

EMIR – EXECUÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA DO REGULAMENTO DA UE APLICÁVEL AOS DERIVADOS DECRETO-LEI N.º 40/2014, DE 18 DE MARÇO

Foi hoje publicado o Decreto-Lei n.º 40/2014, de 18 de março (“**Decreto-Lei 40/2014**”), que tem por objeto assegurar 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 (“**Regulamento**”), relativo aos derivados do mercado de balcão, às contrapartes centrais e aos repositórios de transações, comumente designado pelo acrónimo EMIR (com origem no inglês *European Market Infrastructure Regulation*), bem como dos atos delegados e atos de execução que o desenvolvem.

Para tanto, o Decreto-Lei 40/2014 procede:

- 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**”);
- à definição do regime sancionatório aplicável às contrapartes financeiras e às contrapartes não financeiras pela violação das normas do Regulamento;
- à aprovação do regime jurídico das contrapartes centrais; e
- a alterações ao Código dos Valores Mobiliários (“**CVM**”) e demais legislação relevante.

O objetivo deste Briefing é fornecer uma perspetiva geral das principais novidades introduzidas pelo Decreto-Lei 40/2014, especialmente no que diz respeito à designação das autoridades competentes em Portugal e ao regime sancionatório aplicável às contrapartes de contratos de derivados que não cumpram o estabelecido no Regulamento (e atos delegados e de execução).

O DECRETO-LEI 40/2014

1. AUTORIDADES COMPETENTES

1.1. Contrapartes financeiras e contrapartes não financeiras

Como desenvolvido em maior pormenor no nosso Briefing de março de 2013, o Regulamento divide as contrapartes em contratos de derivados do mercado de balcão



BANCÁRIO
E
FINANCEIRO

O DL 40/2014 consagra uma competência tripartida, em termos de supervisão, entre o Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e o Instituto de Seguros de Portugal

(derivados *over-the-counter* ou OTC), primeiramente, em dois grupos: as contrapartes financeiras (“FC”) ⁽¹⁾ e as contrapartes não financeiras ⁽²⁾, impondo a cada um destes grupos obrigações diferentes.

Dentro das contrapartes não financeiras, há ainda que distinguir entre as contrapartes não financeiras que excedem o limiar de compensação (“NFC+”) e as contrapartes não financeiras que não excedem o limiar de compensação (“NFC”).

O DL 40/2014 consagra uma competência tripartida, em termos de supervisão, entre o Banco de Portugal, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e o Instituto de Seguros de Portugal.

Relativamente às FC, nos termos do número 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei 40/2014, as autoridades competentes para a supervisão dos deveres impostos pelo Regulamento, bem como para a averiguação das respetivas infrações, a instrução processual e a aplicação de coimas e sanções acessórias, são:

- a) o Banco de Portugal, no que respeita a entidades que estejam sujeitas à sua supervisão, designadamente, instituições de crédito e sociedades financeiras;
- b) a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”), no que respeita a organismos de investimento coletivo e às empresas de investimento sujeitas à sua exclusiva supervisão; e
- c) 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.

Acrescenta o número 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei 40/2014 que compete à CMVM a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento às contrapartes não financeiras, competindo-lhe ainda a averiguação das respetivas infrações, a instrução processual e a aplicação de coimas e sanções acessórias.

1.2. Contrapartes centrais

Para efeitos de aplicação do Regulamento, contraparte central é “*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*” (artigo 2.º, ponto 1), do Regulamento).

Nos termos do número 1 do artigo 22.º do Regulamento, cada Estado-Membro deve designar a autoridade competente responsável pelo exercício das competências atribuídas pelo Regulamento no que diz respeito à autorização e supervisão de contrapartes centrais estabelecidas no seu território.

(1) Para efeitos de aplicação do Regulamento são FCs (i) as empresas de investimento autorizadas nos termos da Diretiva 2004/39/CE; (ii) as instituições de crédito autorizadas nos termos da Diretiva 2006/48/CE; (iii) as empresas de seguros autorizadas nos termos da Diretiva 73/239/CEE, as empresas de seguros de vida autorizadas nos termos da Diretiva 2002/83/CE e as empresas de resseguros autorizadas nos termos da Diretiva 2005/68/CE; (iv) os OICVMs e, se necessário, as respetivas entidades gestoras autorizadas nos termos da Diretiva 2009/65/CE; (v) as instituições de realização de planos de pensões profissionais na aceção do artigo 6.º, alínea a), da Diretiva 2003/41/CE; e (vi) fundos de investimento alternativos geridos por um GFIA autorizado ou registado nos termos da Diretiva 2011/61/UE.

(2) Para efeitos de aplicação do Regulamento são contrapartes não financeiras todas as contrapartes que não sejam FCs.

(...) o artigo 3.º do Decreto-Lei 40/2014, designa a CMVM como autoridade competente para a autorização e supervisão de contrapartes centrais

Assim, o artigo 3.º do Decreto-Lei 40/2014, designa a CMVM como autoridade competente para a autorização e supervisão de contrapartes centrais.

1.3. Verificação da autenticidade das decisões da ESMA

A ESMA pode, nos termos dos artigos 65.º e 66.º do Regulamento, aplicar coimas e sanções pecuniárias a repositórios de transações (“TR”) ⁽³⁾, as quais têm força executiva.

A execução rege-se pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território é efetuada. A ordem de execução é apensa à decisão de aplicação da coima ou sanção pecuniária, sem qualquer formalidade para além da verificação da autenticidade da decisão por uma autoridade designada por cada Estado-Membro (número 4 do artigo 68.º do Regulamento).

Nos termos do disposto no artigo 4.º do Decreto-Lei 40/2014, é designada a CMVM como autoridade competente para proceder à verificação da autenticidade das decisões da ESMA que apliquem coimas e sanções pecuniárias compulsórias a TRs.

2. REGIME SANCIONATÓRIO

2.1. Contraordenações, responsabilidade e prescrição

O Decreto-Lei 40/2014 tipifica contraordenações graves e muito graves, respetivamente no artigo 6.º e no artigo 7.º.

Constitui contraordenação **grave** a inobservância, por FCs e contrapartes não financeiras:

- a) do dever de comunicação de dados respeitantes a contratos de derivados a um TR ou à ESMA, caso não exista um TR disponível (artigo 9.º, números 1 e 3, do Regulamento e respetivos atos delegados);
- b) do dever de conservação de dados respeitantes a contratos de derivados (artigo 9.º, número 2, do Regulamento);
- c) do dever de avaliação diária do saldo dos contratos em curso (artigo 11.º, número 2, do Regulamento e respetivos atos delegados) ⁽⁴⁾; e
- d) do dever de divulgação pública de informações sobre isenção concedida por se tratar de contraparte em transação intragrupo (artigo 11.º, número 11, do Regulamento e respetivos atos delegados);
- e) 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.

Constitui contraordenação **muito grave**:

- a) a inobservância, por FCs e contrapartes não financeiras:
 - (i) do dever de compensação de contratos de derivados OTC (artigo 4.º, números 1 e 3, do Regulamento e nos respetivos atos delegados) ⁽⁵⁾;

O Decreto-Lei 40/2014 tipifica contraordenações graves e muito graves (...)

(3) Atento o disposto no ponto 2) do artigo 2.º do Regulamento, um repositório de transações é uma pessoa coletiva que recolhe e conserva centralmente os dados respeitantes a derivados.

(4) Lembramos que esta obrigação só é, nos termos do Regulamento, aplicável às FC e às NFC+.

(5) Nos termos do disposto no ponto 3) do artigo 2.º do Regulamento, compensação significa o processo de apuramento de posições, incluindo o cálculo das obrigações líquidas, e de garantia da disponibilidade dos instrumentos financeiros, numerário ou ambos que assegurem o cumprimento das exposições decorrentes dessas posições. Lembramos que, nos termos do Regulamento, a compensação só é obrigatória para as FC e NFC+.

- (ii) do dever de assegurar o estabelecimento de procedimentos e mecanismos apropriados de mediação, 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 (artigo 11.º, número 1, do Regulamento e respetivos atos delegados);
- b) a inobservância, por FCs:
 - (i) do dever de estabelecer procedimentos de gestão de risco relativamente aos contratos de derivados OTC celebrados a partir de 16 de agosto de 2012 (artigo 11.º, número 3, primeira parte do Regulamento);
 - (ii) do dever de detenção de um montante de capital adequado e proporcional para gerir o risco não coberto por trocas de garantias adequadas (artigo 11.º, número 4, do Regulamento);
- c) a inobservância, por contrapartes não financeiras:
 - (i) dos deveres decorrentes da assunção de posições em contratos de derivados OTC que excedam o limiar de compensação aplicável (artigo 10.º, número 1, do Regulamento e respetivos atos delegados);
 - (ii) do dever de estabelecer procedimentos de gestão de risco relativamente aos contratos de derivados OTC celebrados a partir da data em que o limiar de compensação seja excedido (artigo 11.º, número 3, segunda parte do Regulamento).

Pela prática das contraordenações referidas acima, são responsáveis as FC e as contrapartes não financeiras, quando os factos tenham sido praticados pelos titulares dos cargos de administração, gerência, direção ou chefia, no exercício das suas funções, bem como por mandatários, representantes ou trabalhadores em nome e no interesse da pessoa coletiva em que se constituem as FC e contrapartes não financeiras, desde que o agente não esteja a atuar contra ordens ou instruções expressas de quem de direito (artigo 8.º, números 1, 2 e 3 do Decreto-Lei 40/2014).

São também responsáveis pela prática das mesmas contraordenações as pessoas singulares que sejam membros dos órgãos sociais das FC e contrapartes não financeiras ou que nelas exerçam cargos de administração, gerência, direção ou chefia, ou atuem em sua representação legal ou voluntária (artigo 8.º, número 1, alínea c), do Decreto-Lei 40/2014).

A negligência é punível sendo os limites máximos e mínimos das coimas (ver 2.2 abaixo) reduzidos para metade (artigo 9.º do Decreto-Lei 40/2014).

A responsabilidade da pessoa coletiva não preclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes (artigo 8.º, número 4 do Decreto-Lei 40/2014).

Caso, pela prática das aludidas contraordenações, sejam condenadas pessoas singulares que exerçam cargos nas FC ou contrapartes não financeiras, ou que as representem, nos termos acima referidos, as FC ou contrapartes não financeiras respondem solidariamente pelo pagamento das coimas e custas em que as primeiras sejam condenadas (artigo 13.º, número 1, do Decreto-Lei 40/2014).

Os titulares dos órgãos de administração das FC e contrapartes não financeiras que, podendo fazê-lo, não se tenham oposto à prática da infração respondem individual e subsidiariamente pelo pagamento da coima e das custas em que as FC e contrapartes não financeiras venham a ser condenadas (artigo 13.º, número 2, do Decreto-Lei 40/2014).

Conjuntamente com a coima, tanto no caso de contraordenações muito graves como no caso de contraordenações graves, pode ser aplicado ao agente, nos termos do disposto no artigo 15.º do Decreto-Lei 40/2014, sanção acessória (...)

O procedimento contraordenacional prescreve no prazo de 5 anos a contar da sua prática (artigo 11.º, número 1 do Decreto-Lei 40/2014).

2.2. Coimas e sanções acessórias

As contraordenações **graves** são puníveis:

- a) quando a infração for praticada por uma FC, com coima de:
 - (i) € 3.000,00 a € 1.500.000,00 se aplicada a uma pessoa coletiva;
 - (ii) € 1.000,00 a € 500.000,00 se aplicada a uma pessoa singular.
- b) quando a infração for praticada por contrapartes não financeiras, com coima de:
 - (i) € 600,00 a € 300.000,00 se aplicada a uma pessoa coletiva;
 - (ii) € 200,00 a € 100.000,00 se aplicada a uma pessoa singular.

As contraordenações **muito graves** são puníveis:

- a) quando a infração for praticada por uma FC, com coima de:
 - (i) € 10.000,00 a € 5.000.000,00 se aplicada a uma pessoa coletiva;
 - (ii) € 4.000,00 a € 2.000.000,00 se aplicada a uma pessoa singular.
- b) quando a infração for praticada por contrapartes não financeiras, com coima de:
 - (i) € 2.000,00 a € 1.000.000,00 se aplicada a uma pessoa coletiva;
 - (ii) € 800,00 a € 400.000,00 se aplicada a uma pessoa singular.

Conjuntamente com a coima, tanto no caso de contraordenações muito graves como no caso de contraordenações graves, pode ser aplicado ao agente, nos termos do disposto no artigo 15.º do Decreto-Lei 40/2014, **sanção acessória** de:

- a) interdição do exercício da atividade a que a contraordenação respeita, por um período de até 3 anos contados da decisão condenatória definitiva;
- b) inibição do exercício de cargos sociais e de funções de administração, gerência, direção, chefia e fiscalização em FCs 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 atue em representação legal ou voluntária da pessoa coletiva, por um período de até 3 anos contados da decisão condenatória definitiva.

Sempre que a contraordenação resulte da omissão de um dever, a aplicação da sanção e o pagamento da coima não dispensam o infrator de cumprir tal dever, se isso ainda for possível (artigo 10.º do Decreto-Lei 40/2014). Inclusivamente, o infrator pode ser sujeito à injunção de cumprir o dever omitido e, caso a injunção não seja cumprida no prazo fixado para o efeito, o infrator incorrerá na sanção prevista para as contraordenações muito graves (artigo 10.º, números 2 e 3, do Decreto-Lei 40/2014).

As coimas e sanções acessórias prescrevem no prazo de 5 anos a contar do dia em que a decisão administrativa se tornar definitiva ou do dia em que a decisão judicial transitar em julgado (artigo 11.º, número 2, do Decreto-Lei 40/2014).

A autoridade competente para a aplicação da sanção pode suspender, total ou parcialmente, a execução daquela (artigo 16.º, número 1, do Decreto-Lei 40/2014).

As autoridades competentes devem divulgar publicamente, designadamente nos respetivos sítios na Internet, as decisões aplicadas por violação do disposto nos artigos 4.º, 5.º, e 7.º a 11.º do Regulamento, a não ser que essa divulgação possa afetar gravemente os mercados financeiros ou causar prejuízos desproporcionados para as partes interessadas (artigo 17.º, número 1, do Decreto-Lei 40/2014).

3. REGIME JURÍDICO DAS CONTRAPARTES CENTRAIS E ALTERAÇÕES A DIPLOMAS VIGENTES

Conforme disposto no artigo 5.º do Decreto-Lei 40/2014, foi também aprovado, e publicado em Anexo a este diploma legal, um regime jurídico especificamente aplicável às

(...) foi também aprovado, e publicado em Anexo a este diploma legal, um regime jurídico especificamente aplicável às contrapartes centrais (...)

contrapartes centrais (“RJCC”), dividido em 5 capítulos, a saber:

- a) Capítulo I – Disposições gerais;
- b) Capítulo II – Participações qualificadas e divulgação de participações;
- c) Capítulo III – Administração e fiscalização;
- d) Capítulo IV – Exercício da atividade;
- e) Capítulo V – Intervenção da CMVM.

A aprovação do RJCC conduziu à introdução de alterações legislativas, em particular de certas disposições do Código dos Valores Mobiliários, tendo em vista a manutenção da coerência do sistema.

O Decreto-Lei 40/2014 procede ainda a outras alterações legislativas necessárias para a execução do Regulamento e também para a manutenção da coerência do sistema, nomeadamente, ao **Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de setembro**, alterado pelos Decretos-Leis n.os 85/2011, de 29 de junho, e 18/2012, de 6 de fevereiro, ao **Decreto-Lei n.º 357-C/2007, de 31 de outubro**, alterado pelos Decretos-Leis n.os 52/2010, de 26 de maio, e 18/2013, de 6 de fevereiro, e à **Portaria 1619/2007, de 26 de dezembro**.

De notar que caberá ao Banco de Portugal, à CMVM e ao Instituto de Seguros de Portugal aprovar a regulamentação necessária para assegurar a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento às FC, na respetiva área de atuação (artigo 23.º, número 1, do Decreto-Lei 40/2014).

À CMVM caberá ainda aprovar a regulamentação necessária para assegurar a supervisão do cumprimento dos deveres impostos pelo Regulamento às contrapartes não financeiras e às contrapartes centrais.

Finalmente, cumpre referir que o DL 40/2014 **entrará em vigor 30 dias a contar da data da sua publicação**.

Contacto

Maria Soares do Lago | mslago@mlgts.pt



MLGTS LEGAL CIRCLE
INTERNATIONALITIES WITH THE PORTUGUESE-SPEAKING WORLD

Procurando responder às necessidades crescentes dos seus clientes um pouco por todo o mundo, nomeadamente nos países de expressão portuguesa, a MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA estabeleceu parcerias institucionais com sociedades de advogados líderes de mercado em Angola, Macau (China) e Moçambique.

MORAIS LEITÃO, GALVÃO TELES, SOARES DA SILVA

ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

LISBOA

Rua Castilho, 165
1070-050 Lisboa
Tel.: +351 213 817 400
Fax: +351 213 817 499
mlgtslisboa@mlgts.pt

Luanda, Angola (em parceria)
Angola Legal Circle Advogados

PORTO

Av. da Boavista, 3265 - 5.2
Edifício Oceanvs – 4100-137 Porto
Tel.: +351 226 166 950
Fax: +351 226 163 810
mlgtsporto@mlgts.pt

Maputo, Moçambique (em parceria)
Mozambique Legal Circle Advogados

MADEIRA

Avenida Arriaga, 73, 1º, Sala 113
Edifício Marina Club – 9000-060 Funchal
Tel.: +351 291 200 040
Fax: +351 291 200 049
mlgtsmadeira@mlgts.pt

Macau, Macau (em parceria)
MdME | Lawyers | Private Notary

www.mlgts.pt

Member

LexMundi
World Ready