

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter  
**Societário**

Português English

### A prestação de Caução pelos Administradores A alternativa do Seguro de Responsabilidade Civil

Uma das alterações ao Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovadas pelo Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, foi a introduzida na redacção do artigo 396.º, relativa à caução a prestar pelos administradores das sociedades anónimas.

As modificações aprovadas reconduzem-se à adequação de aspectos pontuais do regime da caução, inalterado desde a entrada em vigor do CSC, em 1986, e ao alargamento da cobertura subjectiva do contrato de seguro, admitido como alternativa àquela, assim se respondendo à necessidade de reforçar as garantias de efectividade da responsabilidade civil dos administradores.

Com efeito, procedeu-se a uma actualização do valor mínimo da caução que passou a ser de EUR 50.000,00 para a generalidade das sociedades

anónimas e de EUR 250.000,00 para as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e para as sociedades que ultrapassem, durante dois anos consecutivos, dois dos seguintes limites: (i) total do balanço de EUR 100.000.000,00; (ii) total de vendas líquidas e outros proveitos - EUR 150.000.000,00 e (iii) número de trabalhadores empregados em média durante o exercício - 150.

Por outro lado, relativamente a estas últimas sociedades, cujo valor mínimo da caução é agora de EUR 250.000,00, foi afastada a possibilidade de a prestação da caução ser dispensada<sup>1</sup>, tornando-se, deste modo, imperativa.

Da versão originária do artigo 396.º do CSC resultava já a obrigação de prestação de caução

1. Por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o conselho de administração ou um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita nos estatutos, por disposição deste, tal como decorria já da versão anterior do n.º 3 do artigo 396.º do CSC.

2. A responsabilidade civil do administrador por actos ilícitos no exercício do seu cargo é garantida pelo seu património, sendo a prestação de caução uma garantia especial.

3. Com efeito, apesar de a prestação de caução não ser condição de início do exercício de funções, é condição resolutiva da relação de administração.

4. Havendo quem defenda que mesmo os administradores suplentes estão abrangidos por esta obrigação, uma vez que sobre eles impenderão os mesmos deveres e a mesma responsabilidade dos administradores efectivos. Não obstante, entendemos que essa obrigação apenas nasce quando o administrador suplente entra em efectivo exercício de funções, altura a partir da qual poderão e deverão ser exercidos os poderes de administração e representação da sociedade, com a inerente responsabilidade.

5. Não obstante a caução garantir unicamente a responsabilidade daquele que a presta, a mesma não deixa de poder ser exigida pelo credor nos termos da responsabilidade solidária dos administradores - cfr. artigo 73.º do CSC

6. Neste sentido se pronunciam alguns autores, entre os quais e.g. Ilídio Duarte Rodrigues, "A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas", Livraria Petrony, Lda., p.200.

7. A CMVM veiculou o entendimento de que, ao abrigo da versão originária do artigo 396.º do CSC, a caução garantia a responsabilidade para com a sociedade e para com terceiros - Vide pág. 19 do projecto de alterações ao Código das Sociedades Comerciais da CMVM.

8. Depósito em dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, penhor, hipoteca ou fiança bancária - Cfr. artigo 623.º do Código Civil.

9. É regra a exclusão da cobertura dos actos dolosos (aliás, de acordo com a interpretação maioritária do prescrito no artigo 437.º do Código Comercial), assim como de situações de quebra de sigilo profissional.

10. Os eventuais titulares do direito à indemnização poderão ser vários, entre os quais a própria sociedade, os accionistas, os trabalhadores, os credores e outros terceiros.

11. Em vez do generalizado seguro-caução, no qual não existe a transferência de responsabilidade para a seguradora, a qual, tendo pago a indemnização, exerce o direito de regresso sobre o tomador do seguro.

12. E, inclusive, dos membros do órgão de fiscalização.

para garantia da responsabilidade civil<sup>2</sup> de cada administrador, cuja importância deve constar dos estatutos sociais, tendo de ser cumprida nos 30 dias subsequentes à respectiva designação ou eleição e, devendo manter-se até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções, independentemente da causa, sob pena de cessação imediata de funções<sup>3</sup>.

O dever de prestar caução recai assim sobre cada um dos administradores<sup>4</sup>, individualmente considerados. Assim, a caução a prestar garante apenas a responsabilidade do administrador que a presta e não a do órgão colegial para que foi designado<sup>5</sup>. Questão que assume especial relevância prática consiste em saber se a caução tem que ser prestada pelo próprio administrador ou se pode ser um terceiro a prestá-la. Com efeito, da letra da lei não resulta de forma clara quem pode cumprir a obrigação da sua prestação. Dúvidas não existem sobre o facto de a caução dever ser prestada individualmente por cada administrador, constituindo, nesta medida, um dever pessoal. Não obstante, julgamos que tal não significa que a caução tenha que ser prestada pessoalmente, nada obstando a que possa ser constituída por um terceiro<sup>6</sup>, sob qualquer uma das formas legalmente admitidas.

Quanto ao beneficiário da caução, se na redacção originária havia quem defendesse que ela era exclusivamente prestada à sociedade, não garantindo terceiros que pudessem vir a ser beneficiários da responsabilidade que com a caução se visa garantir<sup>7</sup>, com o alargamento subjectivo da cobertura do seguro de responsabilidade civil que em alternativa à prestação de caução cumprirá os objectivos da caução da responsabilidade, parece que a caução não pode deixar de ser constituída a favor do conjunto indeterminado de pessoas que possam ser lesadas pelo administrador.

A caução pode ser prestada por alguma das formas admitidas na lei<sup>8</sup>, continuando o CSC a admitir a substituição da prestação de caução por um contrato de seguro<sup>9</sup>, cujo respectivo prémio não pode ser custeado pela sociedade, a não ser no montante em que a cobertura exceder o valor mínimo legalmente exigido.

Deste modo, o seguro pode ser contratado, quer pelo administrador, como tomador e segurado, quer pela sociedade, na qualidade de tomadora, com a especificidade de o prémio relativo ao mínimo legal ser suportado pelo segurado (o administrador) e, apenas, o restante montante do prémio recair sobre a sociedade. Neste último caso, a sociedade será, simultaneamente, tomadora e beneficiária, ao passo que no primeiro caso será apenas beneficiária.

No que diz respeito ao beneficiário do seguro, ampliou-se a respectiva cobertura subjectiva. Passam a estar obrigatoriamente cobertas as pretensões, não apenas da sociedade, mas dos "titulares de indemnizações", ou seja, de todas e quaisquer pessoas que sejam titulares do direito de indemnização<sup>10</sup>.

Segundo o projecto de alterações ao Código das Sociedades Comerciais da CMVM, este alargamento da cobertura do seguro a terceiros teve o propósito de estimular os seguros de responsabilidade dos administradores<sup>11</sup>, nomeadamente os Directors & Officers Insurance, normalmente designado D & O Insurance. Actualmente, a variante mais generalizada de um D & O Insurance é a de um seguro contratado pela sociedade com uma única seguradora, cobrindo a responsabilidade civil (interna e externa) de todos os membros do órgão de administração<sup>12</sup>, sendo a sua principal função a cobertura, em primeiro lugar, dos custos do litígio judicial e, só com o remanescente do capital coberto, da indemnização.

A contratação deste seguro pode ser o seguro contratado para cobrir as responsabilidades previstas no n.º 2 do artigo 396.º do CSC ou ser um seguro complementar (com uma cobertura muito superior ao mínimo legal) ao seguro contratado pelo próprio administrador para cumprimento daquele mesmo imperativo legal.

Segundo os propósitos da CMVM, os D & O Insurance oferecerão a vantagem de mitigar o risco pessoal do património do administrador perante o acréscimo esperado de sindicabilidade, do mesmo modo se eliminando desincentivos à atracção de gestores talentosos.

## Breves de Legislação

### Declaração de Rectificação n.º 24/2007, D.R. n.º 70, Série I de 10 de Abril

**Procede à republicação na íntegra do modelo anexo I da Portaria n.º 208/2007, publicada no Diário da República, Série I, n.º 34, de 16 de Fevereiro de 2007, que aprovou o modelo declarativo da informação empresarial simplificada (IES) e respectivos anexos.**

Já estão disponíveis no site das declarações electrónicas os formulários necessários para a transmissão electrónica dos dados.

### Portaria n.º 418/2007, D.R. n.º 73, Série I de 13 de Abril

**Ministério da Saúde**

Aprova o Regulamento dos Programas de Apoio Financeiro a atribuir pela Direcção-Geral da Saúde a Pessoas Colectivas Privadas sem Fins Lucrativos, cujas propostas venham a ser seleccionadas na sequência de procedimento de apresentação e apreciação de candidaturas, nos termos do Regulamento.

## Breves de Jurisprudência

### Acórdão n.º 143/2007 do Tribunal Constitucional (D.R. n.º 69, Série II de 9 de Abril)

Não julga inconstitucional a norma extraída, por interpretação conjugada, dos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 85.º do Regime do Arrendamento Urbano, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 321-B/90, de 15 de Outubro, segundo a qual se o cônjuge do arrendatário pré-defunto, encabeçado na posição contratual de arrendatário por força do disposto no artigo 85.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Regime do Arrendamento Urbano, voltar a casar, a posição contratual que adquiriu não se transmite, por sua morte, a este novo cônjuge.

### Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/04/2007

Sumário:

I. Tendo os réus transferido a exploração onerosa do seu estabelecimento industrial para a autora, exploração que engloba o gozo do prédio, as máquinas nele existentes e a clientela (aviamento), que o compõem, celebraram entre si um contrato de cessão de exploração de um estabelecimento industrial, que por não ter obedecido à forma legal, é nulo por falta de forma, mas não pode apesar disso desdobrar-se em dois contratos um de arrendamento e outro de aluguer das máquinas.

II. A nulidade do contrato implica a restituição por cada uma das partes daquilo que recebeu, salvo os benefícios (frutos) resultantes da utilização periódica da coisa não restituíveis, não estando nessa situação as benfeitorias necessárias e úteis efectuadas no estabelecimento durante o período em que decorreu a sua utilização pela autora.

III. A autora/recorrente tem direito a receber dos recorridos/réus o valor das benfeitorias necessárias (porta) e o levantamento ou recebimento do valor das benfeitorias úteis (estufa), que efectuou no estabelecimento, enquanto o deteve em seu poder.

### Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/04/2007

Sumário:

I. São declarações inexactas as declarações não conformes com a realidade.

II. São declarações reticentes as que omitem factos com interesse para formação da vontade contratual da outra parte.

III. Apesar da letra do disposto no art.º 429º do Código Comercial, as declarações inexactas e as declarações reticentes determinam apenas anulabilidade do contrato de seguro, desde que respeitem a factos ou circunstâncias conhecidas pelo segurado ou por quem fez o seguro e que fossem susceptíveis de, se conhecidas pela outra parte, influir sobre a existência ou as condições do contrato.

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

A presente Newsletter foi elaborada pela Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados 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 Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados 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.

IV. É a seguradora quem tem o ónus da prova de lhe terem sido prestadas declarações inexactas ou reticentes com essa susceptibilidade.

V. O dito art.º 429º não estabelece o requisito da existência de nexos de causalidade entre os factos omitidos e o sinistro para que se verifique a anulabilidade do contrato, nem sequer exigindo a verificação do sinistro.

### Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28/03/2007

#### Sumário:

O sócio, apesar de em simultâneo deter a qualidade de gerente, mantém o direito à informação e ao pedido de inquérito judicial, previsto no artigo 216.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, para o tornar efectivo, quando ocorram circunstâncias impeditivas de acesso à informação.

## Contactos

#### LISBOA

Praça Marquês de Pombal, 1-8º • 1250-160 Lisboa  
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362  
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

#### PORTO

Avenida da Boavista, 3265-3.3 • 4100-137 Porto  
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949  
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO & ASSOCIADOS, RL Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

Newsletter  
**Corporate**

Português English

# The Provision of Security by Directors and the alternative of Civil Liability Insurance

One of the amendments introduced to the *Código das Sociedades Comerciais (CSC)* (Portuguese Companies Act) by Decree-Law no. 76-A/2006 of 29 March related to Article 396 and to the security to be provided by the directors of public limited companies.

These amendments have adapted specific aspects of the framework governing the provision of securities, which had not been amended since the CSC came into force in 1986, and have extended the scope of those that may be covered by the insurance contracts, which is an alternative to the provision of a security, thus increasing the effectiveness of the civil liability of directors.

As a matter of fact, the minimum amount of the security has been updated and it is now

EUR 50,000.00 in the case of public limited companies in general and EUR 250,000.00 in the case of companies issuing shares admitted to listing on regulated markets and companies that, in two consecutive years, exceed two of the following limits: (i) total balance sheet of EUR 100,000,000.00; (ii) total turnover and other revenue - EUR 150,000,000.00 and (iii) average number of employees in the year - 150.

On the other hand, in the case of the latter companies, for which the minimum security is now EUR 250,000.00, directors may no longer be exempted from providing such security<sup>1</sup>, which shall therefore be mandatory from now on.

The original version of Article 396 of the CSC laid down the obligation of directors to provide a

1. By resolution of the general meeting or of the incorporating general meeting that appointed the board of directors or a director or, where these were appointed in the by-laws, in accordance with a provision of such by-laws, as was already provided for in the previous version of Article 396 (3) of the CSC.

2. Civil liability of a director for unlawful acts carried out by him or her in the discharge of his or her duties is guaranteed by the assets of such director and therefore the security is a special guarantee.

3. As a matter of fact, although the security is not a condition precedent for the director to begin office, it is a condition for the director to remain in office.

4. Some advocate that this obligation applies even to alternate directors, as these shall have the same duties and responsibilities of directors. However, in our opinion, such obligation only arises when the alternate director materially begins office, that is, the moment from which the powers of administration and representation of the company may and should begin to be exercised and when the corresponding responsibility arises.

5. Despite the fact that the security merely covers the liability of the person who provides it, the same may be demanded by the creditors in accordance with the provisions governing the joint and several liability of directors- see article 73 of the CSC

6. This opinion is shared by a number of authors, among which e.g. Ilídio Duarte Rodrigues, "A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas", Livraria Petrony, Lda, p.200.

7. The opinion of the CMVM (Securities Market Commission) is that, under the terms of the original version of Article 396 of the CSC, the security covered liability both towards the company and towards third parties - See page 19 of the CMVM's draft amendments to the CSC.

8. Cash deposits, securities, precious stones or metals, pledge, mortgage or bank guarantee - See Article 623 of the Portuguese Civil Code.

9. As a rule, willful misconduct is not covered (also in accordance with the predominant interpretation of Article 623 of the Civil Code) and the same goes for the breach of professional secrecy.

10. There may be several persons or entities entitled to damages, such as the company itself, the shareholders, the employees, the creditors and other third parties.

11. Instead of the commonly used seguro-caução (suretyship insurance), in which the liability is not transferred to the insurance company, which, having paid damages, has a right of redress vis-à-vis the policy holder.

12. Including of the members of the supervisory body.

security to cover civil liability<sup>2</sup> in respect of each of them; the amount of this security must be set out in the by-laws and paid within 30 days of the appointment of the director concerned and should be maintained until the end of the calendar year following the one in which such director's term of office ends, irrespective of the reasons therefor, failing which the director shall immediately cease to hold office<sup>3</sup>.

Therefore, each director<sup>4</sup>, individually considered, is obliged to provide a security. The security thus provided merely covers the liability of the director that provides it and not the liability of the body of which he or she is a member, as a whole.<sup>5</sup> Particularly relevant is the question of whether the security should be provided by the director him or herself or may be provided by a third party. As a matter of fact, the law is not clear as to who can provide such security. There is no doubt that the same must be provided in respect of each director, individually considered and that, as such, it amounts to a personal duty of each such director. However, such does not mean that the security must be provided by the directors themselves and there is nothing to prevent that the same be provided by a third party<sup>6</sup>, in any of the manners provided for in the law.

As regards the beneficiary of the security, while with the original version some advocated that the security was only provided to the company and did not cover third parties which may come to be concerned by the liability covered by such security<sup>7</sup>, as a result of the extension of the scope of those covered by the civil liability insurance, that will operate as an alternative to the security, it would seem that the security can not but be provided to an indefinite group of persons that could be harmed by the director.

The security may be provided in any of the forms set out in the law<sup>8</sup>, also, in accordance with the CSC, it continues to be possible to replace the security with an insurance contract<sup>9</sup>, the premium of which cannot be paid by the company other than in respect of the amount by which the respective cover exceeds the minimum amount required by law.

Thus being, the insurance contract may be taken out either by the director, as policy holder and insured, or by the company, as policy

holder; the premium corresponding to the legal minimum must be paid by the insured (the director), while only the surplus premium shall be paid by the company. In the latter case, the company shall be the policy holder and the beneficiary at the same time, while in the former case it will only be the beneficiary.

As far as the beneficiary of the insurance is concerned, the scope of those who may be beneficiaries has been extended. From now on, not only the claims of the company are covered but also the claims of any persons entitled to damages<sup>10</sup>.

In accordance with the CMVM's draft amendments to the CSC, the goal of this extension of the cover to third parties was to promote directors' liability insurance<sup>11</sup>, in particular the Directors & Officers Insurance, known as D & O Insurance. At present, the most widespread form of D & O Insurance is that of an insurance contract between the company and an insurance company, covering the (internal and external) civil liability of all the members of the management body<sup>12</sup> and covering, first and foremost, the cost of legal actions and only then, the damages.

This insurance may cover the liability referred to in Article 396 (2) of the CSC or function as supplementary insurance (with a much higher coverage than the legal minimum) in addition to the one taken out by the director him or herself in compliance with the said provision.

The CMVM expects that the D & O Insurance will lessen the risk of the assets of the director that would result from the expected increase of control measures and will therefore eliminate a deterrent factor for talented managers.

## Legislation Highlights

### *Declaração de Rectificação (Correction Statement) no. 24/2007, D.R. no. 70, Series I of 10 April*

**Republishing the full text of the *modelo anexo I form*, attached to Ministerial Order no.**

**208/2007, published in *Diário da República*, Series I, no. 34, of 16 February 2007, approving the simplified business information form (SBI) and its attachments.**

The forms required for the electronic transmission of the data are already available on the site of electronic declarations.

**Ministerial Order no. 418/2007, D.R. no. 73, Series I of 13 April  
Ministry of Health**

Adopting the Regulations of the Programmes of the Directorate General of Health for Financial Support to Non Profitable Private Legal Persons whose proposals are selected further to the submission and assessment of applications, under the terms of the said Regulations.

## Case-law Highlights

**Judgment 143/2007 of the Constitutional Court (D.R. no. 69, Series II of 9 April)**

Did not hold unconstitutional the rule resulting from the combined interpretation of Article 85 (1) (2) and (3) of the Regime do Arrendamento Urbano (urban lease law), adopted by Decree-Law no. 321-B/90, of 15 October, pursuant to which, if the spouse of the deceased lessee succeeds to the rights and obligations of the deceased lessee by virtue of Article 85 (1) of the said law and then remarries, his or her rights and obligations as lessee are not transferred, on his or her death, to the new spouse.

**Judgment of the Supreme Court of Justice 17/04/2007**

Summary:

I. Further to the transfer by the defendant to the claimant of the operation of its industrial plant, which includes the enjoyment of the facilities, the machines inside such facilities and the goodwill, the claimant and the defendant entered into a contract for the transfer of the operation of the industrial plant; the said contract is null and void

given that it fails to comply with formal requirements, however, the same cannot be divided into a lease agreement and a contract for the rental of machines.

II. The nullity of the contract means that each party must return what it has received, save for any benefits arising from the use of something that may not be returned, which is not the case with the improvements and betterments that were carried out in the plant while the same was being used by the claimant.

III. The claimant /appellant is entitled to receive from the appellees/defendants the value of the improvements (door) and to withdraw or receive the value of the betterments (greenhouse), made in the plant while it occupied it.

**Judgment of the Supreme Court of Justice of 24/04/2007**

Summary:

I. Inaccurate statements are statements that do not correspond with the facts.

II. Reticent statements are statements that fail to disclose facts that contribute to form the other party's willingness to contract.

III. Despite the wording of the provisions of Article 429 of the *Código Comercial* (Commercial Code), inaccurate statements and reticent statements merely cause the voidability of the insurance contract, if they respect to facts or circumstances that the insured or the person who concluded the insurance contract and that, if they had been known to the other party, could have had effects on the conclusion or condition of the contract.

IV. The burden of proof that the statements made were inaccurate or reticent lies with the insurance company.

V. In accordance with Article 429, referred to above, the contract may be voidable irrespective of a relation of cause and effect between the facts missing and the loss and even irrespective of any loss.

## GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO

This Newsletter was prepared by Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados 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 Gonçalves Pereira, Castelo Branco & Associados 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 lawyerclient 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.

### Judgment of the Court of Appeal of Coimbra of 28/03/2007

#### Summary:

Despite the fact that a partner is also a manager, he retains the right to information and to request a court investigation, in accordance with Article

216 (1) of the CSC, to exercise such right, in case of occurrence of any situations that prevent such information from being accessed.

## Contact

#### LISBON

Praça Marquês de Pombal, 1-8º • 1250-160 Lisbon  
Tel. (351) 21 355 3800 • Fax (351) 21 353 2362  
lisboa@gpcb.pt • www.gpcb.pt

#### OPORTO

Avenida da Boavista, 3265-3.3 • 4100-137 Oporto  
Tel. (351) 22 616 6920 • Fax (351) 22 616 6949  
porto@gpcb.pt • www.gpcb.pt

GONÇALVES PEREIRA, CASTELO BRANCO & ASSOCIADOS, RL Sociedade de Advogados de Responsabilidade Limitada