

Colocviul Juridic ediția XIII

Provocări pentru activitatea juridică în contextul noului regim prudенțial pentru instituțiile de credit

Riscul juridic în activitatea instituțiilor de credit

Alexandru Păunescu
Director, Direcția Juridică

Doamnelor și domnilor,

Bine ați revenit la Banca Națională a României! Pe parcursul edițiilor precedente ale Colocviilor Juridice, am discutat o serie de aspecte de actualitate și interes pentru activitatea juriștilor din domeniul financiar-bancar. Astăzi, pe fondul modificării cadrului legal în materia organizării și funcționării instituțiilor de credit, inclusiv la nivel european, tema discuției se referă la provocările pentru activitatea juridică, în contextul noului regim prudенțial al instituțiilor de credit.

Întâmplarea face că suntem la ediția cu nr. XIII, dar am convingerea că nu veți privi nici noul regim prudенțial și nici discuția de astăzi ca pe un semn de „neșansă”.

1. Raportat la obiectul principal de activitate al instituțiilor de credit, funcția juridică este o funcție suport. Profitul băncii nu rezultă din consultanță juridică, produsele și reacția băncii la nevoile pieței nu constau în servicii juridice furnizate clienților. Plecând de la aceasta stare de fapt, termenul de „funcție suport” a fost uneori utilizat cu o tentă de subminare a importanței funcției juridice. Faptul că funcția juridică este o funcție suport nu înseamnă că activitatea juridică este mai puțin importantă sau că instituția de credit ar putea funcționa în lipsa acesteia. Structura organizatorică trebuie să promoveze eficacitatea și să demonstreze prudența conducerii instituției de credit atât la nivel individual, cât și la nivelul grupului din care aceasta face parte. În acest context, putem spune că dacă rolul unor structuri organizatorice este să promoveze eficacitatea financiară a instituției, rolul juridicului este să demonstreze

prudență. Prin natura și scopul său, regimul prudencial poartă o amprentă juridică deosebită, pentru că manifestarea unei conduite prudente este incompatibilă cu ignorarea cerințelor legii.

Componenta juridică ar trebui să fie un partener strategic în echipa de management, în vederea furnizării de soluții alternative legale cu privire la problemele de afaceri și în acord cu interesele (legitime ale) instituției.

Profitul băncii vine, evident, din activitatea comercială – vânzarea produselor bancare către clienți. Dar, atenție, dacă unele structuri organizatorice ale instituției de credit, ce desfășoară o activitate de natură comercială, ajută instituția să obțină un *câștig viitor (probabil) variabil*, juridicul ajută instituția să nu piardă ce are deja sau să preîntâmpine eventuale pierderi.

Consilierul juridic este un apărător al intereselor băncii. Acest rol, ce decurge din lege, face ca parțialitatea acestuia să fie firească. Însă principiul legalității impune ca activitatea consilierului juridic să nu afecteze parteneriatul acestuia cu autoritățile publice centrale și locale, cu instituțiile publice și celelalte persoane juridice de drept public. Legalitatea se manifestă în obligația de a asigura consultanță și asistență pe probleme juridice, în conformitate cu legea, precum și în obligația de a promova numai interesele legitime ale instituției de credit.

2. În legătură cu *Regulamentul BNR nr. 5/2013 privind cerințele prudenciale pentru instituțiile de credit*, personal, am rezerve față de afirmația că noul act normativ ar crește importanța sau ar accentua rolul funcției juridice. Funcția juridică avea deja aceste atribute. De vreme ce principiul legalității exista și înainte de 30 decembrie 2013, dată la care a fost publicat în MO noul act normativ, respectarea legii nu poate fi *mai* importantă *doar* începând de la această dată.

Identificarea riscului juridic presupune, în termeni practici, individualizarea cazurilor celor mai probabile în care pot apărea riscuri juridice, având în vedere că este imposibil a preveni cu totul materializarea acestor riscuri.

În Regulamentul nr. 5/2013 **riscul juridic** este definit ca riscul de pierdere, ca urmare atât a amenzilor, penalităților și sancțiunilor de care instituția de credit este pasibilă în caz de neaplicare sau aplicare defectuoasă a dispozițiilor legale sau contractuale, cât și a faptului că drepturile și obligațiile contractuale ale instituției de credit și/sau ale contrapartidei sale nu sunt stabilite în mod corespunzător.

Definiția vizează, deci, o pierdere, în principiu pecuniară, din două posibile cauze: (1) neaplicarea sau aplicarea defectuoasă a dispozițiilor legale sau contractuale și (2) stabilirea necorespunzătoare a obiectului raporturilor juridice în care se angajează banca, respectiv a drepturilor și obligațiilor contractuale ale băncii sau ale contrapartidei. În primul caz, cuantificarea pierderii este mai ușor de stabilit pentru că neîndeplinirea cerințelor legale sau a obligațiilor contractuale atrage aplicarea unui set de măsuri și/sau de sancțiuni prestabilite prin lege sau contract, după caz. Prejudiciul băncii, în al doilea caz, este, însă, mult mai relativ și mai puțin determinabil. Aceasta pentru că valoarea prejudiciului nu se poate calcula în raport de elemente certe, prestabilite, precum quantumul unei amenzi, spre exemplu. Pierderile cauzate de percepția negativă asupra imaginii băncii nu pot fi determinate la momentul producerii riscului, ci, eventual, estimate. Și aici ne aflăm în prezența riscului reputațional asupra căruia voi reveni puțin mai târziu. Mai mult, făcând referire la drepturi și obligații contractuale în general, rezultă că definiția include orice pierdere rezultată din orice tip de contract, indiferent de natura, obiectul sau identitatea celeilalte părți contractante.

Cele două mari categorii de cauze generatoare de risc juridic pot fi relevante pentru majoritatea instituțiilor. Însă aceste categorii trebuie să fie defalcate în continuare. De exemplu, în ceea ce privește documentația, instituția trebuie să aibă o evidență clară și riguroasă, să identifice documentele de importanță financiară deosebită, în termeni de expunere și de protecție a activelor, persoanele responsabile pentru eficiența juridică a documentației și așa mai departe. Este posibil ca procesul de identificare a riscului juridic să conducă la revizuirea deciziilor cu privire la anumite produse sau servicii. Instituția ar putea decide să nu desfășoare o anumită activitate, din

considerente de evitare a riscului, pe fondul evaluării raportului risc/rezultat, precum și a altor factori relevanți.

Monitorizarea include raportarea periodică de informații semnificative către persoanele responsabile sau care au atribuția de a analiza acest caracter semnificativ și, ulterior, conducerii. În acord cu politica de gestionare a riscurilor, în general este important ca persoanele și departamentele implicate să fie în măsură să îndeplinească funcția de monitorizare într-un mod care să nu conducă la denaturări cauzate de conflicte de interese sau de alți factori care ar putea perturba fluxul informațiilor. În ceea ce privește consilierii juridici, este deosebit de important ca aceștia să aibă un nivel de independență *adecvat* în cadrul structurii organizatorice, care să le permită o abordare riguroasă a procedurilor relevante. De asemenea, este important ca aceștia să aibă acces la informațiile necesare lor pentru a-și realiza atribuțiile.

Controlul riscului juridic implică, printre altele, revizuirea și actualizarea periodică a documentației utilizate de către instituție. Cerințele unei practici „sănătoase” sugerează ca documentația să fie revizuită, atât ca urmare a producerii unor evenimente specifice (de exemplu, existența unui dosar în instanță), dar și în mod regulat, pentru a se asigura că instituția rămâne la curent cu evoluția legislației și a practicii juridice și judiciare în domeniul financiar bancar.

Revizuirea și actualizarea documentației cu relevanță juridică nu ar trebui să se realizeze izolat de activitatea comercială a băncii, respectiv operațiunile în care este utilizată documentația, și ar trebui să fie consecvente cu politica și strategia de dezvoltare a băncii. De asemenea, persoanele implicate în procesul de luare a deciziilor ar trebui să fie informate periodic cu privire la orice probleme juridice relevante pentru activitatea desfășurată. Se impune, astfel, prezența consilierului juridic în toate procesele decizionale ale băncii, și nu doar în simplă calitate de “avizator”.

Riscul juridic se manifestă ca parte componentă a mai multor riscuri.

De exemplu, prin *Regulamentul (UE) nr. 575/2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și societățile de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012*, riscul operațional este definit ca pierdere ce rezultă fie din utilizarea unor procese, persoane sau sisteme interne inadecvate sau care nu și-au îndeplinit funcția în mod corespunzător, fie din evenimente externe, și care include riscul juridic.

Riscul de credit include aspecte de natură juridică, mai ales dacă se are în vedere declanșarea procedurii insolvenței cu privire la debitorul băncii.

Unii autori merg până la a afirma că *toate* evenimentele financiare care afectează o bancă pot implica un risc juridic. Proprietatea asupra unor active, poziția de debitor/credit a băncii față de alte părți, alocarea riscurilor pentru anumite tipuri de pierderi și așa mai departe, sunt toate probleme ce implică analiza unor aspecte juridice.

Pe lângă acestea, este de menționat faptul că industria bancară se confruntă cu anumite riscuri juridice mai puțin întâlnite în afara sectorului serviciilor financiar-bancare. Băncile trebuie să urmărească potențialele activități ilegale desfășurate de clienți și să acorde o atenție sporită operațiunilor suspecte pentru spălarea banilor sau finanțarea terorismului.

De asemenea, modificările cadrului legal pot afecta, pozitiv sau negativ, situația economică a instituției de credit.

Exemple în funcție de cronologia apariției actelor normative: *OUG nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori*, modificările aduse Legii nr. 193/2000 (clauze abuzive), CRD IV, CRR, Codul insolvenței etc.

3. Altă problematică ce poate fi discutată, în acest context, este raportul dintre **riscul juridic** și **riscul de conformitate**. Potrivit pct. 9 de la art. 3, **riscul de conformitate** este riscul actual sau viitor de afectare a profiturilor și a capitalului, care poate

conduce la amenzi, daune și/sau la rezilierea de contracte sau care poate afecta reputația unei instituții de credit, ca urmare a încălcărilor sau neconformării cu dispozițiile cadrului legal și de reglementare, cu acordurile, practicile recomandate sau standardele etice. Prin urmare, la fel ca în cazul riscului juridic, prejudiciul suportat de bancă este, în principiu, cuantificabil (amenzi, daune și/sau pierderi suportate din rezilierea contractelor), dar poate avea o componentă variabilă atunci când pierderea este raportată la reputația băncii. Ceea ce aduce în plus definiția riscului de conformitate față de cea a riscului juridic, este precizarea expresă a obligației de conformitate cu reglementările interne, dar și cu actele fără forță juridică obligatorie, precum practicile recomandate sau standardele etice.

Potrivit cadrului legal în materie, instituțiile de credit trebuie să dispună și de o funcție de conformitate permanentă, care să raporteze organului de conducere problematicile referitoare la administrarea riscului de conformitate. Constatările funcției de conformitate trebuie să fie luate în considerare de către organul de conducere în cadrul procesului decizional.

Rolul funcției de conformitate este de a acorda consultanță organului de conducere în ceea ce privește prevederile cadrului legal și de reglementare și standardele pe care trebuie să le îndeplinească, și de a evalua posibilul impact al oricăror modificări ale cadrului legal asupra activităților băncii. De asemenea, are rolul de a verifica dacă noile produse și proceduri sunt conforme cadrului de reglementare în vigoare.

Totuși, delimitarea celor două noțiuni nu este certă, de vreme ce atât reglementările interne, cât și practicile recomandate și standardele, trebuie să fie în acord cu legea. În ambele cazuri, toți angajații trebuie să respecte atât legea, cât și cadrul intern de reglementare.

Unii autori tratează, însă, riscul juridic și riscul de conformitate ca fiind două concepte diferite și, în general, se consideră că departamentul juridic este mult mai proactiv și mai integrat în procesul de management, în timp ce departamentul/compartimentul de conformitate are un rol de „assurance provider”.

4. Riscul juridic este un risc semnificativ pentru că, așa cum am arătat, pierderea băncii generată de producerea riscului juridic poate fi nelimitată. Or, potrivit Regulamentului nr. 5/2013, riscurile semnificative sunt acele riscuri cu impact însemnat asupra situației patrimoniale și/sau reputaționale a instituțiilor de credit.

În acest context, implicarea juriștilor în activitățile curente ale instituțiilor de credit este, în mod evident, necesară.

Pentru consolidarea conformității juridice și gestionarea adecvată a riscurilor aferente, instituțiile de credit trebuie să stabilească mecanisme eficiente și fiabile pentru ca factorii de risc să fie identificați, comensurați și raportați în mod corespunzător.

5. În ceea ce privește gestionarea riscului juridic, este dificil de stabilit un șablon al acțiunilor de îndeplinit, care să fie general valabil. Așa cum spuneam mai devreme, multe păreri susțin și vor continua, fără îndoială, să susțină că riscul juridic nu ar trebui să fie perceput ca un risc care este cu adevărat separat de alte riscuri. Este adevărat că, de cele mai multe ori, riscul juridic devine semnificativ în asociere cu materializarea altor riscuri (spre exemplu, riscul de credit). Cu toate acestea, se poate argumenta faptul că cel puțin o parte dintre cauzele riscului juridic sunt susceptibile de a genera singure dificultăți. Documente neconforme sau întocmite defectuos, nevaliditatea unei garanții și imposibilitatea de executare a acesteia, vor genera pierderi pentru instituție, cauza lor primară putând fi greșita aplicare a unor dispoziții legale sau procedurale, ceea ce în sine reprezintă un risc juridic.

Nu în ultimul rând, materializarea riscului juridic poate avea ca rezultat riscul reputational la nivelul unei instituții de credit. Și mă refer aici la partea contencioasă a activității unui consilier juridic. Putem spune că riscul reputational s-a materializat atunci când înregistram un litigiu? Răspunsul cel mai complet ar fi depinde. În momentul în care s-a declansat un litigiu în care este parte o instituție de credit, acesta devine public, iar presa, din motive care nu fac obiectul actualului colocviu și pe care nu vreau să le comentez, nu face altceva decât să-l „promoveze”,

.....

În orice caz, după părerea mea, în actualul context legal și economic-financiar, deopotrivă, o instituție de credit ar trebui să fie extrem de robustă, dar, în același timp, de nesăbuită, dacă a decis să nu stabilească o recunoaștere independentă a managementului riscului juridic.

Revenind la ceea ce spuneam la începutul prezentării, nu cred că noul act normativ sporește importanța funcției juridice. Dar contextul general actual avut în vedere la reglementarea noului regim prudential, la nivel național și european, sugerează că rolul consilierilor juridici va crește în ceea ce privește gestionarea riscului juridic, iar activitatea acestora va implica mai mult decât simpla furnizare de consultanță juridică.

Formarea juridică tradițională și experiența acumulată în primii ani de aplicare a legii în materie bancară nu ajută în mod necesar la dezvoltarea abilităților de gestionare a riscului. Nici poziția tradițională a consilierului juridic, ca angajat, nu îl pregătește pentru ceea ce presupune managementul riscului juridic în cadrul unei instituții financiare complexe. De aceea este esențial să existe o atitudine pro-activă și nu reactivă din partea consilierilor juridici. Culturalizarea implicării poate să aducă, pe termen lung, beneficii pieței în ansamblu, precum și celor care beneficiază de buna desfășurare a operațiunilor bancare.

Vă mulțumesc!