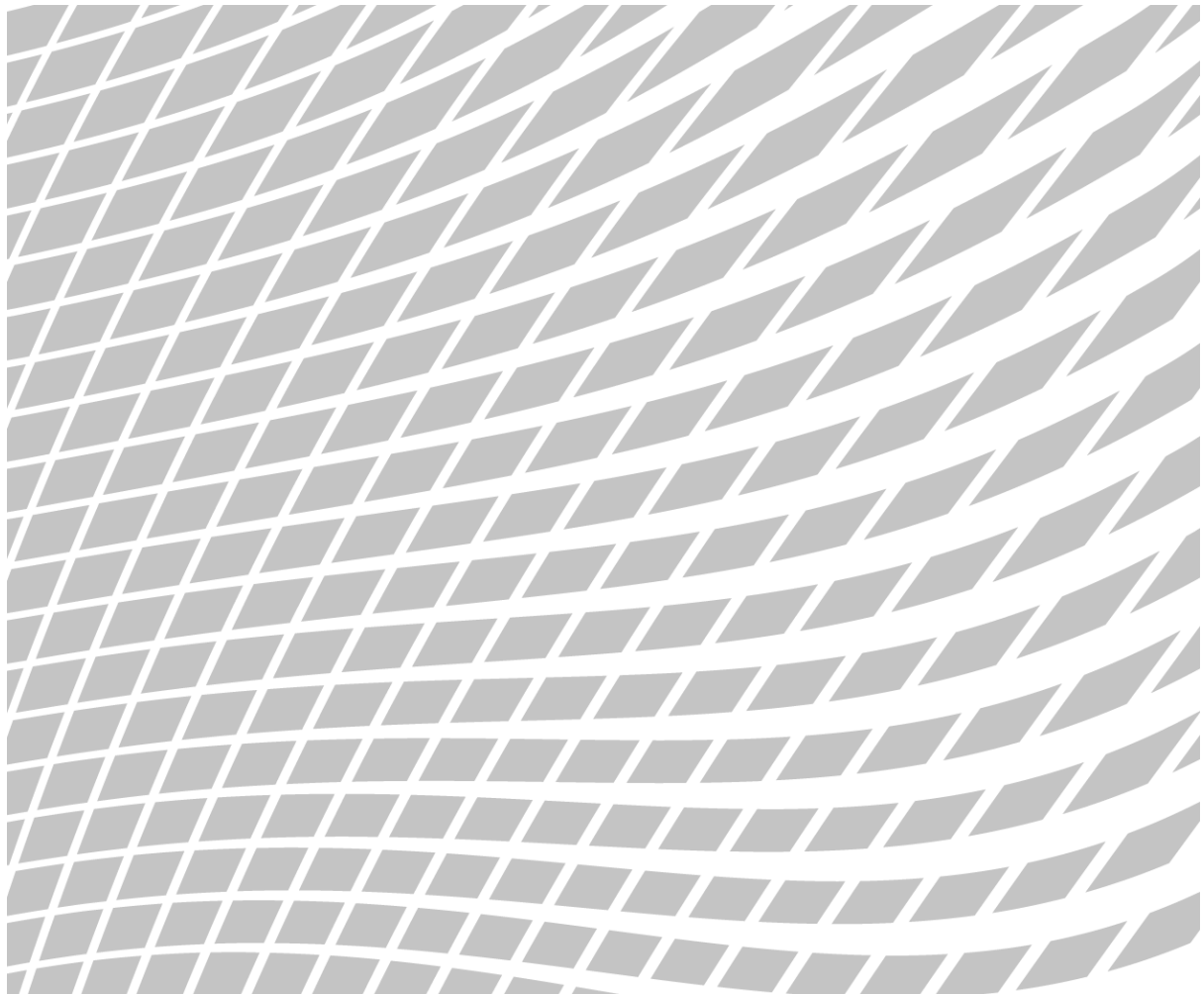


Reto Schiltknecht, 22 ottobre 2012

La nuova Ordinanza FINMA sull'insolvenza bancaria

Uno strumento importante per il risanamento effettivo e l'uscita ben organizzata dal mercato da parte delle banche



La nuova Ordinanza FINMA sull'insolvenza bancaria: uno strumento importante per il risanamento effettivo e per l'uscita ben organizzata dal mercato da parte delle banche

Grazie all'Ordinanza FINMA sull'insolvenza bancaria (OIB-FINMA), la Svizzera è uno dei primi Paesi a disporre di una completa regolamentazione per il risanamento delle banche. L'OIB-FINMA conferisce alla FINMA tutte le competenze per risanare e liquidare le banche. Grazie a tale ordinanza, la Svizzera è uno dei primi Paesi a soddisfare le disposizioni del Financial Stability Board (FSB).

Il 1° settembre 2011 sono entrate in vigore le disposizioni di risanamento riviste della Legge sulle banche (LBCR). Tali disposizioni costituiscono una base importante per il mantenimento di funzioni sistemiche in caso di crisi, in quanto prevedono la partecipazione alle perdite da parte dei proprietari e dei creditori e snelliscono la procedura. Ora, in una seconda fase, la FINMA presenta l'OIB-FINMA: dal 1° novembre 2012, l'OIB-FINMA riunisce le disposizioni sul fallimento e il risanamento bancario, creando così una normativa efficace e coerente. L'OIB-FINMA rende le azioni della FINMA trasparenti, incrementando la certezza del diritto, particolarmente importante in situazioni critiche.

Nuova regolamentazione del risanamento bancario

L'OIB-FINMA prevede regolamentazioni in *quattro* ambiti centrali: *primo*, le *Disposizioni generali* descrivono il campo di applicazione, i principi generali e le prescrizioni procedurali. L'OIB-FINMA si applica alle banche, ai commercianti di valori mobiliari e alle centrali d'emissione di obbligazioni fondiarie. Secondo il principio dell'universalità, essa comprende tutti i valori patrimoniali in Svizzera e all'estero. L'ordinanza disciplina anche le pubblicazioni, le comunicazioni, la consultazione degli atti e il foro di insolvenza. La FINMA si impegna a coordinare le procedure di insolvenza in particolare con le autorità e gli organi esteri. A condizione che ciò sia nell'interesse dei creditori, la FINMA può riconoscere decreti di fallimento e provvedimenti esteri anche in assenza di reciprocità con l'altro Stato.

Secondo, le disposizioni attualmente in vigore relative al *fallimento bancario* vengono riprese praticamente in maniera invariata dall'Ordinanza FINMA sul fallimento bancario vigente. Queste disciplinano la procedura, gli attivi del fallimento (formazione dell'inventario, obblighi di messa a disposizione e di notifica, rivendicazioni su valori patrimoniali di terzi ecc.) e i passivi del fallimento (collocazione in graduatoria, depositi privilegiati ecc.) come pure la realizzazione e la ripartizione.

Terzo, costituiscono il nocciolo effettivo della revisione le prescrizioni sul *risanamento bancario*, che ora è regolamentato in quattro sezioni:

- Un risanamento può essere attuato a condizione che i creditori si trovino presumibilmente in una posizione migliore rispetto al fallimento. Nel piano di risanamento sono stabiliti gli elementi fondamentali del risanamento, quali la futura struttura del capitale e il futuro modello operativo della banca dopo il risanamento. La FINMA approva e pubblica il piano di risanamento. La maggioranza

dei creditori in termini di capitale può rifiutare il piano di risanamento. In caso di istituti di rilevanza sistemica, i creditori non hanno la possibilità di rifiutare il piano di risanamento approvato dalla FINMA; eventualmente essi possono richiedere una compensazione di valore.

- In un risanamento, le *misure di capitalizzazione* sono fondamentali. Esse devono anteporre i creditori ai proprietari e al contempo creare nuovo capitale sufficiente affinché, dopo il risanamento, la banca soddisfi i requisiti in materia di fondi propri. Prima di convertire il capitale di terzi in capitale proprio, il capitale proprio e gli strumenti di debito che la banca ha emesso per tali casi (Additional Tier 1 o Tier 2) devono essere integralmente ridotti. Devono essere convertiti in capitale sociale dapprima i crediti postergati, poi tutti gli altri crediti e infine i depositi. In linea di principio tutti i crediti sono convertibili. Ne sono esclusi tutti i crediti privilegiati di prima e seconda classe ai sensi dell'usuale diritto di fallimento, ossia in particolare le pretese dei collaboratori. Anche i depositi dei clienti entro il limite previsto dalla protezione dei depositanti di 100 000 franchi svizzeri per depositante non vengono convertiti in capitale azionario. I crediti garantiti e i crediti compensabili non sono convertibili. Oltre o al posto della conversione di capitale di terzi in capitale proprio è possibile una riduzione parziale o integrale del credito stesso. In questo caso non sussiste alcuna graduatoria fissa tra le varie categorie di crediti.
- La *continuazione di determinati servizi bancari* è altresì possibile, a condizione che non abbia luogo alcun risanamento delle altre parti della banca. L'OIB-FINMA prevede che debba essere designato il nuovo soggetto di diritto cui vanno trasferiti servizi e valori patrimoniali. È necessario stabilire quali servizi bancari trasferire, quali misure di capitalizzazione adottare e come sono delimitati gli attivi tra la banca e il nuovo soggetto di diritto o la banca transitoria autonoma. In particolare negli ambiti delle operazioni di pagamento e delle infrastrutture del mercato finanziario, la banca e l'organizzazione che ne consegue o la banca transitoria devono stabilire accordi di prestazione («Service Level Agreement») e informarsi sulle eventuali compensazioni di valore. Una banca transitoria riceve un'autorizzazione limitata a due anni, ma prolungabile.

Quarto, occorre un certo periodo di tempo per la transizione da una banca insolvente a un nuovo soggetto di diritto o a una banca transitoria; pertanto, l'OIB-FINMA prevede che i contratti stipulati tra gli istituti interessati e le rispettive controparti non possono essere disdetti al massimo per una durata di 48 ore. Subito dopo la scadenza del differimento, la controparte può avanzare i propri diritti contrattuali (di disdetta).

Standard internazionali soddisfatti

Grazie all'OIB-FINMA, che in occasione dell'indagine conoscitiva ha riscosso per lo più consensi, la Svizzera è uno dei primi Paesi a disporre di una completa regolamentazione per il risanamento delle banche. Quale autorità preposta al risanamento e al fallimento, la FINMA riceve tutte le competenze per risanare e liquidare le banche. L'OIB-FINMA soddisfa le disposizioni «Key Attributes of Effective Resolution Regimes of Financial Institutions» del FSB dell'ottobre 2011, con poche eccezioni subordinate. Al contempo, l'OIB-FINMA è compatibile con la proposta di direttiva UE «Directive of the Recovery and Resolution of Credit Institutions and Investment Firms» (EU RRD), che è stata presentata al pubblico dalla Commissione europea nel giugno 2012.

Con l'OIB-FINMA la FINMA ha colmato le ultime lacune normative esistenti e rafforzato gli strumenti per la ristrutturazione e la liquidazione ben organizzata delle banche. Queste basi giuridiche rendono possibile il mantenimento delle funzioni sistemiche e ciò migliora la stabilità finanziaria non solo della Svizzera, ma anche di tutte le economie estere in cui le banche svizzere con operazioni transfrontaliere esercitano funzioni sistemiche.

La parte del risanamento dell'OIB-FINMA

I recenti sviluppi normativi in importanti Paesi come gli USA o la Gran Bretagna lasciano presagire che la partecipazione sostanziale al risanamento bancario da parte dei creditori potrebbe diventare uno standard internazionale. Il risanamento del capitale non esclude ulteriori misure (di ristrutturazione), ma in futuro le misure di capitalizzazione saranno un elemento fondamentale in ogni risanamento bancario. Ciò vale in particolare per la disposizione tassativa di convertire il capitale di terzi in capitale proprio, dove il creditore diventa detentore di quote. Sussiste inoltre la possibilità di far partecipare alle perdite i creditori: tramite decisione dell'autorità competente, i creditori devono rinunciare a una parte o, nel caso estremo, alla totalità del credito. Entrambe le misure sono note a livello internazionale con il termine «bail-in».

Oltre ai requisiti di capitale internazionali fortemente incrementati secondo le prescrizioni di Basilea III e ai requisiti svizzeri per le banche sistemiche, il capitale «bail-in» costituisce un'ulteriore «barriera di protezione» (protection wall) al fine di rendere realistico il risanamento delle banche senza l'aiuto da parte dello Stato. Le misure «bail-in» integrano il capitale di conversione («CoCo»), che deve essere mantenuto in misura considerevole soprattutto dalle banche sistemiche svizzere. I CoCo possono fornire un contributo affinché i creditori o il rispettivo capitale «bail-in» partecipino alle perdite possibilmente in un secondo tempo e in misura più contenuta.

L'efficacia delle misure di capitalizzazione dell'OIB-FINMA dipende dalla disponibilità di sufficiente capitale «bail-in» al posto giusto da parte dell'autorità di risanamento. La soluzione proposta dall'OIB-FINMA è mirata, equilibrata e orientata alla disponibilità del capitale «bail-in».

In linea di principio tutti i crediti nei confronti di banche, con poche eccezioni definite in maniera esaustiva, sottostanno al regime della conversione obbligatoria del capitale di terzi in capitale proprio o della disposizione tassativa di rinuncia al credito. Le misure definite nell'OIB-FINMA possono essere combinate. A differenza della conversione di capitale di terzi in capitale proprio, nel disporre la rinuncia a un credito la FINMA non è tenuta ad «espropriare» integralmente i creditori di grado inferiore prima di poter far partecipare alle perdite la prossima categoria superiore di creditori. Di conseguenza, la FINMA può ripartire la perdita su diversi gruppi di creditori, incrementando così notevolmente la flessibilità. A livello quantitativo, presso numerose banche svizzere dovrebbe essere disponibile sufficiente capitale «bail-in». Ci si chiede però se esso sia disponibile nell'unità giuridica «giusta» e nella giusta forma, ad es. come obbligazioni postergate.

Per quanto riguarda questa domanda, le opinioni soprattutto a livello internazionale sono ancora molto eterogenee. Gli sviluppi (internazionali) devono pertanto essere seguiti con grande attenzione. Ad esempio, nella sua bozza di direttiva (EU RRD), l'UE prevede un volume minimo di capitale «bail-in». A prescindere da tali evoluzioni, con l'OIB-FINMA la Svizzera ha conseguito miglioramenti importanti e

compatibili a livello internazionale. Le misure di capitalizzazione previste dall'OIB-FINMA sono inoltre adatte a creare maggiore trasparenza per gli investitori.

Interpretazione e applicazione dell'OIB-FINMA

L'OIB-FINMA è applicabile a tutti i crediti esistenti e non ancora integralmente rimborsati al momento dell'entrata in vigore. Essi possono pertanto essere convertiti oppure può essere ordinata la rinuncia al credito. Questo non modifica comunque la situazione giuridica. Dal 1° settembre 2011 è in vigore l'art. 31 cpv. 3 LBCR che concede alla FINMA la possibilità di effettuare uno swap debt-to-equity. Inoltre, le autorità svizzere sono giunte sempre alla conclusione che una conversione poteva già essere disposta sulla base dell'art. 26 LBCR (misure di protezione). Infine, l'OIB-FINMA produce effetti solo per i crediti che sono stati istituiti prima dell'entrata in vigore dell'OIB-FINMA e che continuano a sussistere per il periodo dell'entrata in vigore dell'OIB-FINMA (ad es. obbligazioni a lunga scadenza). Nel quadro delle condizioni di emissione, di regola per tali strumenti sono fatte salve le modifiche di legge.

La FINMA non ha escluso consapevolmente i depositi dal «bail-in», ma li ha messi all'ultimo posto in graduatoria; ciò significa che devono essere sfruttate tutte le altre possibilità prima di poter obbligare i depositanti a rinunciare ai propri crediti o di attuare una conversione in capitale proprio. Questa soluzione è opportuna: essa rappresenta un compromesso accettabile tra la creazione di un «super privilegio» anche per gli averi dei clienti non privilegiati e non tutelati dalla protezione dei depositanti e un'equiparazione indifferenziata con gli altri creditori. Essa si basa altresì sulla decisione di principio del legislatore di non tutelare il depositante dalle perdite oltre l'ammontare garantito di 100 000 franchi svizzeri.

Situazioni speciali potrebbero verificarsi presso quelle banche organizzate quali istituti di diritto pubblico e che quindi non dispongono di capitale proprio a supporto delle perdite quale «barriera di protezione». Presso tali istituti, l'attenzione, oltre che sui fondi propri di base e i fondi propri complementari dotati delle cosiddette clausole di «point of non-viability», dovrebbe essere maggiormente incentrata anche sul capitale «bail-in».