NEWSLETTER
31.03.2014

DIREITO BANCÁRIO E FINANCEIRO
Nº 01/2014

EMIR – Execução na ordem interna
Decreto Lei nº 40/2014

No passado dia 18 de Março, foi publicado o Decreto Lei n.º 40/2014 ("DL 40/2014") que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do Regulamento (UE) n.o 648/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações ("Regulamento"), comummente designado por EMIR (correspondente, em inglês, a European Market Insfrastructure Regulation) bem como dos actos delegados e actos de execução que o desenvolvem.

Para o efeito, o DL 40/2014 procede:

1) À designação das autoridades competentes para a supervisão de contrapartes financeiras, contrapartes não financeiras e contrapartes centrais e à designação da autoridade competente para a verificação da autenticidade das decisões da Autoridade Europeia dos Valores Mobiliários e dos Mercados ("ESMA");
2) À definição do regime sancionatório aplicável às contrapartes financeiras e às contrapartes não financeiras da violação das normas do Regulamento;
3) À aprovação do regime jurídico das contrapartes centrais;
4) À alteração do Código dos Valores Mobiliários, e restante legislação relevante.

1. Designação das Autoridades Competentes

Contrapartes Financeiras e não financeiras

De acordo com o Regulamento, é considerada como contraparte financeira: (i) uma empresa de investimento autorizada nos termos da Diretiva 2004/39/CE, (ii) uma instituição de crédito autorizada nos termos da Diretiva 2006/48/CE, (iii) uma empresa de seguros autorizada nos termos da Diretiva 73/239/CEE, (iv) uma empresa de seguros de vida autorizada nos termos da Diretiva 2002/83/CE, (v) uma empresa de resseguros autorizada nos termos da Diretiva 2005/68/CE, (vi) um OICVM e, se necessário, a respetiva sociedade gestora autorizada nos termos da Diretiva 2009/65/CE, (vii) uma instituição de realização de planos de pensões profissionais, na aceção do artigo 6.º alínea a), da Diretiva 2003/41/CE ou (viii) um fundo de investimento alternativo gerido por um GFIA autorizado ou registado nos termos da Diretiva 2011/61/EU, e sendo, para efeito do Regulamento, contrapartes não financeiras, as restantes.

Nesta medida, constituem-se autoridades competentes para a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento, às contrapartes financeiras, bem como para a averiguação das respetivas infrações, a instrução processual e a aplicação de coimas e sanções acessórias:
• O Banco de Portugal, no que respeita a entidades que estejam sujeitas à sua supervisão, designadamente, instituições de crédito e sociedades financeiras;
• A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ("CMVM"), no que respeita a organismos de investimento coletivo e às empresas de investimento sujeitos à sua exclusiva supervisão;

CONTACTOS

Madalena Pizarro
mp@cca-ontier.com

A presente NEWSLETTER foi elaborada com fins informativos, sendo disponibilizada de forma gratuita, para uso exclusivo e restrito dos clientes da CCA, encontrando-se vedada a sua reprodução e circulação não expressamente autorizadas. Esta informação tem caráter geral e não substitui o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos.

www.cca-ontier.com

• O Instituto de Seguros de Portugal, no que respeita a empresas de seguros e de resseguros, fundos de pensões e respetivas entidades gestoras sujeitos à sua supervisão.

Nos termos do nº 2 do artigo 2º do DL 40/2014, a CMVM é, igualmente, a autoridade competente para a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento às contrapartes não financeiras, bem como para a averiguação das respetivas infrações, a instrução processual e a aplicação de coimas e sanções acessórias.

Contrapartes Centrais

Nos termos do n.o 1 do artigo 22.º do Regulamento, cada Estado-Membro deverá designar a autoridade competente responsável pelo exercício das competências relacionadas com a autorização e supervisão das Contrapartes Centrais ("CCPs").

Nessa medida, o artigo 3 do DL 40/2014, veio estabelecer como autoridade competente para a autorização e supervisão das CCPs, a CMVM.

O Regulamento define CCPs com "uma pessoa coletiva que se interpõe entre as contrapartes em contratos negociados num ou mais mercados financeiros, agindo como comprador perante todos os vendedores e como vendedor perante todos os compradores".

Verificação da Autenticidade das Decisões da ESMA

A Autoridade Europeia de Valores Mobiliários e dos Mercados, pode, nos termos do Regulamento, impor coimas e sanções a repositórios de transações, decisões essas que têm força executiva.

Ainda de acordo com o Regulamento, a execução de tais decisões deve reger-se pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território seja efetuada e a ordem de execução é apensa à decisão, sem qualquer formalidade para além da verificação da autenticidade da decisão pela autoridade que o governo de cada Estado-Membro venha designar para esse efeito.

Nos termos do artigo 4º do DL 40/2012, a CMVM foi, assim, a entidade designada para a verificação da autenticidade das decisões da ESMA que aplicam coimas e sanções pecuniárias compulsórias a repositórios de transações.

2. Regime sancionatório aplicável às contrapartes financeiras e às contrapartes não financeiras da violação das normas do Regulamento

O DL 40/2012 define que podem ser responsabilizadas pela prática de contraordenações: (i) as contrapartes financeiras; (ii) as contrapartes não financeiras; e (iii) as pessoas singulares que sejam membros dos órgãos sociais das entidades anteriormente referidas ou que nelas exerçam cargos de administração, gerência, direção ou chefia, ou atuem em sua representação, legal ou voluntária.

O DL 40/2012 define como contraordenação grave os seguintes factos ilícitos típicos:

a) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, do dever de comunicação de dados respeitantes a contratos de derivados, previsto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 9.º do Regulamento (ou seja, o dever de comunicar a um repositório de transacções - ou à ESMA caso não haja um repositório de transacções disponível – a celebração, alteração ou cessação de contratos derivados, o mais tardar no dia útil seguinte ao da celebração, alteração ou denúncia do mesmo);

b) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, do dever de conservação de dados respeitantes a contratos de derivados, previsto no n.º 2 do artigo 9.º do Regulamento (ou seja, obrigações de conservação dos contratos por cinco anos após o termo dos mesmos);

c) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, do dever de avaliação diária do saldo dos contratos em curso, previsto no n.º 2 do artigo 11.º do Regulamento;

d) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, do dever de divulgação pública de informações sobre a isenção concedida, previsto no n.º 11 do artigo 11.º do Regulamento. (Quer as contrapartes financeiras, como as não financeiras devem estabelecer procedimentos de gestão de risco que exijam trocas de garantias atempadas, precisas e devidamente segregadas relativamente aos contratos de derivados OTC, sendo que a contraparte numa transação intragrupo pode ficar isenta de tais procedimentos).

e) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, dos deveres impostos na regulamentação emitida pelas entidades supervisoras, nomeadamente o Banco de Portugal, a CMVM e o Instituto de Seguros de Portugal para assegurar a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento.

Por seu turno, constituem contraordenação muito grave os seguintes factos ilícitos:

a) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, do dever de compensação dos contratos de derivados OTC numa CCP, previsto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 4.º do Regulamento;

b) Inobservância, pelas contrapartes não financeiras, dos deveres decorrentes da assunção de posições em contratos de derivados OTC que excedam o limiar de compensação aplicável, previstos no n.º 1 do artigo 10.º do Regulamento;

c) Inobservância, pelas contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras, do dever de assegurar o estabelecimento de procedimentos e mecanismos apropriados de medição, acompanhamento e atenuação de riscos operacionais e de risco de crédito de contraparte em caso de celebração de contratos de derivados OTC sem compensação através de uma contraparte central, previsto no n.º 1 do artigo 11.º do Regulamento;

d) Inobservância, pelas contrapartes financeiras, do dever de estabelecer procedimentos de gestão de risco relativamente aos contratos OTC celebrados a partir de 16 de agosto de 2012, previsto na primeira parte do n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento;

e) Inobservância, pelas contrapartes não financeiras, do dever de estabelecer procedimentos de gestão de risco relativamente aos contratos OTC celebrados a partir da data em que o limiar de compensação seja excedido, previsto na segunda parte do n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento;

f) Inobservância, pelas contrapartes financeiras, do dever de detenção de um montante de capital adequado e proporcional para gerir o risco não coberto por trocas de garantias adequadas, previsto no n.º 4 do artigo 11.º do Regulamento.

As supra referidas infracções são punidas das seguintes formas:

Contraordenação	Contraparte financeira	Contraparte não financeira
Grave	€ 3.000 a € 1.500.000, se pessoa colectiva (PC) € 1.000 a € 500.000, se pessoa singular (PS)	€ 600 a € 300.000 (PC) € 200 a € 100.000 (PS)
Muito Grave	€ 10.000 a € 5.000.000 (PC) € 4.000 a € 2.000.000 (PS)	€ 2.000 a € 1.000.000 (PC) € 800 a € 400.000 (PS)

Adicionalmente, e em função da gravidade da infração e da culpa do agente, podem ser aplicadas sanções acessórias de (i) interdição, por um período até três do exercício da atividade a que a contraordenação respeita e (ii) inibição, por um período até três anos, do exercício de cargos sociais e de funções de administração, gerência, direção, chefia e fiscalização em contrapartes financeiras e na pessoa coletiva onde tenha ocorrido a infração, quando o infrator seja membro dos órgãos sociais, exerça cargos de administração, gerência, direção ou chefia ou actue em representação legal ou voluntária da pessoa coletiva.
Nos termos do DL 40/2014, a negligência é igualmente punível, sendo, neste caso, os limites máximos das coimas supra referidos, reduzidos para metade.

3. Regime das Contrapartes Centrais

O DL 40/2014 veio também aprovar o regime jurídico das CCPs, o qual foi publicado em anexo.
Assim, as CCPs têm de adoptar o tipo de sociedade anónima, sendo que a sua firma deverá incluir a denominação "contraparte central" ou "CC", podendo ser constituídas com qualquer número de accionistas.
Os titulares dos órgãos de administração e de fiscalização das contrapartes centrais têm que cumprir os requisitos de idoneidade, de disponibilidade e de qualificação profissional constantes no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, com as devidas adaptações, devendo a sua designação ser comunicada à CMVM num prazo máximo de 15 dias após a sua ocorrência. Os referidos titulares só poderão iniciar o exercício das suas funções no prazo de 30 dias a contar da data de recepção da supra mencionada comunicação por parte da CMVM.

A CMVM mantém um registo das CCPs por si autorizadas, e compete também a esta entidade, no prazo de 90 dias, proceder à regulamentação das matérias relativas à concretização do regime aplicável às contrapartes centrais no que respeita a:
• Instrução do pedido de autorização de uma contraparte central nos termos do Regulamento;
• Requisitos informativos relativos à divulgação e a comunicações respeitantes a participações qualificadas e à designação de titulares dos órgãos de administração e de fiscalização;
• Informação financeira a reportar à CMVM e a divulgar ao público.
Por último, o regime jurídico das CCPs contém ainda regras relativas a participações qualificadas e à sua divulgação.

4. Alterações Legislativas

Importa ainda referir que o DL 40/2014, veio proceder a alterações ao (i) Código de Valores Mobiliários; (ii) Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de setembro, tal como alterado, que regula o carácter definitivo da liquidação financeira realizada no âmbito dos sistemas de pagamentos, nomeadamente no caso de insolvência aplicada a um dos participantes; e (iii) Decreto-Lei n.º 357-C/2007, de 31 de outubro, que regulava o regime jurídico das sociedades gestoras de mercado regulamentado, das sociedades gestoras de sistemas de negociação multilateral, das sociedades gestoras de câmara de compensação ou que actuem como contraparte central das sociedades gestoras de sistema de liquidação e das sociedades gestoras de sistema centralizado de valores mobiliários e que, com a entrada em vigor do DL 40/2014, passará a regular o *"regime jurídico das sociedades gestoras de mercado regulamentado,*

das sociedades gestoras de câmara de compensação, das sociedades gestoras de sistema de liquidação e das sociedades gestoras de sistema centralizado de valores mobiliários".