

# ■ Kontroll av legala risker i förvaltningen av finansiella tillgångar

AV MAGNUS GEORGSSON

Magnus Georgsson är verksam på rättssekretariatet inom stabsavdelningen.

---

*Legala risker – eller juridiska risker<sup>1</sup> – förekommer flitigt i en verksamhet som har att förvalta finansiella tillgångar<sup>2</sup> men är sällan något man fokuserar på i den övergripande riskberäkningen. Istället ligger tonvikten på finansiella risker. Sannolikt beror detta förhållningssätt bland annat på att de legala riskerna sällan realiserar och att de är svåra att mäta och värdera. Men samtidigt kan skadan om något ändå händer bli avsevärd eftersom dessa risker återfinns i de juridiska förutsättningarna för begränsning av kreditrisken. Därmed finns det all anledning att ta den legala risken på allvar. Det gör man genom att skapa bästa tänkbara förutsättningar för riskkontroll. Precis som för andra typer av risker syftar en sådan kontroll till att skapa förutsebarhet och därmed möjlighet att ta kalkylerade risker.*

Förutom att legala risker sällan realiserar och att de därmed är svåra att mäta och värdera, så är begreppet 'legal risk' dessutom svårt att entydigt definiera. Denna artikel ska ändå börja med att försöka ge en bild av vilka legala risker som kan finnas i en förvaltning av finansiella tillgångar. Syftet är att med den bilden som bakgrund söka beskriva några grundförutsättningar för att uppnå en god kontroll av de legala riskerna. Med kontroll av de legala riskerna avses här och fortsättningsvis identifiering, analys och begränsning av desamma.

Först kommer en diskussion kring begreppet legal risk. Därefter behandlas principiella förutsättningar för kontrollen av de legala riskerna i den finansiella tillgångsförvaltningen och till sist de praktiska förutsättningarna för en sådan kontroll.

---

<sup>1</sup> Fortsättningsvis används begreppet legal risk eftersom det är mer vedertaget. I övrigt kommer ordet juridisk att användas istället för legal i denna artikel. Någon materiell skillnad är dock inte avsedd.

<sup>2</sup> Jag kommer i det följande i de flesta fall inte skriva *verksamhet som har att förvalta finansiella tillgångar* utan kort och gott ordet *verksamhet* i olika former.

## Legala risker i finansiell tillgångsförvaltning

I en finansiell tillgångsförvaltning förekommer legal risk främst i de juridiska förutsättningarna för begränsning av kreditrisken. Här följer några exempel på arrangemang för begränsning av kreditrisken som särskilt tydligt vilar på viktiga juridiska förutsättningar, nämligen skydd för tillgångar genom separationsrätt och säkerhetsöverlåtelse, nettning av utestående transaktioner (dvs. avräkning) och garantier.

Dessa begrepp kanske först behöver förklaras närmare: Separationsrätt innebär att tillgångarna inte ingår i konkursboet utan hålls separerade från motpartens egna tillgångar till förmån för ägaren. Nettning, eller avräkning, är besläktat med kvittning, med viss skillnad: För kvittning krävs som huvudregel att kvittningsbar fordran ska vara förfallen till betalning. Vid avräkning är det fråga om icke förfallna fordringar och är oftast något man kommer överens om genom avtal. Standardavtal för derivattransaktioner (t.ex. ISDA<sup>3</sup>) är ett exempel på detta. Avräkning enligt ISDA går något förenklat ut på att transaktionerna vid ena partens fallissemang upphör att existera varpå man avräknar utestående transaktioners marknadsvärden mot varandra. Den kvarvarande fordran eller skulden visavi motparten motsvarar alltså nettovärdet av alla utestående transaktioner. Kan man räkna med att detta fungerar kan man också i sin dagliga kreditriskberäkning avräkna på samma sätt – som om motpartsfallissemang skulle ha inträffat – och därigenom få en lägre exponering på den motparten.<sup>4</sup> Genom ett arrangemang för säkerhetsöverlåtelser kan man ytterligare minska kreditrisken genom att i princip föra över säkerheter motsvarande nettovärdet till den part vars värde är positivt. Garantier används bl.a. när motparten eller instrumentet (dvs. egentligen emittenten) inte ensam når upp till de solvenskrav verksamheten beslutat om, ofta i form av viss nivå på motpartens externa kreditbetyg. Ett sätt är då att begära en garanti från ett mer solvent gruppbolag – vanligtvis moderbolaget – eller en stat.

Gemensamt för dessa arrangemang för begränsning av kreditrisken är att de inte fungerar som tänkt ifall de juridiska förutsättningarna saknas. De innehåller med andra ord ett stort mått av potentiell legal risk: Insolvensreglerna i ett land kanske inte stödjer det skydd för tillgångarna – t.ex. separationsrätten – man räknat med eller den nettning av utestående transaktioner som avtalats och garantin kanske inte får utfärdas

I en finansiell tillgångsförvaltning förekommer legal risk främst i de juridiska förutsättningarna för begränsning av kreditrisken.

Gemensamt för arrangemang för begränsning av kreditrisk är att de inte fungerar som tänkt ifall de juridiska förutsättningarna saknas.

<sup>3</sup> International Swaps and Derivatives Association, Inc.

<sup>4</sup> I motsvarande avtal för repos som publiceras av ICMA (International Capital Market Association) är nettningen mer lik kvittning i det att man accelererar återköpet, dvs. transaktionen existerar alltså fortfarande men avslutas – eller så att säga tillåts förfalla – i förtid, varpå man räknar ut marknadsvärdet för varje transaktion och "nettar" dessa mot varandra. Gemensamt för dessa kreditsäkerhetsarrangemang är att de innehåller ett stort mått av potentiell legal risk eftersom de inte fungerar som det är tänkt ifall de juridiska förutsättningarna saknas.

enligt garantigivarens statuter, nationella lagstiftning eller innehåller andra brister som gör att den inte fungerar som det var tänkt.

Ett annat sätt att kontrollera de legala riskerna är att se över ansvarsfördelningen mellan parterna så att den är tillräckligt tydlig för att i möjligaste mån undvika onödiga och dyra rättstvister och speglar vad verksamheten räknar med och i realiteten kan ta ansvar för.

Sedan ligger det förstås en operativ risk i själva genomförandet av kontrollen av de legala riskerna. Utformas t.ex. inte dokumentationen på rätt sätt på grund av okunskap, slarv eller förbiseende eller har man inte undersökt förutsättningarna tillräckligt noga är det en operativ legal risk.

Utifrån dessa exempel kan följande definition eller sammanfattning med påföljande beskrivning vara belysande för var de juridiska riskerna finns inom området finansiell tillgångsförvaltning:

*Legal risk är risk för förlust främst till följd av oskyddade tillgångar beroende på osäkerhet om eller brister i de juridiska förutsättningarna för att skydda dessa tillgångar, samt brister i kontrollen av dessa juridiska förutsättningar.*

#### FÖRLUSTKRITERIET

Första ledet i definitionen kan vi kalla "förlustkriteriet". Det förutsätter att det ska föreligga en risk för förlust till följd av att tillgångar är oskyddade. Förlust kan t.ex. uppkomma på följande sätt:

Tillgångar kan förloras när registrering, separation, etc. saknar stöd i avtal eller gällande rättsregler eller tillgångarna annars inte är skyddade på rätt sätt.

Tillgångar i form av fordringar man har rätt till genom avtal förloras genom att det man avtalat inte är genomförbart eller är ogiltigt (t.ex. motpartens garantiåtagande).

Avtalad avräkning, kvittning, etc. inte fungerar, antingen på grund av brister i avtalet eller att den aktuella rättsordningen saknar stöd för bilateralt avtalad avräkning eller kvittning.

Fördelningen av ansvar mellan avtalsparterna är oproportionerlig jämfört med det ansvar verksamheten räknat med att kunna ta på sig eller är otydlig med ökad risk för en dyr och tidsödande rättstvist.

#### ORSAKSKRITERIET

Det andra ledet i definitionen kan vi kalla "orsakskriteriet" eftersom det anger de orsaker till förlust som ska föreligga för att risken för sådan förlust ska anses ha juridisk grund. Detta led är i sin tur uppdelat i tre deldefinitioner:

## Osäkerhet om förutsättningarna

Den första deldefinitionen – osäkerhet om de legala förutsättningarna – innebär att kontrollen i och för sig utförts så bra som möjligt eller i varje fall upp till den nivå som verksamheten satt som mål men att det fortfarande kvarstår legal risk som man antingen inte vet om eller är osäker på. Sådana risker är ofta svåra att kalkylera av naturliga skäl, men är den kontrollnivå verksamheten beslutat den rätta borde dessa risker i många fall också vara något verksamheten ansett sig beredd att ta eller i varje fall överväga. Har verksamheten ingen aning om riskerna och de visar sig vara betydande har man antingen lagt nivån för kontroll fel eller så är det en legal risk i gränslandet till någon annan riskkategori (se nedan).

## Brister i förutsättningarna

Den andra deldefinitionen avser fall där man nått rätt nivå på kontrollen, dvs. som i den första deldefinitionen, med den skillnaden att det är risk man är medveten om, kan beräkna sannolikheten för förlust på och som kan tas med i den övergripande risk- och intjänandekalkylen.

## Bristfällig kontroll av förutsättningarna

Den tredje deldefinitionen utgår från att kontrollen är bristfällig på grund av t.ex. okunskap, slarv eller misstag vid utförandet, dvs. en operativ legal risk.

Sammanfattningsvis har vi alltså först sådana risker som man antingen beslutar sig för att ta eller att avstå ifrån beroende på hur riskavert verksamheten är. Här har man alltså fullgjort kontrollen – i varje fall upp till den nivå verksamheten satt – och kommer inte längre givet dessa förutsättningar. Sedan har vi sådana risker som ligger inom "kontrollgränsen", dvs. operativa risker i själva utförandet av kontrollen. De senare har sin grund internt i verksamheten och är – i varje fall i teorin – lättare att begränsa genom interna åtgärder. Belysande exempel på det förstnämnda – risker man kan besluta att ta eller avstå ifrån – kan de följande tjäna som:

*Det är inte ovanligt att man begär viss dokumentation från en motpart som styrker att motparten har behörighet att ingå det aktuella avtalet och den transaktionstyp som avses. Även om man har försökt aldrig så mycket kan man komma till en punkt där det helt enkelt inte går att få tag på sådan dokumentation. Motparten kanske är strukturerad så att detta inte framgår av någon dokumentation eller verkar under nationella regler som saknar krav på sådan dokumentation. Någon operationell risk så som den definieras i denna artikel är det då inte längre fråga om; man*

Först har vi risker som är kvar efter kontroll och som man antingen kan ta eller avstå ifrån; sedan har vi operativa risker i utförandet av kontrollen.

*har ju fullgjort kontrollen så långt det går. Men det kvarstår ändå en legal risk att ta ställning till.*

*Ett annat exempel där man uttömt möjligheterna eller uppfyllt nivån för kontrollen men det fortfarande föreligger en legal osäkerhet är om man begärt in en extern rättsutredning (legal opinion) som visat sig vara alltför vag eller ofullständig.*

När det gäller den första – och kanske till viss del den andra – deldefinitionen förekommer uppfattningen att sådant som enskilda marknadsaktörer inte kan påverka, t.ex. oväntade lagändringar och domar, heller inte är legala risker. Man kan säkert argumentera utifrån möjligheten att undvika länder som är notoriska när det gäller osäkerhet inom dessa områden. Detta borde kunna minska risken att råka ut för sådana överraskningar. Dessutom har ju risken legal grund varför den borde kunna omfattas av begreppet oavsett om det är en legal osäkerhet eller en medveten legal risk. Men man skulle också kunna säga att risken tangerar gränslandet till *politisk risk* eftersom risken ligger i oförutsebarheten hos den lagstiftande makten i en främmande stat. Ett annat gränsfall – mot operativ risk – kan anses föreligga i motpartens operativa risk, alltså handhavandefel, etc. som motpartens personal, etc. gör sig skyldig till. Sådan risk torde dock i de flesta fall kunna falla under motpartsrisk, som i sin tur får anses vara underordnad kreditrisken. Har den inte juridisk grund så kan man argumentera för att dessa lika lite som "ordinära" egna operativa risker ska falla under legal risk. Samtidigt kan effekten av motpartens operativa risker begränsas genom en väl avvägd ansvarsfördelning i avtalet.

Försöket till definition ovan är menat som ledning eller testmatris för att få en tydligare bild av de legala riskerna i verksamheten. Men, återigen, gränsdragningen mot övriga riskkategorier är svår och det är lätt hänt att man i sitt försök till definition förvillar sig in i ett resonemang som tenderar att bli tämligen akademiskt och därmed till lika hög grad svårt att ge någon praktisk nytta.

Denna riskbild kan ändå vara användbar i arbetet med att ge verksamheten goda förutsättningar att kontrollera de legala riskerna. I följande avsnitt kommer frågan att behandlas först principiellt och därefter mer praktiskt. Men först några ord om att svårigheterna med att mäta och värdera legala risker.

#### ATT MÄTA OCH VÄRDERA LEGALA RISKER

Som antytts är det svårt att mäta den legala risken frikopplad från övriga riskkategorier. För t.ex. kreditrisker har man ofta beräkningsmetoder att ta till samt de kreditbetyg som sätts av kreditvärderingsinstituten. Sådana

metoder är sällan direkt applicerbara på de legala riskerna, möjligen med undantag för värdering av t.ex. olika rättsordningar.<sup>5</sup> Dessutom präglas som nämnts legal risk av lågt värde för sannolikhet men högt värde för skadans omfattning om den trots allt skulle inträffa. Sannolikheten för att en legal risk ska realiseras är ju dessutom ofta beroende på sannolikheten för andra risker, främst kreditrisk. Har väl en motpart blivit insolvent ökar sannolikheten för att en legal risk ska uppdagas och realiseras i takt med risken för att det kreditriskbegränsande arrangemanget kan komma utnyttjas (t.ex. garantin). Därmed kommer också resultatet av arbetet med att begränsa de legala riskerna fram i ljuset. Men först då. Man ser ofta inte effekten av eller någon bekräftelse på kvalitén av kontrollen av den legala risken förrän det är för sent. Det enda man i förväg kan söka få ett mått på är den förlust som verksamheten skulle lida om inte garantin, avtalet, separationsrätten, kvittningen, avräkningen etc. fungerar. Det är inte svårt att föreställa sig att en sådan förlust kan bli avsevärd.

Det är svårt att mäta den legala risken frikopplad från övriga riskkategorier.

## Principiella förutsättningar för kontroll

### PRINCIPER FÖR KONTROLL

I beskrivningen av de legala riskerna ovan delades dessa in i två kategorier: (i) de risker som efter kontroll – dvs. identifiering, analys och begränsning – kvarstår som en del i ett beslut om att antingen ta eller avstå ifrån t.ex. en affärsmöjlighet, och (ii) risker i utförandet av kontrollen som har att göra med okunskap, slarv eller förbiseende, dvs. legala operativa risker. Nivån för god kontroll bör för varje verksamhet bestämmas så att den när den är genomförd endast lämnar risker i kategori (i) ovan (om man ska vara realist jämte visst mått av operativ risk, såsom den definieras i denna artikel, som trots goda föresatser kan förväntas finnas). Hur man sedan tar om hand riskerna i denna kategori beror på hur riskavert verksamheten är. Jag ska i det följande utveckla detta något för att sedan ägna resten av artikeln åt hur verksamheten kan uppnå en god kontroll av de legala riskerna.

### Identifiering

Kontrollen av de legala riskerna handlar till att börja med om att förstå de legala strukturer (såväl den inhemska rättsordningen som främmande rättsordningar och avtal) som påverkar verksamhetens tillgångar, fordringar och förpliktelser. Har man gjort det har man också möjlighet att

<sup>5</sup> Carolyn Jackson har i Risk.net, September 2002/Vol. 15/No. 9 försökt sig på en regressionsmodell med 14 kritiska variabler.

tillägna sig en god bild av vad det innebär att handla eller att underlåta att handla i enlighet med dessa legala strukturer. Den bilden jämförs sedan med verksamhetens administrativa förutsättningar, risknivå och andra krav som verksamheten har. Därigenom har man också *identifierat* verksamhetens legala risker.

### Analys och begränsning

Efter en *analys* av dessa legala risker kan man sedan besluta sig för i vilken utsträckning det är försvarbart att *begränsa* dessa risker utifrån strategiska och affärsmässiga överväganden. Det tredje steget är att begränsa risken i den utsträckning verksamheten kräver det, det är affärsmässigt försvarbart eller alls går. De legala risker man får över (den första kategorin, se ovan) är de verksamheten beslutat sig för att ta eller – i de fall begränsningen visat sig alltför kostsam eller omöjlig – som bidragit till beslut om att avstå från affärsmöjligheten, etc.

### Syftet med kontroll

För att rätt förstå vad man vill uppnå med att kontrollera de legala riskerna kan vi utgå från verksamhetens mål, dvs. att förvalta finansiella tillgångar i syfte att behålla och om möjligt öka dess värde. Sett ur det perspektivet är legala risker att jämföras med övriga risker inom tillgångsförvaltningen. Kontrollen av dessa risker tjänar dessutom ett och samma syfte, nämligen att se till att grundantagandena inför beslut om t.ex. en affärstransaktion stämmer och att respektive affär löper och slutförs enligt de antaganden man gjort vid ingåendet.

En legal risk kan i de fall den realiserar leda till kostnader, uteblivna vinster och förlust av tillgångar man inte räknat med och som kan göra t.ex. transaktionen olönsam. Kontroll av de legala riskerna – liksom de flesta andra risker – handlar om just detta; att skapa förutsebarhet och möjlighet till att ta kalkylerade risker med ett begränsat mått av osäkerhet.

Ambitionen behöver inte vara att verksamheten ska bedrivas helt i avsaknad av legala risker.

Ambitionen behöver som antytts inte vara att verksamheten ska bedrivas helt i avsaknad av legala risker (undantaget operativa risker). Meningen är inte att gå så långt i strävan att minimera riskerna att verksamheten går miste om affärer i onödan eller drar på sig onödiga kostnader. Ska man t.ex. ha det ur riskfrihetssynpunkt yppersta avtalet kan det ta tid under vilken verksamheten kan gå miste om affärsmöjligheter. Det gäller därför att göra en snabb förhandling samtidigt som man uppnår en för verksamheten acceptabel riskfördelning. Risker måste normalt tas i de flesta verksamheter och i vissa fall kan sannolikheten för att det man är rädd ska inträffa inträffa vara så liten att man – förutsatt att man inte

understiger verksamhetens riskprofil – är villig att ta den givet att det ligger ett större intjänande i kalkylen. Man bör med andra ord väga skyddsnivån mot sannolikhet för förlust och möjlig vinst (se exempel nedan). Den uppgiften är oftast juristfunktionen ensam övermäktig och förutsätter därför tätt samarbete med andra funktioner inom tillgångsförvaltningen. Här kommer vi in på uppdelningen av utförande och ansvar av kontrollen av de legala riskerna, vilket behandlas i nästa avsnitt.

#### JURISTFUNKTIONEN OCH ANSVARET FÖR DEN LEGALA RISKEN

Centralt för uppgiften att kontrollera de legala riskerna är verksamhetens juriststöd. Juriststödet i en finansiell tillgångsförvaltning har inget egenvärde utan är ägnat att säkra de juridiska förutsättningarna för verksamheten. Detta arbete bör därför utföras av en juristfunktion tillsammans med övriga delar av verksamheten. Arbetet bör dock ledas av juristfunktionen. Den sammanfattande beskrivning för en juristfunktions uppgift ifråga om legala risker som då verkar bäst lämpad är – förutsatt att man har en tillräckligt kompetent väldimensionerad juristfunktion (se nedan) – därför den följande: Legala risker är *sådana risker som en juristfunktion är bäst skickad att hjälpa till att kontrollera*.<sup>6</sup> Här ligger en naturlig begränsning dels i den utbildning och erfarenhet en juristfunktion normalt besitter, dels i uttrycket " *hjälpa till att begränsa*"; juristfunktionen är alltså inte ytterst ansvarig för den legala risken som sådan. Naturligtvis ska den som utför en uppgift ta ansvar för sin produkt, men det formella ansvaret ligger ofta någon annanstans än hos juristfunktionen. Detta är i de flesta fall också det mest lämpliga: Den legala risken ska, tillsammans med övriga risker, vägas mot förväntad kostnad och intäkt.

Ett exempel på detta:

*En ny motpart ska användas för en viss typ av transaktion. Kreditrisken i denna transaktionstyp brukar begränsas genom ett nettningsavtal, låt säga ett ISDA-avtal, och genom säkerhetsöverlåtelse motsvarande exponeringen efter nettningsavtal av alla utestående transaktioner. Nu meddelar man från juristfunktionen att det inte är säkert att motpartens nationella rättsordning stödjer en sådan säkerhetsöverlåtelse som var tänkt. Med den informationen kan riskkontrollfunktionen ändra sina beräkningar för riskexponeringen och limiterna för den aktuella motparten. Den nya riskbilden leder till att riskexponering mot just denna motpart ökar och alltså nyttjar en större del av limiten. Den affärsdrivande funktionen har därefter att beräkna hur lukrativt det trots detta kan vara att genom-*

Det är juristfunktionens uppgift att leda och tillsammans med verksamheten i övrigt utföra kontroll av legala risker.

<sup>6</sup> Se Whittaker, A. M., (2003), Lawyers as risk managers, *Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 18, No. 1, January.



En juristfunktion kan vara behjälplig i beräkningen av en affärsmöjlighet men är inte bäst skickad att göra den sammanvägda bedömningen.

*föra de planerade transaktionerna. Kanske beslutar man sig för att ändå genomföra transaktionerna, men med kortare löptider än vad som från början var planerat i syfte att minska riskexponeringen över tiden.*

En juristfunktion kan vara väl så behjälplig i arbetet med att ge sin del i denna beräkning av en affärsmöjlighet men är inte bäst skickad att göra den sammanvägda bedömningen. Den uppgiften bör med tillhörande ansvar ligga på den del av verksamheten som har till uppgift att utföra föremålet för den legala riskkontrollen, t.ex. transaktionen, anskaffandet av en depåförvaltare, etc.<sup>7</sup> Samtidigt kan det uppkomma fall där den legala risken är en fråga för verksamheten som helhet och inte bara en del i en lönsamhetsberäkning. Den legala risken kan vara så stor att man ser en fara med att alls genomföra det som planerats, t.ex. eftersom man därigenom skulle utsätta verksamheten för en betydande anseenderisk. I sådana fall är det viktigt att chefsjuristen har en eskaleringsrätt, dvs. en möjlighet att lyfta frågan direkt till ledningen.

## Praktiska förutsättningar för kontroll

### VERKSAMHETENS ROLL

Vi övergår nu till att behandla kontrollen av de legala riskerna utifrån hela verksamheten och juristernas roll i den. För att kunna bedriva kontrollen av de legala riskerna så effektivt som möjligt bör samtliga relevanta verksamhetsgrenar vara med i hela processen. Det är också viktigt att allt dokumenteras väl för det kollektiva minnet liksom att beställaren har – och tar – det övergripande ansvaret genom hela processen. Detta gäller inte minst avtalsförhandlingar och andra ”projektlänkande” delar i kontrollen. Om man liknar t.ex. en avtalsförhandling vid att bygga en bil är det alltså mer lämpligt att ett arbetslag bygger bilen från grunden till färdig produkt än att arbetet sker enligt löpandebandsprincipen. Arbetslaget består typiskt sett dels av beställare, vilken oftast är handlarfunktionen (front office) om förhandlingen avser ett transaktionsavtal eller den administrativa funktionen (back office) om ett avtal är av mer administrativ natur<sup>8</sup>, dels av stödfunktioner som riskkontrollfunktionen<sup>9</sup>, back office, och juristfunktionen. Det optimala är att alla funktioner har en bra bild av varandras ansvarsområden och en god förståelse för syftet med avtalet. Det är likaledes viktigt att inte kunskap om själva avtalsinnehållet stannar

<sup>7</sup> I Riksbanken har avdelningen för marknadsoperationer ansvaret för investeringarna medan administrativa avdelningen, där Riksbankens back office – enheten för finansadministration – inryms, också ansvarar för anskaffandet av depåförvaltare och andra intermediärer.

<sup>8</sup> T.ex. depåavtal, korrespondentbankavtal och avtal om transaktionsavveckling (clearing).

<sup>9</sup> Det förekommer att riskkontrollfunktionen benämns *middle office*, men i strikt mening följer middle office upp resultatet, medan riskkontrollfunktionen fokuserar på risknivåerna.

hos juristfunktionen utan att samtliga funktioner förvärvar en förståelse även för detta i relevanta delar. På så sätt kan man också begränsa de operativa riskerna vid användandet av avtalet (se nedan).

Som exempel på hur man genom administrativa rutiner kan underlätta ett sådant arbetssätt kan nämnas att formalisera samarbetet, dels i syfte att få underlaget för ett affärsbeslut samlat för att se till att alla aspekter tagits med i beräkningen, dels för att bevara beslutsunderlaget som stöd för det kollektiva minnet. Riksbanken, t.ex., tillämpar en standardiserad arbetsmodell – ett "ansökningsförfarande" – när det är fråga om en för verksamheten ny motpart, ny marknad eller nytt instrument. Avdelningen ifråga skickar ut en s.k. ansökan om att använda motparten, marknaden eller instrumentet. Ansökan kompletteras av respektive avdelning och signeras av respektive avdelningschef (avdelningarna anger under vilka förutsättningar föremålet för ansökan bör utföras utifrån deras respektive perspektiv, vilka riskerna är, vilka mått och steg de rekommenderar man tar, etc.). Uppgifterna i ansökan ligger sedan till grund för den ansökande avdelningschefens beslut om t.ex. motparten ska godtas och under vilka förutsättningar detta ska ske. När motparten, instrumentet eller marknaden blivit "godkänd" ska en ny ansökan göras – om än kanske inte lika omfattande – så snart en viktigare förändring sker t.ex. ett nytt avtal eller ny transaktionstyp med en redan godkänd motpart, andra verksamheter på en tidigare godkänd marknad, etc.

Riksbanken tillämpar en standardiserad arbetsmodell när det är fråga om en ny motpart, ny marknad eller nytt instrument.

#### MEDVETENHET OM LEGALA RISKER

Det kan hända att övriga funktioner i verksamheten anser att avtalet är en juristprodukt från början till slut och följaktligen inget de behöver befatta sig med. En sådan inställning är till skada inte bara för en bra förhandling av avtalet utan även för dess framtida användning. För juristerna är en god kännedom om verksamheten i allmänhet – och naturligtvis det man ska skriva avtal om i synnerhet – en förutsättning för kontroll av de legala riskerna. Lika viktigt är att de som ska handla under eller administrera ett färdigt avtal måste ha förståelse för hur avtalet fungerar. Avtalet är till syvende og sidst dokumentation över vad man kommit överens om med motparten, alltså vad man vill att motparten ska utföra/vad man lovat motparten att utföra samt inte minst den överenskomna fördelningen av riskerna. För den dagliga affärsverksamheten är det därför av stor vikt att respektive funktion i en verksamhet vid varje tidpunkt har relevanta delar av innehållet klart för sig. Detta är nödvändigt bl.a. för att kunna värdera information från marknaden utifrån de rättigheter och möjligheter till riskbegränsning – fallissemangsregler, etc. – som framgår av avtalen. Juristfunktionen följer sällan den dagliga förvaltningen av de finansiella

De som ska handla under eller administrera ett färdigt avtal måste ha förståelse för hur avtalet fungerar.

tillgångarna och har likaledes sällan den kontakten med marknaden som krävs för att de själva ska kunna reagera på oegentligheter och störningar. Det är också viktigt att transaktioner och bekräftelser av dessa genomförs på det sätt som avtalen förutsätter för att omfattas av dessa. Det är också en god idé att i möjligaste mån använda standardavtal och att försöka begränsa antalet avtalsstandarder och antalet olika rättsordningar man har att göra med för att så långt det är möjligt eftersträva en enhetlighet. Ett sådant förhållningssätt underlättar organisationens förståelse och reaktionsförmåga vid motpartsfallissemang (se nedan) och är till gagn för både strävan att hålla nere kostnader och öka möjligheterna till riskbegränsning.<sup>10</sup>

Är man medveten om avtalet och fördelningen av riskerna mellan parterna kan man också anpassa kreditexponeringen därefter.

Är verksamheten medveten om avtalet och därmed fördelningen av riskerna mellan parterna kan man också anpassa kreditexponeringen därefter. Har man gjort en bra jämförelse av kostnader och intäkter där man i kostnaden också räknar in legala risker (dvs. kalkylerade risker) och man kollektivt hela tiden är medveten om vilka risker man tagit är det som nämnts inget fel i sig att ta en risk, även om den är legal. Men ett ständigt medvetande om dessa risker är en förutsättning för att kalkylen inte ska komma på skam.

#### BEREDSKAP

Legala risker realiserar sällan. Det är därmed lätt att en beredskapsövning blir nedprioriterad till förmån för den dagliga verksamheten.

Det räcker emellertid inte med att verksamhetens hela organisation är medveten om avtalsrelationerna, riskfördelningen och ansvarsbestämmelserna, även om det är en förutsättning för organisationens beredskap för kriser som t.ex. motpartsfallissemang. Verksamheten bör dessutom genomföra övningar – här liksom i all annan krisberedskap – och vara beredd att utlösa de skyddsmekanismer som står till buds, bl.a. i avtalet; lägga om transaktioner, stoppa betalningar, notifiera motparter, etc. etc. De legala riskernas karakteristik kan utgöra ett hinder även här: Legal risker realiserar sällan och det är därmed lätt att en beredskapsövning om t.ex. motpartsfallissemang blir nedprioriterad till förmån för den dagliga verksamheten. En sådan inställning är lika logisk som att man skulle

<sup>10</sup> Det är bättre att man internt bygger upp en kompetens för t.ex. engelsk rätt och strävar efter att skriva avtal som grundar sig däri, än att man låter motparterna välja fritt. Då har verksamheten större möjlighet att klara uppgifterna internt eftersom det är lättare att inrikta sig på att bygga upp intern erfarenhet och kompetens inom en rättsordning. Skulle det sedan i det enstaka fallet visa sig omöjligt att få igenom den valda rättsordningen kan man då använda extern specialistkompetens i större utsträckning, men det finns ingen anledning till varför det skulle höra till vanligheterna. De flesta internationella banker kan tänka sig både engelsk och New York-rätt eftersom man ofta är representerade i både London och New York, med undantag möjligen för moderbolagsgarantier som gärna utformas efter den rättsordning där moderbolaget är beläget. Den rättsordning som gäller för insolvensfrågor är däremot avhängig vilken motpart man väljer. När det gäller t.ex. nettning av fordringar under de standardiserade transaktionsavtalen, t.ex. ISDA och ICMA, publicerar respektive organisation 'legal opinions' för respektive rättsordning. I andra fall gör man klokast att begära en sådan.

underlåta att genomföra brandövning med hänvisning till att det ju brinner så sällan. Arbetet med att begränsa de legala riskerna handlar till stor del om att ge verksamheten en verktygslåda att använda vid en sådan krissituation. Ofta är det mycket bråttom när väl en kris i form av t.ex. motpartsfallissemang inträffar. Att t.ex. front office då försöker få tag i en jurist som i sin tur är tvungen att bläddra i avtalet för att meddela back office att de måste notifiera motparten för att en tidslimit ska börja löpa och att man sedan börjar fundera över hur en sådan notifiering ska vara utformad ödslar tid i onödan och kan sannolikt leda till förluster. Även här kan juristfunktionen med fördel vara drivande och ta initiativ till utbildningsinsatser, till att införa organisationsstrukturer för "krishantering" och till att genomföra övningar.

#### JURISTSTÖDET

Juriststödet dimensionering och kompetensprofil är beroende av varje organisations inriktning och förutsättningar. Med det i minne kan man ändå nämna några frågor att ta ställning till i verksamhetens översyn av sitt juriststöd i syfte att ge bäst förutsättningar för god kontroll av de legala riskerna.

Juristerna bör arbeta tätt med andra stödfunktioner såväl som beställarfunktioner. Därmed inte sagt att de ska vara placerade på samma avdelning som beställarna. Tvärtom är det viktigt att juristen kan ge sin mening utan att påverkas av att beställaren – den som har affärs- eller processansvaret – också är deras chef. En annan viktig anledning är att rådfrågning och diskussioner med juristkollegor underlättas av att juristfunktionen sitter samlad vilket i sin tur ökar säkerheten och kvalitén på de råd som ges.<sup>11</sup>

Juristkonsulter bör användas så kostnadseffektivt som möjligt, det säger sig självt. Finansiell tillgångsförvaltning inbegriper ofta utländska rättsordningar och de frågor som kan komma upp kräver ofta så skiftande specialistkunskap att det inte är försvarbart ur ett kostnadseffektivitetsperspektiv att ha ett internt juriststöd dimensionerat för alla uppkomliga frågor. Kort sagt klarar sig få utan extern specialishjälp. Oavsett i vilken utsträckning man väljer att använda sig av externa konsulter är det viktigt att det interna juriststödet i varje fall är så dimensionerat att det vid varje tillfälle har beställarkompetens och kan stå för den interna samordningen

Det är viktigt att det interna juriststödet är så dimensionerat att det vid varje tillfälle har beställarkompetens och kan stå för den interna samordningen.

<sup>11</sup> I en större organisation kan man naturligtvis skapa en juristfunktion med flera jurister som endast ansvarar för finansiell tillgångsförvaltning vid sidan om den mer generella juristfunktionen som då som regel brukar vara en stabsjuristfunktion. Då kan man ha en särskild chefjurist för den mer specialiserade funktionen för tillgångsförvaltningen som är jämställd med den affärsansvarige chefen och som därmed kan utgöra ett stöd för den juristfunktionens integritet. Vikten av eskaleringsbefogenhet är naturligtvis inte mindre viktig vid en sådan uppdelning av juristresurserna.

mellan olika verksamhetsdelar i kontrollen av legala risker. En sådan dimensionering får dock ses som ett minimikrav. För samtidigt ska man vara medveten om att ju mer man lägger ut på konsulter, desto svårare är det att bevara det kollektiva minnet om avtalslösningar inför den framtida användningen av avtalet och för framtida avtalsförhandlingar. För varje verksamhet torde det finnas en optimal balans för fördelning mellan interna och externa insatser som man gör klokt i att söka finna och hålla sig till. En lösning är att i normalfallet kunna begränsa konsultanvändningen till kvalitetssäkring, som bollplank och för att täcka behovet av specialistkompetens för utländsk rätt, dock att det interna juriststödet leder arbetet och själv sköter den huvudsakliga kontakten och förhandlingen med motparten. En sådan lösning bidrar till att bevara en kollektiv medvetenhet på ett långsiktigt funktionsstödjande sätt samtidigt som den egna verksamheten fortbildas vilket i sig bidrar till långsiktig kostnadseffektivitet.