

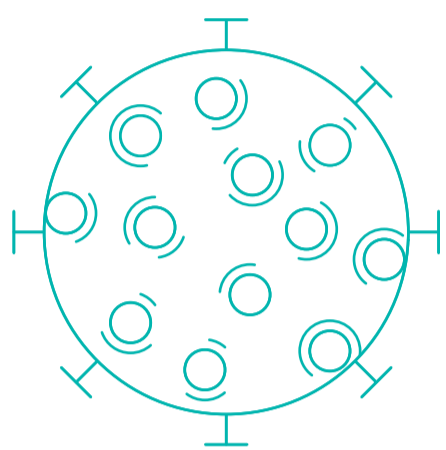
COVID-19: Medidas em sede de preços de transferência ('Force Majeure Clause')

Um dos principais impactos a nível das atividades das Empresas que o novo Coronavírus (COVID-19) prende-se com as obrigações decorrentes dos contratos em vigor, mas que, pela força das circunstâncias, poderão não ser parcial, integral ou pontualmente cumpridas.

A lei civil portuguesa, pari passu com a maioria dos sistemas normativos europeus, prevê um conceito de força maior ('**Force Majeure Clause**'), previsto na generalidade dos contratos celebrados, onde, perante a ocorrência de um conjunto de circunstâncias, não controláveis pelas partes, poderá haver suspensão dos efeitos do contrato celebrado. A invocação da referida cláusula poderá ter impacto no cumprimento das obrigações previstas no contrato celebrado, designadamente através do adiamento (suspensão ou prorrogação) do seu cumprimento ou mesmo da cessação da obrigação contratual.

É, assim, relevante aferir o impacto que o acionamento deste tipo de cláusula no contexto dos contratos celebrados entre entidades relacionadas poderá ter nas políticas de preços de transferência implementadas em consonância com o princípio de plena concorrência.

A cláusula de força maior tipicamente adotada nos contratos entre terceiros, nem sempre é incluída nos acordos entre empresas do mesmo Grupo Económico



Contratos intragrupo

O cumprimento do princípio de plena concorrência nas operações intragrupo exige que os termos e condições adotados pelas partes relacionadas estejam em linha com o comportamento adotado por/com terceiros em mercado.

Neste contexto, a celebração de contratos num contexto de partes relacionadas não deveria suprimir cláusulas que são comumente adotadas em mercado, como é o caso da cláusula de força maior, uma vez que esta ausência poderá ser considerada como um desalinhamento com o comportamento de mercado.

Contudo, existem diversas situações em que o contrato celebrado entre entidades do mesmo Grupo poderá não incluir o clausulado tipicamente adotado entre partes independentes, ou até a relação contratual entre as partes não ter sido reduzida a escrito.

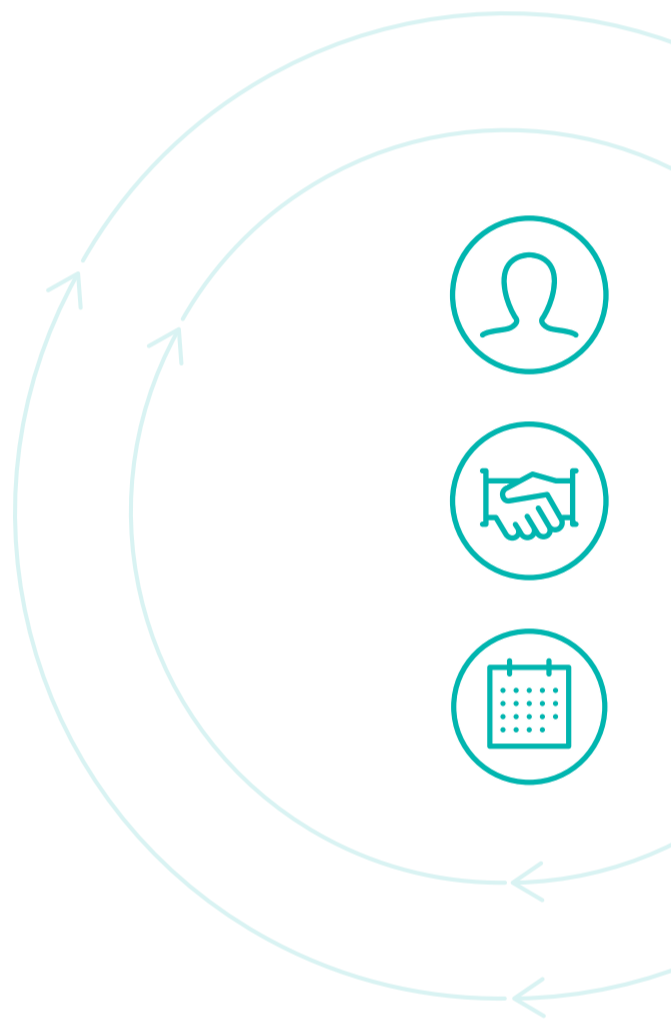
A invocação de uma cláusula de força maior nos contratos intragrupo deverá assegurar que comportamento idêntico seria adotado entre terceiros não relacionados, em circunstâncias similares.

Nestas situações, e chamando a atenção para a relevância da revisão dos contratos intragrupo para assegurar o seu alinhamento com comportamentos de mercado, bem como, a segurança adicional que poderá advir desta relação contratual ser reduzida a escrito, considera-se que, ainda que a relação intragrupo não estabeleça expressamente a *force majeure clause*, o regime da lei civil permitirá a sua invocação entre partes relacionadas, nos mesmos termos em que seria aplicável num contexto de partes independentes.

Na verdade, tratando-se de uma relação entre partes relacionadas, a invocação da referida cláusula dependerá da capacidade de demonstrar que a mesma segue um comportamento de mercado, isto é, que partes independentes em situação idêntica iriam adotar um comportamento similar, considerando no caso concreto que os constrangimentos decorrentes do COVID-19 não permitiram o cumprimento das obrigações fixadas contratualmente por razões não controláveis pelas partes e, como tal, a *force majeure clause* seria invocada.

Importará, igualmente, aferir no contexto dos contratos intragrupo qual a entidade que assume o risco associado à(s) operação(ões) objeto do mesmo, pois, no contexto dos Grupos Económicos Multinacionais, e, em face do diferente perfil de risco que as entidades do Grupo podem assumir, existirá a possibilidade de ativação deste tipo de cláusula implicar consequências não apenas para as partes incluídas na relação contratual do ponto de vista formal, mas também para outras entidades na cadeia de valor que, em substância, assumam funções e riscos associados.

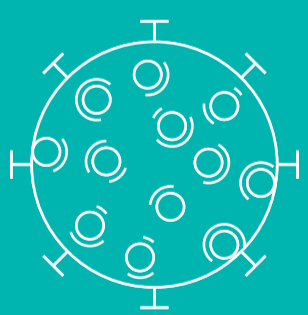
A título exemplificativo, veja-se um modelo de distribuição de risco limitado adotado no contexto de um Grupo Económico, em que apenas um dos distribuidores, que desenvolva a sua atividade num país mais afetado, invoque esta cláusula solicitando a suspensão das obrigações contratuais perante o principal. Ora, o modelo de relacionamento intragrupo poderá estar de tal forma integrado, por, entre outras condições, se verificar uma gestão integrada de stocks por parte do principal, que esta suspensão entre uma entidade e o principal implique, necessariamente, impactos na relação do principal com as unidades do produção, reduzindo as ordens de produção e até com outros distribuidores, na medida em que possa exercer maior pressão sobre os últimos para assegurarem um maior nível de colocação do produto em mercado.



Em face do exposto, o desafio trazido para os grupos multinacionais pela pandemia Covid-19 poderá gerar:

Necessidade de revisão dos contratos intragrupo, sendo um momento relevante de reduzir a escrito relações intragrupo e/ou de alinhar o clausulado com as práticas de mercado (e.g. incluir uma cláusula de força maior); e

Aferição da possibilidade de invocar um evento de força maior nas relações intragrupo, analisando os impactos subjacente, e bem assim, equacionar a opção por outra das possibilidades realisticamente disponíveis que permitam mitigar os efeitos subjacentes à Pandemia Covid-19.



Impacto da ativação da cláusula de força maior

Nas situações em que para efeitos jurídicos e económicos se demonstre que a corrente situação da pandemia COVID-19 se enquadra no conceito de evento de força maior, a sua invocação por uma das partes da relação contratual intragrupo irá consequentemente acarretar uma alteração ou incumprimento da política de preços de transferência em vigor.

Contudo, uma vez que por detrás da invocação de uma cláusula de força maior estará a ocorrência de um evento que não depende do controlo das partes da relação contratual, não existirá, em princípio, para nenhuma das partes a obrigação de suportar montantes indemnizatórios por conta da suspensão ou cessação da relação contratual (lucros cessantes ou danos emergentes). Veja-se, contudo, que outras situações poderão existir em que não se possa determinar que partes independentes estariam dispostas a invocar e aceitar a cláusula de força maior, sendo que, nessas situações, os grupos económicos devem avaliar outras possibilidades de mitigação dos efeitos desta pandemia nos contratos intragrupo celebrados.

A este respeito, poderão os grupos económicos repensar as relações intragrupo em vigor, tendo em consideração que a corrente situação poderá resultar na acumulação de perdas ou lucros que não são adequados face ao perfil funcional da(s) empresa(s), conforme inicialmente estruturados pelo Grupo, ou verificar-se que as transações (in)existentes podem estar a contribuir para o resultado não intencional e/ou inapropriado dessas empresas.

É, assim, relevante que seja analisada a possibilidade de adoção de mecanismos de ajustamento aos preços praticados durante este período, sendo de destacar que ainda que este mecanismo seja mais facilmente aplicável nas relações intragrupo em que o contrato já preveja esta possibilidade, poderá sempre ser equacionada em situações que o contrato seja omissivo relativamente a esta possibilidade, porquanto a mesma corresponda a um comportamento de mercado.

Ainda no âmbito da avaliação das possibilidades realisticamente disponíveis para mitigação dos efeitos desta pandemia nas relações intragrupo, poderá equacionar-se uma renegociação mais abrangente dos termos contratuais ou até uma reestruturação de negócio, em caso de ser relevante a realocação de funções, riscos e ativos entre as entidades da cadeia de valor.

Por último, refira-se que, ao contrário do que foi referido para as situações em que seja aplicável uma cláusula de força maior, nos termos das regras portuguesas de preços de transferência e das Orientações da OCDE nesta matéria, a opção por renegociar os termos contratuais ou reestruturar o modelo de negócio aplicável poderá implicar uma indemnização (ou compensação) da(s) parte(s) lesada(s), devendo, contudo, este direito ser analisado à luz do comportamento de mercado e das circunstâncias de cada caso.



Fomos eleitos a **Empresa do Ano em Preços de Transferência** ('Portugal Transfer Pricing Firm of the Year'), no âmbito dos **European Tax Awards 2020**, promovidos pelo diretório ITR – International Tax Review, um dos mais reputados na área fiscal a nível global.

Vencemos, igualmente, na região EMEA, nas categorias de prémio **'EMEA Tax Firm of the Year'**, **'EMEA Tax Innovator of the Year'** e **'EMEA Tax Compliance and Reporting Firm of the Year'**.

Para mais informações, por favor contacte:

Patrícia Matos
Partner
pamatos@deloitte.pt

Tânia Rodrigues
Associate Partner
tarodrigues@deloitte.pt

Clara Dithmer
Associate Partner
cdithmer@deloitte.pt

Filipe de Moura
Associate Partner
fmoura@deloitte.pt