

As cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial e o risco de desvalorização dos bens penhoráveis (em especial, a desvalorização de participações sociais)

1. Introdução

É expressamente atribuída pela nossa ordem jurídica, ao abrigo do art. 602.º do Código Civil, a faculdade de as partes, por via convencional (independentemente da vigência de um regime de separação de patrimónios, como sucede com as sociedades comerciais), limitarem a responsabilidade patrimonial do devedor a alguns dos seus bens, no caso de obrigação devida não ser voluntariamente cumprida. Tal significa que o credor se obriga a não agredir judicialmente quaisquer outros bens do património do devedor, que não aqueles delimitados pela cláusula. São as vulgarmente designadas «cláusulas de impenhorabilidade», que surgem como uma excepção à regra constante do art. 601.º do Código Civil, que estatui a «garantia geral das obrigações», ou seja, que todo o património penhorável do devedor responde, ilimitadamente, pela dívida.

2. Modalidades de cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial

Limitações qualitativas: nas limitações qualitativas da responsabilidade patrimonial procede-se a uma identificação dos bens que poderão ser atingidos judicialmente, passando estes a constituir a garantia geral do credor; estas limitações qualitativas, por seu turno, podem ser formuladas em *termos positivos* ou em *termos negativos*.

Em *termos positivos*, as partes limitam a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens, procedendo-se, conseqüentemente, a uma restrição da garantia geral a determinados bens ou categorias de bens que não se encontrem numa situação de impenhorabilidade. Este tipo de limitação surge frequentemente associada à constituição de garantias sobre os bens convencionalmente delimitados: assim, os únicos bens susceptíveis de apreensão judicial serão os bens onerados com a garantia, que conferem preferência na satisfação do credor.

A associação de cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial à constituição de garantias reais é muito frequente nos países anglo-saxónicos (designadas por «cláusulas *nonrecourse*»), sendo um dos esquemas financeiros de maior difusão no âmbito do mercado de financiamentos a longo prazo para aquisição de bens imóveis destinados a um determinado projecto ou actividade comercial (*income-producing commercial real estate*). É igualmente frequente a associação destas cláusulas a depósitos *escrow* dos bens identificados pelas partes (para garantir que o devedor não aliena os bens em questão).

São igualmente admissíveis as *cláusulas de limitação negativa*: por efeito destas, as partes acordam na impenhorabilidade de alguns bens identificados ou de categorias de bens integrantes do património do devedor. Esta modalidade pode revelar-se menos gravosa para o credor, considerando que o património do devedor poderá ser alvo de incrementos entre a data da constituição da obrigação e o momento da proposição da execução. É usual esta modalidade de cláusulas surgir associada à inclusão de *negative pledges* no texto contratual, de forma a evitar que o devedor aliene/onere o património que as partes acordaram responder judicialmente pela dívida em questão.

Limitações quantitativas: as limitações quantitativas têm como efeito a restrição da responsabilidade patrimonial do devedor a um determinado *montante pecuniário*. A admissibilidade destas pode suscitar problemas, particularmente no seu confronto com a figura da cláusula penal. Neste contexto, tem sido considerado que o objecto de conformação das convenções de limitação da responsabilidade patrimonial não coincide com o objecto de conformação de uma cláusula penal, pois que a responsabilidade civil e a responsabilidade patrimonial são institutos jurídicos distintos.

Acordo de subsidiariedade: são ainda consideradas cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial as convenções de subsidiariedade. Estas correspondem ao estabelecimento de uma ordem de prioridade na apreensão judicial dos bens do devedor. Ao contrário do que sucede com as modalidades de cláusulas *supra* descritas, de um acordo com este teor não decorre a subtracção de bens da garantia geral.

Subordinação convencional de créditos: um acordo de subordinação corresponde a uma convenção entre as partes nos termos da qual, um ou vários credores (*junior creditors*) aceitam configurar o regime de satisfação dos seus créditos perante um determinado devedor, fazendo depender (i.e., subordinando) a satisfação dos seus créditos da satisfação prévia dos créditos de outro ou outros credores comuns ou quirografários (*senior creditors*) daquele devedor. Estes acordos são especialmente utilizados no domínio dos mercados financeiros, de instrumentos híbridos e complexos, como as *subordinated bonds* ou *high yields bonds* e com as operações de *leveraged buy-out*.

Limitações em função das dívidas: As partes podem limitar a responsabilidade patrimonial do devedor a alguns dos seus bens apenas para certas dívidas, ou podem acordar que tal limitação fica dependente da verificação de certos eventos (*covenants*).

3. Razões para a utilização das cláusulas de limitação da responsabilidade

O contexto motivacional subjacente à inserção destas cláusulas afigura-se poliédrico: é certo que o credor, em virtude da aceitação de uma cláusula deste género, corre o risco de receber muito menos do que o equivalente à prestação que lhe é devida, na medida em que fica sujeito a suportar o concurso dos outros credores em relação aos bens penhoráveis delimitados pela cláusula (não se criando, por via destas cláusulas, quaisquer patrimónios autónomos), ao mesmo tempo que não será admitido a concorrer com os outros credores em relação ao restante património do devedor. Estas cláusulas são

estabelecidas, regra geral, em benefício do devedor, na medida em que se subtraem à execução bens cuja penhorabilidade, atendendo às mais diversas razões (designadamente, económicas ou afectivas), pode não ser desejável para o devedor.

Todavia, a aceitação destas cláusulas, por parte dos credores, ocorre, na generalidade das vezes, num contexto em que o património (relevante) do devedor é constituído apenas pelo bem convencionalmente identificado (e, muitas vezes, onerado com uma garantia a favor do credor) e cujo valor excede, em muito, o valor da obrigação do devedor. Adicionalmente, o acordo em questão pode facilitar a identificação de bens que, de outra forma, dificilmente seriam averiguáveis no momento da execução (*v.g.*, bens móveis não sujeitos a registo).

Por outro lado, no domínio dos financiamentos bancários, estas cláusulas surgem frequentemente associadas a uma contrapartida contratual mais favorável para a entidade bancária, designadamente, mediante a estipulação de taxas de juro ou *spreads* mais altos, que reflectam o agravamento do risco para o credor (muitas vezes, com base numa determinação *loan-to-value ratio*), *equity kickers*, ou da cessão de rendas e de outros créditos correspondentes a frutos dos bens onerados.

4. Limites à validade das cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial

Nos termos do art. 602.º do Código Civil, os acordos de limitação da responsabilidade patrimonial devem ser considerados inválidos quando as obrigações em questão se reportem a matéria indisponível (por exemplo, obrigações de alimentos). A validade das referidas cláusulas tem igualmente sido posta em causa quando o valor dos bens penhoráveis objecto da convenção de limitação, à data da sua celebração, não seja (nem previsivelmente venha a ser) suficiente para satisfazer a pretensão do credor em sede judicial.

Nestes termos, e ainda que não esteja em causa um problema de cláusulas limitativas da responsabilidade civil, tem-se entendido, com base no princípio da irrenunciabilidade antecipada de direitos que decorre do art. 809.º do Código Civil, que as cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial dão corpo a um acto de renúncia, apenas sendo admitidas quando não suprimam, em termos práticos, a exequibilidade do crédito, sob pena de os bens sujeitos à execução só simbolicamente garantirem o crédito e, na verdade, estarmos na presença de uma obrigação natural.

5. O risco de perecimento e deterioração superveniente dos bens que respondem pela dívida, em especial, a desvalorização de participações sociais: um recente caso português

Um dos principais riscos para o credor associados ao estabelecimento das cláusulas de limitação da responsabilidade patrimonial prende-se com a alocação do risco de pereci-

mento e deterioração dos bens convencionalmente identificados como o único património penhorável do devedor.

Este problema foi alvo de discussão, muito recentemente, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10-11-2011, Proc. n.º 6152/03.0TVLSB.S1 (Relator: Gregório Silva Jesus). Tratava-se da celebração de um contrato de compra e venda de acções entre sócios da mesma sociedade, tendo ficado convencionado que, em caso de incumprimento da obrigação de pagamento do preço por parte do sócio comprador, a responsabilidade patrimonial do mesmo encontrava-se limitada às acções que lhe tinham sido transmitidas pelo sócio vendedor por efeito da venda realizada, devendo tais acções ser depositadas fiduciariamente (num depósito *escrow*) até cumprimento integral da obrigação de pagamento do preço.

Os problemas no caso *sub judice* referem-se à desvalorização abrupta das acções depositadas, que deveriam responder, em caso de incumprimento, pela dívida em questão, sendo que, na prática, atendendo à desvalorização, as mesmas apenas serviriam para, de forma simbólica, garantir o crédito relativo ao pagamento do preço. Ainda que o Supremo Tribunal de Justiça tenha considerado válida a cláusula de limitação da responsabilidade patrimonial em questão, face às disposições normativas dos arts. 602.º e 809.º do Código Civil, veio decidir no sentido de que o risco da desvalorização dos bens em questão deve correr por conta do credor (o sócio vendedor) e não por conta do devedor (o sócio comprador), dado que «a cláusula de limitação convencional da garantia patrimonial às acções depositadas foi estabelecida em benefício da compradora».

Conclui-se, por isso, que de acordo com este aresto, qualquer perecimento ou deterioração superveniente dos bens que respondem pela dívida é um risco que deve ser unicamente alocado ao credor. Esta conclusão resulta da ideia de que os bens penhoráveis identificados na cláusula de limitação da responsabilidade patrimonial funcionam como uma “micro” garantia geral do devedor, pelo que o credor se encontra sujeito à indeterminação, variabilidade e perecimento do património em questão, inerente à ideia de garantia geral enquanto grandeza variável sujeita a sucessivos incrementos e diminuições.

Porém, tal como tem sido entendido pelos tribunais e autores estrangeiros que se debruçaram sobre o tema, apenas será assim quando o perecimento ou a deterioração dos bens que integram a “micro” garantia geral não resultem de uma conduta imputável ao devedor, susceptível de servir de fundamento ao accionamento de um qualquer meio de conservação da garantia patrimonial (por exemplo, a impugnação pauliana) – situação em que se justifica a extensão da responsabilidade patrimonial, em termos subsidiários, a todos os bens integrantes do devedor. Este último requisito é especialmente importante para o caso decidido no acórdão, na medida em que se pudesse entender que o sócio comprador poderia, em virtude da sua actuação enquanto sócio, evitar a desvalorização das acções que lhe tinham sido transmitidas.

Por outro lado, face à desvalorização em causa, nada impede que o credor recorra a dispositivos normativos de mitigação do risco, como a possibilidade de antecipar o vencimento do crédito, nos termos do art. 780.º/1 do Código Civil, ou mesmo de se

aplicar, *mutatis mutandis*, o regime aplicável às garantias reais – o que, no caso *sub judice*, poderia importar (ainda que com a devida cautela), as normas aplicáveis ao penhor financeiro, previstas no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, designadamente, o poder de disposição das acções em questão (arts. 9.º e 10.º) *antes da verificação do incumprimento*, desde que o mesmo se encontrasse contratualmente previsto.

BREVES DE LEGISLAÇÃO

Revisão do Regime Jurídico do Arrendamento Urbano

Proposta de Lei n.º 38/XII

Comunicado do Conselho de Ministros de 29 de Dezembro de 2011

O Governo aprovou uma **proposta de lei** que procede à revisão do regime jurídico do arrendamento urbano. Com esta reforma estrutural pretende criar-se um verdadeiro mercado de arrendamento, que, em conjunto com o impulso à reabilitação urbana, possa oferecer aos portugueses soluções de habitação mais ajustadas às suas necessidades. As principais alterações desta reforma respeitam aos contratos de arrendamento para habitação e estão vertidas em três grandes linhas de intervenção: (i) maior liberdade às partes, promovendo o aparecimento de contratos de duração variada, nomeadamente mais curtos; (ii) reforço do mecanismo de resolução do contrato de arrendamento quando o arrendatário se encontra em mora, permitindo uma mais rápida cessação do contrato e consequente desocupação do locado; (iii) por fim, e de forma a promover a reabilitação dos edifícios, a agilização do procedimento de denúncia do contrato de arrendamento celebrado por duração indeterminada.

Revisão do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Proposta de Lei n.º 39/XII

Comunicado do Conselho de Ministros Extraordinário de 30 de Dezembro de 2011

O Governo aprovou uma **proposta de lei** que revê o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, simplificando formalidades e procedimentos e instituindo o processo especial de revitalização de empresas. Trata-se de uma reforma assinalável, norteadada pela promoção da figura da recuperação no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, privilegiando-se, sempre que possível, a manutenção da empresa em dificuldade no giro comercial, propiciando uma nova oportunidade antes da liquidação do seu património. No que respeita ao processo especial de revitalização, pretende-se que seja um mecanismo célere e eficaz que possibilite a recuperação da empresa que se encontra em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, embora ainda não tenha entrado em situação de insolvência actual. Paralelamente, prossegue-se ainda o reforço da responsabilidade assacada aos devedores bem como aos seus administradores, de direito ou de facto, no caso de estes terem sido causadores da situação de insolvência culposa. Promove-se, da mesma forma, a simplificação de procedimentos, o ajustamento de prazos (que em muitos casos se

mostravam demasiadamente alargados), a possibilidade de adaptação do processo ao caso concreto, o reforço das competências do juiz em termos de gestão processual, a delimitação clara do âmbito de responsabilidade dos administradores da insolvência, o reforço da tutela efectiva dos dependentes do devedor insolvente com direito a alimentos e a melhoria da articulação entre a acção executiva e o processo de insolvência.

JURISPRUDÊNCIA

Nulidade da fiança de objecto indeterminável

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-12-2011, Relator Serra Baptista, disponível em www.dgsi.pt

Processo n.º 1807/08.6TVLSB.L1.S1

O Supremo Tribunal de Justiça, na linha de continuidade de anteriores arestos, veio pronunciar-se pela nulidade de uma fiança prestada para garantia das obrigações emergentes de um contrato de abertura de crédito, tendo os fiadores declarado que «*dão, desde já, o seu acordo a quaisquer alterações ao contrato, designadamente, da taxa de juro, prazo, moratórias ou outras que venham a ser fixadas ou convencionadas*», não tendo estes garanties, assim, qualquer possibilidade de controlar as alterações que venham a ocorrer ao conteúdo contratual.

É para evitar estas situações que o art. 280.º do Código Civil sanciona com a nulidade as cláusulas contratuais com este teor indeterminável. Todavia, já será válida quando o conteúdo da mesma seja *determinável*, embora *indeterminado*. A prestação é indeterminada mas determinável, quando, embora não se sabendo, num momento anterior, qual o seu teor, exista, no entanto, um critério que possibilite determiná-la. Sendo a mesma, ao invés, indeterminada quando inexistente qualquer critério para proceder à sua determinação. Sendo, então, a obrigação nula. A exigência da determinabilidade da prestação é, naturalmente, aplicável à fiança, não podendo alguém declarar-se fiador de todas as dívidas, incluindo as futuras, sem critério nem limite.

O Tribunal não nega que, no caso em apreço, se verifica que a fiança, no momento da sua constituição, tem o seu objecto determinado. Porém, atendendo ao facto de garantir igualmente posteriores alterações do contrato, para as quais não foi estabelecido qualquer critério, concluiu-se que na parte indeterminável (ou seja, no que concerne às posteriores alterações das obrigações garantidas), a mesma será nula. Desta forma, não existindo qualquer alteração ao conteúdo das obrigações garantidas, não releva a nulidade da fiança em questão.

A indemnização pelo interesse contratual positivo ou pelo interesse contratual negativo na resolução do contrato de franquia

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-12-2011, Relator Álvaro Rodrigues, disponível em www.dgsi.pt

Processo n.º 669/07.5TBPTM-A.E1.S1

Neste aresto do Supremo Tribunal de Justiça discutiu-se se a parte que resolve o contrato de franquia tem direito a ser ressarcida pelo interesse contratual positivo ou apenas pelo interesse contratual negativo. A indemnização pelo interesse contratual positivo destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse exactamente cumprido, reconduzindo-se, assim, aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso. Por outro lado, a indemnização pelo interesse contratual negativo tende a repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à respectiva conclusão.

Foi decidido pelo Tribunal, de acordo com a posição maioritária da nossa Jurisprudência, que a indemnização que se pode cumular com a resolução do contrato não é a indemnização pelo dano *in contractu* mas pelo dano *in contrahendo*, ou seja, pelo interesse contratual negativo, encarando-se apenas o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados de boa fé.

A questão assume particular relevância no que se refere ao contrato de franquia ou de *franchising*. O contrato de franquia é o contrato pelo qual um empresário (o franquizador) concede a outro empresário (o franquiado) o direito de exploração e fruição da sua imagem empresarial e respectivos bens imateriais de suporte (como a marca), no âmbito da rede de distribuição integrada no primeiro, de forma estável e a troco de uma retribuição», um contrato sinalagmático e oneroso, ficando o franquiado vinculado ao pagamento de determinadas prestações pecuniárias, usualmente consistentes numa prestação inicial fixa (*front money* ou *initiation fee*) e em prestações ulteriores periódicas proporcionais ao volume de negócios (*royalties*, *redevances*, etc.). Tratando-se de um contrato duradouro, tal significa que a indemnização a arbitrar ao franquizador não deverá incluir as *royalties* devidas pelo franquiado.

Porém, o Tribunal reconhece que «*pode excepcionalmente ter lugar uma indemnização pelo interesse contratual positivo*», havendo «*que ponderar os interesses em jogo no caso concreto e, perante eles, conceder ou denegar o caminho, particularmente estreito, da indemnização pelo interesse contratual positivo. Nesta ponderação, tem, a nosso ver, uma palavra a dizer o princípio da boa fé. Deve ele ser tido em conta na liquidação do negócio jurídico em caso de nulidade ou anulabilidade*».

CONTACTOS

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA & ASSOCIADOS, RL
Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) • 1250-160 Lisboa • Portugal

Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362

lisboa@cuatrecasasgoncalvespereira.com • www.cuatrecasasgoncalvespereira.com


PORTO

Avenida da Boavista, 3265-7º • 4100-137 Porto • Portugal

Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949

porto@cuatrecasasgoncalvespereira.com • www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

A presente Newsletter foi elaborada pela Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL com fins exclusivamente informativos, não devendo ser entendida como forma de publicidade. A informação disponibilizada bem como as opiniões aqui expressas são de carácter geral e não substituem, em caso algum, o aconselhamento jurídico para a resolução de casos concretos, não assumindo a Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL qualquer responsabilidade por danos que possam decorrer da utilização da referida informação. O acesso ao conteúdo desta newsletter não implica a constituição de qualquer tipo de vínculo ou relação entre advogado e cliente ou a constituição de qualquer tipo de relação jurídica. A presente newsletter é gratuita e a sua distribuição é de carácter reservado, encontrando-se vedada a sua reprodução ou circulação não expressamente autorizadas.



Financial liability limitation clauses and the risk of devaluation of seizable assets (in particular, devaluation of holdings)

1. Introduction

In our legal system, Article 602 of the Civil Code expressly entitles the parties to convene (irrespective of any asset separation scheme that may be in place, as is the case with commercial companies) the limitation of the financial liability of the debtor to some of his or her assets, in case the obligation established is not voluntarily complied with. This means that the creditor undertakes to refrain to take judicial action against any assets of the debtor other than those specified in the clause. These clauses, commonly referred to as «unseizability clauses », are an exception to the rule of Article 601 of the Civil Code, which establishes a «general guarantee of obligations », that is, that all the seizable assets of the debtor are unlimitedly liable for the debt.

2. Types of clauses of limitation of financial liability

Qualitative limitations: qualitative limitations of financial liability identify the assets that may be concerned by a judicial action and which constitute the creditors' general guarantee; these qualitative limitations, may, in turn, be defined in *positive* or *negative terms*.

In *positive terms*, the parties limit the liability of the debtor to some of his or her assets with the consequent restriction of the general guarantee to specific assets or categories of assets which are not unseizable. This kind of limitation is often associated with the creation of securities over the assets limited by agreement: thus, the only assets that may be seized by a court order are those over which a security was created which confers a priority to the creditor.

The association of financial liability limitation clauses with the creation of real securities is very common in Anglo-Saxon countries (referred to as « *nonrecourse clauses* ») and is one of the more widely used financial schemes in the long-term loan market for the acquisition of income-producing commercial real estate. It is also common to use these clauses in conjunction with clauses for the deposit in escrow of assets identified by the parties (to guarantee that the debtor does not sell or transfer the assets in question).

Negative limitation clauses are also admitted: under these clauses, the parties agree that certain identified assets or categories of assets which are a part of the assets of the debtor are unseizable. This form may be less costly for the creditor, considering that the assets of the debtor may increase between the date on which the obligation was created and the

time enforcement proceedings are initiated. This type of clause is usually associated with the insertion of negative pledges in the body of the contract, in order to prevent the debtor from selling/encumbering the assets which the parties have agreed are judicially liable for the debt in question.

Quantitative Limitations: the effect of quantitative limitations is the restriction of the financial liability of the debtor to a given *amount of money*. The admissibility of these limitations may give rise to problems, in particular in relation to penalty clauses. In this connection, it has been observed that the matter subject to regulation in agreements to limit financial liability is not coincidental with the matter subject to regulation in penalty clauses, since civil liability and financial liability are two distinct sets of legal provisions.

Subsidiarity agreement: subsidiarity agreements are also considered financial liability limitation clauses. These amount to establishing a priority order in the judicial seizure of the debtor's assets. Unlike the type of clauses described above, an agreement with this content does not give rise to the removal of assets from the general security.

Agreement of claim subordination: a subordination agreement amounts to an agreement between the parties whereby one or several creditors (*junior creditors*) accept to shape the scheme governing the recovery of their claims from a given debtor, making (i.e. subordinating) the recovery of the claims conditional upon the prior payment to other ordinary or senior creditor or creditors of that debtor. These agreements are specially used in the financial market, hybrid and complex instruments areas, such as subordinated bonds of high yield bonds and leveraged buy-outs.

Limitations based on debts: The parties may limit the financial liability of the debtor to just a part of his or her assets in respect of certain debts, or may agree that such limitation is conditional upon the occurrence of certain events (*covenants*).

3. Reasons for using liability limitation clauses

The set of motives for including these clauses is multifaceted: it is true that by accepting this type of clause, the creditor risks receiving a lot less than the equivalent of his or claim, inasmuch as he or her has to deal with the co-existence of other creditors with claims over the seizable assets delimited by the said clause (no autonomous assets being created as a result of these clauses) while, at the same time, he or she is not ranked in respect of the rest of the debtor's assets. As a rule, these clauses are set out for the benefit of the debtor, inasmuch as they provide for the non applicability of enforcement to assets whose seizure may, for a number of reasons (in particular economic or sentimental ones) be undesirable for the debtor.

However, the acceptance of these clauses by the creditors, occurs, in general, in a situation in which the (relevant) assets of the debtor consist only of the asset identified in the agreement (and, often, encumbered with a security in favour of the creditor) whose value largely exceeds the value of the liability of the debtor. Additionally, the agreement in

question may make it easier to identify assets which it would otherwise be hard to ascertain at the time of enforcement (*v.g.*, movable assets not subject to registration).

On the other hand, in the field of bank loans, these clauses are often linked to a more favourable consideration for banks, notably, through the agreement of higher interest rates or *spreads*, that reflect the higher risk for the creditor (often on the basis of a *loan-to-value ratio* determination), *equity kickers*, or the transfer of income and other claims that correspond to the yield of the encumbered assets.

4. Limits of the validity of financial liability limitation clauses

In accordance with Article 602 of the Civil Code, financial liability limitation agreements must be deemed null and void where the obligations in question relate to non-waivable rights (for instance, maintenance obligations). The validity of the said clauses has also been questioned where the value of the seizable assets which are the subject of the limitation agreement is not (on the date of conclusion), nor is it expected to become, enough to satisfy the claims of the creditors in court.

Accordingly, and even if this is not a problem related with clauses of limitation of civil liability, based on the principle of prohibition of early waiver of rights, which results from Article 809 of the Civil Code, it has been considered that financial liability limitation clauses embody an act of renunciation and can only be admitted where the same do not, in practical terms make the claims unenforceable, in which case the enforceable assets will only merely symbolically guarantee the claim while in fact we will be dealing with a natural obligation.

5. The risk of supervening destruction or deterioration of the assets that guarantee the debt, in particular, the devaluation of holdings: recent Portuguese case

One of the main risks for the creditor, associated with setting out financial liability limitation clauses is the allocation of the risk of destruction or deterioration of the assets identified in the agreement as the only seizable asset of the debtor.

This problem was recently discussed in the Judgment of the Supreme Court of Justice, of 10-11-2011, Case no. 6152/03.0TVLSB.S1 (Rapporteur: Gregório Silva Jesus). The case concerned the conclusion of a share purchase agreement between partners of the same company; it had been agreed that, in case of non-compliance by the buyer partner with the obligation to pay the price, the financial liability thereof would be limited to the shares that had been transferred to him or her by the vendor partner for the purpose of the sale, which shares should have to be deposited in an escrow account until the obligation to pay the price was complied with in full.

The problems in the case under consideration related to the sudden devaluation of the shares deposited, which, in case of non-compliance, would be liable for the debt in question, since, in practice, in case of devaluation, they would only symbolically guarantee the claim associated to the payment of the price. Even if the Supreme Court of Justice held the financial liability limitation clause in question to be valid, in light of the provisions of Articles 602 and 809 of the Civil Code, it ruled that the risk of devaluation of the assets in question should be borne by the creditor (the vendor partner) and not by the debtor (the buyer partner), since «*the clause limiting the security to the shares deposited was provided for the benefit of the buyer*».

According to this judgment it must be therefore concluded that the supervening destruction or deterioration of the assets covering the debt is a risk that should be borne by the creditor alone. This conclusion arises from the idea that the seizable assets identified in the financial liability limitation clause operate as a general micro security of the debtor, for which reason the creditor is subject to the undetermination, variability and destruction of the assets in question, inherent in the idea of general security as a variable figure subject to subsequent increases and decreases.

However, as observed by the foreign courts and authors that have addressed this matter, this is only the case where the destruction or deterioration of the assets included in the general 'micro' security are not the result of a behaviour attributable to the debtor, that could be grounds for a precautionary action to preserve the security (for instance, the so called *impugnação pauliana* – [actions by creditors to have certain transactions by the their debtors declared void as prejudicial to their interests]) – a situation which justifies the subsidiary extension of the financial liability to all the assets of the debtor. This latter requirement is particularly relevant for the case settled by this judgment, inasmuch as it could be understood that the buyer partner could, with his or her action as partner, prevent the devaluation of the shares transferred to him or her.

On the other hand, in light of the devaluation in question, nothing precludes the creditor from having recourse to legal measures to mitigate the risk, such as the possibility to accelerate the maturity of the debt in accordance with Article 780(1) of the Civil Code, or even to apply, *mutatis mutandis*, the legal framework applicable to real guarantees – which, in the case under consideration, could imply (albeit with the necessary caution) the provisions applicable to the financial pledge, provided for in Decree-Law no. 105/2004 of 8 May, in particular, the power to sell or transfer the shares in question (Articles 9 and 10) *before non-compliance occurs*, provided the same is set out in the contract.

LEGISLATION HIGHLIGHTS

Review of the urban lease regime

Legislative Proposal no. 38/XII

Announcement of the Council of Ministers of 29 December 2011

The Government has approved a **legislative proposal** to review the urban lease regime. This structural reform is designed to create a real rental market that, together with urban rehabilitation, may offer the Portuguese housing solutions more suitable to their needs. The main amendments of this reform relate to housing lease agreements and focus on three main lines of action: (i) to grant more freedom to the parties, enabling them to establish variable term agreements, specifically for shorter terms; (ii) to strengthen contract termination mechanisms in case of default of the lessee, to speed up termination of the agreement and, consequently, the vacation of the leased premises; (iii) finally, in order to promote the rehabilitation of properties, to streamline termination procedures of lease agreements with indefinite terms.

Review of the Code of Insolvency and Recovery of Companies (*Revisão do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*)

Legislative Proposal no. 39/XII

Announcement of the Extraordinary Council of Ministers of 30 December 2011

The Government has approved a **legislative proposal** to review the Code of Insolvency and Recovery of Companies, simplifying formal requirements and procedures and instituting a special company revitalisation process. This is a remarkable reform, in line with the scheme of recovery within the Code of Insolvency and Recovery of Companies, in which, whenever possible, maintenance of the company in hardship in business is given priority, giving the company a new opportunity before winding up its assets. With regard to the special revitalisation process, the same is meant to be a quick and effective mechanism enabling the recovery of the company in hardship or the insolvency of which is imminent, although not actually under way. Simultaneously, there is an increase of the liability of debtors and their directors, whether *de facto* or *de iure*, in the cases in which they brought about the faulty insolvency. The proposal promotes the simplification of procedures, the adjustment of deadlines (in some cases too lengthy), the possibility to adapt the procedure to the actual case, the reinforcement of the judge's competences in terms of management of the procedure, the clear definition of the scope of liability of the receivers, the increase of effective protection of the insolvent debtor's dependents entitled to maintenance and the improvement of the coordination between the enforcement proceedings and the insolvency proceedings.

CASE LAW

Invalidity of personal security with an undeterminable object

Judgment of the Supreme Court of Justice of 06-12-2011, *Rapporteur Serra Baptista*, available on www.dgsi.pt

Case no. 1807/08.6TVLSB.L1.S1

In line with previous judgments, the Supreme Court of Justice held that a personal security provided to guarantee the obligations arising from a credit facility agreement, in which the providers of the security declared that «*they hereby agree to any amendment to the agreement, in particular, the interest rate, term, extension of term or others that may come to be established or agreed*», is invalid, considering that the providers of the security are thereby totally unable to control changes made to the content of the agreement.

It is to prevent this type of situations that Article 280 of the Civil Code provides for the invalidity of contract clauses with such undeterminable content. The same however is valid where the content is *determinable*, although *undetermined*. The performance is undetermined but determinable, where, although its content is not known in advance, there is, however, a criterion that makes it possible to determine it. Conversely, the same is undetermined where there is no criterion to determine it, in which case, the obligation is null and void. The requirement that the performance be determinable is, obviously, applicable to the personal security and nobody can declare him or herself the debtor of all debts, including future debts, without any criterion or limitation.

The Court does not refute that, in the case under consideration, the personal security has a determined object at the time it is created. However, considering that the same also guarantees subsequent amendments to the agreement, for which no criterion is established, it concludes that the same is null and void with respect to its undeterminable part (that is, with regard to subsequent amendments of the secured obligations). Thus, since there is no amendment to the content of the secured obligations, the invalidity of the personal security in question is not relevant.

Compensation for positive or negative contractual interest in the termination of a franchise agreement

Judgment of the Supreme Court of Justice of 15-12-2011, Rapporteur Álvaro Rodrigues, available on www.dgsi.pt

Case no. 669/07.5TBPTM-A.E1.S1

In this judgment, the Supreme Court of Justice discussed whether the party that terminates a franchise agreement is entitled to compensation for the positive contractual interest or merely for the negative contractual interest. Compensation for the positive contractual interest is meant to put the aggrieved party in the situation it would be in if the contract had been performed in full, and thus corresponds to the damage arising from final non-compliance with, or from late or defective performance of the contract. On the other hand, compensation for the negative contractual interest places the aggrieved party in the situation in which the latter would be if he or she had not entered into the contract or even begun negotiating with a view to its conclusion.

In line with the prevailing opinion of our case law, the Court decided that the compensation that may be granted in addition to termination of the contract is not compensa-

tion for damage *in contractu* but rather for damage *in contrahendo*, that is, for the negative contractual interest, considering only the damage that the aggrieved party would avoid had he or she not, for no fault of his or hers, trusted that, pending the negotiations, the liable party would comply with the specific duties required in those negotiations and arising from good faith.

This question becomes particularly relevant with respect to franchise agreement. Franchise agreements are contracts under which an entrepreneur (franchiser) grants another entrepreneur (franchisee) the right to operate and enjoy its corporate image and the corresponding immaterial supporting assets (such as the trademark), in the scope of the integrated distribution network of the former, in a stable way and for a consideration»; they are synallagmatic contracts in return for payment, under which the franchisee is obliged to pay certain amounts of money, usually corresponding to an initial fixed amount (*front money* or *initiation fee*) and to subsequent regular amounts in the proportion of the turnover (*royalties, redevances, etc.*). The fact that this is a lasting contract means that the compensation to grant to the franchiser must not include the *royalties* payable by the franchisee.

However, the Court recognised that exceptionally « *compensation for the positive contractual interest* », may be granted and that one must «*take into account the interests at play in the case under consideration and, based on these, either grant or refuse the particularly narrow path of compensation for the negative contractual interest. In weighing up these interests, it is our opinion that the principle of good faith should also play a role. The same should be taken into account in the liquidation of the legal transaction in case of invalidity or voidability* ».

CONTACT

CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA & ASSOCIADOS, RL
Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

LISBON

Praça Marquês de Pombal, 2 (e 1-8º) • 1250-160 Lisboa • Portugal

Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362

lisboa@cuatrecasasgoncalvespereira.com • www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

OPORTO

Avenida da Boavista, 3265-7º • 4100-137 Porto • Portugal

Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949

porto@cuatrecasasgoncalvespereira.com • www.cuatrecasasgoncalvespereira.com

This Newsletter was prepared by Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL for information purposes only and should not be understood as a form of advertising. The information provided and the opinions herein expressed are of a general nature and should not, under any circumstances, be a replacement for adequate legal advice for the resolution of specific cases. Therefore Cuatrecasas, Gonçalves Pereira & Associados, RL is not liable for any possible damages caused by its use. The access to the information provided in this newsletter does not imply the establishment of a lawyer-client relation or of any other sort of legal relationship. This Newsletter is complimentary and the copy or circulation of the same without previous formal authorization is prohibited.
