

Coronavírus / COVID-19: implicações para contratos comerciais e financeiros

Skadden

02 / 26 / 20

Caso tenha qualquer dúvida sobre os assuntos tratados neste memorando, por gentileza, entre em contato com os profissionais listados na última página do documento ou com o seu contato usual no Skadden.

Este comunicado é fornecido pelo Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP e suas afiliadas apenas para fins educativos e informativos e não se destina e não deve ser interpretado como consultoria jurídica. Este comunicado é considerado publicidade sob as leis estaduais aplicáveis dos Estados Unidos.

Four Times Square
New York, NY 10036
212.735.3000

O surto de coronavírus (também conhecido como COVID-19) tem afetado as cadeias globais de manufatura, transporte e fornecimento transnacionais, que sustentam diversos aspectos do comércio internacional. Algumas empresas têm afirmado que o surto representa um evento de força maior, ou que dá causa a outros fundamentos legais que justificam o não cumprimento de contratos comerciais. Temos aconselhado nossos clientes a respeito das diversas questões legais relacionadas ao surto, como a adequada divulgação de informações sobre o impacto do surto por empresas de capital aberto. Além disso, as empresas que hoje estão negociando acordos comerciais devem proativamente considerar a alocação adequada de riscos e as consequências de uma deterioração adicional dos negócios resultantes do surto de coronavírus.

O impacto do vírus em um determinado negócio e sob um determinado contrato depende dos fatos específicos envolvidos em cada caso. Para as empresas que estão considerando emitir notificações de força maior, bem como as empresas que as receberem, é importante revisar o contrato em conjunto com outros instrumentos relevantes para a empresa, a fim de que a avaliação inclua todos os direitos e obrigações pertinentes. Nesse sentido, talvez seja necessário enviar notificações dentro de períodos definidos. Além disso, os termos dos contratos e a lei aplicável regem o escopo de possíveis defesas contra o inadimplemento contratual. Nesse sentido, também deve ser realizada uma avaliação das coberturas securitárias disponíveis e as respectivas comunicações de sinistro devem ser feitas em tempo hábil. Fornecemos abaixo um resumo dos princípios relevantes a esses temas e possíveis etapas para a avaliação de suas implicações.

Avaliação da Exposição e Plano de Ação

As partes em acordos comerciais afetados pelo surto de coronavírus devem analisar imediatamente seus direitos e obrigações. Isso implica:

- identificar as principais disposições contratuais relevantes que podem ser afetadas pelos eventos recentes (por exemplo, representações/garantias, convênios, direitos de rescisão, condições, cláusulas de força maior ou cláusulas alocando riscos em caso de alteração relevante na legislação aplicável);
- identificar os requisitos de aviso e notificação que são ou podem ter se tornado exigíveis;
- considerar se existem meios alternativos para cumprir obrigações contratuais ou medidas proativas que possam ser tomadas em antecipação aos possíveis efeitos futuros do surto;
- analisar as possíveis consequências de uma violação e/ou inadimplemento contratual;
- gerenciar as comunicações com as contrapartes, levando em consideração a importância da coordenação global das relações locais para garantir uma abordagem consistente; e
- compreender as ações e restrições regulatórias locais, incluindo a revisão das regulamentações existentes (por exemplo, relativas a saúde e segurança) e o monitoramento de novas regulamentações em tempo real para determinar se eles exigem que a empresa tome medidas ou decisões que possam afetar os compromissos contratuais.

Os contratos comerciais podem prever uma série de possíveis consequências em decorrência do surto, incluindo a suspensão da execução e/ou redução de custos para a parte afetada, responsabilidade por danos e rescisão. Os contratos de financiamento geralmente incluem obrigações potencialmente relevantes em relação a notificação de credores e sobre eventos de inadimplência – geralmente associados a um evento adverso relevante que afeta o devedor ou, em alguns casos, sua matriz ou fornecedores. Vale ressaltar que pode haver nuances adicionais sob as leis de jurisdições específicas.

Coronavírus / COVID-19: implicações para contratos comerciais e financeiros

Além disso, para empresas de capital aberto, os efeitos do surto do coronavírus podem gerar questões jurídicas relacionadas à divulgação de informações relevantes e outras obrigações regulatórias aplicáveis a valores mobiliários, relativamente ao impacto do vírus no desempenho ou orientações financeiras de determinada empresa, dependendo da situação e jurisdição em questão.

Descrevemos a seguir considerações urgentes sobre avisos e notificações contratuais e a cobertura securitária, assim como fornecemos informações adicionais sobre princípios legais potencialmente aplicáveis, como casos de força maior, não cumprimento, *hardship* e efeito material adverso.

Avisos e Notificações:

No curto prazo, é importante considerar que muitos contratos exigem que a parte interessada em alegar força maior como base para a suspensão da execução contratual notifique sua contraparte.

O não envio desses avisos “prontamente” ou, em alguns casos, dentro de um certo número de dias, pode resultar em alegações de que a parte renunciou à defesa de força maior, ou outras consequências adversas.

Alguns contratos estabelecem ainda que a continuação de um evento de força maior por um determinado período de tempo (por exemplo, de 90 a 180 dias) pode dar causa ao direito de rescisão. Em outros cenários, a força maior pode dar causa apenas à suspensão do dever de cumprir a prestação exigida.

Impacto em outros contratos:

As partes que pretendem suscitar ou que se deparam com uma declaração de força maior também devem considerar o efeito dessa declaração sobre outros contratos ou obrigações legais, por exemplo, contratos de financiamento e obrigações de divulgação de informações. Diversos contratos financeiros incluem representações ou obrigações de notificar a contraparte sobre litígios relevantes, eventos relevantes que podem levar a litígios relevantes, ou perdas antecipadas e fora do curso normal dos negócios. Uma interrupção dos negócios também pode constituir um evento de inadimplência, expressamente ou por meio de seu impacto em contratos financeiros ou outros.

Cobertura securitária:

Também deve ser considerado se eventual seguro pode cobrir perdas decorrentes da impossibilidade de uma parte cumprir as suas obrigações devido ao surto de coronavírus.

- Muitas apólices de seguros de propriedades comerciais oferecem cobertura sobre a interrupção de negócios; porém, como

pré-requisito para a cobertura, essas apólices frequentemente exigem dano físico direto sobre a propriedade do segurado, de seus clientes ou de seus fornecedores.

- Certos produtos de seguros especializados – como seguro com cobertura de motivos de força maior, seguro contra interrupção do comércio, seguro contra riscos políticos ou seguro garantia – podem configurar uma solução viável.
- Em todos os casos, a cobertura será determinada pelos termos e condições específicos da apólice, que deve ser cuidadosamente avaliada. Deve ser dada atenção especial às disposições de aviso e notificação previstas na apólice em questão.

Força Maior e Doutrinas Similares

Qualquer alegação de força maior deve ser analisada com base nos termos do contrato, que pode ou não incluir uma cláusula referente à força maior definindo os contornos e as consequências com base nos motivos do inadimplemento. Ademais, o evento de força maior deve ser analisado sob a legislação que rege o contrato para determinar a disponibilidade e o escopo de uma defesa dessa natureza.

Quando os contratos são governados pela lei do Estado de Nova Iorque, pela lei inglesa, ou pela lei de Hong Kong, as partes devem levar em conta as seguintes considerações:

- se o contrato entre as partes prevê expressamente a suspensão ou extinção da prestação com base em motivo de força maior;
- se é necessário notificar antes de declarar a ocorrência do evento de força maior e, em caso positivo, de que forma;
- no contexto do coronavírus, até que ponto o surto viral impediu, dificultou ou atrasou a execução do contrato;
- se expectativas razoáveis foram frustradas e se as circunstâncias foram imprevisíveis ou fora do controle das partes; e
- possíveis meios alternativos para cumprir obrigações e medidas para evitar ou mitigar o surto de coronavírus e suas consequências.

Considerações semelhantes se aplicam nos contratos regidos pelos direitos alemão e francês. A lei alemã não regula expressamente os resultados de um evento de força maior e, portanto, as partes geralmente pactuam cláusulas de força maior. Para contratos regidos pela lei francesa em que o contrato é omissivo, a força maior é regida pelo código civil francês e ocorre quando o adimplemento de uma parte é impedido por um evento fora de seu controle, que não poderia razoavelmente ter sido previsto no momento em que o contrato foi celebrado, e cujos efeitos não poderiam ser evitados por medidas adequadas. Considerações relevantes incluem se:

Coronavírus / COVID-19: implicações para contratos comerciais e financeiros

- a parte devedora da obrigação concordou em assumir o risco de um evento de força maior;
- o atraso resultante desse evento justifica a rescisão do contrato; e
- a parte que pretende declarar motivo de força maior deveria ter executado sua obrigação antes do evento de força maior.

Impossibilidade da prestação e *Hardship*

Se um evento não chega a configurar força maior mas ainda assim gera uma onerosidade excessiva – ou torna impossível – o cumprimento das obrigações por uma das partes, as tutelas jurisdicionais disponíveis à parte interessada variam de maneira substancial entre diferentes jurisdições.

De acordo com a lei do Estado de Nova Iorque, da lei inglesa, e da lei de Hong Kong a possibilidade de aplicação de defesas baseadas em “frustração do objeto do contrato” e/ou “impossibilidade de cumprimento” é limitada e requer avaliar a) se o objeto do contrato ou os meios para cumpri-lo foram afetados de maneira que o seu cumprimento se tornou objetivamente impossível e; b) se o objetivo principal do contrato se tornou impraticável ou radicalmente diferente do que fora concebido pelas partes, tornando-se física ou economicamente impossível de cumprimento. Casos envolvendo a alegação de frustração do objeto do contrato regidos pela lei inglesa raramente são bem-sucedidos. Um recente julgado da *High Court* da Inglaterra concluiu que o *Brexit* não tornaria impraticável um contrato de locação com duração de 25 anos celebrado pela Agência Europeia de Medicamentos em relação a suas instalações em *Canary Wharf*, Londres, muito embora a agência seja forçada a realocar a sua estrutura para um Estado Membro da União Europeia.¹

Algumas jurisdições que adotam o sistema de direito continental europeu (*civil law*) preveem uma defesa em relação ao inadimplemento contratual em caso de *hardship* (eventos imprevistos) de acordo com seus respectivos códigos civis. Segundo a lei alemã, o cumprimento do contrato pode deixar de ser realizado caso tenha se tornado “impossível”, o que é difícil de ser comprovado. Uma parte pode também requerer a revisão do contrato ou potencialmente até rescindi-lo caso consiga demonstrar que nenhuma das partes explícita ou implicitamente concordou em assumir os riscos resultantes de um fato imprevisto relevante. Segundo o direito francês, dentre outros pontos, deve ser avaliado se a alteração nas circunstâncias era não poderia ser prevista no momento de celebração do contrato e se

essa alteração tornou o cumprimento do contrato excessivamente oneroso. Dependendo dos termos do contrato, a lei aplicável pode prever o direito de renegociar o contrato e dar poder aos árbitros e juízes para modificar o contrato.

Certos tipos de contratos podem apresentar como lei aplicável a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) ou do *Uniform Commercial Code* previsto na lei norte-americana. O artigo 79 da CISG pode ser aplicado para justificar o inadimplemento do contrato desde que o não cumprimento tenha sido causado por um impedimento que não esteja sob o controle das partes e que não poderia ser superado. O *Uniform Commercial Code*, por sua vez, prevê uma possível defesa para os casos em que o cumprimento do contrato se tornar impraticável a partir da ocorrência de um fato cuja “não ocorrência tenha sido uma presunção básica sob a qual o contrato foi firmado”. N.Y. U.C.C. Seção 2-615(a). Em todos os casos, no entanto, os termos do contrato podem alterar a aplicabilidade dessas previsões.

Alteração adversa relevante ou efeito adverso relevante

Alguns contratos alocam entre as partes o risco relativo a ocorrência de eventos razoavelmente esperados e que resultem em uma alteração adversa relevante (*material adverse change*) ou efeito adverso relevante (*material adverse effect*) sobre o negócio ou os seus resultados. A ocorrência de uma dessas hipóteses pode dar a uma das partes o direito de não executar uma obrigação contratual ou até rescindir o contrato. Outros contratos podem exigir que a contraparte seja notificada sobre qualquer circunstância que eventualmente possa constituir uma alteração adversa relevante ou um efeito adverso relevante, o que pode incluir: (a) violação ou qualquer inadimplemento de obrigações contratuais relacionadas; (b) ciência sobre possíveis litígios ou arbitragens relevantes; (c) qualquer situação que tenha impacto significativo na capacidade da parte de cumprir as suas obrigações nos termos do contrato; ou (d) qualquer situação que tenha impacto significativo nas operações ou no desempenho financeiro.

Conclusão

Para avaliar o impacto do surto de coronavírus em um negócio específico e suas respectivas relações contratuais, é necessária uma análise específica dos fatos. As empresas interessadas devem consultar com seus advogados a respeito dos direitos e obrigações resultantes de seus contratos, instrumentos de financiamento e legislação aplicável, inclusive em relação aos requisitos de aviso e notificação, o impacto potencial em outros contratos, cobertura securitárias e dever de divulgação de informações.

¹ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch).

Coronavírus / COVID-19: implicações para contratos comerciais e financeiros

Contatos

Mercado de Capitais

Z. Julie Gao

Sócia / Hong Kong
852.3740.4863
julie.gao@skadden.com

David J. Goldschmidt

Sócio / New York
212.735.3574
david.goldschmidt@skadden.com

Alejandro Gonzalez Lazzeri

Sócio / New York
212.735.3318
alejandro.gonzalez.lazzeri@skadden.com

Laura A. Kaufmann Belkhaty

Sócia / New York
212.735.2439
laura.kaufmann@skadden.com

Societário / Fusões e Aquisições

Michael A. Civale

Sócio / New York
212.735.3452
michael.civale@skadden.com

Rajeev P. Duggal

Sócio / Singapore
65.6434.2980
rajeev.duggal@skadden.com

Shilpi Gupta

Sócio / Chicago
312.407.0738
shilpi.gupta@skadden.com

Peter X. Huang

Sócio / Beijing
86.10.6535.5599
peter.huang@skadden.com

Mitsuhiro Kamiya

Sócio / Tokyo
81.3.3568.2228
mitsuhiro.kamiya@skadden.com

Paul T. Schnell

Sócio / New York
212.735.2322
paul.schnell@skadden.com

Jonathan B. Stone

Sócio / Hong Kong
852.3740.4703
jonathan.stone@skadden.com

Infraestrutura e Energia

David P. Armstrong

Sócio / Toronto
416.777.4716
david.armstrong@skadden.com

Julia A. Czarniak

Sócia / New York
212.735.4194
julia.czarniak@skadden.com

Paul S. Kraske

Sócio / Washington, D.C.
202.371.7234
paul.kraske@skadden.com

Tatiana Monastyrskaya

Sócia / New York
212.735.3582
tatiana.monastyrskaya@skadden.com

Aryan Moniri

Sócio / Washington, D.C.
202.371.7356
aryan.moniri@skadden.com

Propriedade Intelectual e Tecnologia

Jose A. Esteves

Sócio / New York
212.735.2948
jose.esteves@skadden.com

Arbitragem Internacional

Julie Bédard

Sócia / New York e São Paulo
212.735.3236
julie.bedard@skadden.com

David Kavanagh QC

Sócio / London
44.20.7519.7288
david.kavanagh@skadden.com

Lea Haber Kuck

Sócia / New York
212.735.2978
lea.kuck@skadden.com

Gregory A. Litt

Sócio / New York
212.735.2159
greg.litt@skadden.com

Rory McAlpine

Sócio / Hong Kong
852.3740.4743
rory.mcalpine@skadden.com

Timothy G. Nelson

Sócio / New York
212.735.2193
timothy.g.nelson@skadden.com

Anke C. Sessler

Sócia / Frankfurt
49.69.7422.0165
anke.sessler@skadden.com

Valentin Autret

Consultor / Paris
33.1.55.27.11.11
valentin.autret@skadden.com

Contencioso

Boris Bershteyn

Sócio / New York
212.735.3834
boris.bershteyn@skadden.com

Jay B. Kasner

Sócio / New York
212.735.2628
jay.kasner@skadden.com

Steve Kwok

Sócio / Hong Kong
852.3740.4788
steve.kwok@skadden.com

Scott D. Musoff

Sócio / New York
212.735.7852
scott.musoff@skadden.com

Tributário

James Anderson

Sócio / London
44.20.7519.7060
james.anderson@skadden.com