funkcij

Dopustnost združevanje posameznih funkcij izhaja iz recitala (15.) direktive 2006/73ES, ki določa:

»Dejstvo, da funkcijo upravljanja s tveganjem in funkcijo spremljanja skladnosti opravlja ista oseba, ne ogroža n u j n o neodvisnega delovanja posamezne funkcije. Pogoji, da osebe, ki se ukvarjajo s funkcijo skladnosti, ne bi smele opravljati tudi funkcij, ki jih nadzorujejo, in da metoda določanja nadomestila takih oseb ne bi smela ogroziti njihove objektivnosti, lahko niso sorazmerni v primeru majhnih investicijskih družb. Za večje družbe pa bi bili nesorazmerni samo v izjemnih okoliščinah.«¹⁵.

Iz recitala (15.) direktive 2006/73ES izhaja načelo sorazmernosti, ki ga je treba upoštevati pri konkretni organiziranosti funkcije Complianca in njenih konkretnih zadolžitvah oz. dopustnosti, da Compliance izvaja tudi še določene druge (ne operativne!) naloge (npr. s področja pranja denarja, upravljanje pritožb strank,...). V konkretnem primeru je obravnavan primer združevanja funkcije Complianca in risk managementa (pri tem pa je treba upoštevati dejstvo, da v določenih izjemnih okoliščinah funkcije upravljanja s tveganji, kot neodvisne službe, ni treba vzpostaviti).

Takšno združevanje funkcije Complianca z določenimi drugimi funkcijami (npr. preprečevanje pranja denarja, upravljanje pritožb strank, naloge s področja varstva osebnih podatkov,...) v določenih »mikro« borznoposredniških družbah v eni sami osebi, bi bilo upoštevaje načelo sorazmernosti možno, ob predpostavki, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih ter drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, učinkovitost same funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ni ogrožena.

Z vidika obveznosti, da mora borznoposredniška družba vzpostaviti in vzdrževati trajno ter učinkovito funkcijo spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi, pa hkrati ocenjujemo, da funkcije Complianca (za razliko od npr. interne revizije) praviloma ni možno učinkovito zagotavljati preko oseb, ki niso zaposlene v borznoposredniški (bodisi na podlagi pogodbe o zaposlitvi bodisi na podlagi drugega primerljivega pravnega temelja).

¹⁴ »All investment firms are required to establish risk management policies and procedures and to comply with the other provisions of Article 7(1) of the Directive. However, it is only where justified in view of the nature, scale and complexity of the business that a firm is required to establish and maintain 'a risk management function that operates independently' by Article 7(2). So for very small or non-complex firms, they might have risk management policies and procedures which are not operated by a separate risk management function (but which, for example, are directly supervised by the Board, Audit Committee, or CFO, or which are operated by the compliance function or internal audit function). This answer is consistent with the diagram in section 3.4 of the Background Note to the draft level 2 Directive (see <http://tinyurl.com/yvscsqd>).

¹⁵ »The fact that risk management and compliance functions are performed by the same person does not necessarily jeopardize the independent functioning of each function. The conditions that persons involved in the compliance function should not also be involved in the performance of the functions that they monitor, and that the method of determining the remuneration of such persons should not be likely to compromise their objectivity, may not be proportionate in the case of small investment firms. However, they would only be disproportionate for larger firms in exceptional circumstances.«

Povzetek

Če povzamemo – borznoposredniška družba je ne glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih in drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, v vsakem primeru dolžna vzpostaviti funkcijo Complianca in funkcijo notranje revizije, ne pa tudi funkcije upravljanja s tveganji, kot neodvisne službe (če lahko dokaže, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih in drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, trajno in učinkovito izvajanje njene funkcije obvladovanja tveganj ni ogroženo).

Za zagotavljanje funkcije Complianca mora borznoposredniška družba imenovati osebo, ki je odgovorna za izvajanje funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ter za poročanje upravi borznoposredniške družbe v zvezi s spremljanjem skladnosti poslovanja s predpisi. Oseba, ki izvaja to funkcijo mora imeti potrebne pristojnosti, sredstva, strokovno znanje in dostop do vseh ustreznih informacij. Oseba, vključena v funkcijo spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi, se ne sme ukvarjati z opravljanjem storitev ali dejavnosti, ki jih spremlja, in metoda nagrajevanja te osebe, ne sme vplivati na njeno objektivnost, niti ne sme biti verjetno, da bi vplivala nanjo - razen, če lahko borznoposredniška družba dokaže, da glede na naravo, obseg in kompleksnost poslov ter naravo in obseg investicijskih ter drugih storitev, ki jih dejansko opravlja, učinkovitost njene funkcije spremljanja skladnosti poslovanja s predpisi ni ogrožena.

Dr. Damjan Žugelj l.r.
predsednik Sveta
Agencije za trg vrednostnih papirjev