



COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 23.4.2008
COM(2008)213 final

2008/0082 (COD)

Proposta de

DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

que altera, no respeitante aos sistemas interligados e aos créditos sobre terceiros, a Directiva 98/26/CE relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários e a Directiva 2002/47/CE relativa aos acordos de garantia financeira

[SEC(2008)491]

[SEC(2008)492]

(apresentada pela Comissão)

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DA PROPOSTA

1.1. Justificação e objectivos da proposta

O principal objectivo da proposta é adaptar à recente evolução do mercado e da regulamentação a directiva relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários (DCDL) e a directiva relativa aos acordos de garantia financeira (DAGF). Trata-se, em primeiro lugar, de alargar a protecção da DCDL à liquidação nocturna e à liquidação entre sistemas interligados, dado que em aplicação da Directiva 2004/39/CE relativa aos mercados de instrumentos financeiros¹ (a seguir designada DMIF) e do código de conduta europeu no domínio da compensação e da liquidação (a seguir designado «Código») se prevê um aumento da interligação e da interoperabilidade dos sistemas. Em segundo lugar, é preciso alargar o âmbito da protecção proporcionada por ambas as directivas de forma a incluir novos tipos de activos (ou seja, créditos sobre terceiros elegíveis para a cobertura por garantia das operações de crédito de bancos centrais), a fim de facilitar a sua utilização em toda a Comunidade. Por fim, a proposta pretende introduzir diversas simplificações e clarificações que facilitem a aplicação da DAGF e da DCDL.

As recentes perturbações financeiras, ainda em curso, constituem mais um argumento a favor da proposta, uma vez que as soluções nela apontadas contribuiriam grandemente para reforçar os instrumentos de gestão da instabilidade e das perturbações nos mercados financeiros. Por exemplo, a criação de um enquadramento jurídico comunitário harmonizado para a utilização de créditos sobre terceiros a título de garantia nas transacções transfronteiras ajudaria a reforçar a liquidez do mercado, seriamente afectada nos últimos meses. Além disso, dada a rápida evolução dos mercados, a garantia do bom funcionamento dos sistemas de liquidação é indispensável para a estabilidade dos mercados financeiros, sobretudo em períodos de turbulência.

1.2. Contexto geral

Novos tipos de activos, tais como os empréstimos bancários ou «créditos sobre terceiros», tornaram-se nos últimos anos uma importante fonte de operações de garantia, cada vez mais numerosas nos mercados financeiros. Em Agosto de 2004, o Conselho de Governadores do Banco Central Europeu decidiu reconhecer os créditos sobre terceiros como um tipo de garantia elegível para efeitos das operações de crédito do Euro-sistema a partir de 1 de Janeiro de 2007. Alguns Estados-Membros, contudo, aceitavam já os créditos sobre terceiros, embora a coberto de diferentes regimes jurídicos – trata-se da França, da Alemanha, da Espanha, da Áustria e dos Países Baixos. A fim de criar condições de concorrência equitativas entre bancos

¹ JO L ...

centrais e fomentar a utilização transfronteiras das garantias, é necessário harmonizar o respectivo quadro jurídico².

Outra importante novidade nos mercados financeiros é o número crescente de ligações entre sistemas. Prevê-se que esta tendência se mantenha, ou até se acelere, com a introdução do Código adoptado pelos prestadores de serviços de infra-estruturas centrais do mercado em 7 de Novembro de 2006³. O objectivo do Código é melhorar a eficiência dos sistemas de compensação e de liquidação europeus, tornando acessíveis na prática as opções teoricamente asseguradas ao utilizador pelos artigos 34.º e 46.º da DMIF. Os princípios gerais enunciados no capítulo IV do Código e as normas de execução contidas na orientação em matéria de acesso e de interoperabilidade⁴, apresentada pelos prestadores de serviços de infra-estruturas em Junho de 2007, permitem ao utilizador escolher o prestador de serviços porque tornam mais fácil, para os sistemas, estabelecer interligações, ou seja, aceder a sistemas em mercados estrangeiros e tornar-se interoperáveis com eles. Para salvaguardar os objectivos da DCDL nesta nova situação, a proposta adapta a directiva a este novo mercado, caracterizado por um número crescente de interligações.

1.3. Coerência com outras políticas e com os objectivos da União

As directivas relativas ao carácter definitivo da liquidação e aos acordos de garantia financeira constituem os principais instrumentos comunitários no domínio da garantia financeira, da compensação e da liquidação. As alterações propostas são coerentes com as disposições da DMIF e, em certa medida, com disposições específicas respeitantes aos rácios de solvabilidade das directivas 2006/48/CE e 2006/49/CE⁵, relativas aos requisitos de fundos próprios. Algumas disposições da Directiva 2001/24/CE⁶ relativa à liquidação das instituições de crédito e do Regulamento 1346/2000⁷ relativo à insolvência têm também implicações nos acordos de garantia.

Não existe, no entanto, um quadro comunitário para o tratamento dos direitos sobre os valores mobiliários detidos por um intermediário. A Comissão, reconhecendo que esta ausência pode constituir um risco jurídico em transacções transfronteiras, criou em Janeiro de 2005 o Grupo «Segurança jurídica», que deverá aconselhá-la quanto ao quadro jurídico adequado. O grupo deverá apresentar até ao fim de 2008 o seu relatório final, que virá complementar a directiva relativa aos acordos de garantia financeira e a directiva relativa ao carácter complementar da liquidação, bem como as alterações previstas na presente proposta. Simultaneamente, a nível internacional, a UNIDROIT – Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – tenciona reunir, em Setembro de 2008, uma conferência diplomática com vista a

² Directiva 2002/47/CE relativa aos acordos de garantia financeira, JO L 168 de 27.6.2002, p. 43 e Directiva 98/26/CE relativa ao carácter definitivo da liquidação, JO L 166 de 11.6.1998, p. 45.

³ O Código de conduta encontra-se na página *Web* da Comissão Europeia:
http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf

⁴ A orientação foi publicada no sítio *Web* da Comissão:
http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/guideline_en.pdf

⁵ JO L ...

⁶ JO L ...

⁷ JO L ...

concluir uma convenção sobre normas materiais aplicáveis aos valores mobiliários detidos junto de intermediários. As disposições do projecto de convenção inspiram-se, em parte, na directiva relativa aos acordos de garantia financeira e na directiva relativa ao carácter definitivo da liquidação, não devendo dar origem a problemas de incompatibilidade.

Além disso, as disposições respeitantes aos créditos sobre terceiros não procuram atentar contra os direitos do consumidor, em especial os decorrentes da directiva relativa ao crédito ao consumidor, recentemente acordada [...]. O âmbito da presente proposta está limitado aos créditos elegíveis para a cobertura por garantia das operações de crédito de bancos centrais, o que exclui, em princípio, os créditos a particulares. Segundo os critérios de elegibilidade aplicados pelo Euro-sistema, os devedores ou garantes só podem pertencer ao sector público ou ser instituições não financeiras ou instituições internacionais/supranacionais. Acresce que o limiar para todas as operações nacionais será fixado em 500 000 euros a partir de 2012, ao passo que o limite superior previsto para os acordos de crédito ao consumidor é da ordem de 50 000 a 100 000 euros. Para os raros casos em que possam estar implicados créditos aos consumidores – o que, actualmente, não parece acontecer no Euro-sistema – é acrescentada uma disposição que dá precedência à directiva relativa ao crédito aos consumidores.

2. CONSULTA DAS PARTES INTERESSADAS

2.1. Consulta das partes interessadas

Com base nas respostas a um questionário dirigido aos Estados-Membros, a Comissão adoptou em 15 de Dezembro de 2005 o relatório de avaliação da directiva relativa ao carácter definitivo da liquidação⁸. O relatório conclui que a DCDL funciona bem, mas salienta dez questões ligadas à aplicação e à transposição que exigem uma análise mais aprofundada. Na sequência das reacções dos Estados-Membros e do Banco Central Europeu, a Comissão convidou também o sector, os consumidores e outros intervenientes a apresentarem novas contribuições, tendo sido recebidas até 30 de Junho de 2006 sete respostas adicionais.

Para elaborar o seu relatório de avaliação sobre a directiva relativa aos acordos de garantia financeira⁹, de 20 de Dezembro de 2006, a Comissão convidou os Estados-Membros, o Banco Central Europeu e os Estados do EEE, no início de 2006, a responderem a um questionário sobre a transposição e a aplicação daquela directiva. Um questionário mais sucinto foi elaborado para o sector privado. Além das reacções dos Estados-Membros e do BCE, a Comissão recebeu 27 respostas provenientes directamente de um largo leque de intervenientes e organizações importantes dos mercados financeiros. Também o relatório sobre a DCDL conclui que a directiva funciona bem, e sugere o alargamento do seu âmbito de aplicação de forma a abranger os créditos sobre terceiros. No sítio *Web* da DG MARKT¹⁰ foram publicadas informações sobre as duas directivas, as consultas e os relatórios.

⁸ COM(2005) 657

⁹ COM(2006) 833

¹⁰ http://europa.eu.int/comm/internal_market/financial-markets

Ambos os relatórios foram depois discutidos em pormenor com os Estados-Membros e o BCE no Comité Europeu dos Valores Mobiliários (CEVM) e com o sector nos diversos grupos de interessados (por exemplo, o CESAME¹¹). Foi igualmente activado um grupo de trabalho com a participação do BCE e dos bancos centrais nacionais, para analisar especificamente as alterações legislativas referentes aos créditos sobre terceiros.

3. AVALIAÇÃO DO IMPACTO

A Comissão realizou uma avaliação do impacto¹² das diversas opções possíveis para facilitar a utilização dos créditos sobre terceiros como garantia, para garantir a estabilidade dos sistemas de liquidação e para reforçar a segurança jurídica. A Comissão considera que a forma mais lógica e eficiente de atingir tais objectivos é alterar estas directivas, mediante uma directiva modificativa.

4. ELEMENTOS JURÍDICOS DA PROPOSTA

4.1. Base jurídica

A base jurídica da proposta de alteração da Directiva 98/26/CE, relativa ao carácter definitivo da liquidação, e da Directiva 2002/47/CE, relativa aos acordos de garantia financeira, é a mesma que a das duas directivas alteradas, ou seja, o artigo 95.º do Tratado.

4.2. Princípio da subsidiariedade

De acordo com este princípio, só devem ser tomadas medidas legislativas a nível da Comunidade caso os objectivos pretendidos não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros isoladamente. A directiva relativa ao carácter definitivo da liquidação já demonstrou a importância de limitar, através de regras comuns, os riscos sistémicos inerentes a estes sistemas.

Quanto à DAGF, as alterações propostas não interferem com a decisão dos Estados-Membros de autorizar ou não a utilização dos créditos sobre terceiros como garantia; essa decisão é deixada inteiramente ao critério dos Estados-Membros. A proposta limita-se a proporcionar aos créditos sobre terceiros utilizados como garantia o mesmo nível de protecção de que beneficiam os outros tipos de garantia financeira. Além disso, a aplicação de um conjunto de regras harmonizadas às dívidas sobre terceiros utilizadas como garantia facilita a sua utilização em transacções transfronteiras.

Atendendo ao que foi exposto, a proposta está em conformidade com o princípio da subsidiariedade.

¹¹ Grupo consultivo e de acompanhamento em matéria de liquidação e compensação
¹² Ver anexo.

4.3. Princípio da proporcionalidade

A proposta está em conformidade com o princípio da proporcionalidade, uma vez que se limita às alterações estritamente necessárias para permitir a utilização transfronteiras dos créditos sobre terceiros a título de garantia, a interoperabilidade dos sistemas e algumas medidas de simplificação de menor importância.

4.4. Simplificação e clarificação

A proposta introduz nas duas directivas alguns elementos úteis de simplificação e clarificação. Por exemplo, a proposta procura facilitar a utilização de créditos sobre terceiros como garantia, propondo um regime simplificado de comprovativos da prestação de garantia sob a forma de créditos sobre terceiros, em vez de um procedimento moroso (e, por conseguinte, oneroso) baseado na exigência de provas para cada um dos créditos sobre terceiros. A proposta sugere igualmente a supressão da derrogação ao n.º 3 do artigo 4.º da DAGF, nunca utilizada, e procura suprimir as referências ultrapassadas nas duas directivas. Quanto à DCDL, a clarificação das suas disposições simplificará a aplicação da directiva. Por exemplo, a proposta esclarece o âmbito da directiva no que diz respeito às pessoas cobertas, ao incluir claramente no artigo 2.º as instituições de moeda electrónica.

4.5. Escolha dos instrumentos

Dado que o objectivo da medida é alterar duas directivas vigentes, o instrumento proposto é uma directiva, por se tratar do único instrumento que produz o efeito jurídico pretendido.

5. INCIDÊNCIA ORÇAMENTAL

A proposta não tem incidências orçamentais no orçamento comunitário, nem exige recursos humanos ou administrativos suplementares.

6. COMENTÁRIOS AO ARTICULADO DA PROPOSTA

A presente proposta de directiva modificativa diz respeito, antes do mais, à utilização de créditos sobre terceiros como garantia. Em segundo lugar, para além das alterações técnicas, procura tornar os benefícios da directiva relativa ao carácter definitivo da liquidação extensivos a sistemas que funcionam cada vez mais numa base transfronteiras.

6.1. Artigo 1.º: Alterações da Directiva relativa ao carácter definitivo da liquidação («DCDL»)

6.1.1. Artigo 1.º da DCDL

A alínea a) substitui «ecu» por «euro» e a alínea c) inclui agora uma referência ao Banco Central Europeu, de forma a abranger também as respectivas operações.

6.1.2. Artigo 2.º da DCDL

A alínea b) tem várias referências a directivas comunitárias que se tornaram obsoletas e foram substituídas por novas directivas. As alterações sugeridas neste parágrafo são essencialmente redactoriais, mas incluem duas alterações de conteúdo.

Em primeiro lugar, esclarece-se a posição das instituições de moeda electrónica. Conforme sublinha a avaliação da Comissão, tem havido interpretações divergentes, pelos Estados-Membros, quanto à questão de considerar ou não as instituições de moeda electrónica como instituições de crédito. A substituição, na alínea b) do artigo 2.º, da referência à Directiva 77/780/CEE por uma referência ao n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 2006/48/CE – a reformulação consolidada da directiva de 1977 – torna agora claro que o âmbito de aplicação da directiva abrange as instituições de moeda electrónica.

O Código prevê diversas formas de ligação dos sistemas entre si. Três destas são pertinentes, no âmbito da DCDL: acesso normal, acesso personalizado e interoperabilidade. Os sistemas interligados por acesso, ou seja, pelo facto de um sistema se tornar um participante noutro, não são abrangidos pela DCDL, dado que actualmente um «sistema» não pode ser um participante. Esta falta de acesso coloca problemas, já que, não só devido ao Código mas também à DMIF, a necessidade de acesso deverá tornar-se cada vez mais frequente. Consequentemente, a alínea f) é alterada de forma a permitir que um sistema se torne um participante.

A alínea g) define a noção de «participante indirecto». A DCDL permite aos Estados-Membros tornar extensiva aos participantes indirectos a protecção dela decorrente – ou seja, considerar um participante indirecto como participante – desde que considerem que tal se justifica do ponto de vista do risco sistémico. Esta possibilidade, no entanto, só se aplica às instituições de crédito que sejam membros de sistemas de pagamento. Outras instituições, como contrapartes centrais, agentes de liquidação ou câmaras de compensação, não podem ser consideradas como participantes. Além disso, a possibilidade de considerar um participante indirecto como participante não é aplicável aos sistemas de pagamento. Não há qualquer razão objectiva que justifique esta discriminação e, consequentemente, a proposta alarga a definição de participante indirecto.

A alínea h) é uma mera actualização técnica, que substitui a referência à DSI por uma referência à DMIF.

A alínea m) introduz, na definição de «garantia», uma referência explícita aos créditos sobre terceiros elegíveis para a cobertura por garantia das operações de crédito do Euro-sistema, de forma a afastar qualquer possibilidade de incerteza ou de divergência na aplicação pelos Estados-Membros.

A fim de adaptar a DCDL ao aumento provável do número de interligações de interoperabilidade decorrente da DMIF e do Código de conduta, ou a um sistema de pagamentos multilateral como o TARGET2, a (nova) alínea n) introduz uma definição de sistema interoperável que abranja situações em que os sistemas (quer se trate de sistemas de pagamentos, de sistemas de liquidação de valores mobiliários, de câmaras de compensação ou de contrapartes centrais) estão interligados por

interoperabilidade para facilitar a compensação, a liquidação e os acordos de entrega contra pagamento entre sistemas.

A (nova) alínea o) introduz uma definição de operador de sistema, de forma a tornar claro quem é responsável pelo funcionamento do sistema e, por conseguinte, a quem cabe a responsabilidade jurídica desse funcionamento.

6.1.3. *Artigo 3.º da DCDL*

N.º 1: É introduzida uma alteração para suprimir qualquer insegurança quanto à situação dos serviços de liquidação nocturna. Desde a adopção da DCDL, cada vez mais sistemas têm vindo a adoptar dias úteis que começam imediatamente após o fecho do dia útil T-1. Esses sistemas prestam serviços de liquidação nocturna, concebidos sobretudo para a execução de transacções por grosso ou a retalho. Actualmente, existe uma insegurança quanto à protecção integral da liquidação nocturna pela DCDL, uma vez que só estão abrangidas as ordens de transferência executadas no mesmo dia civil («dia da abertura do processo de falência»). Uma leitura restritiva da DCDL pode sugerir que uma ordem de transferência introduzida no sistema no dia T-1 só está protegida se o tratamento do lote estiver concluído antes da meia-noite, e que a mesma ordem num lote tratado depois da meia-noite não está protegida. Uma parte substancial das ordens estaria, assim, fora do âmbito da directiva, pelo que se sugere substituir «dia» por «dia útil, tal como definido nas regras do sistema».

Além disso, é inserida uma referência ao «operador do sistema», de forma a esclarecer a quem compete ter conhecimento da abertura de um processo de falência (ao agente de liquidação, à contraparte central ou à câmara de compensação).

N.º 4 (novo): A fim de adaptar a DCDL às interligações por interoperabilidade que possam vir a concretizar-se devido ao Código, este número procura esclarecer qual o momento da introdução, no caso dos sistemas interoperáveis. Se não estiver perfeitamente claro qual o sistema cujas regras são aplicáveis, a interoperabilidade pode tornar os participantes num sistema, ou até o próprio sistema, vulneráveis ao risco de repercussões de um incumprimento noutra sistema com o qual seja interoperável. A falta de clareza quanto ao sistema cujas regras são aplicáveis torna-se um problema cada vez mais sério, com a procura crescente de interoperabilidade entre os sistemas (fomentada pela DMIF e pelo Código).

6.1.4. *Artigo 5.º da DCDL*

Tal como em relação ao «momento da introdução», propõe-se esclarecer que, no caso dos sistemas interoperáveis, as regras de um sistema respeitantes ao momento da revogação não são afectadas pelas dos outros sistemas com os quais o primeiro é interoperável.

6.1.5. *Artigo 9.º da DCDL*

Muitos sistemas funcionam com base em mecanismos de cobertura por garantia nos quais os participantes prestam garantias ao sistema, muitas vezes de forma automatizada, ou nos quais é estabelecido um conjunto de garantias para salvaguardar a liquidação em caso de incumprimento. Com a interoperabilidade, a

actual redacção da DCDL não protege expressamente esse tipo de prestação de garantia. Sugere-se, por conseguinte, que seja aditada ao n.º 1 uma referência a um sistema.

Além disso, é suprimida a palavra «futuro», empregue duas vezes a propósito do Banco Central Europeu.

6.1.6. *Artigo 10.º da DCDL*

Dadas as alterações agora propostas à alínea o) do artigo 2.º e ao n.º 1 do artigo 3.º, sugere-se que, ao notificar a Comissão dos sistemas, os Estados-Membros indiquem igualmente o respectivo operador. Essa obrigação será aplicável tanto aos sistemas actuais como aos futuros.

6.2. **Artigo 2.º: Alterações à directiva relativa aos acordos de garantia financeira («DAGF»)**

6.2.1. *Artigo 1.º da DAGF «Objecto e âmbito de aplicação»*

O n.º 1 do artigo 2.º tem várias referências a directivas comunitárias que se tornaram obsoletas e foram substituídas por novas directivas. As alterações sugeridas para este número são meras adaptações técnicas.

N.º 4, alínea a), do artigo 1.º: A garantia financeira a prestar consiste em numerário ou instrumentos financeiros. Ao aplicarem a DAGF, três Estados-Membros, a saber, a República Checa, a França e a Suécia, alargaram a certas categorias específicas de créditos, tais como os créditos sobre terceiros, a lista de activos que podem ser aceites a título de garantia nos termos da directiva. Com a presente directiva, os créditos sobre terceiros elegíveis para a cobertura por garantia das operações de crédito de bancos centrais serão aditados à lista, passando a constituir uma terceira categoria, para toda a Comunidade.

N.º 5: Descreve-se um *modus operandi* diferente para o comprovativo da prestação de garantia sob a forma de empréstimos sobre terceiros. Os comprovativos actualmente previstos para a prestação de garantia sob a forma de títulos escriturais ou em numerário não são adequados aos créditos sobre terceiros. Dadas as práticas bastante divergentes e o interesse dos mercados financeiros de disporem de procedimentos simples e funcionais, a inclusão numa lista de créditos apresentada ao beneficiário deve ser suficiente, sem especificar em pormenor a mobilização dos créditos sobre terceiros dados em garantia ou os métodos de identificação. Essa lista pode ser apresentada por escrito ou de uma forma juridicamente equivalente, incluindo por via electrónica, uma vez que alguns bancos centrais nacionais utilizam listas electrónicas.

N.º 6: Contrariamente ao numerário e aos instrumentos financeiros, os empréstimos sobre terceiros não são fungíveis. Assim, um beneficiário da garantia que exerça o direito de disposição não pode devolver uma garantia equivalente ao prestador da garantia no final da transacção. Convém, por conseguinte, tornar claro que o direito de disposição estabelecido no artigo 5.º não é aplicável aos empréstimos sobre terceiros.

6.2.2. *Artigo 2.º da DAGF «Definições»*

N.º 1, alínea b), do artigo 2.º: Na definição de «acordo de garantia financeira com transferência de titularidade» são inseridos os termos «ou o pleno direito à mesma», para distinguir entre a propriedade de numerário ou instrumentos financeiros, por um lado, e o «direito» aos créditos sobre terceiros, por outro.

N.º 1, alínea o), do artigo 2.º: Definição de empréstimo sobre terceiros

Ao n.º 1 do artigo 2.º é aditada uma nova alínea o) que define a noção de «crédito sobre terceiros». A definição proposta é ampla, tendo em conta as diferentes características que podem assumir os créditos sobre terceiros nos diversos ordenamentos jurídicos e mercados da UE.

N.º 2 do artigo 2.º: Neste número esclarece-se que, no caso dos créditos sobre terceiros, não é apenas o próprio crédito, mas também a possibilidade de cobrar os respectivos proveitos até nova ordem, que não deve prejudicar a garantia financeira prestada ao beneficiário da garantia.

6.2.3. *Artigo 3º «Requisitos formais»*

Um dos principais impedimentos à utilização eficiente dos créditos sobre terceiros é a exigência de que a constituição, validade ou admissibilidade enquanto prova da sua utilização a título de garantia financeira no âmbito de um acordo de garantia financeira estejam subordinadas à realização de um acto formal (como o registo ou a notificação prévia do devedor do crédito utilizado como garantia). Vários Estados-Membros (por exemplo, a Finlândia, a Grécia, a Irlanda, a Itália, o Luxemburgo, os Países Baixos e a Eslovénia) exigem a notificação prévia e outros (por exemplo, a Áustria, a Bélgica, a Grécia, a Espanha e a Eslovénia) têm um sistema de notificação. Outros Estados-Membros (por exemplo, a França, a Alemanha, Portugal e o Reino Unido) não têm nem um nem outro.

Com uma nova frase no n.º 1 do artigo 3.º, pretende-se assegurar que a mobilização dos créditos sobre terceiros não possa ser invalidada por não ter sido registada ou por o devedor não ter sido notificado. Não significa isto que o registo ou a notificação do devedor devam ser proibidos; trata-se, sim, de eliminar o risco de invalidação por esse motivo. Em certos ordenamentos jurídicos, pode ser considerado benéfico manter as exigências de registo e de notificação para efeitos diferentes da validade de uma transacção (por exemplo, a oponibilidade).

O n.º 3 do artigo 3.º trata de duas questões adicionais destinadas a facilitar a utilização de créditos sobre terceiros como garantia. A primeira refere-se à possível compensação pelo devedor do crédito utilizado como garantia. Essa possibilidade pode comprometer a situação dos beneficiários da garantia em certos ordenamentos jurídicos, uma vez que a garantia em si pode desaparecer se o devedor exercer os seus direitos de compensação, perante os credores do crédito sobre terceiros e perante as pessoas a favor das quais estes tenham cedido, dado em penhor ou mobilizado de qualquer outra forma, a título de garantia, os créditos sobre terceiros. Por conseguinte, afirma-se que os devedores, se assim desejarem, devem poder prescindir validamente do direito de compensação perante tais pessoas por meio de

um acordo (devendo tal consentimento prevalecer sobre eventuais disposições contrárias na legislação nacional).

A segunda questão diz respeito ao sigilo bancário. Em determinados ordenamentos jurídicos, o fornecimento de informações relativas ao devedor e ao crédito sobre terceiros, pelo banco credor original ao beneficiário da garantia, pode violar restrições impostas pelo sigilo bancário. Haverá, conseqüentemente, quer uma relutância das contrapartes em apresentar créditos sobre terceiros a título de garantia, quer uma incapacidade dos beneficiários da garantia de obterem informações suficientes sobre o empréstimo ou sobre o devedor. Também neste caso, os devedores devem poder, por meio de um acordo, prescindir validamente, relativamente ao credor, dos direitos ligados ao sigilo bancário, para efeitos da mobilização do crédito sobre terceiros.

As disposições acima não devem afectar de modo algum os direitos dos consumidores constantes da proposta de directiva relativa ao crédito aos consumidores. Para protecção dos consumidores, esta última prevê que, caso os direitos do credor sejam cedidos a um terceiro, o consumidor pode exercer em relação ao cessionário qualquer meio de defesa que pudesse invocar perante o credor inicial, incluindo o direito de compensação. Além disso, o consumidor deve ser informado da cessão, a menos que o mutuante inicial continue a assegurar o serviço do crédito perante o consumidor. O consumidor não pode renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força da directiva proposta. A fim de manter este nível de protecção do consumidor, mesmo nos casos em que os acordos de crédito constituam garantias elegíveis, as disposições acima referidas não prejudicam a futura directiva relativa ao crédito ao consumidor.

6.2.4. *Artigo 4º da DAGF «Execução de acordos de garantia financeira»*

N.º 3 do artigo 4.º, «apropriação»: Esta disposição autoriza certos Estados-Membros a não concederem o direito de apropriação ao beneficiário da garantia. Por direito de apropriação entende-se essencialmente o direito de o beneficiário da garantia, na eventualidade de ocorrer um facto que desencadeie a execução e em determinadas condições, conservar os activos como bens próprios em vez de proceder à sua alienação. Todavia, nenhum Estado-Membro recorreu a esta possibilidade. Conseqüentemente, todos os Estados-Membros reconhecem agora o direito de apropriação do beneficiário da garantia na eventualidade de ocorrer um facto que desencadeie a execução. O n.º 3 do artigo 4.º tornou-se, portanto, obsoleto e foi suprimido por razões de simplificação.

Proposta de

DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

que altera, no respeitante aos sistemas interligados e aos créditos sobre terceiros, a Directiva 98/26/CE relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários e a Directiva 2002/47/CE relativa aos acordos de garantia financeira

(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 95.º,

Tendo em conta a proposta da Comissão¹³,

Tendo em conta o parecer do Banco Central Europeu¹⁴,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu¹⁵,

Deliberando nos termos do artigo 251.º do Tratado¹⁶,

Considerando o seguinte:

- (1) A Directiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio 1998, relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários¹⁷ estabeleceu um regime segundo o qual o carácter definitivo das ordens de transferência e da compensação, bem como a exigibilidade das garantias constituídas, são garantidos relativamente a participantes nacionais e estrangeiros nos sistemas de pagamento e liquidação de valores mobiliários.
- (2) O relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a avaliação da Directiva 98/26/CE relativa ao carácter definitivo da liquidação¹⁸ concluiu que a directiva funciona bem, em geral. Salientou o facto de poderem estar a decorrer importantes alterações na área dos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários e concluiu também que é necessário clarificar e simplificar a Directiva 98/26/CE.

¹³ JO C [...] de [...], p. [...].

¹⁴ JO C [...] de [...], p. [...].

¹⁵ JO C [...] de [...], p. [...].

¹⁶ JO C [...] de [...], p. [...].

¹⁷ JO L 166 de 11.6.1998, p. 45.

¹⁸ COM(2005) 657 final/2 de 4.7.2006.

- (3) A principal alteração, contudo, é o número crescente de ligações entre sistemas que, aquando da redacção da Directiva 98/26/CE, funcionavam quase exclusivamente a nível nacional e de forma independente. Trata-se de uma das consequências da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros, que altera as Directivas 85/611/CEE e 93/6/CEE do Conselho e a Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Directiva 93/22/CEE do Conselho¹⁹ e do Código de conduta europeu no domínio da compensação e da liquidação²⁰. Em adaptação a essa evolução, é conveniente clarificar o conceito de sistema interoperável e a responsabilidade dos operadores de sistemas.
- (4) A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho de 2002, relativa aos acordos de garantia financeira²¹ estabeleceu um quadro jurídico comunitário uniforme para a utilização (transfronteiras) das garantias financeiras, suprimindo assim a maioria dos requisitos formais tradicionalmente impostos aos acordos de garantia.
- (5) O Conselho de Governadores do Banco Central Europeu decidiu reconhecer os créditos sobre terceiros como um tipo de garantia elegível para efeitos das operações de crédito do Euro-sistema a partir de 1 de Janeiro de 2007 e, para maximizar o impacto económico desta medida, o Banco Central Europeu recomendou uma extensão da cobertura jurídica da Directiva 2002/74/CE. No seu relatório ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a avaliação da Directiva 2002/47/CE, relativa aos acordos de garantia financeira²², a Comissão abordou esta questão e subscreveu o parecer do Banco Central Europeu. A utilização dos créditos sobre terceiros aumentará o conjunto das garantias disponíveis, ao passo que a harmonização das disposições jurídicas da Directiva 2002/47/CE constituirá mais um contributo para o reforço da igualdade das condições de concorrência entre as instituições de crédito em todos os Estados-Membros. A maior facilidade de utilização dos créditos sobre terceiros a título de garantia seria também benéfica para os consumidores/devedores, dado que poderia, em última instância, traduzir-se numa maior concorrência e numa melhoria da oferta de crédito.
- (6) A fim de facilitar a utilização dos créditos sobre terceiros, é importante abolir ou proibir quaisquer disposições administrativas, tais como a obrigação de notificação ou de registo, que tornem impraticável a cessão de créditos sobre terceiros. Da mesma forma, para não comprometer a situação dos beneficiários da garantia, os devedores devem poder prescindir validamente do direito de compensação perante os credores. Pela mesma razão, é necessário introduzir a possibilidade de o devedor prescindir do sigilo bancário já que, de outro modo, o beneficiário da garantia pode não dispor de informações suficientes para avaliar correctamente o valor dos créditos subjacentes. [As presentes disposições não prejudicam a directiva relativa ao crédito ao consumidor [.....]].

¹⁹ JO L 149 de 30.10.2004, p. 1. Directiva com a última redacção que lhe foi dada pela Directiva 2007/44/CE (JO L 247 de 21.9.2007, p. 1).

²⁰ <http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf>

²¹ JO L 168 de 27.6.2002, p. 43.

²² COM(2006) 833 final de 20.12.2006.

- (7) Os Estados-Membros não recorreram à possibilidade, nos termos do n.º 3 do artigo 4.º da Directiva 2002/47/CE, de não concederem o direito de apropriação ao beneficiário da garantia. É, pois, conveniente suprimir essa disposição.
- (8) As Directivas 98/26/CE e 2002/47/CE devem, por conseguinte, ser alteradas em conformidade,

APROVARAM A PRESENTE DIRECTIVA:

Artigo 1.º

Alterações à Directiva 98/26/CE

A Directiva 98/26/CE é alterada do seguinte modo:

- (1) O artigo 1.º é alterado do seguinte modo:
- (a) Na alínea a), o termo «ecu» é substituído pelo termo «euro»;
- (b) Na alínea c), o segundo travessão passa a ter a seguinte redacção:
- «- das operações dos bancos centrais dos Estados-Membros ou do Banco Central Europeu, na sua qualidade de bancos centrais.»
- (2) O artigo 2.º é alterado do seguinte modo:
- (a) Na alínea b), o primeiro e o segundo travessões passam a ter a seguinte redacção:
- "- uma instituição de crédito, tal como definida no n.º 1 do artigo 4.º da Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²³, incluindo as instituições enumeradas no artigo 2.º da mesma directiva,
- uma empresa de investimento, tal como definida no n.º 1, ponto 1), do artigo 4.º da Directiva 2004/39/CE²⁴, excluindo as instituições enumeradas no n.º 1 do seu artigo 2.º, ou»
- (b) Na alínea f), a expressão

"Participante": uma instituição, uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação.»

é substituída pela seguinte expressão:

"Participante": uma instituição, uma contraparte central, um agente de liquidação, uma câmara de compensação ou um sistema.»

²³ JO L 177 de 30.6.2006, p. 1.

²⁴ JO L 145 de 30.4.2004, p. 1.

(c) A alínea g) passa a ter a seguinte redacção:

"(g) "Participante indirecto": uma instituição, uma contraparte central, um agente de liquidação, uma câmara de compensação ou um sistema que tenha uma relação contratual com uma instituição que participe num sistema que execute ordens de transferência, relação essa que permita ao participante indirecto executar ordens de transferência através do sistema;»

(d) A alínea h) passa a ter a seguinte redacção:

"(h) "Valores mobiliários": todos os instrumentos referidos na secção C do anexo I da Directiva 2004/39/CE;»

(e) A alínea m) passa a ter a seguinte redacção:

«(m) "Garantia": qualquer activo realizável, incluindo créditos sobre terceiros elegíveis para a cobertura por garantia das operações de crédito de bancos centrais, dado em penhor (incluindo dinheiro dado em penhor), no âmbito de um contrato de reporte ou similar ou de qualquer outro modo, com o objectivo de garantir direitos e obrigações que possam eventualmente decorrer do funcionamento de um sistema, ou fornecido aos bancos centrais dos Estados-Membros ou ao Banco Central Europeu;»

(f) São aditadas as alíneas n) e o), com a seguinte redacção:

«(n) "Sistema interoperável": um sistema que conclua com um ou mais sistemas um acordo que implique o estabelecimento de soluções mútuas, e não uma simples conexão para acesso aos serviços normais existentes;

o) "Operador de sistema": a entidade responsável pelo funcionamento corrente de um sistema. Um operador de sistema pode também actuar como agente de liquidação, contraparte central ou câmara de compensação.»

(3) O artigo 3.º é alterado do seguinte modo:

(a) O n.º 1 passa a ter a seguinte redacção:

"1. As ordens de transferência e a compensação têm efeitos jurídicos e, mesmo em caso de falência de um participante ou de um sistema interoperável, serão oponíveis a terceiros, desde que as ordens de transferência tenham sido introduzidas no sistema antes do momento da abertura do processo de falência tal como definido no n.º 1 do artigo 6.º.

Sempre que, excepcionalmente, as ordens de transferência tenham sido introduzidas no sistema após a abertura do processo de falência e tenham sido executadas no mesmo dia útil, tal como definido nas regras do sistema, em que ocorre essa abertura, só produzirão efeitos jurídicos e serão oponíveis a terceiros se o operador do sistema puder provar, após o momento da liquidação, que não tinha conhecimento nem obrigação de ter conhecimento da abertura do processo de falência.»

(b) É aditado o n.º 4, com a seguinte redacção:

"4. No caso de sistemas interoperáveis, cada sistema determina as suas próprias regras no respeitante ao momento da introdução no sistema. As regras de um sistema respeitantes ao momento da introdução não são afectadas pelas dos outros sistemas com os quais o primeiro é interoperável.»

(4) É aditado ao artigo 5.º um parágrafo com a seguinte redacção:

«No caso de sistemas interoperáveis, cada sistema determina as suas próprias regras no respeitante ao momento da revogação no sistema. As regras de um sistema respeitantes ao momento da revogação não são afectadas pelas dos outros sistemas com os quais o primeiro é interoperável.»

(5) No artigo 9.º, o n.º 1 passa a ter a seguinte redacção:

"1. Os direitos de um sistema ou de um participante sobre as garantias constituídas a seu favor no quadro de um sistema, e dos bancos centrais dos Estados-Membros ou do Banco Central Europeu sobre as garantias constituídas a seu favor, não serão afectados por um processo de falência contra o participante ou a contraparte dos bancos centrais dos Estados-Membros ou do Banco Central Europeu que constituiu as garantias. Estas poderão ser realizadas para satisfação desses direitos.»

(6) O artigo 10.º passa a ter a seguinte redacção:

«Artigo 10.º

Os Estados-Membros designarão os sistemas, bem como os respectivos operadores, que devem ser incluídos no âmbito de aplicação da presente directiva e deles notificarão a Comissão; informarão igualmente a Comissão das autoridades que tiverem designado nos termos do n.º 2 do artigo 6.º.

O operador do sistema indicará ao Estado-Membro cuja legislação seja aplicável quais os participantes no sistema, incluindo quaisquer eventuais participantes indirectos, assim como qualquer alteração que se verifique nessa participação.»

Artigo 2.º

Alterações à Directiva 2002/47/CE

A Directiva 2002/47/CE é alterada do seguinte modo:

(1) O artigo 1.º é alterado do seguinte modo:

(a) No n.º 2, a alínea b) passa a ter a seguinte redacção:

«b) Um banco central, o Banco Central Europeu, o Banco de Pagamentos Internacionais, um banco multilateral de desenvolvimento tal como definido na

secção 4 da parte 1 do anexo I da Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²⁵, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Europeu de Investimento;»

(b) Na alínea c) do n.º 2, as subalíneas i) a iv) passam a ter a seguinte redacção:

«i) uma instituição de crédito tal como definida no ponto 1) do artigo 4.º da Directiva 2006/48/CE, incluindo as instituições enumeradas no artigo 2.º da mesma directiva,

ii) uma empresa de investimento tal como definida no n.º 1, ponto 1, do artigo 4.º da Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²⁶;

iii) uma instituição financeira tal como definida no ponto 5) do artigo 4.º da Directiva 2006/48/CE,

iv) uma empresa de seguros tal como definida na alínea a) do artigo 1.º da Directiva 92/49/CEE do Conselho²⁷ e uma empresa de seguros de vida tal como definida na alínea a) do artigo 1.º da Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho²⁸,

(c) No n.º 4, a alínea a) passa a ter a seguinte redacção:

"(a) A garantia financeira a prestar deve consistir em numerário, instrumentos financeiros ou créditos sobre terceiros elegíveis para a cobertura por garantia das operações de crédito de bancos centrais;»

(d) É aditado ao n.º 5 um período, após o segundo parágrafo, com a seguinte redacção:

«Em relação aos créditos sobre terceiros, a inclusão numa lista de créditos apresentada ao beneficiário por escrito ou de uma forma juridicamente equivalente, incluindo por via electrónica, é suficiente para provar a mobilização e a identificação do crédito dado em garantia.»

(e) É aditado o n.º 6, com a seguinte redacção:

"6. O artigo 5.º não é aplicável aos créditos sobre terceiros.»

(2) O artigo 2.º é alterado do seguinte modo:

(a) O n.º 1 é alterado do seguinte modo:

i) A alínea b) passa a ter a seguinte redacção:

"(b) "Acordo de garantia financeira com transferência de titularidade", um acordo, incluindo os acordos de recompra, ao abrigo do qual o prestador da garantia transfere a plena propriedade da garantia financeira, ou o pleno direito à mesma, para o

²⁵ JO L 177 de 30.6.2006, p. 1.

²⁶ JO L 145 de 30.4.2004, p. 1.

²⁷ JO L 228 de 11.8.1992, p. 1.

²⁸ JO L 345 de 19.12.2002, p. 1.

beneficiário da garantia a fim de assegurar a execução das obrigações financeiras cobertas ou de as cobrir de outra forma;»

ii) É aditada a alínea o), com a seguinte redacção:

"(o) "Créditos sobre terceiros", os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito tal como definida no ponto 1) do artigo 4.º da Directiva 2006/48/CE, incluindo as instituições enumeradas no artigo 2.º da mesma directiva, concede um crédito sob a forma de empréstimo.»

(b) No n.º 2, o segundo período passa a ter a seguinte redacção:

"O direito de substituir ou de retirar o seu excedente em favor do prestador da garantia ou, no caso de empréstimos sobre terceiros, de cobrar os respectivos proveitos até nova ordem, não deve prejudicar a garantia financeira já prestada ao beneficiário da garantia, tal como previsto na presente directiva.»

(3) O artigo 3.º é alterado do seguinte modo:

(a) Ao n.º 1 é aditado o seguinte parágrafo:

"Quando forem utilizados créditos sobre terceiros como garantia financeira, os Estados-Membros não exigirão que a constituição, validade ou admissibilidade enquanto prova da sua utilização a título de garantia financeira no âmbito de um acordo de garantia financeira estejam subordinadas à realização de um acto formal, como o registo ou a notificação do devedor do crédito utilizado como garantia.»

(b) São aditados os n.º[s] 3 [e 4], com a seguinte redacção:

"3. Os Estados-Membros devem assegurar que os devedores dos créditos sobre terceiros possam prescindir validamente, por escrito ou de uma forma juridicamente equivalente:

i) Dos direitos de compensação, perante os credores do crédito sobre terceiros e perante as pessoas a favor das quais estes tenham cedido, dado em penhor ou mobilizado de qualquer outra forma, a título de garantia, os créditos sobre terceiros; e

ii) Dos direitos decorrentes das regras de sigilo bancário que, caso contrário, impediriam ou restringiriam a capacidade do credor do crédito sobre terceiros de prestar informações, sobre o crédito ou sobre o devedor, para efeitos da utilização do crédito a título de garantia.»

[4. Os n.ºs 1, 2 e 3 não prejudicam o disposto na Directiva .../xxx/CE relativa ao crédito aos consumidores.]

(4) No artigo 4.º, o n.º 3 é suprimido.

Artigo 3.º

Transposição

1. Os Estados-Membros devem aprovar e publicar antes de 1 de Outubro de 2009 as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva. Os Estados-Membros devem comunicar imediatamente à Comissão o texto das referidas disposições, bem como um quadro de correspondência entre essas disposições e a presente directiva.

Os Estados-Membros devem aplicar as referidas disposições a partir de 1 de Outubro de 2010.

Quando os Estados-Membros aprovarem essas disposições, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência serão aprovadas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão o texto das principais disposições de direito interno que aprovarem nas matérias reguladas pela presente directiva.

Artigo 4.º

Entrada em vigor

A presente directiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Artigo 5.º

Destinatários

Os Estados-membros são os destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelas, em

Pelo Parlamento Europeu
O Presidente

Pelo Conselho
O Presidente