

PORTUGAL

A RECAPITALIZAÇÃO INTERNA («BAIL-IN») COMO INSTRUMENTO DE RESOLUÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO

A recapitalização interna («*bail-in*») como instrumento de resolução de instituições de crédito

Este artigo pretende apresentar, de forma sumária, as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março, ao Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro), no que diz respeito à recapitalização interna («*bail-in*») como medida de resolução, através da transposição para a ordem jurídica interna da Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento.

PALAVRAS CHAVE

Recapitalização interna, Resolução; Instituições de crédito, Lei 23-A/2015, Diretiva 2014/59/UE.

The bail-in as a tool for the resolution of credit institutions

This article intends to briefly present the main amendments introduced by Law no. 23-A/2015, of 26 March, to the General Framework for Credit Institutions and Financial Companies (introduced by Decree-Law no. 298/92, of 31 December), in what concerns the bail-in as a resolution measure, through the implementation of Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council, of 15 May, that established the framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms.

KEY WORDS

Bail-in, Resolution, Credit Institutions, Law 23-A/2015, Directive 2015/59/UE.

Fecha de recepción: 19-1-2016

Fecha de aceptación: 1-2-2016

INTRODUÇÃO

No âmbito da *União Bancária* – estruturada em torno de três dimensões: um mecanismo único de supervisão («*Single Supervisory Mechanism*»), um mecanismo único de resolução («*Single Resolution Mechanism*») e um mecanismo único de garantia de depósitos –, foi publicada a Lei n.º 23-A/2015, de 26 de março (a «Lei») que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva 2014/49/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril, relativa aos sistemas de garantias de depósitos, e a Diretiva 2014/59/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento (a «*Bank Recovery and Resolution Directive*» conhecida pela sigla «*BRRD*»).

A Lei veio alterar um conjunto de diplomas, nomeadamente com especial destaque para o tema em análise, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (o Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, tal como sucessivamente alterado, o «*RGICSF*») e, em particular, o regime jurídico da resolução bancária. Esta foi a terceira alteração ao *RGICSF* para efeitos da implementação da *BRDD* no regime jurídico português.

De acordo com a alínea d) do número 1 do artigo 145.º-E do *RGICSF*, a recapitalização interna («*bail-in*») passou a integrar o leque de medidas de resolução que podem ser aplicadas a uma instituição de crédito que esteja em risco ou em situação de insolvência caso não seja previsível que tal situação seja evitada num prazo razoável através de medidas levadas a cabo pela própria instituição de crédito, nem sendo a liquidação da instituição de crédito uma solução que permita salvaguardar as finalidades essenciais das medidas de resolução (i.e., assegurar a continuação dos serviços essenciais para a economia, salvaguardar a estabilidade financeira, proteger os depositantes e os fundos e ativos detidos pela instituição de crédito em nome e por conta dos seus clientes).

Embora a Lei tenha entrado em vigor no dia 31 de março de 2015, os créditos por depósitos de pessoas singulares e de micro, pequenas e médias empresas no montante que exceda EUR 100.000 (e desde que não se encontrassem excluídos, por qualquer razão, da garantia de reembolso) apenas passaram a poder ser objeto de recapitalização interna («*bail-in*») a partir do dia 1 de janeiro de 2016 (note-se que os Estados-Membros apenas estavam obrigados a transpor o «*bail-in*» com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2016).

CONCEITO

Nos artigos 145.º-U e seguintes do RGICSF passou a ser estabelecida a possibilidade de o Banco de Portugal determinar a aplicação de medidas de recapitalização interna («*bail-in*») para reforçar os fundos próprios de uma instituição de crédito, com vista à manutenção da autorização para o exercício da sua atividade e à obtenção de financiamento de forma autónoma junto dos mercados financeiros.

Para tal, são atribuídos ao Banco de Portugal poderes de para reduzir valor nominal dos créditos que constituam passivos da instituição de crédito e que (i) não sejam instrumentos de fundos próprios e (ii) não estejam excluídos, pela lei, da aplicação de uma medida de recapitalização interna (os chamados «créditos elegíveis» na terminologia utilizada pelo RGICSF), bem como para aumentar o capital social da instituição em causa por conversão dos créditos elegíveis acima referidos, mediante a emissão de ações ordinárias ou outros títulos representativos do seu capital social.

São considerados créditos elegíveis os créditos que não sejam (i) instrumentos de fundos próprios, (ii) depósitos garantidos pelo Fundo de Garantia de Depósitos até ao limite de EUR 100.000 (iii) créditos que beneficiem de garantia real, (iv) créditos de instituições de crédito e de empresas de investimento que negociem por conta própria instrumentos financeiros ou que exerçam a atividade de tomada firme e colocação de instrumentos financeiros (com exceção das entidades do mesmo grupo e do serviço de colocação sem garantia com prazo inicial inferior a sete dias), (v) créditos decorrentes da participação em sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários cujo vencimento ocorra em menos de sete dias, (vi) créditos de trabalhadores (com exceção da componente variável não regulamentada por convenções coletivas de trabalho, salvo se disser respeito aos responsáveis pela assunção de riscos), (vii) créditos de prestadores de bens e serviços considerados essenciais para o funcionamento da instituição, (viii) créditos por impostos do Estado e das autarquias locais que gozem de privilégio creditório e (ix) créditos do Fundo de Garantia de Depósitos relativos ao pagamento das contribuições.

Neste âmbito, e enquadrado como uma das medidas de resolução, o «*bail-in*» pode ser definido como o mecanismo que permite a uma autoridade de resolução exercer determinados poderes de redução de passivos («*write-down*») ou de conver-

são de créditos em capital social de uma instituição de crédito, com as finalidades e dentro dos pressupostos definidos *infra*.

Enquanto mecanismo de «*write-down*», o «*bail-in*» permite que as perdas de uma entidade financeira sejam absorvidas em primeiro lugar pelos acionistas e, subsidiariamente, pelos credores não garantidos. Já enquanto instrumento de conversão, o «*bail-in*» possibilita que os títulos de dívida de uma entidade objeto de resolução sejam convertidos em ações ordinárias, permitindo anular e/ou diluir as participações existentes. Neste sentido, o «*bail-in*» transforma os referidos títulos de dívida em instrumentos similares aos denominados «CoCos» (ou instrumentos de capital contingente que se convertem em ações com a verificação de um evento pré-determinado). No entanto, as duas figuras não devem ser confundidas: em primeiro lugar, os «CoCos» são emitidos numa fase anterior ao risco, ou a uma situação efectiva, de insolvência; em segundo lugar, o «*bail-in*» incide sobre um leque mais amplo de instrumentos; por último, os «CoCos» operam através de reduzida intervenção de entidades reguladoras, ao contrário do mecanismo de «*bail-in*».

FUNDAMENTO E OBJETIVOS

O «*bail-in*» poderá ser utilizado, em primeiro lugar, para proceder à recapitalização da instituição que se encontra em desequilíbrio financeiro, na condição de existir a perspectiva de que essa recapitalização, conjugada com medidas de reestruturação do negócio determinadas, obrigatoriamente, pela autoridade de resolução, seja suscetível de restabelecer a solidez financeira da instituição e a sua viabilidade. Nesse caso, a medida de resolução acaba por se traduzir na reabilitação da instituição que se encontrava em desequilíbrio, através da redução administrativa das suas responsabilidades perante terceiros ou do aumento de capitais próprios por via da conversão de passivos. Esta constitui, por isso, uma via que não implica a descontinuidade da instituição em desequilíbrio.

O «*bail-in*» pode ainda ser utilizado em conjugação com as restantes medidas de resolução (alienação parcial ou total da atividade, transferência parcial ou total da atividade para instituições de transição e segregação e transferência parcial ou total da atividade para veículos de gestão de ativos), nesse caso facilitando a repartição dos encargos da resolução entre os seus credores. Em especial, no caso

da constituição de um banco de transição, o «*bail-in*» pode ser utilizado para converter os passivos da instituição em resolução em capital social do próprio banco de transição.

Na prática, o «*bail-in*» acaba por constituir, sobretudo, um mecanismo para absorção das perdas que estão na origem do desequilíbrio financeiro da instituição visada e para a sua recapitalização, através da participação coerciva dos seus credores.

Merece também ser realçado que a redução ou conversão de passivos não depende de qualquer previsão contratual e que, portanto, a autoridade de resolução poderá convocar qualquer credor ao esforço de absorção de perdas ou de recapitalização, com exceção daqueles em relação aos quais é o próprio regime que estabelece que não poderão ser abrangidos pelo «*bail-in*», conforme referido *supra*.

APLICAÇÃO

Para efeitos da aplicação da medida de «*bail-in*», o Banco de Portugal terá de designar uma entidade independente (custeada pela instituição de crédito que irá ser objeto da medida) para efetuar uma avaliação com a finalidade de, entre outras, indicar a medida da redução do valor nominal dos créditos elegíveis ou da conversão dos créditos elegíveis em capital social. Caso a urgência das medidas não permita a realização da referida avaliação (que deve preceder, aliás, a aplicação de qualquer medida de resolução), é realizada uma avaliação provisória pelo Banco de Portugal.

Com base na avaliação, o Banco de Portugal determina, em concreto, o montante da redução do valor dos créditos elegíveis (de modo a assegurar que os capitais próprios da instituição de crédito sejam iguais a zero), bem como o montante de créditos elegíveis a converter em capital social de modo a garantir o cumprimento do rácio de fundos próprios principais de nível 1 que permita à instituição manter a autorização para o exercício da sua atividade durante pelo menos um ano e obter financiamento de forma autónoma e em condições sustentáveis junto dos mercados financeiros.

Na aplicação do «*bail-in*», o Banco de Portugal terá de respeitar a mesma ordem que seria aplicável na graduação de créditos em caso de insolvência.

Em regra, o Banco de Portugal não pode deixar de impor a absorção de perdas ou a participação no

esforço de recapitalização a nenhum credor que não se encontre expressamente excluído do «*bail-in*» pelo próprio regime. Todavia, em circunstâncias excecionais, a autoridade de resolução poderá excluir determinados créditos elegíveis ou classes de créditos elegíveis credores do «*bail-in*», nalguma das seguintes situações: (i) quando não seja possível aplicar a redução de determinado passivo ou a sua conversão, num prazo razoável, ou (ii) quando a exclusão ao «*bail-in*» seja considerada necessária para assegurar a continuidade dos serviços financeiros críticos ou para evitar o contágio, ou (iii) quando a aplicação do «*bail-in*» conduza a destruição de valor. Porém, esta transferência dos encargos apenas poderá ocorrer no caso de isso não comprometer o cumprimento do princípio de «*no creditor worse-off*», isto é, credores para os quais são transferidas as perdas que de outro modo caberiam aos credores «protegidos» não virem com isso a sofrer perdas mais elevadas do que aquelas que enfrentariam numa situação de liquidação.

Se estiverem em causa instrumentos financeiros derivados, estes apenas podem ser objeto de «*bail-in*» após a sua liquidação, embora o Banco de Portugal possa determinar o vencimento e liquidação desses instrumentos a qualquer momento para efeitos desta medida.

Uma vez aplicado o «*bail-in*», a parte dos créditos que tenha sido afetada por esta medida extingue-se e deixa de ser exigível.

Sublinhe-se que as instituições de crédito devem agora incluir uma cláusula contratual nos documentos que titulem um crédito nos termos da qual o credor reconheça que o seu crédito poderá ser objeto de *bail-in*, sempre que se trate de um crédito elegível e que seja regido pela lei de um país terceiro. Naturalmente que a não inclusão da referida cláusula não impedirá que o crédito em causa seja atingido pelo *bail-in* em caso de aplicação desta medida.

É de referir, neste âmbito, que algumas associações internacionais já publicaram recomendações de minutas ou termos definidos *standard* que poderão ser utilizados pelos seus membros em vários tipos de contratos potencialmente afetados por estas medidas, tal como é o caso da *Loan Market Association* (o «EU Bail-In Legislation Schedule» foi publicado no passado dia 22 de dezembro de 2015) e da *International Swaps and Derivatives Association*.

Note-se que após a aplicação de uma medida de resolução deve ser realizada nova avaliação inde-

pendente de forma a controlar se foi respeitado o princípio de que nenhum acionista ou credor da instituição de crédito objeto da medida de resolução pode suportar um prejuízo superior ao que suportaria caso essa instituição tivesse entrado em liquidação.

Por fim, é de salientar que a partir de 1 de Janeiro de 2016, e de acordo com o Regulamento (UE) n.º 806/2014, de 15 de julho de 2014, operou-se uma transferência de competências do Banco de Portugal para o Conselho Único de Resolução, quanto à adoção de medidas de resolução, relativamente ao conjunto de instituições de crédito nacionais já sob a supervisão do Banco Central Europeu (de acordo com o Regulamento (UE) n.º 1024/2013, de 15 de outubro de 2013).

REFLEXÕES FINAIS

A possibilidade de adoção do «*bail-in*» e das demais medidas de resolução partiu do reconhecimento da inadequação do processo de insolvência para res-

ponder, de forma eficaz e célere, ao risco de colapso de uma entidade financeira, tentando minimizar ao máximo os custos a suportar pelos contribuintes.

O «*bail-in*» vem permitir que os acionistas e credores de uma instituição financeira em crise absorvam parte das perdas e dos custos associados à complicada situação financeira da instituição.

Pretende-se que os acionistas e os credores, perante o risco de se verem abrangidos pelo «*bail-in*», acompanhem mais de perto a atividade da instituição, mas a verdade é que a existência da possibilidade de aplicação de «*bail-in*» implicará um aumento significativo dos custos de financiamento das entidades financeiras, uma vez que os credores não garantidos irão exigir rendimentos mais elevados para compensar os riscos associados ao mecanismo de «*write-down*». Por outro lado, antecipa-se uma multiplicação das emissões de títulos de dívida garantidos.

MAFALDA ALMEIDA CARVALHO e
INÊS CARIA PINTO BASTO*

* Advogadas del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).