

**Dr. Laurențiu SORESCU**

**INSOLVENȚA BANCARĂ  
ÎN DREPTUL  
COMERTULUI  
INTERNAȚIONAL**

**Universul Juridic**  
București  
-2010-

Editat de **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Copyright © 2010, **S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Toate drepturile asupra prezentei ediții aparțin

**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

Nicio parte din acest volum nu poate fi copiată fără acordul scris al  
**S.C. Universul Juridic S.R.L.**

**NICIUN EXEMPLAR DIN PREZENTUL TIRAJ NU VA FI  
COMERCIALIZAT DECÂT ÎNSOTIT DE SEMNĂTURA  
ȘI ȘTAMPILA EDITORULUI, APLICATE PE  
INTERIORUL ULTIMEI COPERTE.**

**Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României  
SORESCU, LAURENȚIU**

**Insolența bancară în dreptul comerțului internațional /**  
Laurențiu Sorescu. - București : Universul Juridic, 2010  
Bibliogr.  
ISBN 978-973-127-222-1

347.736(100)

**REDACTIE:** tel./fax: **021.314.93.13**  
tel.: **0732.320.665**  
e-mail: **redactie@universuljuridic.ro**

**DEPARTAMENTUL** telefon: **021.314.93.15; 0733.673.555**  
**DISTRIBUȚIE:** tel./fax: **021.314.93.16**  
e-mail: **distributie@universuljuridic.ro**

**[www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro)**

**COMENZI ON-LINE,  
CU REDUCERI DE PÂNĂ LA 15%**

# CAPITOLUL I

## ASPECTE GENERALE CU PRIVIRE LA INSOLVENȚA BANCARĂ ÎN DREPTUL COMERȚULUI INTERNAȚIONAL

La fel ca și legile naturii, principiile economice nu pot fi eludate indiferent de inventivitatea celor care tranzacționează pe piețele financiare. Băncile sunt esențiale pentru piața financiară globală și sunt tentate să profite de poziția dominantă pe care o au pe piețele financiare.

Din momentul în care la nivel internațional s-a acceptat necesitatea liberei circulații a capitalului generată în principal de nevoia de lichidități a statelor și de colapsul sistemului de la Bretton Woods, granițele statale au devenit irelevante pentru băncile multinaționale. S-a produs astfel o dereglementare a piețelor financiare ce a avut drept consecință directă liberalizarea serviciilor financiare la nivel internațional fără ca vreo autoritate de supraveghere națională sau bancă centrală să poată controla integral fluxul internațional de operațiuni financiare.

Scopul prezentului studiu este de a realiza o analiză succintă a interferenței dintre cele două instituții juridice esențiale pentru piața financiară: insolvența și instituțiile de credit.

Instituțiile de credit reprezintă cei mai importanți actori pe piața financiară, majoritatea piețelor financiare fiind centrate pe bănci.

Crizele majore din sectorul financiar sunt generate de normele juridice sau de lipsa acestor norme juridice din sfera dreptului insolvenței. Imperfecțiunile legislative din domeniul insolvenței se răsfrâng asupra piețelor financiare<sup>1</sup>. Insolvența reprezintă fundația construirii dreptului financiar. Nu se pot construi piețe financiare sănătoase decât având la bază o procedură de insolvență sănătoasă. Fără rădăcina bine consolidată a unei reglementări moderne a insolvenței nu pot crește nici piețele financiare.

---

<sup>1</sup> V. în același sens și Philip R. Wood, *How to compare regulatory regimes*, Capital Markets Law Journal, no. 4/2007, p. 332-344.

Dreptul financiar nu se poate dezvolta decât având la bază un drept al insolvenței adecvat nevoilor pieței. Orice investitor pe orice piață financiară va avea în vedere mecanismul juridic prin care investiția lui poate crește în condiții de securitate juridică.

La nivelul piețelor financiare mai puțin dezvoltate se remarcă o procedură a insolvenței care nu permite o introducere rapidă în circuitul comercial a activelor debitorului. Blocarea acestor active nu permite atingerea obiectivului maximizării averii recuperate a debitorului.

Prin acest studiu am dorit să realizăm o imagine de ansamblu referitoare la falimentul instituțiilor de credit în dreptul comerțului internațional. Pentru realizarea acestui obiectiv am plecat de la noțiunea de încredere, care reprezintă „capitalul esențial” pentru viabilitatea unei instituții de credit. Chiar dacă toate normele prudențiale ar fi respectate cu strictețe și instituția de credit ar fi sigură din punct de vedere financiar, lipsa încrederii ar conduce la falimentul acesteia. Evident însă, că în mod uzual doar o instituție de credit cu probleme poate intra în faliment. În condițiile respectării normelor de prudențialitate, instituțiile de credit ar fi insolvente doar în situația în care o anumită criză financiară ar interveni la nivel macroeconomic.

„Capitalul” poate fi gestionat și de alte entități care operează pe piața financiară, entități ce sunt cunoscute sub denumirea de instituții financiare. Toate instituțiile financiare au în comun încrederea publicului că ele vor acționa în mod corect și eficient pe piețele financiare. Societățile de asigurări sunt distincte de celelalte entități financiare prin faptul că ele nu acordă credite, și nici nu tranzacționează valori financiare care au la bază tot o formă de creditare așa cum este cazul societăților ce acționează pe piețele de valori mobiliare. Societățile de asigurări sunt incluse în această categorie de serviciilor financiare atât la nivelul pieței interne a Uniunii Europene, cât și la nivelul celei mai dezvoltate piețe financiare interne, cea a SUA. Rațiunea includerii societăților de asigurări în categoria instituțiilor financiare constă atât în necesitatea unei strânse cooperări a autorității de supraveghere a pieței asigurărilor cu celelalte autorități de supraveghere a pieței financiare (în măsura în care nu s-a ales soluția unei autorități de supraveghere

unice), cât și în nevoia de protecție împotriva riscurilor majore generate de existența unor conglomerate financiare.

Încrederea într-o instituție de credit se naște și se menține doar dacă instituția de credit gestionează în mod adecvat riscurile de tip bancar. De aceea, am încercat să realizăm o scurtă prezentare a riscurilor și o analiză mai detaliată a celor care sunt mai importante pentru activitatea unei instituții de credit. Orice management adecvat al riscului de tip bancar impune o cunoaștere detaliată a portofoliului de riscuri și o planificare corectă a evoluției viitoare a riscurilor. Gestiunea riscurilor are la bază o regulă potrivit căreia există un raport de proporționalitate directă între risc și rentabilitatea sperată a unei investiții. Cu cât riscul este mai ridicat, cu atât rentabilitatea sperată a investiției este mai mare.<sup>1</sup>

În domeniul bancar există o tendință, așa cum reiese și din prezentarea falimentelor bancare enumerate în prezenta lucrare, să se asume riscuri mari ce permit realizarea unui profit mai mare, comportament care este favorabil proprietarilor instituției de credit și în defavoarea creditorilor acesteia. Ca o consecință a rolului de „curea de transmisie” pe care instituțiile de credit le au în economie, instituțiile de credit se bucură de beneficiul hazardului moral. Astfel, deși acestea își pot asuma riscuri excesive, statul are interesul să intervină și, în special în cazul instituțiilor „prea mari pentru a falimenta” furnizează lichidități care permit acestora să continue activitatea, cu toate că acestea ar fi în mod natural falite. De aceea, se impune să se creeze instituții de drept public care să aibă autoritatea de reglementare și de supraveghere a pieței bancare. Fără aceste instituții, piața bancară ar fi pradă acțiunilor speculative și implicării directe a politicului în piața bancară, fapt ce ar contribui în mod inevitabil la crahul piețelor financiare. Existența unor autorități de supraveghere nu exclude apariția unor crize financiare, însă permite o intervenție rapidă pe piață și conduce la o amploare mult mai mică a crizei.

Abordările autorităților de supraveghere pot fi diferite în raport cu criza financiară a unei instituții de credit. Am considerat că se

---

<sup>1</sup> Pentru detalii în acest sens v. George Hull, *Gestion des risques et institutions financiers*, Pearson Education France, Paris, 2007, p. 1-2.

impune o prezentare a dispozițiilor normative relevante cu privire la soluționarea crizelor financiare ale instituțiilor de credit în România, având în vedere că a devenit o tradiție confirmată și în acest caz, ca Directivele să fie transpuse literal în legislația națională.<sup>1</sup>

Prezentarea succintă a problematicii instituțiilor de credit este urmată în mod organic de analiza celor mai importante instrumente juridice internaționale cu privire la insolvență, având în vedere că insolvența reprezintă o condiție sine qua non a deschiderii procedurii falimentului.

Insolvența a prezentat interes pentru mai multe instrumente juridice internaționale. În mod tradițional, insolvența instituțiilor de credit a fost exclusă din cadrul mai larg al reglementării internaționale a insolvenței. Contextul în care se soluționează problemele de drept internațional privind insolvența instituțiilor de credit impun o analiză prealabilă a insolvenței de drept comun în dreptul comerțului internațional.

Falimentul unei instituții de credit se declanșează ca urmare a apariției stării de insolvență. Insolvența instituției de credit, indiferent de accepțiunea sa la nivel național reprezintă o consecință a crizei bancare. Criza financiară a unei instituții de credit devine mai complexă dacă instituția de credit prezintă elemente de extraneitate cu o intensitate relevantă pentru dreptul comerțului internațional.

Realizarea pieței interne financiare unice în Uniunea Europeană a impus emiterea unor acte normative comunitare de drept secundar care să reglementeze aspectele de drept internațional privat în domeniul insolvenței de drept comun și a insolvenței instituțiilor de credit. S-a utilizat conceptul de insolvență, și nu de faliment, pentru că noțiunea de insolvență permite și o abordare a mijloacelor de prevenție a falimentului.

În opinia noastră, este permis ca legea civilă și legea penală să impună anumite obligații individului care să garanteze o mai bună colectare a creanțelor.

---

<sup>1</sup> Cu toate că jurisprudența Curții de la Luxemburg nu impune o implementare a Directivelor în mod literal, ci impune doar ca rezultatul urmărit de către acestea să fie atins, având în vedere și aplicarea verticală în raporturile dintre particulari și stat a dispozițiilor Directivelor.

Spre exemplu, pot exista situații în care anumiți debitori care au bunuri neurmăribile să persiste în a avea o atitudine ce poate sfida ordinea de drept.

Fapta unui funcționar bancar care îndeplinește activități care intră în contradicție cu normele juridice<sup>1</sup> din domeniul bancar este necesar să fie incriminată ca infracțiune distinctă. Se impune ca în actul normativ cadru în domeniul bancar să se menționeze expres toate infracțiunile în legătură cu îndeplinirea atribuțiilor de serviciu ce pot fi săvârșite de către funcționarii bancari. Incriminarea penală a acestor fapte se va realiza plecând de la fraudele concrete realizate de către funcționarii bancari. Din nefericire, doar instrumentele specifice dreptului penal pot limita tentația de fraudare a instituțiilor de credit. De aceea, ar fi necesar să fie publicate<sup>2</sup> neregulile din activitatea instituțiilor de credit pe site-ul BNR. O astfel de publicare este necesară pentru ca toate instituțiile de credit să cunoască unde au greșit celelalte bănci și pentru ca orice funcționar bancar care ar fi tentat să utilizeze o anumită practică ilegală să fie descurajat.

Considerăm că pentru stabilitatea financiară a instituțiilor de credit etapa preventivă este esențială. Din momentul în care a început procedura falimentului, cel mai important capital al băncii, încrederea, a fost pierdut. Orice deponent nu va avea încredere pe viitor în banca respectivă, și va fi foarte greu ca instituția de credit să se mențină pe piață.

Care este cauza cea mai frecventă a insolvenței bancare? Elementul esențial în buna gestionare a unei instituții de credit sunt oamenii. Și aici devin relevante aspectele de guvernanză corporativă.

Suntem constrânși să ținem cont și de anumite aspecte inerente ale actualei societăți moderne, și anume mecanismele economice prin care conduita individului este disciplinată.

---

<sup>1</sup> Cu actele primare de reglementare a pieței bancare stabilite de către autoritatea legiuitoare, cu actele secundare emise de către autoritatea de reglementare a pieței bancare sau cu normele interne stabilite în virtutea dreptului de a se autoreglementa al instituției de credit.

<sup>2</sup> Bineînțeles fără a se indica vreun element care ar putea să conducă la identificarea instituției de credit, ci doar prin precizarea pe scurt a modalității concrete de încălcare a normelor bancare.

Orice instituție de credit trebuie să fie conștientă că riscul legat de personal este unul dintre riscurile care pot fi vitale pentru siguranța afacerii.

O soluție interesantă ar fi asigurarea pentru acest risc. Riscul de management impune identificarea, evaluarea și gestionarea riscurilor înainte ca acestea să devină amenințări la adresa unui anumit proiect sau la adresa unui operator economic. Riscul generat de comportamentul personalului este de obicei ignorat, cu toate că expune în mod constant operatorul economic la riscul de insolvabilitate.

Dacă se consideră că o asigurare distinctă ar fi o alternativă mult prea costisitoare sau ar implica o birocrație excesivă, ar fi necesar să fie însărcinată o persoană din cadrul centralei instituției de credit cu analiza concretă a probabilității producerii acestui risc.

Interesant este că mulți din cei care acordă creditele nu sunt conștienți de riscurile de natură penală pe care îl prezintă o abordare superficială a acordării unui credit. Într-o astfel de situație, personalul băncii are obligația de a respecta cadrul normelor interne emise de bancă pe care trebuie să le cunoască în detaliu. Orice intervenție a unui șef pe lângă un funcționar cu atribuții în întocmirea documentației de credit nu exonerează de răspundere penală. Amenințarea unui șef că va da afară un anumit salariat nu reprezintă o constrângere morală de natură de exonereze de răspundere penală.

În cazul falimentelor din România, am constatat că la baza criteriilor de selecție a personalului de conducere nu a stat competența, ci anumite relații pe care directori de sucursale sau directori de bancă le-au avut cu persoane influente din bancă. Din nefericire, fraude cauzate de persoane incompetente puse în posturi de conducere apar și în prezent. Un singur funcționar bancar a reușit să devalizeze una din băncile mici din România<sup>1</sup>. Problema nu rezidă în existența unor norme, ci în cunoașterea resurselor umane care

---

<sup>1</sup> Spre exemplu, Hume Bank din SUA a falimentat ca urmare a încălcării normelor bancare de către directorii băncii ce au acordat credite pe care nu le-au raportat cu toate că piața bancară din SUA este atent reglementată pentru a preveni fraudarea, v. pentru detalii privind falimentul Hume Bank, <http://www.fdic.gov/bank/individual/failed/Hume.html>

trebuie să reprezinte un element important al oricărui management de risc.

De aceea, este nevoie de un audit intern specializat al băncilor care să gestioneze aceste riscuri. Nu lipsa normelor a falimentat Barings, ci un funcționar al băncii care a avut acces la prea multe active ale băncii. Nu criza subprime a produs pierderi băncii Societe Generale, implicarea în astfel de operațiuni speculative fiind evitată de către președintele băncii. Un simplu trader a avut posibilitatea de a implica banca în operațiuni care a adus pierderi băncii de 4.9 miliarde euro, traderul având un salariu de 100.000 de euro pe an.

Autoritățile de reglementare trebuie să intervină cât mai rapid din momentul în care au fost informate prin orice mijloace că instituția de credit are probleme financiare grave.

Dacă la nivelul unei bănci se sesizează abateri de la normele interne sau de la legislația bancară primară sau secundară, inspectorul BNR, sub sancțiunea fie penală a omisiunii sesizării organelor judiciare, fie administrativă prin diminuarea indemnizației de încadrare lunare brute cu până la 15% pe o perioadă de la o lună la 3 luni, ar trebui să aducă la cunoștința organelor de urmărire penală săvârșirea neglijenței în serviciu sau abuzului în serviciu. Evident că o astfel de regulă ar fi utilă și la nivel internațional. O astfel de propunere nu prezintă însă finalitate practică la nivel internațional, pentru că diferențele de reglementare între state la nivelul dreptului penal rămân semnificative.

Orice management responsabil exercită un control intern care permite și evaluarea riscului generat de comportamentul personalului<sup>1</sup>.

Indiferent de gradul și de opțiunile de reglementare a pieței bancare, responsabilizarea și a clienților instituțiilor de credit și a personalului acestora este necesară. Elementul esențial pentru evitarea oricărei fraude bancare este transparența și aptitudinea instituției de credit de a recunoaște din timp și de a informa autoritățile de supraveghere cu privire la orice problemă ce poate genera o criză financiară. Refuzul asumării unei atitudini

---

<sup>1</sup> V. pentru detalii Financial Reporting Council, Internal Control, Revised Guidance for Director on The Combined Code, Londra, 2005.

responsabile din partea instituțiilor de credit se asigură prin constrângerea exercitată de către autoritățile de supraveghere. Sancțiunile trebuie să fie mult mai drastice și să intervină cu celeritate.

Cea mai recentă criză financiară așa-numita criză „subprime” a fost declanșată de intrarea băncilor pe piețe slab reglementate. Piața bancară se caracterizează printr-o concurență acerbă care stimulează băncile să investească pe sectoarele pieței financiare slab reglementate. În luna august 2008, BNR a emis un Regulament ce a modificat Regulamentul nr. 3/2007 privind limitarea riscului de credit la creditele destinate persoanelor fizice<sup>1</sup>. Acest Regulament<sup>2</sup> este o reacție justificată de limitare a accesului persoanelor fizice la creditele ipotecare generată de declanșarea crizei creditelor imobiliare din august 2007. În mod just, BNR consideră că accesul mult prea facil la creditul ipotecar generează un volum mare al creditelor neperformante. Majoritatea băncilor au considerat că o restrângere a creditului ipotecar nu se impune. Totuși, o cauză evidentă a unor falimente bancare sonore din alte state nu poate fi tratată cu indiferență, ci implică o preocupare concretă din partea autorității de supraveghere a pieței bancare.

Din punct de vedere economic rămâne de văzut dacă o astfel de inițiativă are sau nu o finalitate pozitivă. Totuși, necesitatea unei implicări normative la nivelul autorității de reglementare este utilă mai ales pentru că există un model pe care BNR în mod cert l-a avut în vedere. În SUA, Rezerva Federală a emis în 2007 norme prin care a intervenit pe piața creditului ipotecar imediat după apariția crizei subprime. Fără o intervenție a BNR, o astfel de criză poate să apară și în România.

Unele bănci încearcă să scape de sub această umbrelă de reglementare prin emiterea de carduri de credit în mod gratuit în favoarea unor clienți care au carduri de debit pe care li se plătește salariul. Consumatorii nu sunt însă conștienți de un fapt de contestat pe piața financiară. Această practică are natura de a crește în mod

---

<sup>1</sup> Publicat în Monitorul Oficial al României nr.177 din 14.03.2007.

<sup>2</sup> Regulamentul nr. 11 din 19.08.2008, Monitorul Oficial, Partea I nr. 617 din 22.08.2008.

artificial profitul băncii, cu toate că natura ilegală a acesteia este în opinia noastră, vădită. Băncile susțin că oferă cadou un astfel de card de credit, dar din punct de vedere juridic cardul de credit se bazează tot pe un contract de credit pentru consum. Și atunci clauza este nulă, pentru că se urmărește afectarea drepturilor consumatorului, în baza art. 19 coroborat cu art. 2 lit. b și art. 6,7,8 din Legea nr. 289/2004 privind regimul juridic al contractelor de credit pentru consum destinate consumatorilor, persoane fizice.<sup>1</sup> De asemenea, o astfel de practică poate conduce și la aplicarea unor sancțiuni contravenționale de către ANPC, în baza art. 18 alin. 1 din Legea nr. 289/2004, într-un cuantum de până la 25.000. RON.

Creditarea prin intermediul cardului de credit prezintă un risc mai mare decât alte tipuri de creditare. Deși la prima vedere banca este avantajată prin acordarea unor astfel de credite în condiții foarte oneroase pentru clienți, în acest mod crește probabilitatea de producere a riscului de credit ca urmare a imposibilității de executare a contractului de credit din partea clienților. Dacă această neexecutare are un anumit volum, banca ar putea să ajungă într-o acută criză de lichidități ce ar putea conduce la insolvență.

Încălcarea legislației privind protecția consumatorilor ar putea conduce la anularea clauzelor prin care se percep dobânzi extrem de oneroase de către bancă, și implicit la o necorelare a riscului bancar cu costul creditului. Nerespectarea legislației bancare prin săvârșirea unor infracțiuni de serviciu poate conduce și la angajarea răspunderii penale a băncii, fapt ce ar avea repercusiuni importante asupra capitalului cel mai important al acesteia, încrederea depunătorilor în bancă.

Cu cât un credit este mai facil de obținut, cu atât dobânda este mai mare. Un risc de credit mai mare impune un cost mai mare al creditului. O astfel de practică bancară în opinia noastră implică un risc mai mic decât cel aferent creditului de consum aferent vânzării de bunuri pentru că banca are o legătură contractuală directă cu angajatorul debitorului. Cel care va suporta pe termen scurt aceste riscuri este consumatorul, dar pe termen mediu și lung acordarea de carduri de credit va conduce la scumpirea creditului. O practică

---

<sup>1</sup> Republicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 319 din 23/04/2008.

extensivă a creditării prin intermediul cardurilor de credit are aptitudinea să conducă și la crize bancare.

Nu considerăm că ar trebui interzise cardurile de credit, ci că ar trebui să existe o campanie publică de informare a celor care le utilizează asupra riscurilor pe care deținerea și utilizarea de carduri de credit le implică. În SUA, îndatorarea excesivă prin intermediul cardurilor de credit a devenit o problemă majoră și autoritățile au început deja să deruleze campanii de informare cu privire la riscurile inerente pe care le prezintă un card de credit.<sup>1</sup>

În domeniul pieței bancare tendința băncilor de a-și asuma riscuri pe piețele mai slab reglementate au condus la indemnizații majorate ale conducătorilor băncilor și la dividende mari în favoarea acționarilor pe termen scurt, dar a lezat interesele creditorilor. Spre exemplu, actuala criză cu instrumente financiare derivate generată de investițiile în credite ipotecare subprime.<sup>2</sup>

Modalitatea actuală de plată a conducătorilor băncilor a reprezentat un stimulent pentru ca aceștia să își asume riscuri mari cu banii clienților, mai ales că primele nu se returnează dacă afacerile au fost păguboase pentru instituția de credit. Deși o astfel de modalitate de plată este comună, unele bănci au reușit să evite pierderile datorită unor conducători care au avut experiență efectivă în tranzacționarea de instrumente financiare derivate sau datorită unei culturi organizaționale adecvate.<sup>3</sup>

Cu toate că această criză s-a declanșat cu agresivitate în toamna anului 2007, nici până în iulie 2008 efectele sale nu s-au consumat.

---

<sup>1</sup> Vezi în acest sens campania de informare prin publicarea unor materiale pe site-ul Administrației Naționale a Cooperativelor de Credit care permit celor interesați realizarea unei opțiuni în cunoștință de cauză în momentul îndatorării prin intermediul cardului de credit <http://www.ncua.gov/FinancialEducation/index.htm>.

<sup>2</sup> Pentru o analiză critică a sistemului de indemnizații fixe ale conducătorilor băncii necorelat cu performanțele reale ale acestora v. William Cohan, Fix financial incentives, Financial Times, articol publicat în data de 24 Februarie 1998, ora 19.20 <http://www.ft.com/20-%20Comment%20&%20analysis%20-%20Comment%20-%20Fix%20financial%20incentives.htm>.

<sup>3</sup> Pentru detalii în acest sens a se vedea Gillian Tett, nsight: Anthropological insights into banking behaviour, Financial Times, articol publicat în data de 17 ianuarie 2008 ora 18.29, <http://www.ft.com/%20-%20In%20depth%20-%20Insight%20Anthropological%20insights%20into%20banking%20behaviour.htm>

În 10 iulie 2008 a fost adusă la cunoștința publicului criza financiară gravă în care se aflau principalele bănci de credit ipotecar din SUA, Fannie Mae și Freddie Mac, care însă sunt totuși „prea mari pentru a cădea.” Totuși, chiar dacă este evident că se vor injecta fonduri guvernamentale în aceste două bănci, declarația oficială a Secretarului Trezoreriei SUA a fost că va asista cele două bănci ipotecare, fără o injecție de capital din fonduri publice.<sup>1</sup>

Foarte interesant este că nu se poate susține că pericolul tranzacționării cu derivative netransparente nu era cunoscut profesioniștilor. Faptul că riscul a fost asumat în mod conștient de multe bănci, este reliefat și de faptul că unul dintre cei mai buni cunoscători ai piețelor financiare la nivel global, Warren E. Buffet avertizase cu privire la pericolul pe care îl poate reprezenta investiția în derivative. În raportul anual din 2002 al fondului de investiții gerat de acesta, Berkshire Hathaway Inc, a precizat că derivatele depind de solvabilitatea părților care le-au emis și de eventualele garanții, și că în esență instrumentele financiare derivate reprezintă „bombe cu ceas, atât pentru părțile care le tranzacționează, cât și pentru sistemul economic”<sup>2</sup>. Acestea sunt elemente esențiale de apreciere a valorii derivatelor pe care bancherii le-au ignorat cu bună știință. E drept că o altă autoritate de referință a piețelor financiare Alan Greenspan era de o altă părere și anume, că instrumentele financiare derivate conduc la o reducere a riscului.<sup>3</sup>

Motivele determinante pentru actuala criză financiară au fost mai multe, dar considerăm că cel mai important factor a fost legat de modul de indemnizare a conducătorilor de bancă. Aceștia sunt indemnizați în funcție de profitul anual, nu de rezultatele pe termen mediu și lung al operațiunilor derulate de către aceștia. Nu trebuie

---

<sup>1</sup> James Politi, Freddie Mac and Fannie Mae in turmoil, Financial Times, articol publicat în 10 iulie 2008 16:05, actualizat în 11 iulie 2008 ora 17:10, <http://www.ft.com/cms/s/0/019a648c-4e91-11dd-ba7c-000077b07658.html>.

<sup>2</sup> Warren E. Buffet, Raportul anul din 2002 al fondului de investiții Berkshire Hathaway Inc, p. 13, <http://www.berkshirehathaway.com/2002ar/2002ar.pdf>

<sup>3</sup> V. în acest sens Jarrod Wiener, Globalisation and the Harmonization of Law, Pinter, London and New York, 1999, p. 45

neglijat nici faptul că instanțele din SUA sunt destul de reticente în a angaja răspunderea directorilor băncii.<sup>1</sup>

De aceea, ar trebui creată o modalitate de indemnizare prin care veniturile conducătorilor băncii să fie corelate cu rezultatele pe termen mediu și lung ale băncilor. S-ar putea emite unele obligațiuni în favoarea acestora care să fie scadente la un interval considerat de către specialiști apt să releve rezultatele muncii respectivului conducător de bancă. Ar fi interesant și să se emită certificate de depozit care să aibă o scadență corespunzătoare și o dobândă ridicată dacă sumele de bani sunt ridicate la termenul prestabilit. O astfel de abordare ar reprezenta un mod cert de responsabilizare a conducătorilor de bănci,<sup>2</sup> care răspund de regulă în dreptul comerțului internațional pentru anumite acțiuni dăunătoare băncii derulate într-un termen anterior<sup>3</sup> deschiderii procedurii falimentului.<sup>4</sup>

Apreciem că ar fi necesar să existe o obligație legală a instituțiilor de credit de raportare a tentativelor de fraude sau a fraudelor la BNR. Aceste raportări ar fi confidențiale și ar interesa doar modul de operare fie al funcționarilor bancari, fie al clienților instituției de credit.<sup>5</sup>

Nu trebuie să ignorăm și aspectele legate de riscul pe care și-l asumă atât funcționarii bancari, cât și clienții care fraudează normele instituite în domeniul bancar. Riscul implică întotdeauna o incertitudine cu privire la rezultatul deciziei.<sup>6</sup> O creștere a

---

<sup>1</sup> Pentru răspunderea limitată și destul de variabilă a directorilor de bancă v. Dalvinder Singh, *Banking Regulation of UK and US Financial Markets*, Ashgate Publishing Limited, 2007, p. 105-107.

<sup>2</sup> Pentru detalii cu privire la modalitățile juste de remunerare a se vedea Raghuram Rajan, 'Bankers' Pay Is Deeply Flawed', *Financial Times*, 9 January 2008, ora 16.21, <http://www.ft.com/print%20bankers%20pay.htm>

<sup>3</sup> Stabilit în concret de către fiecare legislație națională.

<sup>4</sup> Pentru detalii cu privire la justificarea acestei răspunderi speciale v. Tetiana Bersheda Vucurovic, *Civil Liability of Company Directors and Creditor Protection in the vicinity of Insolvency. Comparative analysis based on the Swiss and English Legal Systems*, Schulthess, Zurich, 2007, p. 27-41.

<sup>5</sup> Fraud that undermines the bankruptcy system *Bankruptcy Crimes*, Third Edition By Stephanie Wickouski Beard Books, 2007, Chicago.

<sup>6</sup> Pentru detalii cu privire la incertitudinea inerentă asumării unei decizii v. Amir D. Aczel, *Chance, A Guide to Gambling, Love, the Stock Market & Just About Everything Else*, High Stake Publishing, London, 2006, p. 89-92.

probabilității de pedepsire a celor care comit astfel de fraude diminuează în mod substanțial numărul de abateri. Creșterea probabilității de pedepsire are un efect mult mai important cu privire la numărul de abateri decât orice majorare de pedepselor.<sup>1</sup> De aceea, ar trebui să fie impuse atât termene limită în care anumite măsuri să fie luate de către autoritatea de supraveghere, cât și proceduri speciale de anchetare a infracțiunilor economice. Doar aplicarea de sancțiuni cu celeritate poate împiedica senzația de impunitate pe care funcționarii bancari care comit infracțiuni. Intrarea unei instituții de credit în criză financiară este inevitabilă dacă încălcarea unor norme de prudențialitate continuă chiar și după constatări în acest sens efectuate de către inspectorii autorităților de supraveghere.

Este extrem de dificil în cazul unei fraude bancare să se recupereze fondurile de care instituția de credit a fost deposedată. De aceea, orice aplicare a unei sancțiuni indiferent de natura sa, va avea drept criteriu de individualizare și gradul de recuperare a sumelor fraudate. Lipsa de cooperare în sensul recuperării sumelor fraudate se impune a fi pedepsită în mod drastic. O astfel de atitudine este necesară pentru a evita ca în schimbul unei pedepse lejere, cei care au produs fraudă să se bucure ulterior executării acestei pedepse de banii însușiți pe nedrept.

O altă mare problemă cel puțin la nivelul falimentelor bancare din România este durata mult prea mare a procedurilor de faliment bancar.<sup>2</sup> Citarea părților din dosarele de faliment prin procedura obișnuită este nerealistă, fiind nevoie de o modificare legislativă care să prevadă expres posibilitatea citării prin notă telefonică sau prin mijloace electronice, sau asigurarea prezenței unei părți din dosarul de faliment prin intermediul unui mandat de aducere executat de poliție și emis de către judecătorul sindic.

---

<sup>1</sup> Pentru detalii cu privire la argumentarea matematică a acestei ipoteze v. Gary S. Becker, *Crime and Punishment, Journal of Political Economy*, vol. 76, no. 2, Mar.-Apr. 1968, p. 176.

<sup>2</sup> Durată care este influențată direct de Decizia Curții Constituționale nr.1.137/04.12.2007 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 7 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, publicată în Monitorul Oficial nr. 31/16 ianuarie 2008, decizie care este corectă pe fond, dar care impune în mod clar o modificare a procedurii de citare care să prezinte elemente specifice pentru procedura falimentului.

La nivel global este necesar ca principiile de supraveghere prudentială să fie schimbate. Se consideră în doctrina economică<sup>1</sup> din domeniul bancar că opt principii fundamentale ar fi necesar să formeze bazele noii structuri de prudentialitate.

Primul principiu implică recunoașterea faptului că dereglementarea pieței bancare nu poate fi decât o utopie. Participanții la piețele financiare laudă beneficiile liberei concurențe pentru că sunt direct interesați ca riscurile pe care și le asumă să fie suportate de către cei care economisesc și de către ceilalți consumatori de pe piața financiară. Concurența liberă este acceptabilă doar pentru entitățile de mărime medie și mijlocie care operează pe piețele financiare.

În cazul entităților a căror cădere ar avea consecințe dezastruoase asupra unor componente esențiale ale piețelor financiare, așa-numitele entități „prea mari pentru a falimenta” reglementarea se impune a fi detaliată pentru a evita ca intervenția statală să încurajeze hazardul moral.

Al doilea principiu se raportează la faptul că o dereglementare financiară totală nu este practică, fiind intolerabilă din punct de vedere politic și social. Piețele financiare sunt vitale pentru mecanismul de plăți intern. De aceea, participanții la mecanismul de plăți sunt obligați să fie atent reglementați, pentru că crahul mecanismului de plăți conduce inevitabil la o criză economică extrem de gravă. În timp, s-a demonstrat că liberalizarea accentuată a economiei implică o supraveghere financiară mult mai complexă. Economia de piață implică un risc ridicat al producerii falimentelor, și în consecință un risc de credit mai mare pentru instituțiile de credit care acordă credite sau investesc. Diferitele inovații financiare generate de competiția acerbă pe piața bancară induc riscuri suplimentare pe piața financiară. Autoritățile de supraveghere ale pieței financiare au obligația să cunoască în detaliu toate operațiunile financiare și riscurile pe care acestea le implică în raport cu stabilitatea pieței.

---

<sup>1</sup> Henry Kaufman, The principles of sound regulation, Financial Times, articol publicat în 05 august 2008 ora 23.39, [http://www.ft.com/cms/s/0/f5a80da4-6336-11dd-9fd0-0000779fd2ac,dwp\\_uuid=13e90304-4dc0-11dd-820e-000077b07658.html?ncklick\\_check=1](http://www.ft.com/cms/s/0/f5a80da4-6336-11dd-9fd0-0000779fd2ac,dwp_uuid=13e90304-4dc0-11dd-820e-000077b07658.html?ncklick_check=1)

Al treilea principiu presupune depunerea de diligențe din partea autorităților de supraveghere pentru încurajarea celor mai înalte standarde de conduită în afaceri. De aceea, entitățile financiare mari trebuie să fie atât „prea mari ca să falimenteze”, cât și „mult prea competente ca să falimenteze”.

Al patrulea principiu presupune ca autoritatea de supraveghere și de reglementare a pieței să impună participanților să își asume riscuri până la limita maximă doar dacă sunt constrânse. Se consideră că la nivelul limitei maxime a riscului asumat competiția este mai puțin intensă, că oportunitățile de profit și de pierdere sunt cele mai mari. În cazul piețelor dereglementate, firmele fac față unei competiții dure și sunt stimulate să își asume riscuri maxime.

Al cincilea principiu prezumă că întotdeauna autoritățile de reglementare rămân în urma schimbărilor piețelor și noilor tehnici financiare. Apreciem că una din cauzele actualei crize financiare este și lipsa de adaptare a autorităților de reglementare a pieței<sup>1</sup> la noile tehnici bancare cum au fost certificatele de depozit, creditul sindicalizat sau instrumentele financiare derivate pentru că în timp s-a reușit să se înțeleagă particularitățile fiecărei noi tehnici bancare și implicațiile structurale ale acestuia. Spre exemplu, deși acum pare foarte simplu, abia după declanșarea crizei subprime s-au înțeles implicațiile structurale ale acestora asupra mediului bancar. Abia în prezent s-a ajuns la concluzia că este nevoie ca raportul juridic fundamental care a condus la apariția instrumentului financiar derivat să implice un risc de neexecutare rezonabil, iar nu un risc de tip subprime care presupune că riscul de credit se va produce în mod inevitabil.

Al șaselea principiu presupune că dereglementarea conduce la o muncă mult mai asiduă din partea băncilor centrale în vederea stabilizării masei monetare. Orice schimbare structurală din cadrul pieței financiare afectează în mod inevitabil și politica monetară.

Al șaptelea principiu obligă ca un nou sistem de reglementare financiară să fie centrat în principal pe slăbiciunile majore, sistemice,

---

<sup>1</sup> Creditul ipotecar american a fost reglementat în detaliu doar după ce criza a luat amploare și în România abia după acest moment BNR a restricționat accesul la creditul ipotecar și la cel de consum.

și nu pe aspectele de detaliu. De aceea, este nevoie de o reglementare de ansamblu a piețelor financiare, așa cum s-a procedat și la nivelul Uniunii Europene prin reglementarea conglomeratelor financiare.

Cel de-al optulea principiu este în strânsă legătură cu tendințele actuale din dreptul comerțului internațional. În crearea noilor abordări ale piețelor financiare se va ține cont de dimensiunea internațională din ce în ce mai accentuată atât a participanților, cât și a piețelor financiare. De aceea, este nevoie de uniformizarea standardelor de contabilitate, a transparenței și a practicilor de tranzacționare la nivel transfrontalier.

Considerăm că este nevoie de o schimbare de paradigmă. Așa cum orice afecțiune a unei persoane învederează problemele de sănătate ale acesteia, așa și crizele financiare arată problemele ascunse ale sistemului financiar la un moment dat.

Întotdeauna crizele financiare au fost generate și de lipsa de pregătire a autorităților competente de a realiza controlul pieței financiare. Autoritățile de supraveghere au obligația de a înțelege toate tehnicile și toate inovațiile de pe piața financiară. Dacă un anumit instrument financiar nu poate fi înțeles în detaliu de către autoritatea de supraveghere, aceasta va interzice utilizarea sa de către instituțiile de credit. Pentru evitarea crizelor financiare este nevoie de o informare detaliată a autorităților de supraveghere cu privire la activitatea tuturor operatorilor de comerț relevanți pentru piața financiară. Instituțiile de credit trebuie să fie conștiente că pentru protecția pe care autoritățile le-o asigură sunt obligate să plătească un preț ce constă în reglementarea detaliată a activității și în supravegherea atentă prin intermediul raportărilor emise de către instituțiile de credit și prin verificările efectuate de către inspectorii autorităților de supraveghere.<sup>1</sup>

Crizele financiare nu pot fi evitate prin diversificarea portofoliului de investiții. Piețele financiare nu pot reveni în mod natural la starea de echilibru anterioară crizei. De aceea, lipsa reglementării pieței bancare sau a unei autorități de supraveghere nu

---

<sup>1</sup> Pentru detalii în acest sens v. George Soros, *Noua paradigmă a piețelor financiare: Criza creditelor din 2008 și implicațiile ei*, Editura Litera Internațional, București, 2008, p. 126.

pot fi acceptate pentru că întotdeauna statul va interveni pentru a asigura supraviețuirea pieței financiare. O astfel de situație este generată în prezent de actuala criză financiară a cărei amploare nu este cunoscută nici la un an de la declanșarea sa. Fără intervenția Băncii Federale care să injecteze lichidități în piața bancară din SUA, chiar și bănci de investiții sănătoase ca Morgan Stanley sau Goldman Sachs ar fi putut intra în faliment ca urmare a speculațiilor masive la care au fost supuse acestea. Deja se intervenise pentru salvarea băncilor esențiale pentru piața creditului ipotecar din SUA, Fannie Mae și Freddie Mac, și Lehman Brothers solicitase să intre sub protecția Codului Falimentului. Criza subprime a afectat și piața asigurărilor, și fără ajutorul fondurilor publice AIG, gigant american în domeniul asigurărilor, ar fi intrat în procedura falimentului.

Ca urmare a actualei crize financiare, reglementările bancare se vor schimba. Nu e exclus ca modelul actual de bancă de investiții să fie desființat pentru că a reprezentat o structură ce a permis asumarea unor riscuri majore în condițiile în care capitalul propriu al băncii nu era adecvat la investițiile realizate. Că băncile de investiții nu mai reprezintă o alternativă viabilă rezultă din faptul că Merrill Lynch a fost preluată de Bank of America, și că ultimele două bănci mari de investiții, Goldman Sachs și Morgan Stanley au devenit bănci universale.

O problemă majoră este legată de lipsa de reacție a autorităților de supraveghere la riscurile asumate în mod inconștient de către conducătorii băncilor. Chiar dacă specialiști reputați la nivelul pieței financiare au avertizat cu privire la iminența unei grave crize financiare, Banca Federală a acționat doar după declanșarea crizei. O astfel de soluție este fără îndoială cea mai nefericită. Incompetența sau indolența autorităților de supraveghere conduce în prezent la protejarea celor care își asumă riscurile și preiau și câștigul și la plata sumelor injectate în sistemul bancar de către contribuabil. Nu se mai pune problema hazardului moral când refuzul de intervenție poate genera blocarea sistemului de plăți.

Legislația privind insolvența instituțiilor de credit implică întotdeauna opțiunea cu privire la cei care vor suporta costul. În mod tradițional, opțiunea politicianilor în România, fost ca cei care nu-și asumă riscuri să suporte mare parte a pagubelor. Modalitatea aparent

onestă a constat în crearea unor instituții de genul AVAS, instituție puternic politizată în România, prin care statul a preluat credite de tip ninja (a căror recuperare era improbabilă chiar din momentul acordării acestuia) și a plătit în schimb sume concrete de bani.

Și acum din banii contribuabilului american se protejează persoanele care au contractat credite subprime. Modalitatea pe care președintele Bush și secretarul de stat al Trezoreriei Henry Paulson, care este suspectat de legături mult prea strânse cu banchierii de pe Wall Street, au propus-o este iresponsabilă, politizată și părtinitoare. E drept că spre deosebire de România, se propune realizarea unui „plan de răscumpărare” în mod transparent.

Din nefericire, singura soluție care permite supraviețuirea economiei americane este finanțarea iresponsabilității financiare doar pentru că amploarea creditelor ipotecare a fost în fapt un element tacit al politicii monetare a Rezervei Federale. Această abordare pură de tip procreditor descurajează economisirea. Este incredibil cum politici falimentare de creditare au fost încurajate chiar de Rezerva Federală, care la un anumit moment a determinat ca să nu existe în fapt costuri pentru credit. S-a permis astfel ca practic accesul la lichidități să fie aproape gratis ceea ce a încurajat creșterea artificială a creditului de consum. Totuși este clar că piața bancară este blocată și că este nevoie de o infuzie de capital, care însă să irige cu lichidități doar porțiunile necangrenate ale organismului financiar. Responsabilă pentru această operațiune se impune a fi o instituție independentă, formată de experți unanim recunoscuți și care să salveze doar pe cei care merită și să lase în continuare instituțiile de credit profund neviabile să falimenteze și să sancționeze acționarii și directorii acestor instituții de credit. Totuși, soluția corectă ar fi în opinia noastră tot salvarea instituțiilor de credit „prea mari ca să falimenteze” așa cum a fost cazul la Fannie Mae și Freddie Mac. Dacă se va alege soluția „planului de răscumpărare” a anumitor contracte de credit, deși Camera Reprezentanților a respins inițial această propunere, de fapt, cei care au economisit îi vor credita pe cei iresponsabili care au luat credite subprime și pe banchierii care și-au luat prime de milioane de dolari profitând de indolența autorităților de supraveghere. Politicienii americani sunt depășiți în acest moment de amploarea crizei și consideră că panaceul tuturor problemelor