

III

(Atos preparatórios)

BANCO CENTRAL EUROPEU

PARECER DO BANCO CENTRAL EUROPEU

de 8 de março de 2017

sobre uma proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2014/59/UE no que respeita à posição dos instrumentos de dívida não garantidos na hierarquia da insolvência

(CON/2017/6)

(2017/C 132/01)

Introdução e base jurídica

Em 3 de janeiro de 2017 e em 17 de fevereiro de 2017, o Banco Central Europeu (BCE) recebeu do Conselho e do Parlamento Europeu, respetivamente, um pedido de parecer sobre uma proposta de diretiva que altera a Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita à posição dos instrumentos de dívida não garantidos na hierarquia da insolvência ⁽¹⁾ (a seguir «diretiva proposta»).

A competência do BCE para emitir parecer resulta do disposto nos artigos 127.º, n.º 4, e 282.º, n.º 5, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, uma vez que a diretiva proposta contém disposições que incidem sobre a atribuição fundamental do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) de execução da política monetária da União, nos termos do artigo 127.º, n.º 2, primeiro travessão, do Tratado, a contribuição do SEBC para a boa condução das políticas referentes 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, e as atribuições conferidas ao BCE, nos termos do artigo 127.º, n.º 6, do Tratado, no que diz respeito às políticas relativas à supervisão. O presente parecer foi aprovado pelo Conselho do BCE, em conformidade com o disposto no artigo 17.º-5, primeiro período, do Regulamento Interno do Banco Central Europeu.

1. Observações genéricas

- 1.1. O BCE acolhe com agrado a diretiva proposta, que introduz alterações à Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho ⁽²⁾, relacionadas com a posição na hierarquia da insolvência dos detentores de instrumentos de dívida emitidos por instituições de crédito da União, e determinadas outras instituições, no âmbito de um conjunto mais amplo de propostas legislativas de alteração do quadro regulamentar dos serviços financeiros da União ⁽³⁾. As alterações do artigo 108.º da Diretiva 2014/59/UE destinam-se a melhorar a implementação do instrumento de recapitalização interna previsto na Diretiva 2014/59/UE e a facilitar a aplicação do requisito mínimo para fundos próprios e passivos elegíveis (MREL) e do futuro requisito da Capacidade Total de Absorção de Perdas (TLAC) ⁽⁴⁾ relativo à capacidade de absorção de perdas e de recapitalização das instituições de crédito e empresas de investimento. Assim, as alterações proporcionam às instituições de crédito e a determinadas outras instituições um meio suplementar para cumprirem os futuros requisitos TLAC e MREL e para melhorarem a sua resolubilidade, sem condicionarem as respetivas estratégias de financiamento. A presente reforma deve ser adotada o mais rapidamente possível para ajudar as instituições de crédito a prepararem-se para cumprir os novos requisitos, sobretudo as que não consigam constituir os necessários níveis de passivos com capacidade de absorção de perdas (quando se exija a subordinação), e tendo em conta as potenciais limitações da capacidade dos mercados para absorverem rapidamente grandes volumes de novas emissões.

⁽¹⁾ COM(2016) 853 final.

⁽²⁾ Diretiva 2014/59/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, que estabelece um enquadramento para a recuperação e a resolução de instituições de crédito e de empresas de investimento e que altera a Diretiva 82/891/CEE do Conselho e as Diretivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/CE, 2012/30/UE e 2013/36/UE e os Regulamentos (UE) n.º 1093/2010 e (UE) n.º 648/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 173 de 12.6.2014, p. 190).

⁽³⁾ O BCE foi consultado pelo Conselho sobre um conjunto mais amplo de propostas legislativas apresentadas pela Comissão, e o parecer do BCE sobre tais propostas poderá conter outras observações relevantes para o objeto do presente parecer, em especial no que respeita às propostas de «instrumentos de passivos elegíveis».

⁽⁴⁾ Ver os «Principles on Loss-absorbing and Recapitalisation Capacity of G-SIBs in Resolution: Total Loss-absorbing Capacity (TLAC) Term Sheet» [Princípios sobre a capacidade de absorção das perdas e de recapitalização dos bancos de importância sistémica global (G-SIB) em resolução: ficha descritiva da capacidade de absorção total das perdas (TLAC)] do Conselho de Estabilidade Financeira (CEF), de 9 de novembro de 2015, disponível no sítio *web* do CEF, em www.fsb.org

- 1.2. O BCE partilha plenamente o entendimento da Comissão de que é necessário dotar o mercado interno de regras harmonizadas sobre o tratamento de determinados credores dos bancos nos processos de insolvência e de resolução, para reduzir as divergências nas regras nacionais relativas à capacidade de absorção de perdas e de recapitalização dos bancos, que poderiam distorcer a concorrência no mercado interno. O BCE observa que a harmonização é especialmente importante nesta área para salvaguardar a estabilidade financeira e fomentar medidas de resolução efetivas e eficazes, incluindo a implementação do instrumento da recapitalização interna, nos termos da Diretiva 2014/59/UE, num contexto transfronteiriço, e para reduzir a incerteza de emitentes e investidores.
- 1.3. O BCE reitera a sua posição ⁽¹⁾ de que o enquadramento comum ao nível da União da hierarquização dos credores, incluindo a subordinação de instrumentos de dívida e de outros instrumentos financeiros semelhantes, nos processos de resolução e/ou insolvência bancária, pode contribuir para a integração dos mercados de serviços financeiros da União e facilitar as tarefas do BCE em matéria de política monetária e de supervisão no âmbito do Mecanismo Único de Supervisão.
- 1.4. O BCE considera que a diretiva proposta prevê apenas uma harmonização parcial e que seriam úteis reformas adicionais para promover uma maior harmonização na hierarquia dos créditos em caso de insolvência bancária. Em especial, a norma da preferência geral dos depositantes, baseada numa abordagem por níveis, deve ser consagrada em legislação da União. Tal melhoraria a resolubilidade, ao clarificar-se a hierarquização dos credores e ao facilitar-se a imputação das perdas a instrumentos bancários de dívida não garantidos, antes de determinados passivos operacionais, e atenuaria simultaneamente os receios relacionados com o princípio de que «nenhum credor deverá ficar em pior situação do que aquela em que ficaria ao abrigo de um processo normal de insolvência» ⁽²⁾.

2. Observações específicas

2.1. Nova classe de ativos de instrumentos de dívida sénior «não privilegiados»

O BCE acolhe com agrado a criação, na diretiva proposta, de uma nova classe de ativos de instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» com uma posição de prioridade inferior à dos instrumentos de dívida seniores não garantidos ordinários nos processos de insolvência. Esta posição de prioridade inferior é estabelecida por um enquadramento legal que reconhece as disposições de subordinação contratual contidas nas cláusulas gerais contratuais pertinentes relativas à emissão de tais instrumentos de dívida sénior «não privilegiados».

- 2.1.1. Quanto ao requisito de que a nova classe de ativos de instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» deve ter um prazo de vencimento inicial de um ano, o BCE entende que as instituições de crédito ⁽³⁾ e determinadas outras instituições devem poder emitir instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» com prazos de vencimento iniciais tanto superiores como inferiores a um ano. Se é certo que os instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» com um prazo de vencimento inicial ou restante inferior a um ano não seriam elegíveis para efeitos de cumprimento dos requisitos MREL ou TLAC, tais instrumentos poderiam ainda ser utilizados para efeitos de recapitalização interna, contribuindo assim para o aumento da capacidade de absorção de perdas da instituição. O BCE observa que a emissão de instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» com prazos de vencimento iniciais superiores a um ano permite alargar o prazo médio de vencimento desta classe de ativos, contribuindo, assim, para melhorar a resolubilidade das instituições.
- 2.1.2. No que diz respeito ao requisito de que a nova classe de ativos de instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» não deve ter quaisquer características de derivado, seria conveniente considerar se não seria útil, nesta fase, a clarificação, eventualmente mediante o desenvolvimento de regulamentações técnicas, do que constitui uma característica de derivado para os presentes efeitos.
- 2.1.3. O BCE entende que o enquadramento proposto do reconhecimento legal da subordinação contratual nos termos das cláusulas gerais dos instrumentos de dívida sénior «não privilegiados», enquanto nova classe de ativos, não impediria os Estados-Membros de manterem o regime da subordinação legal ⁽⁴⁾. A diretiva proposta considera que os instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» terão uma posição de prioridade inferior à dos «créditos ordinários não garantidos resultantes dos instrumentos de dívida com a mais elevada posição de prioridade de entre os instrumentos de dívida, segundo a legislação nacional que rege os processos normais de insolvência». Contudo, a presente abordagem pode não ser fácil de aplicar nos Estados-Membros onde a subordinação dos

⁽¹⁾ Ver, por exemplo, os Pareceres CON/2016/28, CON/2016/7 e CON/2015/31. Todos os pareceres do BCE são publicados no sítio web do BCE em www.ecb.europa.eu

⁽²⁾ Ver os pontos 3.1.2 do Parecer CON/2016/28 e 3.7.1 do Parecer CON/2015/35.

⁽³⁾ Refira-se que os instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» também poderiam ser emitidos por uma filial sob a forma de um MREL interno, no âmbito de uma estratégia de balcão único, e que tais instrumentos também deveriam estar disponíveis para a absorção de perdas na fase de pré-resolução, sempre que a filial, enquanto entidade emitente, não seja submetida ao processo de resolução.

⁽⁴⁾ Para uma análise dos enquadramentos nacionais de insolvência que prevêem a subordinação legal de instrumentos de dívida não garantidos seniores, ver os Pareceres CON/2016/28 e CON/2015/31.

instrumentos de dívida seniores não garantidos já foi adotada com caráter normativo no direito nacional⁽¹⁾, e onde tais instrumentos têm atualmente a prioridade mais baixa entre todos os passivos privilegiados. Relativamente a estes ordenamentos jurídicos, a diretiva proposta poderia esclarecer utilmente que os instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» ocupam a mesma posição que os instrumentos de dívida seniores não garantidos já sujeitos a subordinação legal. Uma maior diferenciação na hierarquia dos créditos com a atribuição de uma posição diferente (inferior) aos instrumentos de dívida sénior «não privilegiados» poderá não ser necessária. Nos Estados-Membros onde a subordinação legal já foi introduzida, as instituições de crédito poderiam utilizar os instrumentos de dívida existentes, sem a necessidade imediata de emitir novos instrumentos de dívida sénior «não privilegiados». Para fomentar a harmonização do modo como deve ser assegurada a subordinação dos instrumentos de dívida seniores não garantidos na hierarquia dos créditos, e para promover a criação de um mercado único desses instrumentos de dívida, seria útil incluir na diretiva proposta uma disposição que especificasse que quando os instrumentos de dívida existentes sujeitos a subordinação legal atingem a data de vencimento, as novas emissões de instrumentos de dívida sénior destinados a serem subordinados devem adequar-se (por exemplo, sem quaisquer características de derivado), sempre que necessário, ao regime estabelecido para os instrumentos de dívida sénior «não privilegiados».

2.1.4. Deve esclarecer-se que, para efeitos dos requisitos de subordinação previstos no Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho⁽²⁾ e na Diretiva 2014/59/UE, os instrumentos de dívida sénior sujeitos a subordinação legal ou estrutural permanecerão elegíveis, sem prejuízo dos critérios aplicáveis aos «instrumentos de passivos elegíveis», a par da nova classe de ativos de instrumentos de dívida sénior «não privilegiados».

2.2. Disposições transitórias

O BCE chama a atenção para a necessidade de clareza em relação às disposições transitórias previstas aplicáveis aos instrumentos de dívida seniores não garantidos em circulação no momento em que o novo regime produz efeitos, incluindo quaisquer disposições de anterioridade necessárias (ver o ponto 2.1.3). Tal clareza é essencial para proporcionar segurança jurídica aos investidores e emitentes no período de transição. O BCE compreende que as leis nacionais existentes continuarão a aplicar-se aos instrumentos de dívida que já se encontravam em circulação antes da data de aplicação da diretiva proposta. Além disso, o BCE considera que podem surgir incertezas relativamente ao regime jurídico aplicável às novas emissões no período de transição entre a data de aplicação da diretiva proposta e a data em que o novo regime venha a ser transposto para a legislação nacional em matéria de insolvência. Em especial, a data-limite de aplicação das leis nacionais prevista na diretiva proposta deve ser reconsiderada uma vez que está fixada em data muito anterior à da aplicação prevista da diretiva proposta. Deverá tomar-se em devida conta o facto de que, após a transposição da diretiva proposta, poderá ser necessário mais tempo para que as alterações na legislação nacional em matéria de insolvência produzam efeitos.

2.3. Preferência geral dos depositantes

2.3.1. O BCE reconhece o mérito da introdução, na União, de uma preferência geral dos depositantes, baseada numa abordagem por níveis⁽³⁾. Esta preferência complementa as disposições da diretiva proposta. Normalmente, num regime geral de preferência dos depositantes, todos os créditos de depositantes têm uma posição de prioridade mais elevada do que os créditos dos credores comuns não privilegiados e não garantidos, ao passo que, num regime de preferência dos depositantes por níveis, os depósitos segurados (ou garantidos) têm uma posição de prioridade mais elevada do que os depósitos elegíveis, mas os depósitos não garantidos têm ainda uma posição de prioridade mais elevada do que a de outros passivos privilegiados⁽⁴⁾. É importante salientar que os Estados-Membros não estão impedidos, nos termos da Diretiva 2014/59/UE, de estabelecer normas sobre a preferência geral dos depositantes na legislação nacional⁽⁵⁾, e que vários Estados-Membros o fizeram recentemente⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Neste contexto, entende-se por «subordinação legal» a subordinação, baseada num regime legal aplicável ao emitente, de um instrumento de dívida não garantido que não esteja sujeito a subordinação de acordo com os termos e condições do instrumento de dívida, ou seja, a subordinação contratual.

⁽²⁾ Regulamento (UE) n.º 575/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativo aos requisitos prudenciais para as instituições de crédito e para as empresas de investimento e que altera o Regulamento (UE) n.º 648/2012 (JO L 176 de 27.6.2013, p. 1).

⁽³⁾ Ver os pontos 3.1.2 do Parecer CON/2016/28 e 3.7.1 do Parecer CON/2015/35. Ver também a transcrição das perguntas e respostas que se seguiram à declaração introdutória do Presidente do BCE na conferência de imprensa do BCE de 4 de abril de 2013, disponível no sítio *web* do BCE, em www.ecb.europa.eu

⁽⁴⁾ Ver os «*Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems*» [Princípios básicos para a eficácia dos sistemas de seguro de depósito], de novembro de 2014, p. 8, da *International Association of Deposit Insurers* [Associação Internacional de Seguradoras de Depósitos]. Por exemplo, a preferência geral (nacional) dos depositantes encontra-se incorporada, desde 1993, na legislação dos EUA, nos termos da qual, na liquidação de uma instituição de depósito insolvente segurada, todos os depósitos nacionais da instituição têm preferência legal sobre todos os seus outros passivos gerais ou seniores. Ver os artigos 1821(d)(11)(A) e 1813(l)(5)(A) do título 12, capítulo 16, do Código dos Estados Unidos da América (U.S. Code).

⁽⁵⁾ Ver o ponto 3.1.3 do Parecer CON/2016/28.

⁽⁶⁾ Ver artigo 91.º da Lei bancária italiana (Decreto legislativo n.º 385, de 1 de setembro de 1993); artigo 207.º da lei eslovena sobre a resolução e liquidação de bancos (Jornal oficial n.º 44/2016); e artigo 145.º-A da Lei bancária grega (Lei 4261/2014).

- 2.3.2. O BCE observa que a atribuição de uma posição de prioridade mais elevada a todos os depósitos deverá, em princípio, melhorar a implementação do instrumento de recapitalização interna em caso de resolução, porque a autoridade de resolução poderá utilizar para efeitos de recapitalização interna outros instrumentos de dívida sénior bancários não garantidos antes dos depósitos, minimizando simultaneamente o risco dos pedidos de indemnização com base no princípio de que «nenhum credor deverá ficar em pior situação do que aquela em que ficaria ao abrigo de um processo normal de insolvência» («no creditor worse off»). Considera-se que a utilização para efeitos de recapitalização interna dos referidos instrumentos de dívida sénior bancários não garantidos envolve um risco de contágio inferior ao de passivos operacionais como os depósitos. Por conseguinte, a instituição de uma preferência geral dos depositantes poderá tornar mais eficaz e mais credível a utilização para efeitos de recapitalização interna dos instrumentos de dívida sénior bancários não garantidos, fomentando deste modo medidas de resolução efetivas e reduzindo a necessidade de recorrer ao fundo de resolução ⁽¹⁾.
- 2.3.3. Para além de melhorar a resolubilidade, a instituição em toda a União de uma preferência geral dos depositantes, baseada numa abordagem por níveis, fomentaria uma maior harmonização na União da hierarquização dos créditos nos processos de insolvência bancária ⁽²⁾.
- 2.3.4. O regime atual da Diretiva 2014/59/UE exige que os Estados-Membros assegurem que, na legislação nacional que rege os processos normais de insolvência, seja atribuída uma posição de prioridade mais elevada aos depósitos até ao nível de cobertura de 100 000 EUR («depósitos cobertos»), garantidos pelo sistema de garantia de depósitos (SGD) ⁽³⁾, do que aos demais créditos não garantidos. Uma prioridade de segunda ordem é atribuída aos depósitos elegíveis detidos por pessoas singulares e por micro, pequenas e médias empresas que excedam o nível de cobertura de 100 000 EUR ⁽⁴⁾. Os depósitos das grandes empresas têm uma posição de prioridade inferior, normalmente equivalente a outros créditos de credores ordinários sem garantias da instituição de crédito de acordo com as legislações nacionais. O BCE entende que a posição de outros créditos privilegiados, tais como créditos fiscais e laborais, é determinada pelas legislações nacionais aplicáveis. Poderia instituir-se uma preferência geral dos depositantes, baseada numa abordagem por níveis, mediante a introdução, no artigo 108.º de Diretiva 2014/59/UE, de uma posição de prioridade de terceira ordem em relação a outros depósitos, tais como os depósitos de grandes empresas, e os depósitos de instituições de crédito, organismos de investimento coletivo, fundos de pensões, etc., os quais teriam uma posição inferior à dos depósitos cobertos e à de determinados depósitos elegíveis com preferência, mas superior à de outros passivos privilegiados ⁽⁵⁾.

2.4. *Tratamento dos instrumentos de fundos próprios de nível 2*

Apesar das melhorias que se pretende introduzir com a diretiva proposta, a atual fragmentação dos regimes nacionais de insolvência pode continuar a criar dificuldades. É o que se passa, em especial, em relação ao tratamento dos instrumentos de fundos próprios de nível 2 e outros passivos subordinados em caso de insolvência e de resolução. Enquanto alguns regimes nacionais de insolvência distinguem entre o nível hierárquico dos instrumentos de fundos próprios de nível 2 e o de outros passivos subordinados em caso de insolvência, outros ordenamentos jurídicos colocam uns e outros a um mesmo nível. O que pode complicar o exercício dos poderes de recapitalização interna, como a redução e a conversão, pelas autoridades de resolução, ao abrigo da Diretiva 2014/59/UE, uma vez que os instrumentos de fundos próprios de nível 2 devem ser objeto de recapitalização interna antes da dívida subordinada se esta última não for constituída por fundos próprios adicionais de nível 1 ou fundos próprios de nível 2 ⁽⁶⁾. É necessário procurar uma maior harmonização nesta área, exigindo, nomeadamente, o alinhamento dos regimes nacionais de insolvência de modo a que os instrumentos de fundos próprios de nível 2 recebam um tratamento diferente e sejam hierarquizados a um nível inferior ao de outros passivos subordinados. Uma outra questão que deveria ser objeto de ulterior reflexão é a posição dos passivos intragrupo na hierarquia dos créditos em caso de insolvência bancária.

2.5. *Efeito sobre a elegibilidade dos instrumentos de dívida como ativos de garantia das operações de crédito do Eurosistema*

O BCE chama a atenção para as possíveis implicações da subordinação dos instrumentos de dívida sénior a outros instrumentos de dívida do mesmo emitente para a elegibilidade dos primeiros como ativos de garantia

⁽¹⁾ Ver os pontos 3.1.2 do Parecer CON/2016/28 e 3.7.1 do Parecer CON/2015/35.

⁽²⁾ Ver ponto 3.7.3 do Parecer CON/2015/35.

⁽³⁾ Refira-se que o SGD goza da mesma posição de prioridade quando se sub-roga nos direitos e obrigações dos depositantes na sequência do reembolso de depósitos cobertos.

⁽⁴⁾ A mesma posição de prioridade é também atribuída aos depósitos que seriam elegíveis para cobertura ao abrigo do SGD se não tivessem sido efetuados por sucursais de instituições de crédito da União localizadas num ordenamento jurídico que não é um Estado-Membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu.

⁽⁵⁾ Determinadas instituições de crédito mais pequenas podem recorrer predominantemente a depósitos elevados (ou seja, depósitos acima dos 100 000 EUR de entidades que não sejam pessoas singulares ou micro, pequenas e médias empresas), com um prazo de vencimento residual não inferior a um ano de modo a cumprirem o MREL, desde que a autoridade de resolução não imponha um requisito de subordinação. O BCE observa que a Comissão propõe a alteração do artigo 45.º, n.º 4, alínea f), e a introdução de um novo artigo 45.º-B na Diretiva 2014/59/UE [que remete para os novos artigos 72.º-A e 72.º-B do Regulamento (UE) n.º 575/2013], e que estas alterações propostas não impedem a utilização de grandes depósitos de empresas com um prazo de vencimento residual não inferior a um ano para efeitos de cumprimento do MREL, tal como sucede no regime atual.

⁽⁶⁾ Ver artigo 48.º, n.º 1, da Diretiva 2014/59/UE.

das operações de crédito do Eurosistema. A Orientação (UE) 2015/510 do Banco Central Europeu (BCE/2014/60) ⁽¹⁾ estabelece um quadro único aplicável no Eurosistema aos ativos que podem ser submetidos como garantias elegíveis de tais operações. Para serem elegíveis como ativos de garantia, os ativos transacionáveis devem ser instrumentos de dívida que cumpram os critérios de elegibilidade previstos na referida orientação. Nos termos do artigo 64.º da orientação, «os instrumentos de dívida elegíveis não podem conferir direitos ao capital e/ou aos juros, que estejam subordinados aos direitos dos detentores de outros instrumentos de dívida do mesmo emitente» ⁽²⁾.

2.6. *Observações técnicas e propostas de redação*

Nos casos em que o BCE recomenda alterações à diretiva proposta, as sugestões de reformulação específicas constam de um documento técnico de trabalho separado, acompanhadas de um texto explicativo para o efeito. O documento técnico de trabalho está disponível, na versão inglesa, no sítio *web* do BCE.

Feito em Frankfurt am Main, em 8 de março de 2017.

O Presidente do BCE

Mario DRAGHI

⁽¹⁾ Orientação (UE) 2015/510 do Banco Central Europeu, de 19 de dezembro de 2014, relativa ao enquadramento para a implementação da política monetária do Eurosistema (BCE/2014/60) (JO L 91 de 2.4.2015, p. 3).

⁽²⁾ Ver, em especial, o ponto 3.3 do Parecer CON/2016/7.