

## III

(Atos preparatórios)

## BANCO CENTRAL EUROPEU

### PARECER DO BANCO CENTRAL EUROPEU

de 18 de julho de 2018

sobre uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à lei aplicável à oponibilidade a terceiros das cessões de créditos

(CON/2018/33)

(2018/C 303/02)

#### Introdução e base jurídica

Em 12 de março de 2018, a Comissão Europeia adotou uma proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à lei aplicável à oponibilidade a terceiros das cessões de créditos (a seguir «regulamento proposto») <sup>(1)</sup>. O Banco Central Europeu (BCE) considera que o regulamento proposto pertence ao âmbito das suas atribuições e decidiu, por conseguinte, exercer a faculdade que lhe é conferida no artigo 127.º, n.º 4, segunda frase, e no artigo 282.º, n.º 5, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir «Tratado») de apresentar o seu parecer.

A competência do BCE para emitir parecer baseia-se no artigo 127.º, n.º 4, e no artigo 282.º, n.º 5, do Tratado, uma vez que o regulamento proposto contém disposições com implicações para a) a atribuição fundamental do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC) de implementar a política monetária da União nos termos do artigo 127.º, n.º 2, do Tratado, na medida em que afeta os interesses dos bancos centrais do SEBC relativos à cobertura por garantia das operações de crédito do Eurosistema; e b) a contribuição do SECB para a boa condução das políticas desenvolvidas pelas autoridades competentes no que se refere à estabilidade do sistema financeiro, nos termos do artigo 127.º, n.º 5. O presente parecer foi aprovado pelo Conselho do BCE, em conformidade com o disposto no primeiro período do artigo 17.º- 5 do Regulamento Interno do Banco Central Europeu.

#### 1. Observações genéricas

1.1. A cessão de créditos é um dos mecanismos utilizados pelos participantes nos mercados financeiros para obter liquidez e/ou acesso a crédito necessários ao exercício das respetivas atividades económicas. Atualmente, os efeitos patrimoniais da cessão de créditos são regidos por leis nacionais, não havendo coerência entre os diferentes Estados-Membros. Mais especificamente, em relação aos créditos que são empréstimos bancários, embora alguns aspetos importantes tenham sido harmonizados pela Diretiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho <sup>(2)</sup>, a validade da cessão desses créditos e a constituição de direitos de garantia sobre os mesmos continuam sujeitas ao direito nacional <sup>(3)</sup>. Sem harmonização, os operadores económicos da União Europeia não podem saber quais são os requisitos aplicáveis à cessão de um crédito ou à sua utilização como garantia de um crédito no contexto de uma transação transfronteiras <sup>(4)</sup>. Além disso, embora já tenha sido alcançado um certo grau de harmonização nos termos do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho <sup>(5)</sup>, a disposição não designa a lei aplicável a todos os efeitos *in rem* da cessão de créditos <sup>(6)</sup>. A incerteza quanto à lei

<sup>(1)</sup> COM(2018) 96 final.

<sup>(2)</sup> Diretiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho de 2002, relativa aos acordos de garantia financeira (JO L 168 de 27.6.2002, p. 43).

<sup>(3)</sup> O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2002/47/CE permite aos Estados-Membros conservar as normas nacionais em matéria de constituição, validade, conclusão, exequibilidade ou admissibilidade enquanto prova de um acordo de garantia financeira ou de prestação de uma garantia financeira ao abrigo de um acordo de garantia financeira que existiam antes da adoção da Diretiva 2002/47/CE.

<sup>(4)</sup> A exposição de motivos do regulamento proposto refere corretamente que «é importante que não haja dúvidas quanto ao titular do crédito após uma cessão de créditos transfronteiriça, tanto para os participantes nos mercados financeiros como para a economia real» (v. p. 8).

<sup>(5)</sup> Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) (JO L 177 de 4.7.2008, p. 6).

<sup>(6)</sup> Isto não obstante o considerando 38 do Regulamento (CE) n.º 593/2008 referir que, no contexto da cessão de créditos, o n.º 1 do artigo 14.º também se aplica aos aspetos reais de uma cessão, entre o cedente e o cessionário.

aplicável no contexto da cessão transfronteiras de créditos suscita riscos para os participantes nos mercados financeiros, tanto de natureza jurídica como de natureza financeira, cuja mitigação implica custos acrescidos para as transações financeiras e dificuldades na realização do crédito nas situações de insolvência do cedente. A incerteza quanto à lei aplicável em matéria de direitos reais à cessão transfronteiras de créditos pode desencorajar as cessões de crédito, privando os participantes nos mercados financeiros do acesso ao crédito para a prossecução de oportunidades de negócio.

- 1.2. O BCE toma nota do regulamento proposto, que procura abordar a questão da determinação da lei que regula a oponibilidade a terceiros das cessões de créditos, e a prioridade do crédito cedido sobre os créditos de terceiros relativos ao objeto da cessão. Ao completar o artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008, que não regula estes aspetos específicos, o regulamento proposto procura estabelecer regras para a determinação da lei aplicável às questões acima referidas. Deste modo, também ajuda a promover a promover o investimento transfronteiras, em consonância com um dos objetivos prosseguidos pela União mediante a União dos Mercados de Capitais, conforme já anteriormente comunicado pelo Eurosistema <sup>(1)</sup>.

## 2. Observações específicas

- 2.1. A regra geral ao abrigo do regulamento proposto é a de que a oponibilidade a terceiros das cessões de créditos deve ser regida pela lei do país da «residência habitual» do cedente. O BCE observa que o artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 remete, em relação a determinados aspetos, para a lei que regula o acordo de cessão e, em relação a outros, para a lei que regula o crédito cedido. A regra geral ao abrigo do regulamento proposto remete para uma terceira jurisdição, a da residência habitual do cedente. Embora seja juridicamente possível, a regra proposta apresenta alguns problemas, sobretudo nas situações em que os créditos sobre terceiros são utilizados como garantias financeiras na aceção do artigo 1.º, n.º 4, alínea a), da Diretiva 2002/47/CE. De facto, a remissão para a lei de uma terceira jurisdição agrava o ónus legal da diligência devida sobre os beneficiários das garantias sempre que os créditos sobre terceiros, i. e., os empréstimos bancários, sejam mobilizados como garantia numa base transfronteiriça.
- 2.2. A exposição de motivos do regulamento proposto refere que cerca de 22 % das operações de refinanciamento do Eurosistema são garantidas por créditos sobre terceiros, totalizando cerca de 380 mil milhões de EUR no segundo trimestre de 2017, dos quais cerca de 100 mil milhões representam créditos sobre terceiros mobilizados numa base transfronteiriça <sup>(2)</sup>. Uma vez que o regulamento proposto afeta os interesses dos bancos centrais enquanto beneficiários das garantias, i. e. enquanto cessionários de créditos, o BCE convida o Conselho a considerar a introdução, no artigo 4.º, n.º 2, do regulamento proposto (que procura criar um regime especial no domínio das finanças ao prever a aplicação da lei que regula o crédito em determinadas situações), de um aperfeiçoamento no sentido de que a lei aplicável ao crédito também regularia a oponibilidade a terceiros das cessões de créditos sobre terceiros, i. e. dos empréstimos bancários.
- 2.3. O BCE refere o acervo em matéria de conflitos de leis por força do artigo 9.º da Diretiva 2002/47/CE, nos termos do qual se aplica às garantias sob a forma de títulos escriturais em agrupamentos transfronteiras a lei de uma única jurisdição, a saber, a lei da jurisdição da conta onde os títulos são detidos em custódia. Esta regra, cujo objetivo é o de facilitar as operações financeiras transfronteiras de constituição em garantia de títulos, reflete o acervo ao abrigo do artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho <sup>(3)</sup> que também prevê a aplicabilidade de uma única lei – a do país da conta de referência. O BCE recorda, a este respeito, que quando a Diretiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho <sup>(4)</sup> foi adotada, para incluir designadamente os créditos sobre terceiros (i. e., os empréstimos bancários) no âmbito de aplicação da Diretiva 2002/47/CE, o artigo 9.º da mesma diretiva não foi alterado, uma vez que as negociações sobre o conteúdo do artigo 14.º do Regulamento (CE) n.º 593/2008 ainda estavam em curso. Tendo em conta o acervo e, em especial, o artigo 9.º da Diretiva 2002/47/CE e o artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva 98/26/CE, há motivos fortes para definir uma única jurisdição aplicável aos créditos sobre terceiros, tal como fez o legislador da União em relação às garantias sob a forma de títulos escriturais. Tendo em conta o artigo 14.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 593/2008 e o artigo 4.º, n.º 2,

<sup>(1)</sup> V. Comissão Europeia, «Livro Verde – Construção de uma União dos Mercados de Capitais» [COM(2015) 63 final, Bruxelas, 18.2.2015]. V. também Banco Central Europeu, «Building a Capital Markets Union – Eurosystem contribution to the European Commission's Green Paper», 2015.

<sup>(2)</sup> Página 2 e nota de rodapé 10 da exposição de motivos do regulamento proposto. Importa observar que no final do segundo trimestre de 2017 o montante das operações de crédito do Eurosistema garantidas por créditos sobre terceiros e mobilizadas numa base transfronteiriça era substancialmente inferior ao montante indicado.

<sup>(3)</sup> Diretiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 1998, relativa ao caráter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários (JO L 166 de 11.6.1998, p. 45).

<sup>(4)</sup> Diretiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de maio de 2009 que altera a Diretiva 98/26/CE relativa ao caráter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários e a Diretiva 2002/47/CE relativa aos acordos de garantia financeira, no que diz respeito a sistemas ligados e a créditos sobre terceiros (JO L 146 de 10.6.2009, p. 37).

do regulamento proposto, a forma mais eficaz de minimizar o número de leis aplicáveis aos créditos sobre terceiros seria remeter, também no caso dos empréstimos bancários, para a lei do crédito cedido. Tal permitiria obter um grau de segurança jurídica e de simplicidade nos empréstimos bancários mobilizados como garantia semelhante ao alcançado no caso das operações de constituição em garantia de títulos.

- 2.4. A exposição de motivos do regulamento proposto observa que as normas de conflitos de leis do regulamento proposto, por um lado, e as normas de conflitos de leis da Diretiva 2002/47/CE, da Diretiva 98/26/CE e da Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho<sup>(1)</sup>, por outro, não se sobrepõem, uma vez que o primeiro se aplica a créditos e o segundo a valores mobiliários escriturais e instrumentos cuja existência ou transferência pressupõe a respetiva inscrição num registo, conta ou sistema de depósito centralizado<sup>(2)</sup>. Não obstante, o BCE aproveita a ocasião para voltar a levantar uma questão relativa à Diretiva 2002/47/CE, que é muito importante para o Eurosistema, respeitante à aceitação dos créditos sobre terceiros como garantia nas operações de crédito do Eurosistema. O BCE recorda que a Diretiva 2002/47/CE foi alterada pela Diretiva 2009/44/CE com o objetivo específico de facilitar a utilização dos créditos sobre terceiros como garantia pelos bancos centrais. O BCE emitiu um parecer sobre estas alterações<sup>(3)</sup> no qual abordou a questão da «heterogeneidade das normas que regem os créditos sobre terceiros nas diferentes jurisdições da UE» e assinalou a «[grande importância] para o Eurosistema [de] poder utilizar os créditos sobre terceiros como garantia ao abrigo do regime estabelecido pela Diretiva 2002/47/CE, facilitando assim o tratamento operacional informal e eficiente desse tipo de ativos, nomeadamente através de meios eletrónicos, incluindo em agrupamentos transfronteiras».
- 2.5. Embora o regulamento proposto tenha exclusivamente por objeto o conflito de leis e não questões de direito substantivo, o BCE reitera as suas observações anteriores no que diz respeito a um dos riscos que decorrem da mobilização de créditos sobre terceiros como garantia a favor dos bancos centrais, tanto nas jurisdições da área do euro, como a nível da União, a saber o risco de que sejam exercidos direitos de compensação por terceiros devedores (ou garantantes) desses créditos sobre terceiros em relação aos montantes devidos a esses terceiros pelos credores desses créditos. Este risco pode reduzir significativamente o valor do crédito sobre terceiro e comprometer a sua «adequação» enquanto ativo de garantia nos termos do artigo 18.º-1 dos Estatutos do Sistema Europeu dos Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (a seguir «Estatutos do SEBC»). Se um banco central desejar realizar um crédito sobre terceiro, em caso de incumprimento da contraparte, a possibilidade de compensação poderá implicar a perda total ou parcial do valor de garantia do crédito sobre terceiro. O artigo 3.º, n.º 3, alínea i), da Diretiva 2002/47/CE, introduzido pela Diretiva 2009/44/CE, só aborda a questão da compensação de uma forma limitada. Vários Estados-Membros introduziram legislações que colmatam este risco, excluindo os direitos de compensação em relação aos créditos sobre terceiros mobilizados como garantia nas operações de crédito com bancos centrais do SEBC<sup>(4)</sup>.
- 2.6. O BCE considera que o objetivo de excluir os riscos de compensação associados à aceitação de créditos sobre terceiros como ativos de garantia nas operações de crédito do Eurosistema é legítimo e está totalmente de acordo com os Estatutos do SEBC. A proteção do Eurosistema contra eventuais perdas resultantes da aceitação de tais ativos de garantia está estreitamente ligada à obrigação prevista no segundo travessão do artigo 18.1 dos Estatutos do SEBC, nos termos da qual os empréstimos bancos centrais do SEBC devem ser adequadamente garantidos. Além disso, a resolução adequada dos riscos de compensação também facilita a manutenção da elegibilidade dos créditos sobre terceiros como garantia nas operações de crédito do Eurosistema e contribui, deste modo, para a eficácia da transmissão da política monetária à economia real<sup>(5)</sup>. O BCE convida o Conselho a ponderar a adoção de uma alteração da Diretiva 2002/47/CE que exclua a possibilidade de o devedor (ou garante) de um crédito sobre terceiro entregar como garantia a um banco central no contexto das operações de crédito do Eurosistema exercer qualquer direito de compensação que possa ter contra o mutuante inicial por força desse crédito. Para minimizar o montante das eventuais perdas em caso de realização, esta exclusão deve também incluir qualquer terceiro a quem o crédito sobre terceiro seja subsequentemente cedido por um banco central do Eurosistema<sup>(6)</sup>.

Nos casos em que o BCE recomenda alterações ao regulamento proposto, 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, em versão inglesa, no sítio Web do BCE.

<sup>(1)</sup> Diretiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito (JO L 125 de 5.5.2001, p. 15).

<sup>(2)</sup> V. página 11 da exposição de motivos do regulamento proposto.

<sup>(3)</sup> V. ponto 9.1 do Parecer CON/2008/37.

<sup>(4)</sup> V., em especial, por exemplo, o ponto 2 da secção I do artigo L. 141-4 do Código monetário e financeiro francês, introduzido pelo artigo 53.º da Lei n.º 2016-1691, de 9 de dezembro de 2016; o artigo 26.º do decreto-lei italiano n.º 237, de 23 de dezembro de 2016, convertido em Lei pela Lei de 17 de fevereiro de 2017, n.º 15; artigo 22-1.º, n.º 4, da Lei de 23 de dezembro de 1998 relativa ao estatuto monetário e ao Banco Central do Luxemburgo; v. também os pontos 2.1 a 2.2 do Parecer CON/2006/56; ponto 2.3 do Parecer CON/2016/37; e ponto 5.1 do Parecer CON/2017/1.

<sup>(5)</sup> V. ponto 2.2 do Parecer CON/2016/37; ponto 5.1 do Parecer CON/2017/1.

<sup>(6)</sup> V. ponto 2.5 do Parecer CON/2016/37.

O presente parecer será publicado no sítio Web do BCE.

Feito em Frankfurt am Main, em 18 de julho de 2018.

*O Presidente do BCE*

Mario DRAGHI

---