

Jakub Nowak

Depozytariusz jako organ harmonizujący zasady bezpieczeństwa w państwach unii europejskiej

Wstęp

Fundusze inwestycyjne stanowią alternatywną formę oszczędzania i lokowania nadwyżek finansowych, przy czym i funduszy inwestycyjnych jest wypracowanie korzyści majątkowych dla inwestorów wpłacających środki pieniężne w ramach wspólnego inwestowania . Wspólne inwestowanie oznacza bowiem, iż środki finansowe drobnych inwestorów są gromadzone, a następnie inwestowane w instrumenty finansowe, zaś korzyści lub też straty wynikające z inwestowania dzielone są między inwestorów stosownie do inwestowanych środków finansowych .

Do korzyści inwestowania w fundusze inwestycyjne zalicza się m.in. wysokie bezpieczeństwo inwestycji, szeroki zakres instrumentów rynku finansowego, do których dostęp w sposób pośredni ma inwestor, przewagę konkurencyjną funduszy inwestycyjnych jako instytucji zaufania publicznego nad innymi formami inwestowania, świadczenia dodatkowe na rzecz uczestników funduszy, a także dywersyfikację portfela i ograniczenie ryzyka, profesjonalne zarządzanie, dużą płynność inwestycji związaną z elastycznością przyjęcia strategii inwestycyjnej . W zakresie wysokiego bezpieczeństwa inwestycji istotna jest rola depozytariusza.

Zasady funkcjonowania funduszy inwestycyjnych oraz status prawny depozytariusza reguluje ustawa o funduszach inwestycyjnych (u.f.i.) z 27 maja 2004 roku , która implementuje dyrektywę UCITS V regulującą status depozytariusza . Ponadto obowiązki depozytariusza sprecyzowane zostały w rozporządzeniu delegowanym Komisji UE 2016/438 z 17 grudnia 2015 uzupełniające dyrektywę 2009/65/WE w odniesieniu do obowiązków depozytariuszy .

Pozycja depozytariusza w strukturze funduszy inwestycyjnych

Obligatoryjnym podmiotem o szczególnej pozycji w konstrukcji funduszy inwestycyjnych jest depozytariusz, który posiada niezależną pozycję wobec

towarzystwa funduszy inwestycyjnych tworzącego i zarządzającego funduszem jako jego organ, a także funduszu inwestycyjnego. Depozytariusz zajmuje szczególną pozycję w strukturze funkcjonowania funduszy inwestycyjnych jako podmiot zewnętrzny wobec funduszu,

W świetle art. 10 u.f.i. towarzystwo i depozytariusz to podmioty niezależne, ale działające zawsze w interesie wszystkich uczestników funduszu inwestycyjnego. Wymóg ten ma na celu zapewnienie niezależności tych podmiotów oraz ich wiarygodności. Niezależność ta jest zagwarantowana rozgraniczeniem kapitałowym i personalnym depozytariusza i TFI. Otóż depozytariusz rejestrujący aktywa danego funduszu inwestycyjnego nie może być jednocześnie akcjonariuszem TFI zarządzającego funduszem inwestycyjnym, natomiast TFI nie może nabywać papierów wartościowych, które są emitowane przez depozytariusza. Ponadto ta sama osoba nie może równocześnie pełnić funkcji członka organu zarządzającego spółki zarządzającej oraz wchodzić w skład organu zarządzającego depozytariusza; jak również jednocześnie nie może być pracownikiem depozytariusza i pracownikiem spółki zarządzającej. Jednakże możliwe jest, aby akcjonariuszami TFI były podmioty zależne od depozytariusza, chociaż u.f.i. wówczas zaostrza zasady odpowiedzialności depozytariusza wobec uczestników funduszy.

Ustawodawca określa w art. 71 u.f.i. zamknięty katalog podmiotów mogących być depozytariuszami. Depozytariuszem może być bank krajowy, oddział zagranicznej instytucji kredytowej z siedzibą w Polsce albo Krajowy Depozyt Papierów Wartościowych S. A. Działalność banków reguluje ustawa - prawo bankowe (pr.b.). W świetle art. 2 p.b. bank to osoba prawna utworzona w oparciu o przepisy prawne i działająca na podstawie zezwoleń właściwych organów, przy czym zezwolenia te uprawniają ją do wykonywania czynności bankowych, które obciążają ryzykiem środki powierzone przez osoby fizyczne i inne podmioty prawa pod jakimkolwiek tytułem zwrotnym.

Wybór depozytariusza przez fundusz jest każdorazowo zatwierdzany przez Komisję Nadzoru Finansowego. Ponadto depozytariuszem może być jedynie bank krajowy bądź oddział instytucji kredytowej, o ile posiada on fundusze własne (kapitał zakładowy) w wysokości minimum 100 mln zł, natomiast warunek kapitałowy nie dotyczy KDPW. Zdaniem doktryny tak wysokie wymagania kapitałowe nie są

konieczne dla zapewnienia bezpieczeństwa uczestników, a wpływają tylko na wyższe koszty obsługi i ograniczają konkurencję .

TFI zobowiązany jest jeszcze przed złożeniem wniosku o zezwolenie na utworzenie funduszu inwestycyjnego dokonać wyboru depozytariusza oraz zawrzeć umowę o prowadzenie rejestru aktywów funduszu. Wybór depozytariusza przez FI jest każdorazowo zatwierdzany KNF, który udzielając zezwolenia na utworzenie funduszu jednocześnie zatwierdza wybór samego depozytariusza. Zgody KNF wymaga również ewentualna późniejsza zmiana depozytariusza. KNF odmawia zezwolenia na utworzenie funduszu, gdy prowadzenie rejestru aktywów funduszu nie zabezpiecza należytego interesu uczestników funduszu, bądź też gdy członkowie zarządu depozytariusza lub osoby wyznaczone do wykonywania obowiązków mogą je wykonywać w sposób naruszający zasady uczciwego obrotu albo w sposób nie zabezpieczający należycie interesów uczestników funduszu.

Działalność depozytariusza reguluje szczegółowo umowa o wykonywanie funkcji depozytariusza funduszu inwestycyjnego, która wyszczególnia obowiązki depozytariusza i FI wraz ze sposobem ich wykonywania, a poza tym określa zasady wymiany informacji pomiędzy FI a depozytariuszem w sposób umożliwiający depozytariuszowi wykonywanie jego obowiązków, a ponadto umowa ta musi ustalać wynagrodzenie depozytariusza oraz metody kalkulacji kosztów obciążających fundusz (art. 74 u.f.i.). Pisemna umowa powinna zawierać wszelkie postanowienia konieczne celem właściwego przechowywania aktywów funduszu przez depozytariusza, w tym w szczególności: opis usług świadczonych przez depozytariusza; opis procedur, które depozytariusz ma wdrożyć w odniesieniu do każdego rodzaju aktywów; opis metod wykonywania funkcji depozytariusza w zakresie przechowywania i nadzoru, z uwzględnieniem rodzajów aktywów i regionów geograficznych, co do których UCITS planuje inwestycje, a także sposobu realizacji obowiązku przechowywania; okres obowiązywania umowy wraz z postanowieniami dotyczącymi warunków zmiany i rozwiązania umowy; zobowiązania wynikające z obowiązku zapewnienia poufności; środki i procedury umożliwiające przekazywaniu przez depozytariusza spółce zarządzającej lub spółce inwestycyjnej wszelkie istotne informacje niezbędne im celem wypełniania swoich obowiązków; wszelkie konieczne informacje odnośnie sprzedaży, subskrypcji, umorzenia, emisji, unieważnienia i odkupu jednostek uczestnictwa; wszystkie inne

konieczne informacje odnoszące się do wykonywania obowiązków przez depozytariusza; procedury umożliwiające TFI kontrolę i przegląd wywiązywania się depozytariusza z jego obowiązków; a w przypadku możliwości powierzenia podmiotom trzecim wykonywania części ich zadań umowa powinna określać zobowiązanie co do regularnego przedstawiania szczegółowych informacji o tych podmiotach i powierzonych im obowiązkach .

Umowa zawierana przez TFI z depozytariuszem przed utworzeniem funduszu, a w celu uzyskania zezwolenia KNF ma charakter umowy warunkowej. Dlatego dopiero z chwilą dokonania wpisu do rejestru funduszy inwestycyjnych, fundusz inwestycyjny definitywnie nabywa prawa i obowiązki wynikające z tytułu zawartej wcześniej umowy z depozytariuszem.

Depozytariusz działa w interesie uczestników funduszy inwestycyjnego poprzez zapewnienie bezpieczeństwa uczestników funduszy. Bezpieczeństwo funduszy wynika przede wszystkim z rozdzielenia środków pozyskiwanych przez fundusz, od majątku towarzystwa nim zarządzającego lub depozytariusza. Stąd w przypadku ewentualnego bankructwa depozytariusza, to pieniądze zainwestowane przez uczestników funduszy są bezpieczne, gdyż nie wchodzi w skład masy upadłościowej podmiotu. Depozytariusz działać ma w interesie uczestników funduszu, a ten cel jest nadrzędny nad interesem samego depozytariusza, a także towarzystwa funduszy inwestycyjnych .

Zadania depozytariusza

Zadania depozytariusza reguluje (art. 72 u.f.i.). W świetle tego przepisu depozytariusz będący niezależnym podmiotem czuwa nad prawidłowym funkcjonowaniem i zarządzaniem funduszu w zakresie zgodności działań z prawem, jak również statutem funduszu, a w szczególności prowadzi ewidencję aktywów funduszu inwestycyjnego, zapewnia zgodność z prawem i statutem zbywania oraz odkupywania jednostek uczestnictwa, emitowania, wydawania i wykupywania certyfikatów inwestycyjnych, kontroluje terminowość rozliczania umów zawieranych z uczestnikami funduszu, zapewnia prawidłowe obliczanie wartości netto aktywów funduszu inwestycyjnego, zapewnia prawidłowe obliczanie wartości jednostki

uczestnictwa, zapewnia prawidłowość wykorzystania dochodów funduszu inwestycyjnego, wykonuje polecenia funduszu inwestycyjnego.

Przyjmuje się, że depozytariusza obciążają cztery podstawowe obowiązki: sprawowanie pieczy nad aktywami funduszy, kompetencje nadzorcze, wykonywanie poleceń funduszu inwestycyjnego oraz obowiązki o charakterze nadzwyczajnym.

Sprawowanie pieczy nad aktywami funduszy to przede wszystkim przechowywanie aktywów funduszu inwestycyjnego oraz prowadzenie rejestru (ewidencji) wszystkich aktywów funduszu inwestycyjnego. Szczegółowy zakres tych obowiązków wynika jednak z umowy o prowadzenie rejestru aktywów funduszu inwestycyjnego, przy czym umowa nie może ograniczać obowiązków depozytariusza określonych w ustawie. Tymczasem w świetle ustawy depozytariusz odpowiedzialny jest, żeby środki pieniężne funduszu inwestycyjnego przechowywane były na rachunkach pieniężnych bankowych prowadzonych przez uprawnione podmioty.

Niektóre czynności w zakresie prowadzenia rejestr aktywów funduszu mogą być jednak wykonywane przez inne podmioty na podstawie umów zawartych przez depozytariusza na polecenie funduszu, jak częściowe prowadzenie rejestru aktywów przez subdepozytariusza, czy fizyczne przechowywanie aktywów występującej w postaci materialnej. W drodze umowy nie jest jednak możliwe wyłączenie całościowego prowadzenia rejestru aktywów przez depozytariusza. W przypadku zawarcia takiej umowy z osobą trzecią w zakresie przechowywania aktywów funduszu, to depozytariusz musi posiadać zapewnione kompetencje, aby wypełniał prawidłowo swoje funkcje nadzorcze i kontrolne. Obowiązek przechowywania aktywów funduszu wiąże się z obowiązkiem sprawowania pieczy nad bieżącym stanem aktywów funduszu inwestycyjnego. Aktywa te nie mogą mieć one charakteru inwestycyjnego, a muszą jedynie służyć zapewnieniu niezbędnej płynności aktywów

Istotny jest nadzór depozytariusza nad prawidłowością zarządzania funduszem. Nadzorem ze strony depozytariusza objęte jest nie tylko zbywanie oraz odkupywanie jednostek uczestnictwa bądź emitowanie, wydawanie i wykupywanie certyfikatów inwestycyjnych, gdyż nadzorem objęte jest rozliczanie umów funduszu inwestycyjnego z uczestnikami funduszu, wyliczanie aktywów netto funduszu,

ustalenie wartości jednostki uczestnictwa, a także kwestie wykorzystywania dochodów funduszu inwestycyjnego, przy czym kryterium nadzoru depozytariusza jest zgodność z prawem i statutem funduszu inwestycyjnego. Depozytariusz jest również odpowiedzialny za monitorowanie przepływu środków pieniężnych funduszu inwestycyjnego. W ramach czynności kontrolnych depozytariusz dokonuje stałej kontroli czynności faktycznych i prawnych funduszu inwestycyjnego, chociaż depozytariusz opiera się wtedy generalnie na dokumentach przekazanych przez towarzystwo. Depozytariusz wypełnia stałą funkcję kontrolną czynności prawnych i faktycznych funduszu oraz nadzoruje doprowadzenie do zgodności z prawem tych czynności.

W przypadku naruszenia przepisów prawa lub statutu depozytariusz zobowiązany do podjęcia działań w celu doprowadzenia działalności funduszu do zgodności z przepisami ustawowymi oraz statutem. W tym celu depozytariusz powiadamia fundusz o stwierdzonych nieprawidłowościach, fundusz ma obowiązek podjąć działania dostosowania wykonywania czynności do przepisów oraz informować depozytariusza o podjętych działaniach. Jeżeli fundusz nie podejmuje właściwych czynności naprawczych to depozytariusz ma kompetencję do powiadomienia o tym KNF. Nadzór ze strony depozytariusza ma charakter uzupełniający wobec nadzoru organu administracji publicznej.

Depozytariusz z mocy ustawy jest zobowiązany do wykonywania poleceń wydanych mu przez zarządzających funduszem inwestycyjnym, jednakże polecenia funduszu będą dla depozytariusza wiążące, o ile będą miały podstawę prawną w ustawie oraz umowie. Poleceniem funduszu o charakterze ustawowym jest w szczególności zawarcie umowy o przechowywanie aktywów a określonym podmiotem. Wiążące są tylko te polecenia funduszu, które nie są sprzeczne z prawem bądź statutem funduszu inwestycyjnego, a także które nie naruszają interesów uczestników funduszu inwestycyjnego. Wobec poleceń naruszających prawo, statut funduszu czy interesy uczestników funduszu depozytariuszowi przysługuje prawo sprzeciwu.

Obowiązki o charakterze nadzwyczajnym depozytariusza dotyczą w okresie tworzenia funduszu w zakresie zbierania wpłat do funduszu, a w okresie funkcjonowania funduszy, gdy TFI przestaje zarządzać funduszem oraz w okresie likwidacji funduszu. Rola depozytariusza w procesie tworzenia funduszu polega na

tym, że wpłaty do funduszu inwestycyjnego dokonywane są na wydzielony rachunek towarzystwa funduszy inwestycyjnych tworzącego fundusz, który jest prowadzony przez depozytariusza. Ponadto, załącznikiem do wniosku o wpis do rejestru jest oświadczenie depozytariusza o zebraniu wpłat wymaganych statutem, o zgodności sposobu zebrania wpłat z ustawą, statutem i zezwoleniem KNF.

Z kolei w sytuacji, gdy TFI nie może zarządzać funduszem, a dojdzie do tego w razie wygaśnięcia zezwolenia KNF na działalność towarzystwa bądź wydania przez KNF decyzji w przedmiocie cofnięcia zezwolenia, wówczas fundusz inwestycyjny jest reprezentowany przez depozytariusza. Depozytariusz bowiem poprzez nadzór działalności funduszu jest właściwie przygotowany do przejęcia na maksymalnie trzy miesiące kompetencji TFI w zakresie zarządzania funduszem inwestycyjnym. Natomiast, w przypadku likwidacji funduszu zasadniczo likwidatorem jest depozytariusz, chociaż KNF może wyznaczyć wówczas innego likwidatora. Do zadań depozytariusza jako likwidatora należy zbywanie aktywów funduszu, ściąganie należności, zaspokajanie wierzycieli oraz umarzanie jednostek uczestnictwa poprzez wypłatę środków pieniężnych uczestnikom, przy czym następuje to proporcjonalnie do liczby posiadanych przez inwestorów tytułów uczestnictwa.

Depozytariusz w razie stwierdzenia niezgodności może występować w imieniu inwestorów przeciwko zarządzającemu. Depozytariusz ma bowiem obowiązek występowania z powództwem cywilnym przeciwko towarzystwu funduszy inwestycyjnych z tytułu szkody wynikające z niewykonania bądź nienależytego wykonywania obowiązków w zakresie zarządzania funduszem czy jego reprezentacji, nawet jeżeli fundusz jest zarządzany przez spółkę zarządzającą, przy czym depozytariusz występuje wtedy w imieniu uczestników funduszu. Otóż depozytariusz wytaczając powództwo, działa na wniosek uczestnika funduszu, ale może udzielić pełnomocnictwa procesowego w tym zakresie adwokatowi lub radcy prawnemu. Wprawdzie koszty procesu ponosi uczestnik funduszu, jednakże nie ponosi on kosztów zastępstwa procesowego uczestnika, gdyż koszty te w razie przegrania procesu ponosi depozytariusz.

Depozytariusz jako podmiot zaufania publicznego

Depozytariusz przy wykonywaniu swoich obowiązków powinien działać w sposób rzetelny, a zarazem dochować przy realizacji ciążących na nim obowiązków najwyższej staranności, która wynika z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności. Ponadto depozytariusz musi działać zgodnie z zasadami uczciwego obrotu. Stąd też depozytariuszowi przypisuje się status instytucji zaufania publicznego, gdyż jego działalność służy interesowi publicznemu w postaci zapewnienia bezpieczeństwa obrotu, przestrzegania reguł uczciwego obrotu oraz zapewnienie ważnego interesu jednostki.

Zasadniczo instytucjami zaufania publicznego są podmioty, których działalność podlega regulacjom ustawowym, przy czym przykładem instytucji zaufania publicznego. Jednocześnie posiadanie szczególnego statusu instytucji zaufania publicznego wiąże się bezwzględnie z koniecznością wprowadzenia licznych ograniczeń w prowadzonej działalności gospodarczej przez ustawodawcę.

Fundusze inwestycyjne są również uznawane za instytucja zaufania publicznego, gdyż gromadzą oszczędności należące do rzeszy konsumentów oraz przedsiębiorców, dlatego zgodnie z zasadą ograniczonego ryzyka inwestycyjnego konieczne jest ograniczanie ich ryzyka inwestycyjnego i zwiększenie bezpieczeństwa organizacyjnego, czemu służy instytucja depozytariusza.

Depozytariusz jest instytucją zaufania publicznego z uwagi na rolę depozytariusza, ale także posiadanie statusu banku. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego posiadanie przez fundusze inwestycyjne statusu instytucji zaufania publicznego związane jest z tym, że gromadzą one środki pieniężne od rzeszy obywateli i innych podmiotów prawa, a w konsekwencji ewentualne nieprawidłowości w działalności funduszy dotyczyć będą interesów większych zbiorowości. Działalność banków jako instytucji zaufania publicznego jest reglamentowana, zaś regulacje dotyczące zasad funkcjonowania banków obejmują zakresem przedmiotowym kwestię tworzenia, organizacji, zrzeszania się, łączenia, likwidacji, czy upadłości banków czy normy ograniczające ich upadłość. Powyższe wynika z konieczności poddania instytucji zaufania publicznego specyficznym regulacjom publicznoprawnym w zakresie zasad ich powstawania, zasad działalności, a także sprawowania efektywnego nadzoru.

Depozytariusz z tytułu prawidłowego wykonywania obowiązków ponosi odpowiedzialność prawną w tym odpowiedzialność cywilnoprawna i administracyjna. Odpowiedzialność cywilna ma charakter naruszenia postanowień umowy, co jest zagrożone sankcją cywilną, poprzez obowiązek świadczenia odszkodowania wobec poszkodowanego. Otóż w przypadku niewłaściwego lub nienależytego wykonywania ustawowych zobowiązań, wówczas depozytariusz ponosi odpowiedzialność cywilną (odszkodowawczą) za powstałe szkody wynikające z niewykonania czy nienależytego wykonania swoich obowiązków (art. 75 u.f.i.). Odpowiedzialność depozytariusza w sytuacji utraty instrumentów finansowych będących aktywami funduszu inwestycyjnego nie może być wyłączona, ani też ograniczona na mocy umowy, której przedmiotem jest wykonywanie funkcji depozytariusza funduszu inwestycyjnego.

Z kolei odpowiedzialność administracyjna oznacza uregulowaną prawem dopuszczalność uruchomienia w stosunku do określonego podmiotu środków prawnych o swoistych dla administracji formach i procedurach, przy czym następuje to z przyczyn związanych z działalnością danego podmiotu, która narusza przepisy materialnego prawa administracyjnego. Odpowiedzialność administracyjna wiąże się z wypowiedzeniem umowy z TFI oraz sankcjami ze strony KNF. Otóż fundusz inwestycyjny może rozwiązać umowę w terminie krótszym niż sześć miesięcy za wypowiedzeniem, z tymże o wypowiedzeniu umowy fundusz zawiadamia niezwłocznie KNF.

Zakończenie

Rolą depozytariusza w znaczeniu ogólnym jest bezpieczeństwo organizacyjne funduszy inwestycyjnych, które jest ściśle związane z funkcjonowaniem oraz podmiotów zaangażowanych w działalność funduszy, w tym depozytariusza. Za bezpieczeństwo funduszy w zakresie depozytariusza odpowiada szereg cech konstrukcyjnych instytucji depozytariusza. Te cechy to: niezależność wobec towarzystwa i funduszu, zamknięty krąg podmiotów uprawnionych do bycia depozytariuszem, wymóg zatwierdzenia przez KNF, obowiązki w zakresie prowadzenia aktywów funduszu, obowiązki i środki kontrolno-nadzorcze, obowiązek niewykonywania poleceń niezgodnych z prawem lub statutem, obowiązek