pbbr.a SOCIEDADE DE ADVOGADOS, SP, RL

Comercial
03-2020

Crise Covid-19
Impactos das cláusulas de força maior em contratos comerciais em geral e em contratos de tecnologia

A 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia COVID-19 (coronavírus).
Sem um fim à vista, as empresas em todo o mundo viram-se forçadas a enfrentar os desafios causados pela rápida disseminação do COVID-19 e, nalguns casos, poderão querer equacionar se podem (ou devem) confiar em cláusulas de força maior, ou de alteração anormal das circunstâncias *, como opções juridicamente válidas para a mitigação dos impactos nos seus negócios ou para poderem deixar de cumprir algumas obrigações contratuais cujo cumprimento, neste cenário, pode revelar-se particularmente oneroso.
Para os agentes económicos que equacionam o envio de uma notificação de força maior, ou para os que antecipam que as suas contrapartes o possam fazer, procuramos contribuir para o esclarecimento de aspectos essenciais da discussão.

Força maior
O objetivo do instituto de força maior é o de proteger as partes num contrato dos eventos imprevistos e imprevisíveis, que ocorrem para além do controle razoável das mesmas, que ocorrem sem que as partes os pudessem ter previsto ou antecipado e para os quais não dispoem de meios de controle e/ou de mitigação adequados para o restabelecimento da possibilidade do cumprimento contratual.
Um evento de força maior - conforme tratado na nossa jurisdição – impactará de tal forma as partes que o cumprimento pelas mesmas de uma obrigação contratual se torna impossível, não obstante o uso de todos os meios, recursos e esforços possíveis para a recuperação ou o restabelecimento do cumprimento.
Para que uma parte possa ser juridicamente escusada do cumprimento de certas obrigações contratuais, terá que provar o nexo de causalidade adequada entre o evento de força maior, a esfera da parte e a impossibilidade do cumprimento da obrigação, esgotados que sejam todos os meios, recursos e esforços disponiveis.
Quando invocada e provada, a ocorrência de uma causa de força maior isentará a parte obrigada do cumprimento da obrigação em causa, evitando-se as consequências do incumprimento.
Eventualmente, o contrato pode até globalmente terminar, se certas obrigações principais - sem as quais o contrato não pode subsistir - se tiverem tornado impossíveis.

Note-se que a interpretação dos efeitos do COVID-19 e a aplicação de qualquer cláusula de força maior é uma questão de interpretação contratual. Caberá – a final - a um tribunal determinar se os requisitos legais do instituto de força maior estão reunidos no caso concreto, seja neste contexto em que vivemos, ou noutro qualquer.

Cláusulas de força maior em contratos de Tecnologias de Informação (TI)

Nos contratos de TI não existe uma padronização de cláusulas de força maior verificando-se, não obstante, uma forte influência do direito anglo-saxónico que tende a prever cláusulas de força maior impróprias – que refletem de forma híbrida os institutos da força maior e da alteração anormal das circunstâncias – e, não tanto, cláusulas de força maior em sentido estrito.

É comum encontrar cláusulas de força maior em contratos de licenciamento, de suporte e manutenção e de desenvolvimento de projetos de TI, cada um dos tipos contratuais exposto a riscos contratuais diferentes e, por conseguinte, de força maior.

Nos casos em que os contratos são omissos no que respeita a cláusulas de força maior, o Código Civil Português contém uma disposição que geralmente se aplica a todos os contratos (art. 790º CC) – abrindo caminho para a designada "impossibilidade objetiva" de cumprimento.

Âmbito das cláusulas de força maior

Algumas das causas tipicamente identificadas numa cláusula de força maior incluem desastres naturais e outros eventos sem uma dimensão humana, sendo comum, nos contratos de TI, a previsão de cláusulas gerais que cobrem tudo o que esteja "para além do controle razoável das partes".

Alguns contratos de TI que pressupõem um forte fator humano, incluindo a disponibilização de capacidade intelectual a clientes, a intervenção on-site em contratos de suporte e manutenção, o desenvolvimento de projetos, entre outros, preveem causas de força maior mais correlacionados com tal dimensão humana, v.g. greves gerais, guerra, insurreição, tumultos, terrorismo, epidemias e/ou pandemias.

Não obstante o facto de as cláusulas de força maior serem normalmente interpretadas de forma restritiva, à luz da recente qualificação do COVID-19 como "pandemia", parece-nos que esta poderá estar a coberto de grande parte de cláusulas de força maior em contratos de TI que prevejam eventos de epidemia, pandemia ou mesmo "doença" no seu âmbito.

Ainda assim, o prestador que venha a invocar uma causa de força maior terá que provar que esse evento realmente se enquadra no âmbito da cláusula contratual, que foi diretamente impactado pelo evento (in casu, a COVID-19) e que, portanto, o cumprimento da sua obrigação contratual (de mobilizar e/ou de garantir a alocação de pessoas ao projeto, por exemplo) não é possível, apesar de todos os meios, recursos e esforços terem sido esgotados, não bastando demonstrar uma maior dificuldade ou onerosidade da prestação.

Note-se que, neste tipo de clausulado, é também comum prever a obrigação de comunicar à contraparte a ocorrência do evento de força maior num período geralmente muito curto após o conhecimento pela parte da ocorrência do evento.

Relativamente ao âmbito das cláusulas de "cesto", que acabámos de mencionar, é preciso considerar que certas implicações colaterais da pandemia COVID-19 – v.g. restrições impostas por lei, declaração de estado de emergência (como as que estamos enfrentando em Portugal) – podem também servir para dar cobertura a determinados impactos verificados em contratos de TI, sobretudo os que contem com uma dimensão humana.

Obrigação de esgotamento de meios, recursos e esforços para o cumprimento

A parte que procura ser exonerada do cumprimento de uma obrigação, por causa de força maior, tem a obrigação de provar que usou todos os meios, recursos e esforços disponíveis (e não só, os que pudessem estar razoavelmente ao seu alcance) para restabelecer a possibilidade do cumprimento, sem sucesso.

Ora, o contexto que vivemos - de rápida escalada do COVID-19, associada à constante e imprevisível evolução das diretrizes governamentais para salvaguarda do bem-estar dos cidadãos

e de uma certa estabilidade económica, aliadas à incerteza na evolução – seja local, regional ou global - dificulta aos agentes económicos não só (i) uma identificação de todos os meios, recursos e esforços disponíveis, e, sendo isso possível, um controle eficiente sobre os mesmos de modo a garantir a estabilidade e contínua disponibilidade de tais meios, recursos e esforços – mesmo - a curto prazo, mas também, (ii) sempre haverá como provar consistentemente – do outro lado - que os meios, recursos e/ou esforços realmente disponíveis eram outros, ou que os que estavam disponíveis e/ou acessíveis (por qualquer forma) não foram plenamente esgotados.
Por exemplo, (i) embora a migração esteja geralmente disponível, certas operações numa determinada jurisdição ou site poderão não poder ser migradas; (ii) não obstante existirem – de um modo geral – técnicos de suporte e manutenção disponíveis (nem que seja um, ou uma equipa!) certas infra-estruturas físicas podem deixar de poder ser objeto de suporte e manutenção no-site devido à falta definitiva de um recurso com determinado perfil técnico ou experiência; (iii) os planos de recuperação de desastres (DRP) podem ser impactados e a assistência remota pode falhar fatalmente sem chance de recuperação.
Na realidade, apesar da crescente disponibilização de aplicativos, soluções e serviços colaborativos prestados remotamente, de um modo geral, os sistemas ou operações de TI assentes em forte dimensão humana, não deixarão de estar expostos ao risco da fatalidade do fator humano, se esta ocorrer.
Todos os eventos/impactos que vão ocorrendo num negócio por causa da pandemia COVID-19 devem ser documentados centralmente e as organizações devem tomar/acionar as medidas adequadas de mitigação.
Além de os agentes económicos construírem um registo central de informação que poderá ser muito útil numa invocação e prova de impacto de um evento de força maior, é provável que os registos sirvam outros fins, v.g. de apoio a reclamações no âmbito de um DRP, para sustentação de factos alegados num procedimento de candidatura a apoios governamentais, ou ainda, para documentar o acionamento de um seguro de exploração (por exemplo).

Impossibilidade de Desempenho Contratual
Alguém que alega ter sido afetada por uma causa de força maior terá que demonstrar que o desempenho foi impedido e não apenas dificultado (mesmo que severamente dificultado).
A nossa jurisprudência tem-se consistentemente recusado a aceitar que a obrigação contratual severamente impactada por um evento de força maior, mas ainda possível, embora mais onerosa ou difícil, seja considerada impossível de cumprir, desonerando a parte afetada ao seu cumprimento.
A título de exemplo, se o contrato exigir que os fornecimentos/prestações sejam obtidos de uma determinada origem que atualmente é de alto risco e sujeita a cancelamento de troca de mercadorias ou à proibição de circulação de pessoas, caso não existam alternativas, é mais provável – embora não certo - que o requisito do “esgotamento de meios” seja preenchido. Da mesma forma, um fabricante com uma linha sofisticada situada numa jurisdição que determinou o encerramento das fábricas, pode ser capaz de demonstrar que - durante esse período – ficou impedido de fabricar e expedir encomendas. No entanto, se essa mesma produção for possível de outra fonte/parceiro (mesmo que de um concorrente) e ainda que em desequilíbrio financeiro para o fabricante, então o cumprimento é ainda possível e por conseguinte, o requisito legal para que seja considerada a ocorrência de força maior não se preenche.

Implicações práticas
Antes de suspender qualquer cumprimento contratual com base na ocorrência do COVID-19 enquanto evento de força maior, ou para entender a exposição que alguém possa ter a uma cláusula de força maior num contrato, as partes devem revisitar cuidadosamente os seus principais contratos e considerar:
- a lei aplicável ao contrato;
- a definição e o âmbito das disposições de força maior aplicáveis e verificar se o evento que possa estar em questão se enquadra nas mesmas;
- a verificação em concreto dos requisitos legais da força maior;

- a verificação sobre se as obrigações que possam estar em causa se tornaram realmente impossíveis ou apenas mais caras ou onerosas;
- a verificação sobre se todos os meios, recursos e esforços foram esgotados para restabelecer o cumprimento ou a "possibilidade" do cumprimento;
- compreender como a força maior se relaciona com outras cláusulas contratuais, de entre as quais, as cláusulas atinentes a alterações anormais das circunstâncias.

Medidas de gestão de riscos (TI)
Como observação geral, além das medidas adotadas para controlar a disseminação do COVID-19, deve prestar-se atenção a determinadas medidas de gestão de riscos que destacamos:

Auto-organização e avaliação
Proceder à identificação e avaliação de todos os contratos de TI aplicáveis à organização, em particular, os aplicáveis a sistemas e operações críticos. Revisão dos contratos comerciais para avaliar direitos, soluções e requisitos de força maior que se podem aplicar (ou ser aplicados) e cruzar essas informações com os DRP existentes na organização.

Gerir informação
A organização deve manter-se atualizada, incluindo a respeito dos detalhes das áreas afetadas, seja por meio das notícias locais ou globais.
A força de trabalho deve ser monitorizada e apoiada e, sempre que a organização esteja em laboração, as pessoas/materiais/instalações devem ser constantemente avaliadas, analisadas e monitorizadas, registando-se tais intervenções ou iniciativas.
Garantir que a informação correta, verdadeira e adequada circula na organização (sobretudo quando esta continua a funcionar de forma deslocalizada em ambiente colaborativo) quer sobre a organização, a sua evolução, os seus resultados, os seus desafios, quer sobre o contexto em que se vive; v.g. sobre o vírus, sobre como se propaga, sobre como se proteger e proteger a comunidade, sobre como endereçar mitos, medos e informação errada.

Compreender direitos e obrigações
Monitorizar a todo o momento o âmbito e alcance da legislação aprovada na sequência do COVID-19 e compreender como a mesma se aplica à organização é crucial, para determinar como deve agir e para perceber de que forma é que pode minimizar os impactos deste contexto na sua organização, seja para beneficiar de determinado benefício, apoio ou dilação de prazo para o cumprimento das suas obrigações, ou de outra forma.

Projeção da força maior noutros acordos e obrigações legais.
Certos contratos de TI/ tecnologia têm outros contratos associados, como contratos de leasing, mútuos e/ou garantias colaterais, etc.
Torna-se necessário verificar tal teia de acordos por forma a compreender a correta repercussão de uma causa de força maior que impacte a execução de um contrato de TI noutro contrato acessório por forma a evitar litigiosidade e danos (adicionais) fora do curso normal dos negócios.

Pensar o FUTURO de forma positiva
O contexto em que vivemos não paralisou a nossa economia e continuam todos os dias a ser contratados fornecimentos e prestações em geral e de tecnologia/IT em particular.
Torna-se necessário repensar a redação dos contratos e das cláusulas de força maior no sentido de adequar o seu âmbito e modo de funcionamento ao contexto em que vivemos.

Note por favor que a correta compreensão das implicações contratuais da pandemia COVID-19 (ou qualquer outra) implica a análise específica dos casos concretos e das relações contratuais que estejam especificamente em causa.
A gestão das organizações deve proativamente garantir que tal análise e compreensão é endereçada em tempo útil, quer pelas equipas jurídicas internas e/ou pelas estruturas jurídicas

externas.

* Pbbr Flash News sobre alteração anormal das circunstâncias seguir-se-á a este artigo.

Contacto
Carina Branco- cb.techlawyers@pbbr.pt
Pedro Elias Garcia- pedro.garcia@pbbr.pt
Filipa Teixeira Diniz - filipa.diniz@pbbr.pt
Bernardo Cortes - bernardo.cortes@pbbr.pt

www.pbbr.pt