

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/02/2012

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32983-il-diritto-bancario-svizzero-norme-prassi-prospettive-ed-ipocrisie-esterofile>

Autore: Baiguera Altieri Andrea

Il diritto bancario svizzero : norme, prassi, prospettive ed ipocrisie esterofile

IL DIRITTO BANCARIO SVIZZERO : NORME, PRASSI, PROSPETTIVE ED IPOCRISIE ESTEROFILE

del Dottor Andrea Baiguera Altieri lic. jur. svizzero

1. Nascita, trasformazione e crisi dell'Ordinamento bancario svizzero

Nel XV Secolo nasce e si sviluppa la piazza commerciale di Ginevra, città della Fiera più importante d' Europa. Si stabiliscono, in territorio ginevrino, Banchieri stranieri come i Medici nel 1425 e gli Ugonotti nel 1595. Verso la fine del Cinquecento, Lione crea un Mercato Finanziario potente e Ginevra perde di prestigio per almeno due Secoli. Nel XVI Secolo, i commercianti-banchieri svizzeri tornano ad accumulare capitali d' avvio. A Basilea, nel 1504, viene fondata la *Staatwechsel*, gestita dalla Pubblica Amministrazione cantonale. Anche altri Istituti di Credito portano in Svizzera depositi, valute, prestiti, carte di pagamento e, addirittura, forme archetipiche di Gestione Patrimoni simili all' attuale Trust anglosassone. Nel XVIII Secolo, i protestanti svizzeri fondano Banche apprezzate a livello internazionale. L' alta borghesia europea apprezza l' abilità contabile degli Intermediari elvetici, le cui dinastie tutt' ora permangono, a Ginevra (Famiglie Pictet, Hentsch, Lombard, Odier, Ferrier, Lullin), a Basilea (Famiglie Ehinger e La Roche), a Zurigo (Famiglia Orelli), a San Gallo (Famiglia Wegelin) e a Losanna (Famiglia Hofstetter). Nell' Ottocento, i Banchieri svizzeri si rendono conto che la vecchia Economia agricola, nella Confederazione, ha ormai lasciato il posto a industrie, artigiani e grandi commercianti . Nel 1820, a Zurigo, nascono le Casse di Risparmio, dette Banche Raiffeisen (Casse Rurali). A Berna e Losanna, i Cantoni, nel contesto del Federalismo elvetico, domandano prestiti alle Banche private per realizzare Ferrovie, strade asfaltate, Ospedali, fabbriche. Verso la II Metà dell'Ottocento, le Casse di Risparmio Raiffeisen e le piccole Banche Regionali sono affiancate da Banche Nazionali, in grado di finanziare tutto il territorio della Confederazione. Nel 1856, il Credito Svizzero sostiene i trafori ferroviari, come quello del San Gottardo . Nel 1880, la Banca Popolare di Berna si ramifica in tutta la Svizzera. Negli Anni Novanta dell' Ottocento, svariate Banche di Basilea e di Zurigo operano fusioni per incorporazione . Nel 1862, le Banche di Winterthur e del Toggenbourg creano l' Unione Banche svizzere (www.ubs.com). Infine, nel 1907, la stampa del Franco è monopolizzata in capo alla Banca Nazionale svizzera (www.snb.ch). Anche in Ticino, nell' Ottocento, sorgono grandi Banche, ma dalla vicina e ancor povera Italia giungono scarse richieste di crediti e di prestazioni. Certamente, nel corso della I Guerra Mondiale, gli investitori di confine sono attirati dalla preziosa neutralità bellica della Confederazione elvetica. Terminata la II Guerra Mondiale, Italia e Francia si rivolgono con crescente fiducia agli Istituti di Credito del Canton Ticino . Nel 1957, a Lugano, esistevano 14 Banche, nel 1965 23 con ben 21 Filiali di Banche straniere o svizzere non ticinesi. Sicché Lugano, Zurigo e Ginevra si trasformano in vere e proprie potenze del Credito.

Negli Stati Uniti d' America, tra il 2007 ed il 2009, si è verificata una grave crisi economica, tanto a livello del Mercato immobiliare quanto sotto il profilo Finanziario . Si sono verificati Fallimenti a catena, tra cui la Bancarotta, nel 2008, della Banca Lehman Brothers. In tutti gli USA, per conseguenza, è calato il livello di fiducia nell' Ordinamento Bancario.

Anche in Svizzera, nel 2008, il PIL è progredito soltanto dell' 1,8 %. Le liquidazioni ed i Fallimenti si sono diffusi in tutti i Cantoni. Il 2009 ha recato ad un ulteriore crollo macroeconomico, con un calo del PIL dell' 1,5 %, come durante la crisi del 1975. Sempre nel 2009, l' Export svizzero ha registrato un -12,6 %. Nell' Ottobre del 2008, il Governo USA ha inutilmente erogato al Sistema Bancario 700.000.000.000 di Dollari. In Inghilterra, Germania e Islanda sono stati nazionalizzati molti Istituti di Credito per tentare di tutelare l' utenza privata. In Svizzera, l' Unione Banche svizzere (www.ubs.com) si era esposta eccessivamente con le Banche statunitensi. Ormai, nel 2008, l' UBS era in grave difficoltà. Il Consiglio Federale e la Banca Nazionale svizzera (www.snb.ch) hanno messo in opera un Programma di salvataggio erogando 6.000.000.000 di

Franchi e 38.700.000.000 di Dollari per il risanamento di UBS, attraverso SNB StabFund, Fiduciaria controllata dalla BNS. Dal Dicembre 2008 al Gennaio 2009, l' Assemblea Federale elvetica ha aiutato il Sistema Creditizio della Confederazione con 432.000.000 di Franchi, saliti a 2.000.000.000 nel 2009.

Negli ultimi mesi del 2009, in Svizzera sono iniziati i primi segni di ripresa nel settore bancario. Viceversa, la Crisi permane negli USA e nell' Unione Europea. In Svizzera, il Mercato immobiliare è sufficientemente solido ed i rischi bancari sono gravi ancorché non gravissimi. Senz' altro, nel 2009, la Microeconomia familiare della Confederazione ha subito profonde difficoltà, ma non ai livelli della Zona Euro. Nei Cantoni, specialmente in quelli di frontiera, il Mercato del Lavoro regge. Un ulteriore segnale positivo è l' aumento delle Obbligazioni bancarie emesse dal Marzo del 2009 ad oggi. Del resto, l' aiuto e la supervisione della BNS non sono mai mancati. Anche il Mercato dei Mutui Ipotecari si sta risollevando. Assai saggiamente, nell' Agosto 2009, la Confederazione ha venduto le proprie partecipazioni nell' UBS, per un lucro di 1.200.000.000 di Franchi. In Svizzera, i Fallimenti bancari non hanno raggiunto i livelli irreversibili delle 165 Bancarotte statunitensi del 2009. Tale crisi ha avuto ripercussioni *de jure condendo*, palesando la necessità di una Normativa più severa. Sicuramente, occorre revisionare, con coraggio e moderazione, la disciplina svizzera del segreto bancario.

In Svizzera non è mancata un' eccellente sorveglianza da parte della BNS. Ciononostante, la crisi globale dell'Ordinamento creditizio ha coinvolto anche le piccole Banche dei più sperduti Cantoni. Inoltre e fortunatamente, in Svizzera, i Fallimenti Bancari sono arginati dal Financial Stability Board (www.financialstabilityboard.org), dal Basel Committee on Banking Supervision e dalla FINMA (www.finma.ch), la quale propone una Riforma legislativa radicale.

Il problema è globale, ma gli Stati dell' Unione Europea accusano la Svizzera di mantenere occultati i proventi dell' evasione fiscale di molti Stati. Ovverosia, paradisi fiscali come la Confederazione, l' Austria ed il Lussemburgo alterano, per via indiretta, la Macroeconomia degli Ordinamenti coinvolti nell' attuale crisi economica. In buona sostanza, i Fondi Neri custoditi dalle Banche elvetiche sottraggono potenziali risorse agli Istituti di Credito di altre Nazioni. Molti, anche nella vicina Italia, desiderano il rimpatrio del Nero fiscalmente evaso grazie al Sistema Bancario svizzero. Ma la Confederazione non intende rinunciare al segreto bancario ed alla propria condotta di riservatezza. Tuttavia, sotto certi profili, la Svizzera si rende correa degli evasori fiscali dell' UE.

2. Organi di Vigilanza interna sul Sistema bancario svizzero

2.1 La Banca Nazionale svizzera (www.snb.ch)

La Banca Nazionale svizzera (BNS) è stata istituita nel 1907 sotto forma di Société Anonime, detenuta, per il 54 % da Organi di Pubblica Amministrazione (Cantoni e Banche Cantonali). Ai sensi dell' Art. 99 BV nonché della L.F. Dello 01/05/2004, la BNS detiene compiti di Vigilanza suprema sulla politica monetaria della Svizzera e sulla stabilità dei consumi microeconomici. La BNS redige un Rendiconto annuale per l' Assemblea Federale e per il Consiglio Federale.

La principale funzione della BNS consiste nel mantenere il tasso di Inflazione nazionale al di sotto del 2 %. Essa, inoltre, gestisce i parametri-base della Macroeconomia, come i tassi d' interesse, la massa monetaria circolante, il controllo costante della Macroeconomia sotto tutti gli aspetti. Le Banche commerciali private sono tenute a creare averi in conto giro presso la BNS, che monitora la liquidità degli Istituti di Credito svizzeri, vendendo, se necessario, Franchi in cambio di averi in conto giro. Dunque, in Svizzera, la Moneta circolante e l' Inflazione sono rigorosamente e minuziosamente gestite. Una delle più delicate funzioni della BNS consiste nel muovere grandi operazioni di Mercato aperto, ovverosia nell' immettere o meno liquidità nei circuiti commerciali a mezzo di aste a tasso fisso, oppure a tasso variabile. Se il tasso è fisso, si immette cash per un tasso interesse non negoziabile (tasso pronti contro termine). All'opposto, se il tasso è variabile, la negoziazione inerisce sia la quantità di denaro circolante sia il costo di tale denaro. Senza dubbio, le

gravi crisi di Politica Monetaria sono talvolta contrastate dalla BNS battendo moneta a fronte di urgenti ed acuti bisogni di liquidità. Comunque, la BNS predilige le operazioni di pronto controllo termine, vendendo alle Banche private stock di Franchi in cambio di Azioni od Obbligazioni precedentemente date in Credito alla BNS. Quando termina l' emergenza, la BNS vende tali Azioni od Obbligazioni riequilibrando il rapporto Moneta fissa / Moneta circolante.

La BNS può ricorrere, in casi gravi, a strumenti non ordinari, come acquistare / vendere denaro o valori cartolari non svizzeri, effettuare speculazioni su divise straniere, emettere Obbligazioni, vendere / acquistare metalli preziosi o valute. Le suddette decisioni sono ognimmodo sempre effettuate in regime di stretta collaborazione con la FINMA. Altre misure protettive tradizionali della BNS sono controllare il circuito delle Carte di Credito ed emettere Titoli di Stato. Degne di menzione sono pure le transazioni monetarie sovrannazionali della BNS, come p.e. l' aiuto a Paesi non ostili alla Confederazione e partecipanti al Financial Stability Board (www.financialstabilityboard.org). Non sono esclusi anche aiuti per motivi umanitari.

2.2 La FINMA (www.finma.ch)

Addì 01/01/2009 fu istituita l' Autorità federale di Vigilanza sui Mercati Finanziari (FINMA), la quale sostituì per incorporazione la Commissione federale delle Banche, l' Ufficio federale delle Assicurazioni private e l' Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio. In buona sostanza, la FINMA vigila su Banche, Borse ed Istituti Assicurativi proteggendo i risparmiatori, gli assicurati e tutti gli investitori. Pertanto, la FINMA previene distonie nella corretta concorrenza nei Mercati Finanziari.

La FINMA collabora quotidianamente e costantemente con la BNS, ma anche con il Dipartimento federale delle Finanze (www.efd.admin.ch) e con l' Associazione svizzera dei banchieri (www.swissbanking.org). Talune decisioni di rilevanza internazionale vedono coinvolti pure il Basel Committee on Banking Supervision e la Financial Action Task Force.

2.3 SIX Group (www.six-group.com)

Nel 2008, SWX, Telekurs Group e SIS Group confluirono in SIX Group AG, con sede a Zurigo, 23 Filiali estere e 3.700 dipendenti. SIX Group appartiene a grandi Banche svizzere (30,1 %), Banche non nazionali (22,7 %), Banche commerciali (15 %), Banche Cantonali (13,6 %), Banche private (10,2 %), altre Banche (4,3 %), Banche Regionali e Casse Raiffeisen (4,1 %). In totale, le Banche azioniste di SIX Group sono 160.

Il primo e principale compito di SIX Group è la tutela delle Borse svizzere, che, nella Confederazione, sono Intermediari privati autorizzati da SIX Swiss Exchange.

Esistono circa 15 Società appartenenti a SIX Group. SIX SIS AG è il depositario centrale che tutela la custodia e la gestione dei valori mobiliari transitanti in Svizzera. Oggi, il Sistema SIX SIS AG è completamente informatizzato, il che garantisce transiti on-line 24 ore su 24, veloci e sicuri. SIX X-CLEAR AG sostiene la solvibilità dei contratti di Borsa coprendo i rischi di inadempienza. SIX X-CLEAR, a sua volta, è collegato con SIX SWISS EXCHANGE e soprattutto con il London Stock Exchange. SIX SAG AG tiene i Registri informatizzati delle Azioni borsistiche e gestisce le Assemblee Generali degli Operatori di Borsa. SIX SYSTEM AG eroga il Servizio Informatico SECOM (Settlement Communication System), attivo a livello nazionale e non solo. SIX TELEKURS AG offre alle Banche (anche del Belgio e del Liechtenstein) informazioni circa l' affidabilità o meno delle controparti contrattuali. SIX GROUP gestisce pure ROLOTEC AG, Società Informatica in grado di far scambiare dati economici in pochi secondi tra Asia, Svizzera, USA ed UE. SIX MULTIPAY AG, SIX MULTI SOLUTIONS, SIX PAY S.A. e SIX CARD SOLUTIONS AG tutelano il pagamento a mezzo delle Carte di Credito Visa, Master Card, Diners Club, Discover JCB, V Pay, Maestro, Chip e Prepaid Cash. SIX INTERBANK CLEARING AG, sotto la potestà della BNS, veicola, controlla e rende sicure le transazioni euro per Franchi e viceversa. La sotto-sezione SIC opera nell' Unione Europea. SIX PAYNET AG vigila sull'

esecuzione elettronica delle Fatture Commerciali prevenendo l' evasione tributaria.

2.4 L' Associazione svizzera dei Banchieri (www.swissbanking.org)

Fondata nel 1912 a Basilea, l' Associazione svizzera dei Banchieri (ASB) rappresenta e tutela tutte le Banche elvetiche, le Società di Revisione Contabile e i Commercianti di Valori mobiliari. L' ASB opera in Svizzera e nel Liechtenstein, per un totale di 360 Banche associate, 16.900 soggetti individuali, 50 specialisti di Macroeconomia, 13 Commissioni interne e 440 Consiglieri accreditati. La composizione attuale dell' ASB comprende un Consiglio d' Amministrazione, un Comitato del CdA, svariate Commissioni, nonché Gruppi di Progetto e di esperti

2.5 Altri Organismi di Vigilanza bancaria

L' Associazione Banche svizzere commerciali e di gestione (www.vhv-bcg.ch) unisce 27 Banche di piccole e medie dimensioni. La RBA Holding tutela anch' essa modesti Istituti di Credito a rilevanza regionale (50 Banche). L' equipollente delle italiche Banche di Credito Cooperativo è costituito, in Svizzera, dalle Casse di Risparmio Raiffeisen (www.raiffeisen.ch) che sono circa 350. Esiste pure l' Unione Banche Cantonali svizzere (www.kantonalbank.ch) e soprattutto l' Associazione svizzera dei Gestori di Patrimoni (www.vsv-asg.ch), che ha il compito di far applicare la Geldwäscherelgesetz. Altrettanto importanti sono l' Associazione svizzera delle Assicurazioni ed Economiesuisse (www.economiesuisse.ch), la quale viene consultata dal Consiglio Federale e dall' Assemblea Federale. Essa è un Sindacato Padronale e contiene circa 100 Associazioni di Categoria nonché 20 Camere di Commercio cantonali.

3. Riflessioni giuridiche sulla crisi bancaria in Svizzera

Un serio e rispettabile Ordinamento Bancario utilizza i propri Organi di Vigilanza in modo da assicurare stabilità al Sistema e soprattutto prevenire la fragilità economica dei nuclei familiari. In Svizzera, la Vigilanza microeconomica si differenzia da quella macroeconomica. La Vigilanza microeconomica è affidata alla FINMA, che obbliga ogni singola Banca elvetica a mantenere solide Riserve sia ordinarie sia straordinarie. Ovverosia, una Banca sana deve poter fruire, in caso di crisi improvvisa, di notevole liquidità. La Vigilanza macroeconomica è svolta dalla BNS, che impedisce alle asimmetrie macroeconomiche di trasformarsi in difficoltà microeconomiche. In un certo senso, la FINMA possiede una funzione preventiva, mentre la BNS interviene a titolo correttivo allorquando le perdite economiche rischiano di stabilizzarsi in modo irreversibile. Senz' altro, saranno poi le singole Banche ad assumere auto-tutele spontanee.

Nella Confederazione, sussiste, almeno in linea teorica, una perenne sinergia tra Consiglio Federale, Assemblea Federale, BNS e FINMA. E' interessante notare che le Circolari della FINMA formalmente possiedono una cogenza facoltativa, ma fattualmente recano la medesima precettività di una Legge o di una Ordinanza di rango federale. A tal proposito, si può osservare che anche i Codici e le Regole di auto-disciplina dell' ASB sono poi applicate con molto scrupolo e senza indugi. In terzo luogo, bisogna sottolineare che gli Istituti di Credito elvetici operano anche in contesti di Diritto Bancario Internazionale. Pertanto, molte Direttive del Financial Stability Board e dell' UE sono penetrate nel Diritto Commerciale svizzero. A prescindere dalle critiche estere, consta che la Vigilanza bancaria elvetica non è certo impeccabile, tuttavia la crisi della Zona Euro presenta aspetti di maggiore gravità.

4. L' Ordinanza della FINMA sul Fallimento bancario (nuova Normativa in vigore dallo 01/01/2009)

I trentotto nuovi Articoli disciplinanti il Fallimento bancario in Svizzera costituiscono un' assai noiosa reiterazione delle Norme generali relative all'ordinario Fallimento di Società lucrative private. L' unica importante (*rectius* : basilare) novità consta nell'onnipresenza della FINMA, alla quale sono sottoposte con minuzia tutte le decisioni del Liquidatore Fallimentare. La costante supervisione della FINMA, a livello di *ratio*, deve o, comunque, dovrebbe garantire trasparenza, imparzialità e tutela dei piccoli risparmiatori coinvolti, loro malgrado, nella Procedura.

L' Art. 2 OFB-FINMA offre una definizione autentica del lemma << *Banca* >>. Tale è considerata non soltanto la Banca nel senso tradizionale (lett. a comma 1), ma anche un commerciante di valori borsistici (lett. b comma 1) e tutte le persone fisiche e giuridiche che esercitano un' attività sottoposta ad autorizzazione quale banca o commerciante di valori mobiliari (lett. c comma 1). In questo elenco ex Art. 2 OFB-FINMA non sono purtroppo menzionati gli Intermediari Finanziari a-tipici, come il Banco Posta (ormai sempre più diffuso anche in Svizzera) ed i Servizi di *money transfert*, assai utilizzati dagli emigranti asiatici, africani e slavo-balcanici. Pertanto, la testé criticata lacuna definitoria dovrà essere colmata, nei prossimi anni, dalla Prassi e dalla Giurisprudenza del Bundesgericht.

Normalmente e ordinariamente, il Foro del Fallimento si trova alla sede della Banca o della succursale di una Banca estera (Art. 8 comma 1 OFB-FINMA). In caso di incertezza (comma successivo) riemerge il ruolo supremo e indiscusso della FINMA, che stabilisce il Foro essa stessa d' ufficio. Infine, il Foro del Fallimento delle persone fisiche si trova nel luogo del domicilio commerciale al momento della dichiarazione del Fallimento bancario (comma 3 Art. 8 OFB-FINMA).

L' Art.9 OFB-FINMA rende palese, come precedentemente precisato, che la Normativa sul Fallimento delle Banche ha ben poco di innovativo, di clamoroso o di inaspettato. Infatti, la citata Norma (ri)elena i normali compiti della Curatela, come p.e. condurre la Procedura Concorsuale con celerità, tutelare gli attivi non dissipati, rappresentare in giudizio la massa del Fallimento e pagare velocemente i depositi garantiti. Senza dubbio, a parere di chi scrive, anche nell' Art.9 OFB-FINMA non manca la retorica, eccezion fatta in relazione al ruolo della FINMA, che è garante e difensore dell' utenza coinvolta.

Il ruolo della FINMA risulta talmente preponderante che il Liquidatore Fallimentare non decide in maniera autonoma i soggetti da inserire nell' Assemblea dei Creditori (Art. 12 OFB-FINMA) e nella Delegazione dei Creditori (Art. 13 OFB-FINMA)

Come prevedibile, la Curatela allestisce l' Inventario (Art. 14 OFB-FINMA), gestisce le azioni di rivendicazione di terzi (Art. 18 OFB-FINMA) e, se gli attivi non sono sufficienti, sospende la Procedura (Art. 21 OFB-FINMA). Inoltre, sempre il Liquidatore del Fallimento decide in merito all' accettazione di un credito e allestisce una graduatoria ove, con terminologia italica, si distinguono i Creditori chirografari da quelli privilegiati. Il Tribunale competente ed il Liquidatore debbono fornire la massima disponibilità nel trattare censure, opposizioni e doglianze dei Creditori (Art. 27 OFB-FINMA). Allorquando tutti gli attivi sono stati realizzati e tutti i processi inerenti alla determinazione dell' attivo e del passivo della massa sono stati liquidati, il Liquidatore del Fallimento compila lo stato di ripartizione definitivo e il conto finale e li sottopone per l' approvazione alla FINMA (comma 2 Art. 33 OFB-FINMA). Segue una relazione finale della Curatela sull' andamento della Procedura (Art. 34 OFB-FINMA). La chiusura del Fallimento è annunciata pubblicamente e gli Atti della Procedura Concorsuale rimangono custoditi per 10 anni.

L' OFB-FINMA del 2009 non contempla Disposizioni Penali, rinviando dunque agli ordinari Testi Normativi sul Diritto Penale Fallimentare. Un ulteriore problema processualistico insoluto consiste nella mancata citazione del ruolo e della gestione degli interessi legittimi nel Fallimento bancario. L' attenzione è invece eccessivamente concentrata sui soli Diritti soggettivi e sulla sola Giuscivilistica