

NOTE SULL'APPLICABILITA' DELLA BRRD A TITOLI CON GOVERNING LAW EXTRA-UE

Il nocciolo della questione è questo:

L'Autorità di Risoluzione può agire sulle componenti il debito di una banca, assorbendo le perdite e ricapitalizzandola, in applicazione delle norme previste dalla normativa BRRD (in Italia recepita tramite Decreti Legislativi numero 180 e 181), soltanto in due casi:

- 1) il titolo di debito è contrattualmente regolato da una legge dell'Unione Europea;
- 2) il prospetto di emissione prevede espressamente che il titolo sia soggetto alla BRRD, a dispetto del fatto che il titolo sia soggetto a legge non-UE.

Va subito detto che la legge statunitense non prevede in alcun caso la possibilità di penalizzare titoli di debito per rafforzare il capitale della banca e che non esistono accordi tra USA e UE che regolino questa materia.

Di questo hanno piena consapevolezza le istituzioni europee, come dimostrato dai seguenti passaggi, tratti da documenti fondamentali prodotti da varie istituzioni europee:

A) BRRD

Cito, qui di seguito, alcuni passaggi della BRRD. Si è scelto di fare riferimento al testo della direttiva europea (e non alla versione recepita in Italia) in quanto il rapporto con Paesi terzi necessita di uniformità tra i vari Paesi dell'Unione Europea.

“Se una passività è disciplinata dal diritto di un paese terzo, le autorità di risoluzione possono richiedere all'ente di dimostrare che ogni eventuale decisione di un'autorità di risoluzione di svalutare o convertire tale passività sia efficace a norma del diritto di tale paese terzo, tenendo conto delle clausole del contratto che disciplina la passività, degli accordi internazionali sul riconoscimento delle procedure di risoluzione e di altre questioni pertinenti. Se l'autorità di risoluzione non ha la certezza che ogni eventuale decisione sia efficace a norma del diritto di tale paese terzo, la passività non è computata ai fini del requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili.”

“Per assicurare la possibilità di svalutare o convertire passività in paesi terzi quando opportuno, occorre inserire tale possibilità nei contratti disciplinati dal diritto dei paesi terzi, soprattutto per quanto riguarda le passività di rango inferiore nell'ambito della gerarchia dei creditori.”

“...le autorità di risoluzione possano imporre agli enti e alle entità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettere b), c) e d), di fornire alle autorità un parere giuridico relativo all'applicabilità giuridica e all'efficacia di tale condizione.”

“ Se una passività è disciplinata dal diritto di un paese terzo, le autorità di risoluzione possono richiedere all'ente di dimostrare che ogni eventuale decisione di un'autorità di risoluzione di svalutare o convertire tale passività sia efficace a norma del diritto di tale paese terzo, tenendo conto delle clausole del contratto che disciplina la passività, degli

accordi internazionali sul riconoscimento delle procedure di risoluzione e di altre questioni pertinenti. Se l'autorità di risoluzione non ha la certezza che ogni eventuale decisione sia efficace a norma del diritto di tale paese terzo, la passività non è computata ai fini del requisito minimo di fondi propri e passività ammissibili.”

Alla luce di queste citazioni appare evidente (e su questo punto tutte le banche d'investimento sono d'accordo) che non saranno ammessi, nel conteggio del capitale proprio, gli strumenti di capitale regolati da legge non-UE, a meno che il loro prospetto di emissione non preveda esplicitamente l'applicazione della BRRD.

B)MREL (EBA consultation paper)

I passaggi qui citati sono tratti dal Consultation Paper denominato 'Draft Regulatory Technical Standards on criteria for determining the minimum requirement for own funds and eligible liabilities under Directive 2014/59/EU (BRRD) del 28 novembre 2014.

“Eligibility of instruments is set by the BRRD and is outside the scope of this RTS. However, the BRRD and the draft RTS do require resolution authorities to take into account the risk of exclusions from bail-in, and the need for the institution to be feasibly and credibly resolvable”

Con questa affermazione anche EBA afferma di escludere dal conteggio MREL gli strumenti di capitale per i quali non esista la certezza che BRRD sarà applicabile.

C)TLAC

Anche se queste norme riguarderanno solo le banche cosiddette G-SIBs a partire dal 2019, le guidelines emesse dal FSB sono essenziali per capire come devono essere trattati gli strumenti soggetti a loss-absorption.

Il documento denominato “Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution” pubblicato dal FSB in data 9 novembre 2015 contiene le seguenti affermazioni:

“...there is a particular need to ensure that authorities possess the necessary legal powers to expose the TLAC-eligible instruments to loss and that they can exercise their powers without material risk of successful legal challenge...”

“...non-CET1 regulatory capital instruments issued by subsidiaries of the resolution entity that are located in a jurisdiction other than that of the resolution entity must, with the agreement of the relevant home and host authorities, be capable of being written down or converted to equity at the point of non-viability of the subsidiary, without entry of the subsidiary into statutory resolution proceedings;...”

“...Eligible external TLAC must be subject to the law of the jurisdiction in which the relevant resolution entity is incorporated. It may be issued under or be otherwise subject to the laws of another jurisdiction if, under those laws, the application of resolution tools by the relevant

resolution authority is effective and enforceable on the basis of binding statutory provisions or legally enforceable contractual provisions for the recognition of resolution actions....”

“Liabilities excluded from TLAC: TLAC-eligible instruments must not include....any liabilities that, under the laws governing the issuing entity, are excluded from bail-in or cannot be written down or converted into equity by the relevant resolution authority without giving rise to material risk of successful legal challenge or valid compensation claims.”

Conclusione: titoli di debito emessi in aree nelle quali non sono in vigore le leggi UE sono considerati legalmente inattaccabili al principio della loss-absorption, e pertanto non vengono nemmeno conteggiati nel TLAC.