ISSN 2080-5993
e-ISSN 2449-9811

Cezary Paluchniak
Cezary Paluchniak sp. z o.o. we Wrocławiu
e-mail: cezary.paluchniak@wp.pl

DEFINICJA RYZYKA PRAWNEGO W BANKOWOŚCI ORAZ KRYTYCZNA OCENA REKOMENDACJI H KOMISJI NADZORU FINANSOWEGO

DEFINITION OF LEGAL RISK IN BANKING AND CRITICAL ASSESSMENT OF RECOMMENDATION H OF POLISH FINANCIAL SUPERVISION AUTHORITY

DOI: 10.15611/nof.2015.3.10
JEL Classification: G

Streszczenie: Przedmiotem artykułu jest ocena fragmentu dotyczącego ryzyka prawnego rekomendacji H Komisji Nadzoru Finansowego. Autor dowodzi, iż konieczne jest rozbudowanie rekomendacji, gdyż ryzyko prawne, jako element ryzyka operacyjnego, wzrasta i ma wpływ na stabilność systemu bankowego. Autor przedstawia zarys źródeł powstania rekomendacji KNF oraz wyraża poglądy co do konieczności usprawnień. Wprowadzając własną definicję, uszczegóławia i uzasadnia wywiedzione elementy definicji ryzyka prawnego, nadając poruszanej problematyce znaczenie ekonomiczne. Następnie autor krytycznie ocenia jedyną rekomendacje KNF dotyczącą ryzyka prawnego i kończąc, podaje wskazówki dotyczące sporządzenia nowej rekomendacji wyczerpującej skalę i zakres podniesionej problematyki.

Słowa kluczowe: Komisja Nadzoru Finansowego, rekomendacja H, ryzyko prawne, stabilność systemu bankowego.

Summary: The subject of this article is an evaluation of part of recommendation H of Polish Financial Supervision Authority regarding legal risk. The author proves that the recommendation should be revised since legal risk as an element of operational risk grows and has an impact on stability of banking system. The author presents sources of recommendations system and stresses the need of improvements. Afterwards he introduces his own definition of legal risk, detailing and rationalizing its elements, adding economic meanings to raised issues. Next the author critically evaluates the only recommendation of PFSA regarding legal risk and finally indicates the structure of new recommendation to exhaust the scale and range of raised issues.

Keywords: Polish Financial Supervision Authority, Recommendation H, legal risk, stability of banking system.

1. Wstęp

Przedmiotem artykułu jest ocena fragmentu dotyczącej ryzyka prawnego rekomendacji H Komisji Nadzoru Finansowego (KNF). Ocena koncentruje się na określeniu wpływu zasad nakreślonych w rekomendacji na stabilność systemu bankowego. Autor wprowadza własną definicję ryzyka prawnego, uznając publikowane w literaturze definicje za niedoprecyzowane, i dowodzi, że konieczne jest rozbudowanie rekomendacji H, gdyż ryzyko prawne, jako element ryzyka operacyjnego, wzrasta i ma wpływ na stabilność systemu bankowego. W artykule przedstawione są źródła powstania rekomendacji KNF oraz poglądy co do konieczności wprowadzenia usprawnień. Wskazano w nim również genezę rekomendacji H, z której pochodzi oceniana rekomendacja nr 9, po czym wprowadzono własną definicję ryzyka prawnego. W tekście uszczegółowiono i uzasadniono wywiedzione przez autora składowe definicji ryzyka prawnego, a także nadano znaczenie ekonomiczne problematyce ryzyka prawnego. Następnie krytycznej analizie poddano jedyną dostępną rekomendację KNF, dotyczącą ryzyka prawnego. Artykuł zakończono wskazówkami odnośnie do sporządzenia nowej rekomendacji ryzyka prawnego.

2. System rekomendacji − wprowadzenie

KNF wydaje, na podstawie art. 137, pkt 5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe [Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. …], rekomendacje, które dotyczą dobrych praktyk ostrożnego i stabilnego zarządzania bankami.

Rekomendacje wydane przez KNF to z reguły kilkudziesięciostronicowe dokumenty o hierarchicznej strukturze, zawierające zbiór kilku, kilkunastu rekomendacji lub ich większą liczbę, dotyczące reguł postępowania banków w określonym obszarze problemowym. Rekomendacje zwykle są poprzedzone przedstawieniem kluczowych pojęć oraz źródeł dokumentu.

Rekomendacje, które są publikowane na stronach internetowych KNF (także w przypadku rekomendacji H dotyczącej kontroli wewnętrznej w banku), są oparte w przeważającej mierze na opracowaniach Bazylejskiego Komitetu Nadzoru Bankowego (Basel Committee on Banking Supervision − BCBS), instytucji powstałej pod koniec 1974 r. przy Banku Rozrachunków Międzynarodowych w Bazylei, a utworzonej przez prezesów banków centralnych, która to instytucja opracowuje zbiór zalecanych praktyk rynkowych w zakresie zarządzania ryzykiem finansowym w sektorze bankowym, bezpieczeństwa oraz poziomu kapitałów koniecznych do utrzymywania przez banki.

Należy wyrazić pogląd, że źródłem wzorowania się KNF na rekomendacjach BCBS było i jest budowanie reputacji polskiego systemu bankowego jako systemu bezpiecznego i przewidywalnego dla klientów oraz inwestorów, dostosowującego się do międzynarodowych standardów branżowych. 25-letni okres umiarkowanego wzrostu gospodarczego oraz nieznaczący (w porównaniu z państwami, z których

pochodzą przedstawiciele tworzący BCBS) w skutkach kryzys bankowy z końca ubiegłej dekady pozwalają na twierdzenie, iż KNF powinna śmielej proponować nowe rekomendacje lub też nowelizacje aktualnie obowiązujących zaleceń, gdyż Polska staje się wzorcem do naśladowania dla zarówno regulatorów, jak i banków z innych krajów. Z etapu dostosowywania polska bankowość może przechodzić do etapu przewodzenia, tym bardziej że rekomendacje BCBS nie ustrzegły zachodniego świata finansów przed kryzysem.

Rekomendacje kształtujące bankowy ład korporacyjny, obowiązujące w Polsce i w krajach rozwiniętych, nie miały więc zasadniczego wpływu na wyniki sektora bankowego w poszczególnych państwach. Parametry makroekonomiczne – wysokość długu publicznego, dynamika PKB oraz parametry określające „ubankowienie" społeczeństw − zapewniły Polsce, jako państwu, w którym wartość aktywów banków do wartości PKB jest stosunkowo niewielka w porównaniu z krajami zachodnimi, to, że objawy polskiego kryzysu miały łagodny charakter. Należy dodać, że kryzys wywołano m.in. nieostrożną polityką rządu USA oraz stosowaniem systemu motywacyjnego dla bankowych menedżerów premiującego krótkoterminowe rezultaty – literatura [Czarnecki 2011, s. 42-51] podaje katalog tych przyczyn, lecz temat ten nie będzie poruszany w niniejszym artykule. Funkcjonuje opinia, że kryzys to nie wina rekomendacji BCBS, lecz ich nieprzestrzegania przez poszczególne banki, jednakże to spostrzeżenie wskazuje na słabość rekomendacji.

Klarowna i prosta rekomendacja, sprzęgająca składowe elementy w zwarty, responsywny system, będzie rzadziej ignorowana. Nie jest możliwe uznanie za wzorcowe publikowanych na stronach internetowych KNF rekomendacji opierających się na zaleceniach BCBS. Należy zwrócić uwagę na takie ich cechy charakterystyczne, jak pojawianie się informacji redundantnych i niedomówień. Nadmierna hierarchiczność zaleceń czy też brak kanałów komunikacyjnych między składowymi systemu to następne obserwacje dotyczące omawianego zagadnienia. Kwestie te zostaną poruszone w dalszej części artykułu.

Należy stwierdzić, że KNF winna mieć nas względzie fakt, że rekomendacje BCBS, stanowiące pierwowzór dla KNF, nie ustrzegły zachodniego systemu bankowego przed kryzysem, w związku z czym konieczna jest stała rewizja i nowelizacja polskich rekomendacji na podstawie standardów zachodnich i własne koncepcji.

3. System kontroli wewnętrznej banku − rekomendacja H

Artykuł 9 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe [Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. …] nakłada obowiązek wprowadzenia systemu zarządzania banku. Na system ten składają się systemy zarządzania ryzykiem oraz kontroli wewnętrznej. Natomiast art. 9f ustawy – Prawo bankowe obliguje KNF, aby w drodze uchwały określiła szczegółowe zasady funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej.

Stanowi to podstawę prawną omawianej w niniejszym artykule nowelizacji rekomendacji H dotyczącej kontroli wewnętrznej w banku opracowanej w 1999 r. i zaktualizowanej w 2002 r. przez Generalny Inspektorat Nadzoru Bankowego. Rekomendacja stanowi zbiór dobrych praktyk w zakresie systemu kontroli wewnętrznej w banku, które uszczegóławiają przepisy dotyczące funkcjonowania systemu kontroli wewnętrznej określone w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, a także w uchwale nr 383/2008 Komisji Nadzoru Finansowego z dnia 17 grudnia 2008 r. w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz szczegółowych warunków szacowania przez banki kapitału wewnętrznego i dokonywania przeglądów procesu szacowania i utrzymywania kapitału wewnętrznego. Zapisy rekomendacji oparto m.in. na opracowanych przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego dokumentach: *Framework for Internal Control Systems in Banking Organisations* (wrzesień 1998 r.), *Internal Audit in Banks and the Supervisor's Relationship with Auditors* (sierpień 2001 r.), oraz wytycznych dotyczących funkcjonowania kontroli wewnętrznej w bankach, opisanych w *Consultation Paper on the Guidebook on Internal Governance* (CP 44) (13 października 2010 r.) − dokumencie konsultacyjnym Komitetu Europejskich Nadzorców Bankowych (Committee of European Banking Supervisors − CEBS).

Aktualnie obowiązująca Rekomendacja H z roku 2011 skoncentrowana jest na określeniu zasad prowadzenia audytu wewnętrznego oraz na promowaniu postaw samokontrolnych i etycznych wśród pracowników banków. W rekomendacji o numerze 9 podejmowana jest problematyka ryzyka prawnego.

4. Definicje ryzyka prawnego

Bankowcy toczą spory prawne i podejmują zmagania związane ze zmianami uregulowań prawnych, mimo to piśmiennictwo dotyczące ryzyka prawnego nie jest obszerne. Niewiele jest zatem definicji ryzyka prawnego [McCormick 2006, s. 105, 107, 113; Capiga, Ogrodnik 2007, s. 120; Iwanicz-Drozdowska 2012, s. 75, 78; Szymala 2006, słowo wstępne] i niewątpliwie powinny być one udoskonalane.

Komisja Nadzoru Finansowego – w dokumencie pt. BION w bankach – mapa klas ryzyka i ich definicje [www.knf.gov.pl] – podaje, że ryzyko prawne to ryzyko związane ze zmianami w prawie i regulacjach, zgodnością z nimi oraz z wykonalnością umów i ze związaną z nimi odpowiedzialnością.

P. Zapadka twierdzi natomiast, iż: „ryzyko prawne można zdefiniować jako prawdopodobieństwo poniesienia strat materialnych i niematerialnych, powstające m.in.: na skutek błędnego lub zbyt późnego opracowania lub uchwalenia regulacji prawnych; niestabilności uregulowań prawnych; zmian w orzecznictwie; błędnego ukształtowania stosunków prawnych czy też niekorzystnych rozstrzygnięć sądów lub organów administracji publicznej rozstrzygających sprawy sporne powstających na tle stosunków prawnych danej organizacji z innymi podmiotami" [Zapadka 2007].

Definicja KNF jest najbardziej zwięzła i przejrzysta, lecz wymaga korekt, gdyż nie jest kompletna. Natomiast według autora niniejszego artykułu ryzyko prawne to ryzyko strat finansowych związane ze zmianami w przepisach prawa lub unormowań regulatorów, z niezgodnością norm zewnętrznych z wewnętrznymi uregulowaniami instytucji finansowych, trudnościami z wykonalnością umów i związaną z nimi odpowiedzialnością oraz rezultatami postępowań sądowych i administracyjnych. Definicja ta podkreśla kwestię zagrożenia finansowego, co nadaje tej problematyce znaczenia, doprecyzowuje zagadnienia wykonalności umów oraz zgodności wewnętrznych regulacji banku z przepisami prawa i unormowań regulatorów, a następnie wskazuje kluczowe zagrożenie wynikłe z rezultatów sporów sądowych i postępowań administracyjnych.

5. Straty finansowe

Po przyjęciu zaproponowanej definicji konieczne staje się rozwinięcie poszczególnych, wymienionych w niej zagadnień. P. Zapadka w przywołanym już artykule [Zapadka 2007] twierdzi, iż straty mogą mieć charakter materialny lub niematerialny. Banki mogą prowadzić działalność gospodarczą tylko jako osoby prawne, co wynika z art. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe [Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. …].

Zagadnienie możliwości wystąpienia strat materialnych u osób prawnych prowadzących działalność bankową jako konsekwencja zmian przepisów prawa i unormowań regulatorów, wykonalności umów i wyników sporów jest oczywiste. Kwestia wystąpienia strat niematerialnych już tak oczywista nie jest. Literatura prawnicza wymienia takie przykłady naruszeń dóbr niematerialnych, jak utrata wizerunku, naruszenie czci i godności osób wchodzących w skład organów banku, naruszenie prawa do prywatności organów banku, naruszenie szeroko pojmowanej tajemnicy korespondencji czy naruszenie nietykalności pomieszczeń lub organów banku. Każda jednakże z wartości niematerialnych, która doznała uszczerbku, może zostać oszacowana i wymierzona w środkach pieniężnych. Należy więc podkreślić, iż straty zarówno materialne, jak i niematerialne mają skutki finansowe i stąd w definicji ryzyka prawnego autor użył określenia „ryzyko strat finansowych".

6. Ryzyko legislacyjne i braku zgodności

Następny element definicji, który wymaga wyjaśnienia, stanowi ryzyko legislacyjne i braku zgodności. Banki mają niewielki wpływ na postępowanie ustawodawcy, choć w Polsce niewątpliwie wszelkie regulacje rangi ustawowej, które dotyczą bankowości, są uprzednio konsultowane z KNF, Ministerstwem Finansów, Narodowym Bankiem Polski oraz ze Związkiem Banków Polskich (ZBP). W praktyce oznacza to, że duże lub też aktywne na polu rozwiązań legislacyjnych banki uczestniczą

w stanowieniu prawa, a wiele inicjatyw ustawodawczych wychodzi spod pióra ich reprezentantów, np. w ZBP.

Sytuacja taka może ulec odwróceniu skutkiem zasadniczych zmian politycznych, gdyż nie można wykluczyć, że nowa siła polityczna będzie prowadziła autorytarną politykę, w której działalność i zyski banków wzięte zostaną pod lupę z jeszcze większym natężeniem. Wtedy to będziemy mieli do czynienia ze zwiększeniem stale występującego pierwotnego ryzyka legislacyjnego, a więc zagrożeniem poniesienia strat finansowych wskutek władczych i jednostronnych aktów prawodawczych obligujących banki do poniesienia nowych obciążeń – np. podatkowych, czy też spełnienia nowych wymogów – np. kapitałowych. Tyczy się to także aktywności regulatorów, odpowiedzialnych za wykładnię przepisów i tworzenie szczegółowych unormowań i zasad *best practice*.

W praktyce często występującym zjawiskiem jest wtórne ryzyko legislacyjne, czyli brak zgodności wewnętrznych poczynań banku z obowiązującymi przepisami prawa i unormowaniami regulatorów. Pojawiają się wówczas takie problemy, jak niewłaściwie wykonywanie czynności bankowych, nieprawidłowa konstrukcja umów cywilnoprawnych z dostawcami i klientami banku oraz pracownikami i członkami organów banku czy też niewłaściwe wewnętrzne procedury, regulaminy itd., niedostosowane do obowiązujących przepisów. Literatura fachowa daje na tego typu problemy odpowiedź – jest to system *compliance* [Jakubowski 2013, s. 63-65; Zdanowicz 2004, s. 81]. „Zadaniem *compliance* jest stworzenie skutecznego systemu zarządzania ryzykiem braku zgodności. Celem systemu jest identyfikacja zagrożeń dla działania organizacji, monitorowanie zaistniałych incydentów, podejmowanie działań wspierających oraz naprawczych" − jak pisze J. Grynfelder na forumcompliance.com.

7. Ryzyko wykonalności umów

Definicja ryzyka prawnego wyeksponowała także problematykę ryzyka wykonalności umów. Przeciętny bank jest stroną milionów umów cywilnoprawnych. Są nimi umowy z klientami banku, a w szczególności umowy prowadzenia rachunków bankowych i umowy kredytowe, umowy o pracę z pracownikami i zarządem banku oraz umowy z dostawcami, wśród których newralgiczne są umowy z dostawcami usług informatycznych.

Ryzyko wykonalności umów przejawia się w takim ich skonstruowaniu, iż nie doprecyzowują one praw i obowiązków stron, w sposób niejasny określają sposób wypowiedzenia umowy czy też zasadność nałożenia kar umownych oraz obowiązujących strony terminów. Także brak inkorporowania w umowach zmian prawodawczych – np. wymóg konieczności uzyskania zgody klienta banku na wykonanie przez bank określonej czynności – skutkuje ryzykiem wykonalności umowy. Błędy banku, bo to przede wszystkim po stronie banku, w odróżnieniu od ryzyka legislacyjnego, leży zapewnienie wykonalności umów, mogą skutkować lawinowymi

zagrożeniami, np. w sytuacji nieuwzględnienia ustawowych stosunków obligacyjnych w zapisach umowy, w sposób bezpośredni i krótkoterminowy wpływających na wynik finansowy banku lub też w sposób średnioterminowy i pośredni, np. poprzez stosowanie klauzul abuzywnych wpisanych do rejestru klauzul niedozwolonych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK).

Natomiast błędy w umowach z dostawcami, szczególnie z dostawcami usług informatycznych, mogą doprowadzić do operacyjnego paraliżu w sytuacji wystąpienia technicznego kryzysu. Odrębną kwestią jest wykonalność umów międzynarodowych i transgranicznych, w których pojawiają się dodatkowe problemy związane z rozbieżną interpretacją klauzul umownych w różnych reżimach prawnych oraz problemy z określeniem sposobów rozwiązywania sporów wynikłych z umów i arbitrażu. Zagadnienie wykonalności umów wpływa więc w zasadniczy sposób na ryzyko operacyjne banku, a tym samym na stabilność systemu bankowego – z tego wynika należne miejsce tej problematyki w definicji ryzyka prawnego.

8. Spory sądowe i postępowania administracyjne

Ostatnim, kluczowym elementem definicji ryzyka prawnego jest fakt, iż straty finansowe są skutkiem przede wszystkim prowadzonych postępowań sądowych i administracyjnych.

W postępowaniach administracyjnych dotkliwa kara może być orzeczona skutkiem decyzji Prezesa UOKiK. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów [Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. …] umożliwia nałożenie różnych kar, w tym do 10% wartości przychodu oraz do 50 mln euro. Teoretycznie postępowanie przed UOKiK może zakończyć się katastrofą finansową. Także KNF stosuje kary pieniężne, lecz w polskim systemie są one marginalne.

Jeśli chodzi o rezultaty sporów sądowych przed sądami powszechnymi, to trzeba zwrócić uwagę, że skala zjawiska nie jest w pełni znana, Ministerstwo Sprawiedliwości nie informuje bowiem o liczbie i wartości przedmiotów sporów, których stroną są podmioty prawa handlowego, w tym banki, czy też o liczbie prawomocnie zasądzonych odszkodowań w sporach z podmiotami prawa handlowego, w tym z bankami. Odnotować należy także zagadnienie skuteczności egzekucji wyroków sądowych, co także w sytuacji słabości wyników egzekucji wpływa na wynik finansowy banków.

W tym miejscu należy wyrazić pogląd, iż skala problemu wzrasta ze względu na takie czynniki, jak: (1) postępujący wzrost świadomości prawnej obywateli, mający swoje źródło w zasadach państwa prawnego ustanowionych w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., co wyraża się w coraz częstszych decyzjach obywateli o dochodzeniu swoich praw przed sądami; (2) znaczny wzrost liczby zawieranych przez banki umów związanych z jednej strony z coraz powszechniejszym dostępem do stale rozwijanych produktów bankowych, a z drugiej strony z koniecznością korzy-

stania z wysokiej jakości usługodawców sektora bankowego oraz (3) inflacji przepisów prawa polskiego i unijnego oraz unormowań regulatorów (wystarczy przyjrzeć się stale rosnącej objętości Dzienników Ustaw z lat powojennych, aby dojść do takiego przekonania). Rezultaty sporów sądowych i postępowań administracyjnych mogą więc zasadniczo wpływać na wynik finansowy banku, co oznacza, iż stabilność systemu bankowego jest uzależniona od racjonalnego zarządzania ryzykiem prawnym.

9. Wpływ ryzyka prawnego na stabilność systemu bankowego

Nowa Umowa Kapitałowa – Basel II, opracowana w 2004 r. przez Bazylejski Komitet Nadzoru Bankowego [Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego 2004], określiła ryzyko prawne jako część ryzyka operacyjnego. Pojawia się więc problem, dlaczego rekomendacja dotycząca ryzyka prawnego znalazła się w rekomendacji H, a nie w rekomendacji M, której tematem jest zarządzanie ryzykiem operacyjnym w bankach. KNF najwyraźniej nie uznaje ryzyka prawnego za istotne zagadnienie. Najlepszym dowodem na poparcie tej tezy jest fakt, iż Uchwała KNF nr 258/2011 z dnia 4 października 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad funkcjonowania systemu zarządzania ryzykiem i systemu kontroli wewnętrznej oraz szczegółowych warunków szacowania przez banki kapitału wewnętrznego i dokonywania przeglądów procesu szacowania i utrzymywania kapitału wewnętrznego oraz zasad ustalania polityki zmiennych składników wynagrodzeń osób zajmujących stanowiska kierownicze w banku, wymieniająca w par. 13 szeroki zakres ryzyka występującego w banku, pomija ryzyko prawne. Tymczasem, o czym pisano w poprzednim punkcie, ryzyko prawne jest coraz powszechniejsze, a jego spektrum stale się powiększa na skutkek postępującej inflacji przepisów prawa oraz unormowań regulatorów, a także wzrastającej świadomości prawnej uczestników bankowego obrotu prawnego.

Polskie bankowe czasopisma branżowe rzadko podają informacje o będących następstwem ryzyka prawnego stratach finansowych banków. Sporadycznie dochodzą do branżowej opinii publicznej informacje o karach nałożonych przez instytucje publiczne, takie jak KNF oraz UOKiK. Nieczęsto komentowane są orzeczenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczące uznania postanowień umów za niedozwolone (wówczas takie postanowienia umów zawieranych z konsumentem nie wiążą go, gdyż kształtują jego prawa i obowiązki w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, rażąco naruszając jego interesy). Zupełną rzadkością jest komentowanie wyników sporów sądowych, których stroną są instytucje finansowe, co może także świadczyć o skuteczności agencji *public relations* mających za zadanie ochronę wizerunku banku przegrywającego proces. Taki stan rzeczy może jednakże powodować, iż ryzyko prawne nie jest uznawane za priorytetowe przez prawodawców i regulatorów, a po części przez zarządy banków.

Tymczasem, jeśli sięgniemy do źródeł zagranicznych, to praktyką jest obszerne informowanie o wynikach postępowań, których stroną są banki. Na przykład czaso-

pismo branżowe „Operational Risk & Regulation" w pierwszych kolumnach informuje o toczących się postępowaniach przed regulatorami lub o sporach sądowych, których stroną są instytucje finansowe. Elementem przyciągającym uwagę czytelnika jest wysokość nałożonej kary albo wartość roszczeń czy też wartość przedmiotu sporu. Sprawy, w których strata wynosi więcej niż 100 mln dolarów, nie należą do rzadkości, a wręcz codziennością dziennikarską jest informowanie o stratach rzędu kilkunastu, kilkudziesięciu milionów dolarów.

Skala problemu w Polsce nie jest aktualnie wielka, lecz też i nie jest ona należycie monitorowana − stąd brak wiarygodnych oszacowań. W roku 2013 polski sektor bankowy osiągnął ponad 15 mld zł zysku netto. W tym też roku KNF nie ukarał ani jednego banku działającego na polskim rynku, nakładając relatywnie niskie kary na towarzystwa ubezpieczeniowe, uczestników obrotu papierami wartościowymi na giełdzie oraz osoby fizyczne [www.knf.gov.pl].

Natomiast w tym samym roku brytyjski regulator – Financial Conduct Authority, nałożył kary na sumę przekraczającą 474 mln funtów [www.fca.org.uk], a więc ponad 2,5 mld zł, a instytucjami zobowiązanymi były przede wszystkim banki i w tym te, których córki prowadzą działalność na polskim rynku bankowym. Wartość strat finansowych banków, powstałych wskutek zasądzonych przez sądy odszkodowań nie jest należycie raportowana w sprawozdaniach finansowych, a rzadkością jest rzetelna prezentacja tzw. *pending cases*, zawierająca oszacowanie skutków finansowych wynikłych z prowadzonych sporów sądowych. Potencjalne przyszłe skutki finansowe związane z ryzykiem prawnym są więc niedoszacowane, lecz nie mogą być niedoceniane. Dość powiedzieć, iż bankructwa banków miały najczęściej swoje źródło w łamaniu obowiązujących przepisów prawa przez banki lub indywidualnych pracowników banków albo też były następstwem braku zgodności poczynań banków z unormowaniami regulatorów.

Zarządy banków, rady nadzorcze, kluczowi pracownicy powinni więc zostać wyposażeni w narzędzia pozwalające na ocenę ryzyka prawnego, na zapobieganie mu oraz zarządzanie skutkami ryzyka prawnego. W związku z tym uwagę autora niniejszego artykułu skupiła jedyna rekomendacja dotycząca ryzyka prawnego ogłoszona przez KNF, a mianowicie rekomendacja nr 9 w ramach rekomendacji H.

10. Rekomendacja nr 9 pochodząca z rekomendacji H − ocena

Rekomendacja nr 9 to jedyny instrument, w jaki KNF wyposażyła banki; ma ona za zadanie udzielenie wskazówek, w jaki sposób zaradzić ryzyku prawnemu. Jej brzmienie [www. knf.gov.pl] jest następujące: „Zarząd banku jest wyposażony w informacje o przepisach prawa, zasadach, regulacjach i normach, które bank musi przestrzegać, wraz z szacunkową oceną możliwego wpływu istotnych zmian w tym zakresie, na działalność banku i zapewnienie zgodności działania z tymi przepisami.

9.1. Badanie zgodności działań banku z przepisami realizowane jest przez wyspecjalizowaną komórkę.

9.2. Ryzyko braku zgodności może stanowić zagrożenie dla zysków lub kapitałów z uwagi pojawienia się konieczności poniesienia dodatkowych kosztów wynikających z np. nałożonych kar, poniesionych szkód, anulowanych kontraktów lub utraty reputacji (wiarygodności dla kontrahentów) banku.

B.3. Funkcje komórki audytu wewnętrznego.

9.3. Podstawy prawne funkcjonowania oraz zadania i czynności realizowane w ramach komórki audytu wewnętrznego są zdefiniowane w ustawie – Prawo bankowe oraz uchwale KNF" [www.knf.gov.pl].

Rekomendacja podaje niezwykle małą liczbę informacji dotyczących wspomnianego już wcześniej w niniejszym artykule zakresu pojęcia „ryzyko prawne". W zasadzie jedynym zaleceniem KNF jest wyposażanie zarządu w niezbędne informacje o zmieniającej się rzeczywistości prawnej przez wyspecjalizowaną komórkę. Brzmi to jak prowadzenie prezesa zarządu banku przez mającego wykształcenie prawnicze posiadacza telefonu komórkowego.

Ocena rekomendacji nie może być pozytywna. Oparcie systemu zarządzania ryzykiem prawnym na wyspecjalizowanej komórce jest niebezpieczne. Inflacja przepisów oraz publikowanego orzecznictwa sądów i organów publicznych sprawiły, iż dochodzi wręcz do ubezwłasnowolnienia merytorycznego elit społeczno-gospodarczych przez osoby z wykształceniem prawniczym.

Niestety, coraz powszechniejsze staje się już nie tyle sięganie po opinie prawnicze, ile jedynie sygnowanie pism sporządzanych przez prawników. Banki nie mogą polegać li tylko na wyspecjalizowanych komórkach, gdyż rezultaty decyzji wywołujących skutki prawne pojawiają się często dopiero po wielu latach. Jako jedno z przykładowych, a zarazem istotnych, usprawnień należałoby zaproponować wymóg, aby zarządy banków oraz kluczowi pracownicy banków wykazywali się co najmniej dostateczną wiedzą prawniczą, aby ich dialog ze specjalistami miał charakter merytoryczny.

Odnosząc się zaś do koncepcji wyposażenia w informacje, należy wyrazić zaskoczenie, że KNF nie stara się definiować charakteru, struktury i wartości informacji wymienianej między zarządem i wyspecjalizowaną komórką. Kanały komunikacyjne między zainteresowanymi zostały niedookreślone, a o metodyce szacowania skutków poszczególnego rodzaju ryzyka prawnego KNF w ogóle nie wspomina. Rekomendacja wymaga więc rozbudowy.

11. Rekomendacja nr 9 − następne kroki

Nie jest intencją autora zastępowanie KNF i w konsekwencji zaprezentowanie własnej, pełnej i dokładnej wersji nowej rekomendacji nr 9. Niemniej powyższy wywód upoważnia do przedstawienia kilku zaleceń, które powinny zostać uwzględnione w trakcie prac nad znowelizowaniem omawianego dokumentu, a w zasadzie należa-

łoby zarekomendować powstanie całkowicie nowej, odrębnej rekomendacji dotyczącej ryzyka prawnego, gdyż − jak wykazano − zakres zagadnienia jest szeroki i wpływa na stabilność systemu bankowego jako całości. KNF powinna skorzystać z już wypracowanego modelu rekomendacji M [www. knf.gov.pl] dotyczącej zarządzania ryzykiem operacyjnym. Treści zawarte w rekomendacji M też budzą, zdaniem autora, zastrzeżenia, jednakże warto się zastanowić nad skorzystaniem z podstawowej struktury rekomendacji, którą można replikować dla rekomendacji dotyczącej zarządzania ryzykiem prawnym. Struktura nowej rekomendacji może więc zawierać takie, po części zmodyfikowane, elementy, jak:

1. Strategia zarządzania ryzykiem prawnym.
2. Kultura organizacji responsywnej na ryzyko prawne.
3. Identyfikacja ryzyka.
4. Ocena i oszacowanie ryzyka.
5. Przeciwdziałanie ryzyku i *compliance*.
6. Kontrola i system komunikowania.
7. Monitorowanie i raportowanie.

Każdy z wymienionych elementów stanowi temat odrębnych artykułów, autor nie zamierza zatem rozwijać tych zagadnień. Trzeba jednakże wyrazić przekonanie, iż rekomendacja M to dostatecznie dobry wzorzec, dostarczający sposobów na wypełnienie konstruktywną treścią wymienionych elementów przyszłej rekomendacji dotyczącej zarządzaniem ryzykiem prawnym.

W niniejszym artykule najobszerniej zaprezentowano wątki dotyczące identyfikacji ryzyka prawnego, a po części dotyczące oceny i oszacowania ryzyka oraz kultury organizacji, które można inkorporować w nowej rekomendacji. Natomiast dobrym źródłem informacji odnośnie do metod ograniczania skutków ryzyka prawnego jest wspomniany artykuł P. Zapadki. Na potrzeby sporządzenia rekomendacji wymagane będą restrukturyzacja i wybór treści tam poruszonych, które z pewnością należy rozwinąć w odrębnym artykule. Natomiast zagadnienie systemu komunikacji wewnątrzorganizacyjnej, raportowania i monitorowania oraz potencjalnych nowych wymogów stawianych w tym zakresie przez regulatorów powinno także poszukiwać źródłosłowu w rekomendacji M i literaturze przedmiotu.

12. Zakończenie

Ryzyko prawne, rozumiane jako ryzyko strat finansowych związanych ze zmianami w przepisach prawa lub unormowań regulatorów, braku ich zgodności z wewnętrznymi uregulowaniami banku, trudnościami z wykonalnością umów i związaną z nimi odpowiedzialnością oraz rezultatami postępowań sądowych i administracyjnych, staje się coraz istotniejszą częścią ryzyka operacyjnego.

Nieprawidłowe zarządzanie ryzykiem prawnym wpływa na stabilność systemu bankowego, gdyż źródłem nieprzewidzianych i znacznych strat oraz bankructw banków jest z reguły łamanie lub niedostosowywanie się do obowiązujących re-

gulacji prawnych i branżowych. Dorobek KNF przygotowującej rekomendacje pozwalające na ocenę ryzyka prawnego, zapobieganie mu oraz zmierzenie się z jego skutkami nie jest duży. Przykładowa rekomendacja nr 9 pochodząca z rekomendacji H sporządzonej przez KNF jest niewystarczająca i wymaga rozbudowy, a wręcz przygotowania odrębnej rekomendacji dotyczącej zarządzania ryzykiem prawnym.

Literatura

Capiga M., Ogrodnik H., 2007, *Ryzyko w działalności przedsiębiorstwa, banku i zakładu ubezpieczeń,* Akademia Ekonomiczna w Katowicach, Katowice.

Czarnecki L., 2011, *Ryzyko w działalności bankowej − nowe spojrzenie po kryzysie*, Wydawnictwo Studio EMKA, Warszawa.

Iwanicz-Drozdowska M., 2012, *Zarządzanie ryzykiem bankowym*, Poltext, Warszawa.

Jakubowski R., 2013, *Rozwój funkcji compliance w polskim sektorze bankowym*, Monitor Prawa Bankowego, nr 11.

Komitet Bazylejski ds. Nadzoru Bankowego, 2004, *Zgodność i funkcja zapewnienia zgodności w bankach.*

McCormick R., 2006, *Legal Risk in the Financial Markets*, Oxford University Press, Oxford.

Szymala P., 2006, *Ryzyko prawne w działalności banków*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Bankowej w Poznaniu, Poznań.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. − Prawo bankowe, DzU 2002, nr 72, poz. 665 z późn. zm.

Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, DzU 2007, nr 50, poz. 33 z późn. zm.

www. fca.org.uk.

www. knf.gov.pl.

Zapadka P., 2007, *Zarządzanie ryzykiem prawnym*, Gazeta Bankowa, 13.04.2007.

Zdanowicz B., 2004, *Compliance − nowa funkcja banków*, Bezpieczny Bank, nr 1(22) 2004.