

PARECER DO BANCO CENTRAL EUROPEU**de 11 de janeiro de 2013****sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2009/65/CE que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM), no que diz respeito às funções dos depositários, às políticas de remuneração e às sanções****(CON/2013/4)**

(2013/C 96/04)

Introdução e base jurídica

Em 19 de setembro de 2012, o Banco Central Europeu (BCE) recebeu do Parlamento Europeu um pedido de parecer sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2009/65/CE que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes a alguns organismos de investimento coletivo em valores mobiliários (OICVM), no que diz respeito às funções dos depositários, às políticas de remuneração e às sanções ⁽¹⁾ (a «diretiva proposta»).

A competência do BCE para emitir parecer resulta do disposto no artigo 127.º, n.º 4 e no artigo 282.º, n.º 5 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, uma vez que a diretiva proposta contém disposições relativas à contribuição do Sistema Europeu de Bancos Centrais para a boa condução das políticas desenvolvidas pelas autoridades competentes no que se refere à supervisão prudencial das instituições de crédito e à estabilidade do sistema financeiro, tal como previsto no artigo 127.º, n.º 5 do Tratado. O presente parecer foi aprovado pelo Conselho do BCE, nos termos do artigo 17.º-5, primeiro período, do regulamento interno do BCE.

Observações gerais

Em termos gerais, o BCE acolhe com agrado a diretiva proposta, que visa reforçar o quadro jurídico dos OICVM, especialmente no que diz respeito ao seguinte: i) políticas em matéria de remuneração e práticas dos quadros superiores, dos agentes que assumem riscos e dos responsáveis pelas funções de controlo; ii) regras sobre a designação de depositários para os OICVM e desempenho das funções de depositário, incluindo o regime de responsabilidade; e iii) o regime de sanções e medidas administrativas. O BCE considera que as novas regras podem desempenhar um papel importante na prevenção de irregularidades e aumentar a confiança do investidor. O BCE nota que a proposta de reforço do quadro jurídico dos OICVM é uma medida oportuna, dadas as melhorias já alcançadas na regulação da matéria sobre os gestores de fundos de investimento alternativos através da Diretiva 2011/61/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011 relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Diretivas 2003/41/CE e 2009/65/CE e os Regulamentos (CE) n.º 1060/2009 e (UE) n.º 1095/2010 ⁽²⁾ (doravante «Diretiva GFIA»).

Observações específicas**1. Reutilização de ativos por um depositário de OICVM**

O BCE considera que a diretiva proposta devia proibir expressamente o depositário do OICVM, ou o terceiro a quem tenham sido delegadas as funções de custódia do OICVM, de reutilizar os ativos sob a sua gestão e por sua conta. Tais práticas podem colocar os investidores em risco, bem como desencadear riscos relevantes de uma perspetiva de estabilidade financeira, devido ao efeito de alavanca decorrente dessas práticas. Neste contexto, o BCE considera que o quadro jurídico dos OICVM precisa de ser mais rigoroso a este respeito que a Diretiva dos GFIA, que permite a reutilização de ativos, condicionada pelo consentimento prévio dos gestores do fundo. Tal justifica-se pelo fato dos produtos OICVM serem amplamente distribuídos pelos pequenos investidores, enquanto os fundos geridos no âmbito da Diretiva dos GFIA são geralmente reservados para investidores profissionais.

⁽¹⁾ COM(2012) 350 final.

⁽²⁾ JO L 174 de 1.7.2011, p. 1. Ver o Parecer do BCE CON/2009/81, de 16 de outubro de 2009, sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos e que altera as Diretivas 2004/39/CE e 2009/.../CE, (JO C 272 de 13.11.2009, p. 1). Todos os pareceres do BCE são publicados no sítio do BCE em <http://www.ecb.europa.eu>

2. Delegação

A proposta de diretiva permite ao depositário delegar os seus deveres de guarda numa entidade de sub-custódia, mediante determinadas condições que, de acordo com a exposição de motivos, estão alinhados com os aplicáveis no âmbito da Diretiva dos GFIA. A este respeito, o BCE considera que a proteção dos pequenos investidores exige regras mais rigorosas para os depositários dos OICVM do que para os depositários designados pelos gestores de fundos de investimento alternativos. Em especial, a delegação por um depositário de OICVM numa entidade de sub-custódia situada fora da União Europeia deve ser sujeita, em todos os casos, a salvaguardas adequadas, tais como requisitos mínimos de capital e a supervisão eficaz no país em causa. Finalmente, a revisão também é necessária para manter as exceções que permitam, a entidades de países terceiros, funcionar como entidades de sub-custódia de um depositário de OICVM, apesar de tais entidades não satisfazerem os requisitos de delegação previstos pela legislação da União.

3. Elegibilidade para atuar como depositário de um OICVM

O BCE apoia a introdução de condições de elegibilidade, de acordo com as quais apenas as instituições de crédito e as empresas de investimento podem atuar como depositários de OICVM. Tal diminuirá o risco dos investidores virem a ser defraudados, como resultado da nomeação de um depositário de OICVM que não esteja sujeito a um nível adequado de regulação e supervisão. Além disso, deve ser ainda avaliado se o regime proposto para os requisitos de capital das instituições de crédito e empresas de investimento ⁽¹⁾ prevê salvaguardas adequadas quanto ao exercício das funções de depositário de OICVM, considerando a dimensão e a complexidade dos OICVM inerente ao exercício destas funções e os riscos de responsabilidade que estas funções geram.

4. Responsabilidade

O BCE considera que os «acontecimentos externos que escapam ao controlo razoável» ⁽²⁾, que desencadeiam a possibilidade do depositário se exonerar da responsabilidade através de contrato, deveriam estar especificados nos atos delegados da Comissão, de forma detalhada, referindo as categorias de ativos que podem ser considerados perdidos devido a tais acontecimentos externos e o tipo de eventos específicos previstos.

Nos casos em que o BCE recomenda uma alteração à diretiva proposta, as sugestões de reformulação específicas constam do anexo, acompanhadas de um texto explicativo.

Feito em Frankfurt am Main, em 11 de janeiro de 2013.

O Vice-Presidente do BCE
Vitor CONSTÂNCIO

⁽¹⁾ Ver a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e à supervisão prudencial das instituições de crédito e empresas de investimento e que altera a Diretiva 2002/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à supervisão complementar de instituições de crédito, empresas de seguros e empresas de investimento de um conglomerado financeiro, [COM(2011) 453 final] e a proposta de regulamento do Parlamento europeu e do Conselho relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e as empresas de investimento [COM(2011) 452 final].

⁽²⁾ Ver artigo 26.º-B, alínea f) da Diretiva 2009/65/CE introduzido pelo artigo 1.º, n.º 8 da diretiva proposta.

ANEXO

Propostas de redação

Texto proposto pela Comissão	Alterações propostas pelo BCE ⁽¹⁾
Alteração n.º 1 Artigo 1.º, n.º 3	
<p>«(3) O artigo 22.º é substituído pelo seguinte:</p> <p>“Artigo 22.º</p> <p>...</p> <p>5. Os ativos do OICVM são confiados à guarda do depositário do seguinte modo:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p>...</p> <p>7. O depositário não pode delegar em terceiros as funções referidas nos n.ºs 3 e 4.</p> <p>...</p> <p>As funções referidas no n.º 5 apenas podem ser delegadas pelo depositário a um terceiro que, em qualquer momento durante o desempenho dessas tarefas:</p> <p>a) Disponha das estruturas e conhecimentos adequados e proporcionados à natureza e à complexidade dos ativos do OICVM ou da sociedade gestora que atua por conta do OICVM que lhe tenham sido confiados;</p> <p>b) Relativamente às funções de custódia a que se refere o n.º 5, alínea a), esteja sujeito a uma regulamentação prudencial eficaz, incluindo requisitos de capital mínimo, bem como a supervisão na jurisdição em causa;</p> <p>...</p> <p>Sem prejuízo do disposto na alínea b) do terceiro parágrafo, caso a legislação de um país terceiro exija que certos instrumentos financeiros sejam detidos em custódia por uma entidade local e não haja nenhuma entidade local que satisfaça os requisitos de delegação estabelecidos naquela alínea, o depositário pode delegar as suas funções nessa entidade local, embora unicamente na medida em que a legislação do país terceiro o exija e enquanto não existirem entidades locais que satisfaçam os requisitos de delegação, e apenas nas seguintes condições:</p> <p>a) Os investidores do OICVM em causa foram devidamente informados da necessidade da delegação em virtude de restrições jurídicas vigentes no país terceiro, bem como das circunstâncias que justificam a delegação, previamente ao seu investimento;</p>	<p>«(3) O artigo 22.º é substituído pelo seguinte:</p> <p>“Artigo 22.º</p> <p>...</p> <p>5. Os ativos do OICVM são confiados à guarda do depositário do seguinte modo:</p> <p>a) ...</p> <p>b) ...</p> <p>5A. Os instrumentos financeiros e outros ativos detidos em custódia não devem ser reutilizados, mediante oneração ou transmissão, feita por conta própria pelo depositário ou qualquer entidade a quem tenha sido delegada a função de custódia, sob pena de se invalidarem as disposições contratuais que permitem a reutilização.</p> <p>...</p> <p>7. O depositário não pode delegar em terceiros as funções referidas nos n.ºs 3 e 4.</p> <p>...</p> <p>As funções referidas no n.º 5 apenas podem ser delegadas pelo depositário a um terceiro que, em qualquer momento durante o desempenho dessas tarefas:</p> <p>a) Disponha das estruturas e conhecimentos adequados e proporcionados à natureza e à complexidade dos ativos do OICVM ou da sociedade gestora que atua por conta do OICVM que lhe tenham sido confiados;</p> <p>b) Relativamente às funções de custódia a que se refere o n.º 5, alínea a), esteja sujeito a uma regulamentação prudencial eficaz, incluindo requisitos de capital mínimo, bem como a supervisão na jurisdição em causa;</p> <p>...</p> <p>Sem prejuízo do disposto na alínea b) do terceiro parágrafo, caso a legislação de um país terceiro exija que certos instrumentos financeiros sejam detidos em custódia por uma entidade local e não haja nenhuma entidade local que satisfaça os requisitos de delegação estabelecidos naquela alínea, o depositário pode delegar as suas funções nessa entidade local, embora unicamente na medida em que a legislação do país terceiro o exija e enquanto não existirem entidades locais que satisfaçam os requisitos de delegação, e apenas nas seguintes condições:</p> <p>a) Os investidores do OICVM em causa foram devidamente informados de que tal delegação, que não satisfaz completamente os requisitos gerais de delegação previstos pela legislação da União, é necessária devido a restrições jurídicas vigentes no país terceiro, bem como das circunstâncias que justificam a delegação, previamente ao seu investimento;</p>

Texto proposto pela Comissão	Alterações propostas pelo BCE ⁽¹⁾
b) O OICVM, ou a sociedade gestora que atua por conta do OICVM, encarregou o depositário de delegar a custódia daqueles instrumentos financeiros àquela entidade local.	b) O OICVM, ou a sociedade gestora que atua por conta do OICVM, encarregou o depositário de delegar a custódia daqueles instrumentos financeiros àquela entidade local.
...” »	...” »

Explicação

O BCE considera que o quadro jurídico dos OICVM precisa de ser mais rigoroso que o quadro jurídico previsto na Diretiva dos GFLA, no sentido de que não deveria permitir a reutilização de ativos pelo depositário em quaisquer condições. Tal justifica-se porque: (i) os produtos OICVM são amplamente distribuídos pelos pequenos investidores; e porque (ii) a reutilização de ativos pelo depositário pode desencadear riscos relevantes de uma perspetiva de estabilidade financeira, devido ao efeito de alavanca decorrente dessas práticas.

A delegação por um depositário de OICVM a uma entidade de sub-custódia situada fora da União, deveria, idealmente, ser sujeita a salvaguardas adequadas, tais como requisitos mínimos de capital e supervisão eficaz no país em causa, conforme é exigido na legislação da União. Quando ocorram isenções, estas deveriam ser transmitidas claramente ao investidor. A este respeito, a proteção dos pequenos investidores exige regras mais rigorosas para os depositários dos OICVM do que para os depositários designados pelos gestores de fundos de investimento alternativos.

Alteração n.º 2

Artigo 1.º, n.º 8

«(8) São aditados os seguintes artigos 26.º-A e 26.º-B: “Artigo 26.º-A ... Artigo 26.º-B 1. São conferidos à Comissão poderes para adotar, por meio de atos delegados nos termos do artigo 112.º e nas condições previstas nos artigos 112.º-A e 112.º-B, medidas destinadas a especificar: ... f) O que se deve entender por acontecimentos externos que escapam ao controlo razoável e cujas consequências seriam inevitáveis mesmo que tivessem sido envidados todos os esforços razoáveis nesse sentido, nos termos do artigo 24.º, n.º 1.” »	«(8) São aditados os seguintes artigos 26.º-A e 26.º-B: “Artigo 26.º-A ... Artigo 26.º-B 1. São conferidos à Comissão poderes para adotar, por meio de atos delegados nos termos do artigo 112.º e nas condições previstas nos artigos 112.º-A e 112.º-B, medidas destinadas a especificar: ... f) O que se deve entender por acontecimentos externos que escapam ao controlo razoável e cujas consequências seriam inevitáveis mesmo que tivessem sido envidados todos os esforços razoáveis nesse sentido, nos termos do artigo 24.º, n.º 1, incluindo os tipos de eventos específicos e as categorias de ativos que podem ser considerados perdidos devido a tais acontecimentos externos. ” »
---	--

Explicação

Os «acontecimentos externos que escapam ao controlo razoável», que desencadeiam a possibilidade do depositário se exonerar da responsabilidade através de contrato, deveriam estar especificados nos atos delegados da Comissão, de forma detalhada, referindo as categorias de ativos que podem ser considerados perdidos devido a tais acontecimentos externos e o tipo de eventos específicos previstos.

⁽¹⁾ O texto em negrito indica as passagens a aditar por proposta do BCE. O texto riscado indica as passagens a suprimir por proposta do BCE.