

L'esternalizzazione dei sistemi aziendali e il presidio del rischio nel rapporto con il fornitore

Avv. Italo de Feo (Partner)

CMS – Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni
Chairman European Outsourcing Association - Italy
Convegno ABI "Basilea 3 - Risk & Supervision 2014"
Roma Palazzo dei Congressi - 16 e 17 giugno 2014

Agenda

- ❑ Il contratto di outsourcing (esternalizzazione)
- ❑ Le specificità dell'esternalizzazione nel settore bancario: profili regolamentari
- ❑ Principi generali, assetto organizzativo e controlli della banca in relazione alle attività esternalizzate
- ❑ Verifiche (due diligence) sul fornitore
- ❑ Clausole principali da inserire nei contratti di esternalizzazione delle banche
- ❑ Alcuni consigli pratici su come affrontare il processo di selezione del fornitore e negoziazione del contratto

Il Contratto di outsourcing

- ❑ Outsourcing: affidamento della gestione di determinate funzioni aziendali ad un'organizzazione esterna all'azienda
- ❑ La Banca d'Italia definisce l'esternalizzazione come *«l'accordo in qualsiasi forma tra una banca e un fornitore di servizi in base al quale il fornitore realizza un processo, un servizio o un'attività della stessa banca»* (Circ. Banca d'Italia 263 del 27.12.2006)
- ❑ Si tratta di un contratto atipico
- ❑ Applicabile in parte la normativa sull'appalto di servizi (normativa in materia di contratto di appalto e di contratto di somministrazione)
- ❑ Trasferimento d'azienda / ramo d'azienda (eventuale)

Le specificità dell'esternalizzazioni nel mondo bancario : riferimenti normativi

- ❑ TUF (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria)
- ❑ TUB (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e disposizioni adottate in attuazione del TUB
- ❑ **Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche (Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 15° aggiornamento del 2 luglio 2013)**
- ❑ Regolamento Congiunto Consob /Banca d'Italia in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio (Adottato dalla Banca d'Italia e dalla Consob con provvedimento del 29 ottobre 2007 come successivamente modificato)

Profili regolamentari: i principi generali, assetto organizzativo e controlli

- La banca deve presidiare i rischi derivanti dalla scelta di esternalizzare
- La banca deve mantenere la capacità di controllo sulle attività esternalizzate, nonché le competenze tecniche e gestionali per re-internalizzare, in caso di necessità, il loro svolgimento
- La responsabilità sulle attività esternalizzate rimane della banca e dei suoi organi
- Non è ammessa l'esternalizzazione di attività che rientrano tra i compiti degli organi aziendali o che riguardano aspetti nevralgici del processo di erogazione del credito

Profili regolamentari: i principi generali, assetto organizzativo e controlli (2)

- ❑ L'esternalizzazione non deve:
 - alterare il rapporto e gli obblighi nei confronti della clientela;
 - mettere a repentaglio la capacità della banca di rispettare gli obblighi previsti dalla normativa di vigilanza, né metterla in condizione di violare le riserve di attività previste dalla legge;
 - pregiudicare la qualità del sistema dei controlli interni;
 - ostacolare la vigilanza.

- ❑ La banca deve mettere a disposizione dell'autorità di vigilanza tutte le informazioni necessarie per il controllo sull'operazione di outsourcing

- ❑ Ulteriori requisiti in caso di outsourcing di funzioni aziendali di controllo, trattamento del contante o di sistemi informativi

Profili regolamentari: politica aziendale in materia di esternalizzazioni

- ❑ La decisione di ricorrere all'outsourcing deve essere coerente con la politica (policy) aziendale in materia di esternalizzazione

- ❑ La politica aziendale in materia di esternalizzazioni stabilisce almeno:
 - il processo decisionale per esternalizzare funzioni aziendali;
 - il contenuto minimo dei contratti di outsourcing e i livelli di servizio attesi delle attività esternalizzate;
 - le modalità di controllo, nel continuo e con il coinvolgimento della funzione di revisione interna, delle funzioni esternalizzate;
 - i flussi informativi interni volti ad assicurare agli organi aziendali e alle funzioni aziendali di controllo la piena conoscenza e governabilità dei fattori di rischio relativi alle funzioni esternalizzate;
 - i piani di continuità operativa (clausole contrattuali, piani operativi, ecc.) in caso di non corretto svolgimento delle funzioni esternalizzate da parte del fornitore di servizi.

Profili regolamentari: comunicazioni alla Banca d'Italia

- ❑ Entro il 30 aprile di ogni anno deve essere inviata alla Banca d'Italia una relazione relativa ai controlli svolti sulle funzioni esternalizzate (*gap analysis*)
- ❑ Comunicazione alla Banca d'Italia dell'esternalizzazioni di funzioni operative importanti, almeno 60 giorni prima di conferire l'incarico. La comunicazione deve essere corredata di tutte le indicazioni utili a verificare il rispetto dei criteri stabiliti dalla Banca d'Italia in materia di esternalizzazioni. Entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione la Banca d'Italia può avviare un procedimento amministrativo di divieto dell'esternalizzazione che si conclude entro 60 giorni

La due diligence e la fase precontrattuale

- ❑ Il fornitore scelto deve disporre della competenza, della capacità e di qualsiasi autorizzazione richiesta dalla legge per esercitare le funzioni, i servizi o le attività esternalizzate in maniera professionale e affidabile (Circ. Banca d'Italia Sez. IV, par. 1)
- ❑ *Due diligence* precontrattuale sul fornitore
- ❑ Studio congiunto cliente/fornitore: adeguata individuazione e valutazione delle finalità che il cliente persegue con l'operazione e dei criteri per misurare la performance del fornitore

La due diligence e la fase precontrattuale (2)

- ❑ Spesso le parti sottoscrivono una lettera d'intenti per disciplinare i reciproci obblighi e diritti nella fase precontrattuale. La lettera d'intenti contiene:
 - obblighi di confidenzialità
 - eventuale impegno di esclusiva
 - regole circa tempi e modus operandi per lo svolgimento delle attività precontrattuali
 - punti fondamentali sui quali le parti sono già d'accordo e che verranno trasposti nell'accordo definitivo, quando, e se, quest'ultimo verrà sottoscritto

- ❑ A volte i clienti predispongono una vera e propria *Request for Proposal* (“RFP”, sollecitazione di offerte dai vari fornitori potenziali)

Clausole principali da inserire nei contratti con i fornitori (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale)

La normativa applicabile richiede:

- Precisa definizione dei rispettivi diritti e obblighi delle parti
- Livelli di servizio
- Cautele per prevenire / mitigare conflitti di interesse
- Audit Rights (anche per consentire verifiche da parte dell'autorità di vigilanza)

Clausole principali da inserire nei contratti con i fornitori (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale) (2)

...e pertanto occorre inserire nel contratto:

- un'esatta definizione dei servizi oggetto del contratto
- livelli di servizio
- obbligo di reportistica da parte del fornitore e accertamento congiunto del rispetto dei livelli di servizio e disciplina delle procedure di verifica
- penali applicate in caso di mancato rispetto dei livelli di servizio da parte del fornitore
- obbligo di indennizzo da parte del fornitore in caso di sua violazione della normativa applicabile e delle disposizioni del contratto
- clausole che disciplinino i rispettivi obblighi delle parti in caso di modifiche regolamentari che impattano sui servizi
- clausola sul conflitto di interessi

Clausole principali da inserire nei contratti con i fornitori (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale) (3)

La normativa applicabile richiede:

- Obbligo del fornitore di informare la banca di qualsiasi evento che potrebbe incidere sulla sua capacità di svolgere le funzioni esternalizzate in maniera efficace e in conformità con la normativa vigente
- Clausole risolutive espresse che consentano alla banca di porre termine all'accordo in presenza di determinati gravi eventi
- Continuità Operativa / Disaster recovery
- Sicurezza delle informazioni

Clausole principali da inserire nei contratti con i fornitori (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale) (4)

...e pertanto occorre inserire nel contratto:

- clausole relative alla confidenzialità ed al trattamento dei dati personali
- disaster recovery / business continuity plan
- obblighi di back-up
- obbligo di rispettare le policy della banca in materia di sicurezza
- clausola risolutiva espressa a favore del cliente
- clausole di step-it e exit management (assistenza di fine contratto)

Altre clausole / questioni fondamentali

- Durata del Contratto
- Variazioni
- Responsabilità
- Prezzi / benchmarking
- Technology Refresh
- Proprietà intellettuale
- Trasferimento Ramo di Azienda
- Procedure per la risoluzione delle controversie
- Privacy
- Aspetti lavoristici
- Aspetti fiscali

Alcuni consigli pratici su come affrontare il processo di selezione del fornitore e negoziazione del contratto..

- Effettuare sempre una due diligence preventiva sul fornitore
- Sottoscrivere lettere d'intenti che disciplinano la fase della negoziazione
- Predisporre quanto prima una documentazione contrattuale standard conforme alla nuova normativa e utilizzarla come base per la negoziazione
- Invitare il fornitore a basare la propria offerta su una RFP (invito ad offrire) con allegata la documentazione contrattuale standard, che deve essere approvata in linea di massima dal fornitore al momento dell'offerta

Alcuni consigli pratici su come affrontare il processo di selezione del fornitore e negoziazione del contratto.. (2)

- ❑ Mantenere la porta aperta con potenziali fornitori alternativi sino a che non si è sicuri sulla scelta del fornitore
- ❑ Se necessario condurre negoziazioni parallele (avvertendo i fornitori con cui si negozia)
- ❑ Partecipare quanto più attivamente possibile alla definizione degli allegati tecnici / livelli di servizio e non demandarla in maniera esclusiva al fornitore
- ❑ Assicurarsi che il fornitore comprenda i vincoli imposti dalla normativa regolamentare (se non si adegua prima o poi dovrà rinunciare a fornire servizi alle banche)



Your World First



Law . Tax

Facts and Figures

- 58 offices
- 52 cities
- > 800 partners
- > 3,000 fee earners
- > 5,500 total staff
- **Combined annual turnover:** EUR 842 million (2013)
- **32 countries:**

European countries: Albania, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, France, Germany, Hungary, Italy, Luxembourg, Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Russia, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland, Turkey, Ukraine and United Kingdom

Outside Europe: Algeria, Brazil, China, Mexico, Morocco, Oman and United Arab Emirates



CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Rome);
 CMS Albiñana & Suárez de Lezo (Madrid);
 CMS Bureau Francis Lefebvre (Paris);
 CMS Cameron McKenna (London);
 CMS DeBacker (Brussels);
 CMS Derks Star Busmann (Amsterdam);
 CMS von Erlach Poncet (Zurich);
 CMS Hasche Sigle (Berlin);
 CMS Reich-Rohrwig Hainz (Vienna) and
 CMS Rui Pena & Arnaut (Lisbon).
 Head office of each firm in brackets.

www.cmslegal.com