



Texto / Text:
Ana Cristina Borges

DIRECTORA
RESPONSABILIDADES E LINHAS
FINANCEIRAS
MDS

CASUALTY & FINANCIAL LINES
MANAGING DIRECTOR
MDS

e-mail:
ana.borges@sonae.pt

“Bankers who hire money hungry geniuses should not always express surprise and amazement when some of them turn around with brilliant, creative and illegal means of making money.”

Linda Davies

(Investment banker and bond trader turned financial thriller writer novelist, in a 1997 speech to central bankers and financiers at a conference on the European Monetary Union in Amsterdam.)

Gestores Managers

Património em Risco? Personal wealth at risk?

Nos últimos meses, temos sido diariamente confrontados com notícias sobre a “performance” de gestores e o seu papel em escândalos financeiros, envolvendo empresas consideradas sólidas e gigantes do mercado.

Fomos surpreendidos pela recente queda de várias empresas e instituições financeiras, nos EUA, (Lehman Brothers, Merrill Lynch, Citigroup), na Europa, (UBS, Credit Suisse, Deutsche Bank, Royal Bank of Scotland, HBOS, ING, Fortis (FORB-BT), Northern Rock) e em Portugal, (BPP, BPN, Aerosoles, Qimonda), que trouxeram, como nunca até hoje, para a discussão pública a diligência dos gestores no exercício da sua profissão e a sua responsabilização.

Quando estamos no domínio da gestão, em que actuar significa correr riscos, em que cada vez mais o comportamento dos mercados financeiros se caracteriza pela volatilidade, uma mesma decisão de gestão tecnicamente sustentada pode estar condenada ao sucesso ou insucesso, sendo o gestor aplaudido ou denegrido conforme o seu resultado.

A sociedade do facilitismo e das desculpas deu lugar a uma sociedade exigente, consciente dos seus direitos e actuante quanto às responsabilidades, assistindo-se na sociedade actual a uma maior e mais profunda consciência da responsabilização dos seus agentes.

Neste contexto, vamos certamente assistir a um mercado cada vez mais regulamentado, em que se densificam e endurecem os deveres dos

In the last few months, we have been confronted daily with news headlines about managers’ “performance” and their role in financial scandals, involving companies thought to be solid titans of the market.

We were surprised by the recent collapse of several financial companies and institutions in the US (Lehman Brothers, Merrill Lynch, Citigroup), in Europe (UBS, Credit Suisse, Deutsche Bank, the Royal Bank of Scotland, HBOS, ING, Fortis (FORB-BT), Northern Rock) and in Portugal (BPP, BPN, Aerosoles, Qimonda), which have, as never before, generated public discussion of managers’ diligence in carrying out their profession and their accountability as never before.

When we talk about management, in which operating means risk-taking, in which the financial markets’ behaviour is increasingly volatile, the same technically sound management decision can bring success or failure, the manager being either applauded or vilified according to its outcome.

The permissive, forgiving company has given way to a company with exacting standards, aware of its rights and operating according to its responsibilities, with modern companies showing a greater and deeper awareness of making its employees accountable.

In this context, we will certainly see an increasingly regulated market, in which directors’ duties and personal responsibility will increase and become tougher, following the trend already seen both in

administradores e a sua responsabilidade pessoal, na sequência da tendência já registada quer na União Europeia, com a publicação de directivas de corporate governance, quer nos EUA com a publicação da legislação “Sarbanes-Oxley”, tendência acompanhada por uma maior intervenção das autoridades de supervisão.

Na última revisão do Código das Sociedades Comerciais (CSC), em 2006, seguindo a linha europeia e norte-americana, os deveres dos gestores portugueses foram intensificados, assumindo assim uma cada vez maior importância a segurança e protecção do seu património.

Este ano, nos EUA, a SEC aumentou o seu escrutínio e Barack Obama prometeu uma abordagem e uma regulamentação mais rigorosa, e em Portugal o ante-projecto do Código de Bom Governo das Sociedades, apresentado em Março pelo Instituto Português de Corporate Governance, traduz esta tendência, com especial enfoque no princípio do ‘comply or explain’.

Para evitar os excessos e a personificação da gestão, no capítulo das remunerações dos administradores executivos, o código recomenda que uma parte da componente variável seja parcialmente deferida no tempo em função da necessidade de confirmação da sustentabilidade do desempenho, não devendo essa componente representar menos de 50% da remuneração variável respeitante a cada ano, e não podendo o prazo de deferimento ser inferior a três anos.

Todos nos lembramos das recentes notícias e polémica sobre os bónus recebidos pelos gestores da AIG, que levaram à intervenção de Barack Obama.

Esta tendência da responsabilização dos gestores, traduz-se igualmente num aumento quer das reclamações contra os gestores, quer do valor das indemnizações atribuídas.

Nos EUA o número de acordos judiciais de valor superior a US\$100 milhões, relativos a acções interpostas contra os gestores, cresceu de 1,7% em 1998, para 5,2% em 2003, e para 8.1% em 2007¹, sendo que o número de acções interpostas contra instituições financeiras em 2008 atingiu o seu número mais alto desde 2002, totalizando mais de 225 em meados de Dezembro 2008 (securities class action cases were filed at the highest rate since 2002—totaling over 255 by mid-December 2008), prevenindo-se um aumento de 37% em relação a 2007, sendo o factor que mais contribuiu para este aumento a crise do mercado financeiro.²

Têm pois razão os gestores que se preocupam quando assumem o seu cargo, não só quanto ao risco reputacional em que incorrem, que hoje é cada vez maior face à exposição mediática, mas também quanto ao seu património pessoal.

No caso português, os gestores são responsáveis ilimitadamente com o seu património pessoal, pelas acções ou omissões, com preterição dos deveres legais ou contratuais, que causem danos, quer à sociedade, quer aos sócios, quer a terceiros, no exercício do seu cargo. Esta responsabilidade abrange quer os bens comuns do casal, quer a herança.

Os gestores são ainda responsáveis criminalmente por danos, e subsidiariamente responsáveis para com a sociedade pelas dívidas tributárias desta, quando a causa se tenha verificado no seu mandato. E na execução fiscal podem ser chamados ao processo os administradores, que respondem com o seu património pessoal.

the European Union, with the publication of corporate governance directives, and in the USA, with the publication of the Sarbanes-Oxley legislation, a tendency that will go hand-in-hand with a greater intervention from the supervisory bodies.

In the latest Society Law revision in 2006, following the European and American lead, Portuguese managers’ duties were intensified, thereby increasing even further the importance of securing and protecting their wealth.

This year, in the USA, SEC increased its scrutiny and Barack Obama has promised a more rigorous approach and regulation. In Portugal the pre-project for the Good Corporate Governance Code, presented in March by the Portuguese Corporate Governance Institute, continues this trend, with a special emphasis on the “comply or explain” principle.

To avoid the excesses and self-orientation of management, in the section on executives’ pay, the code recommends that a part of the variable component be deferred over instalments for a period linked to the proven sustainability of directorial performance. That component should not represent less than 50% of the variable remuneration for each year, and the deferrable period may not be less than three years.

We all remember the recent news and outcry over the AIG managers’ bonuses, which led to intervention from Barack Obama.

This trend of making managers accountable results also in an increase both in compensation claims against managers, and in the level of compensation awarded.

In the USA, the number of court settlements worth over USD 100 million from actions against managers grew 1.7% in 1998, to 5.2% in 2003, and to 8.1% in 2007¹, with the number of actions against financial institutions in 2008 reaching the highest level since 2002, totalling over 225 by mid-December 2008, with an increase of 37% expected on 2007 levels, driven for the most part by the financial markets crisis.²

And so managers are right to worry when they take on their role, not only about the risk they face to their reputation, which is now increasingly large due to media exposure, but also to their personal wealth.

In the case of Portugal, managers’ personal wealth is liable without limit, for their actions or omissions, for disregarding their legal or contractual duties, which cause damage, whether to the company, partners or third parties, in carrying out their role. This liability includes communal property through as well as marriage inheritance.

Managers are also criminally liable for damages, and jointly liable to the company for its tax debts when the cause is deemed to fall under his or her mandate. And the directors may be called into court proceedings for tax lien, being liable with their personal wealth.

(1) The Return of D&O: Trends Driving Increasing Costs and Frequency of Litigation Against Corporate Directors and Officers.” The report was released at the annual conference of the Risk and Insurance Management Society Inc. in San Diego

(2) 2008 Trends in Shareholder Class Actions, December 2008, Planchich and Starykc, NERA (“2008 NERA Report”).

Seguro de D&O: A Resposta? *D&O Insurance: The Answer?*

Este panorama torna cada vez mais actual e importante a protecção do gestor.

É de interesse da sociedade, dos accionistas e até do mercado, que os gestores se sintam livres e confiantes para tomar as suas decisões, com risco e sem o temor de um processo judicial que pode comprometer toda a sua vida pessoal e familiar.

A protecção dos gestores contra os riscos emergentes da responsabilidade civil pelos actos ou omissões praticados no exercício do cargo encontra resposta adequada e eficaz na transferência dessa responsabilidade para um segurador, através do seguro de responsabilidade civil dos administradores (Directors & Officers - D&O).

Em 2008, devido ao aumento do número de reclamações contra os gestores associado à crise financeira, o seguro de responsabilidade civil dos administradores registou um aumento da procura, prevendo-se que esta tendência se mantenha para os próximos anos.

O objecto da apólice D&O é a transferência para o segurador da responsabilidade civil por actos ilícitos de gestão praticados pelos gestores, ou que lhes sejam imputáveis no exercício das suas funções de administração. Esta garantia protege os bens e cobre os custos de defesa.

Hoje, a crescente importância e sofisticação do D&O Insurance, leva a que este seguro seja encarado como um eficaz instrumento de gestão, seja porque permite ao gestor praticar uma gestão mais agressiva, correndo os riscos necessários ao desenvolvimento da empresa sem restringir as oportunidades da expansão, seja pela possibilidade de contratar a protecção de riscos tipicamente societários, como o reembolso da sociedade, crise de gestão (pagamento à sociedade de honorários de consultores em caso de crise de gestão) e reclamações com valores mobiliários.

De acordo com uma lógica quer de racionalidade empresarial, quer de interesse pessoal, mostra-se determinante para um “gestor criterioso e ordenado” a contratação do seguro D&O, protegendo o seu património “em risco”.

This situation makes protecting the manager increasingly relevant and important.

It is in the interests of the society, the shareholders and even the market that managers should feel free and confident to make their decisions, with risk and without the fear of a lawsuit which could compromise their entire personal and family life.

Protecting managers against risks arising from civil liability for acts or omissions incurred in the execution of their role is suitably and effectively solved by transferring that liability to an insurer, through Directors' and Officers' Civil Liability Insurance (D&O).

In 2008, due to the increase in the number of compensation claims against managers linked to the financial downturn, demand for D&O Insurance increased, and is expected to continue growing for the next few years.

The objective of the D&O Insurance policy is to transfer to the insurer the civil liability for illicit management activity by managers, or activity which is attributable to them in the execution of their administrative roles. This guarantee protects property, and covers legal defence costs.

Today, the increasing importance and sophistication of D&O Insurance means that this insurance is an effective tool for management, not only because it allows the manager to undertake more aggressive management, running the risks needed to develop the company without restraining opportunities for expansion, but also because of the ability to contract out protection against typical company risks, like company compensation claims, management crisis (payment to the company for consultancy fees in case of management crisis) and compensations for securities.

Whether for corporate prudence, or for staff interest, D&O Insurance is shown to be important for a “normal and prudent director”, to protect their “at risk” wealth.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR: GARANTIA OBRIGATORIA

Seguindo a tendência de reforçar as garantias de efectividade perante terceiros da responsabilidade civil dos administradores e fiscalizadores das sociedades, em especial das sociedades admitidas em mercado regulamentado, na revisão do Código das Sociedades Comerciais, optou-se no artigo 396º, por impor aos administradores e fiscalizadores o caucionamento desta responsabilidade, perante os terceiros em geral.

Empresas:

a) Com o valor mínimo de € 250 000 para:

- as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado;
- as sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do N.º 2 do artigo 413º: sociedades que, não sendo totalmente dominadas por sociedade emitente de valores mobiliários, em dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguinte limites:
 - total de balanço: € 100.000.000;
 - total das vendas líquidas e outros proveitos: € 150.000.000;
 - número de trabalhadores empregados em média durante o exercício: 150.

b) Com o valor mínimo de € 50.000 para:

- as restantes sociedades (pode ser dispensada a caução por deliberação da assembleia geral ou constitutiva que eleja o Conselho de Administração ou um administrador e ainda quando a designação tenha sido feita no contrato de sociedade, por disposição deste).

Os encargos da caução não podem ser suportados pela sociedade, salvo na parte em que a indemnização exceda o valor mínimo fixado.

O caucionamento da responsabilidade é condição para o exercício da função, sendo o seu incumprimento sancionado com a cessação imediata de funções (n.º 4, do artigo 396, do CSC.).

O Segurado tem necessidade de subscrever uma garantia por cada cargo que desempenha.

A apólice de seguro responde ao legalmente exigido no Código das Sociedades Comerciais Português (CSC) quanto à obrigação de segurar a responsabilidade emergente da qualidade de titular de órgão de administração ou de fiscalização da sociedade do Segurado.

Garantias:

Garantia de Responsabilidade Civil: Garante o pagamento pelo Segurador das indemnizações que, legalmente, sejam exigíveis ao Segurado, pelos danos resultantes de actos ilícitos praticados no exercício das suas funções de titular de órgãos de administração ou fiscalização da sociedade comercial identificada nas condições particulares, quando tal responsabilidade decorra da lei portuguesa.

Garantia de custos de defesa do Segurado, com capital próprio.

MANAGERS' CIVIL LIABILITY: COMPULSORY GUARANTEE

Following the trend of strengthening third parties' rights in case of company directors' and supervisors' liability, in particular for companies admitted into the regulated market, it was decided under Article 396 of the revised Company Code to require directors and supervisors to bail this liability, having third parties in general as beneficiaries.

Companies:

a) Minimum value of EUR 250,000 for:

- companies issuing securities tradable on the regulated market;
- the companies fulfilling the criteria of line (a) of no. 2 of Article 413: companies which are not fully controlled by a securities-issuing company, and which in two consecutive years, exceed two of the following limits:
 - total balance sheet: EUR 100,000,000;
 - total net sales and other gains: EUR 150,000,000;
 - number of staff employed on average during the year: 150.

b) Minimum value of EUR 50,000 for:

- the remaining companies (the guarantee deposit may be waived by authorisation of the Annual General Meeting or the Constitutive Meeting which elects the board or a director and also when it has been specified in the company contract).

The costs of the guarantee cannot have to be borne by the company, except for the part of the indemnity in excess of the minimum fixed value.

Guaranteeing the liability is a pre-condition of the role, and non-fulfilment is punishable by the immediate cessation of duties (no. 4, Article 396 of the Portuguese Commercial Companies Act.).

The Insured must underwrite a guarantee for each role that he or she undertakes.

The insurance policy addresses the legal requirement made in the Portuguese Company Code (CC) regarding the obligation to insure the liability arising from being the head of the administrative or supervisory body within the insured's company.

Guarantees:

Civil liability guarantee: It guarantees payment by the Insurer of the claims legally attributable to the Insured, for damages resulting from illicit activity undertaken in execution of their roles as head of the administrative or supervisory bodies of the company identified in the Particular Conditions, when such liabilities arise from Portuguese Law.

Guarantee of the Insured's defence costs, with specific capital.