



www.demarest.com.br

Póliza D&O: gestión de un caso en Chile

**São Paulo
Junio 2016**

**Andrés Amunátegui
DAC Beachcroft Chile**



Antecedentes

- **Póliza:** Responsabilidad Civil de Directores y Ejecutivos. Reasegurado en modalidad “back to back”.
- **Siniestro:** (i) Investigación a Directores y CEO del Asegurado, producto de renegociaciones de deudas sin el consentimiento de sus clientes y publicaciones de balances adulterados. (ii) Presentación de Acciones de Clase en Estados Unidos
- **Cobertura:** (i) Responsabilidad Civil (ii) Gastos de Defensa y Gastos de Investigación
- **Exposición Asegurado:** USD 35mm

Los Hechos

- **Principal** empresa de retail en Chile. Mercado objetivo: **Alto y medio**.
- Otorgamiento de créditos y **renegociaciones unilaterales** de deudas vencidas.
- **Mediante este sistema**, la empresa logró mostrar resultados positivos.
- **Aumento del valor de la acción**, inversionistas institucionales apuestan por esta empresa incluyendo la Administradoras de Fondos de Pensión (AFP). Empresa comienza a transar en Bolsa de New York.
- Al conocerse el fraude **inversionistas, accionistas y clientes** se ven fuertemente afectados.
- **Se inician acciones** Penales, Administrativas, Civiles y Acciones de Clase.

Los Hechos

- Investigación formal al **CEO y ejecutivos** del Asegurado.
- Se presentan **acciones penales** contra los Directores, CEO y ciertos ejecutivos del Asegurado.
- **General Counsel y abogado jefe**, concurrieron en calidad de testigo e imputado respectivamente a declarar en el proceso penal.
- Directores fueron **multados** por el Regulador por infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, Ley de Valores y a la Ley de Sociedades Anónimas.
- Asegurado transa en la **Bolsa de Valores de New York**. Caída precio de las acciones.
- Se iniciaron en Estados Unidos diversas Acciones de Clases (**Class Actions**) en contra del Asegurado

Aspectos Discutidos – Trabajo del Ajustador

- Procedimiento de ajuste en Chile:
 - o Designación
 - o Pago de sus honorarios
 - o Plazos de ajuste
 - o Deber de información
- Investigación de los hechos + ajuste de la pérdida + opinión legal de cobertura. Y en RC? Acciones en EEUU?
- Informe final + recomendaciones = es vinculante?

Aspectos Discutidos – Gastos de Investigación vs. Gastos Defensa

- **Responsabilidad Civil:** Cobertura Principal y Cobertura Accesorio
¿Ambas se entienden cubiertas? ¿**Gastos de Investigación o de Defensa?**
- **Gastos de Investigación:** Honorarios + gastos necesarios y razonables + consentimiento previo del Asegurador para la preparación y asistencia a Inspección, investigación, o visita de carácter penal, administrativa o regulatoria, en contra de la Persona Asegurada como un sujeto posible de proceso penal: legalmente requerido + asuntos de la Sociedad Asegurada.

Aspectos Discutidos – Gastos de Investigación vs. Gastos Defensa

- **Gastos de Defensa:** Honorarios + gastos necesarios y razonables + consentimiento previo del Asegurador para la defensa frente a Reclamación en contra de la Persona Asegurada.
- No es posible activar las coberturas de Gastos de Investigación y Gastos de Defensa **simultáneamente** respecto del mismo siniestro.
- Entonces ¿procedería solicitar el reembolso de gastos asociados a Gastos de Investigación en este caso?

Aspectos Discutidos – Defensa del Asegurado

- Designación de abogados para la defensa:
 - o Ley 20.667 y el derecho del Asegurador
 - o Intervención del ajustador en la designación
 - o Puede el Asegurado designar sus abogados? Acuerdo en la póliza y flujo de la información.
 - o Pacto de honorarios.
 - o Definición de la estrategia.
- Varios ejecutivos involucrados: a quién se paga primero? conflicto de interés en las defensas?

Aspectos Discutidos – Anticipo de Gastos

- Deber de **Colaboración** entre Compañía y Asegurado. Artículo 573 del Código de Comercio
- Gastos de Defensa tiene el carácter de **reembolso**.
- Exclusión a todo acto u omisión del Asegurado, intencionadamente deshonesto, fraudulento, o criminal: transacción, avenimiento o sentencia. Establece **excepción al carácter de reembolso**.
- Gastos **podrán** anticiparse. *We agree to advance vs. The right to advance*
- Asegurado se obliga a constituir una **garantía**

Aspectos Discutidos – Manejo de las Class Actions

- Mayor **exposición del Asegurado** por el resultado de las Class Actions
- Notificación tardía del siniestro:
 - o Designación de abogados por el Asegurado
 - o Aprobación de honorarios + estrategia sin consentimiento Asegurador
 - o Consecuencias en la póliza? Razonabilidad + proporcionalidad
- Liquidadores no tienen **herramientas**. Dificultades para el Asegurador.
- Impacto de los procedimientos administrativos locales en Class Action
 - Pago de las multas? Estrategia de defensa?

Conclusiones

- No es posible activar las coberturas de Gastos de Investigación y Gastos de Defensa **simultáneamente** respecto del mismo siniestro.
- Derecho del Asegurado de **designar abogados** para defensa penal, previo consentimiento del Asegurador.
- Se pueden **adelantar** gastos de defensa, pero deben tomarse resguardos: garantía y reserva de derechos.
- Cobertura internacional abre las puertas a **Class Actions**
- Peculiaridad de la Liquidación en Chile, requiere de un **control especial cuando** se trata de siniestros complejos.

DAC beachcroft

Póliza de Responsabilidad Civil: un caso práctico en Colombia

São Paulo
Junio 2016

Juan Diego Arango
DAC Beachcroft Colombia



Antecedentes

- **Póliza:** Responsabilidad Civil por daños a terceros. Reasegurado en modalidad “back to back”.
- **Asegurado:** Compañía Electrificadora – Prestadora del servicio público de energía
- **Siniestro:** Siniestros de alta frecuencia que involucran i) muerte y lesiones a terceros; ii) lesiones y muerte de empleados; iii) daños materiales a causa de fallas en el servicio

Contexto General

- Empresa de energía en una de las principales regiones de Colombia. Servicio público de energía – monopolio del Estado.
- Se han identificado varios problemas de interpretación de norma locales frente a cláusulas impuestas por el reaseguro, las cuales resultan inaplicables o aplicables con un efecto diferente al esperado.
- Problemas identificados:
 - **Exigencia de notificación del siniestro** dentro de un término determinado so pena de pérdida de cobertura – no aplicable en Colombia
 - **Exclusión de Pure Financial Damages**, alto riesgo de que no tenga aplicación en Colombia si el concepto de daño no está claramente definido en la póliza.
 - **Amparo de Responsabilidad Patronal**, aplicación de deducibles y límites puede verse afectado por las normas laborales en Colombia

El deber de notificar el siniestro

- **El siniestro:** Debido a fallas en el mantenimiento de la red eléctrica, se desprende una línea de alta tensión y causa la muerte a una persona. Familiares de la víctima presentan reclamación a la Electrificadora.
- **Exigencia de la póliza:** Dar aviso del siniestro (la reclamación) dentro de los 60 días siguientes so pena de perder la cobertura. El asegurado tardó más de un año en dar aviso del siniestro.
- **Aplicación de la norma en Colombia:** No es aplicable la pérdida de cobertura, solo se permite descontar de la indemnización el valor de los perjuicios causados a la aseguradora con la demora al dar aviso.
- **Puntos a tener en cuenta:** Diferencia entre el término para dar aviso de siniestro y el término de prescripción para presentar una reclamación.

Aviso de siniestro Vs Reclamación

- El aviso de siniestro:
 - o El asegurado debe dar aviso del siniestro dentro de los 3 días siguientes a su ocurrencia.
 - o No debe acreditar ocurrencia y cuantía del siniestro, basta con informar que ha ocurrido un siniestro
 - o El incumplimiento de esta obligación solo permite al asegurador descontar de la indemnización los perjuicios sufridos por la demora (normalmente no hay ningún perjuicio).
 - o Esta norma no admite modificación por las partes - no es válido pactar la pérdida de cobertura como sanción.

Aviso de siniestro Vs Reclamación

- La reclamación:
 - o El asegurado debe demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro.
 - o Está sujeta a un término de prescripción de 2 o 5 años (2 años desde que conoce el siniestro o 5 desde que ocurre)
 - o No requiere que se haya dado un aviso previo
 - o El término se puede interrumpir mediante presentación de reclamación escrita o mediante la presentación de la demanda judicial.
 - o La víctima tiene acción directa contra la aseguradora y cuenta con un término de prescripción de 5 años.
 - o La acción de la víctima en contra del asegurado está sujeta a distintos términos de prescripción pueden ser 2 o 10 años.

La exclusión de Pure Financial Damages

- **El siniestro:** Una falla en el fluido eléctrico generó un paro de producción en una fábrica por más de una semana, conllevando varias pérdidas financieras sin que se hubiera presentado un daño físico en la fábrica.
- **Exclusión de daños financieros:** La póliza de reaseguro incluía la exclusión denominada “Pure financial damages”. Por ser reaseguro “back to back”, la póliza de seguro local incluyó la misma exclusión traducida como “Daños puramente financieros”.
- **Puntos a tener en cuenta:** Existe riesgo de que la exclusión no sea tenida en cuenta por no estar bien definida en la póliza. En Colombia solo existe definición de daños materiales y daños inmateriales, y en principio se deben reparar todos los daños causados.
- **Recomendación:** Definir claramente el alcance de la exclusión.

El amparo de responsabilidad patronal

- **El siniestro:** El asegurado subcontrató con otra empresa el mantenimiento de sus redes. Durante un mantenimiento de rutina, uno de los empleados de dicha empresa sufrió un accidente por electrocución y falleció. El accidente se atribuye a culpa del empleador por no haber dado el entrenamiento adecuado a su personal.
- **Demanda contra el asegurado:** Los familiares del empleado fallecido presentan demanda en contra de la compañía subcontratista y del asegurado.
- **Amparo de responsabilidad patronal:** La póliza tiene un amparo de responsabilidad patronal para demandas derivadas de accidentes de trabajo. Este amparo tiene un deducible mayor y un límite asegurado más bajo que la póliza general. Opera en exceso de los pagos hechos por la seguridad social.

El amparo de responsabilidad patronal

- **Puntos a tener en cuenta:** La ley colombiana establece una responsabilidad solidaria en casos de accidentes de trabajo, entre el directo empleador y aquel que se ha beneficiado de las labores de un empleado ajeno.
- En este caso, el asegurado se beneficiaba del trabajo de mantenimiento que realizaba el trabajador y por tanto estaba sujeto a responsabilidad.
- Como se trata de una responsabilidad legal y no de tipo laboral, en varios casos se deja de aplicar el amparo de responsabilidad patronal, dejando sin efecto sus límites asegurados y deducibles especiales.
- En teoría es posible que el asegurado pueda iniciar acción de recobro en contra del directo empleador.

Conclusiones

- La práctica y legislación local pueden variar la aplicación e interpretación de cláusulas introducidas en las pólizas locales por los reaseguradores.
- El aviso de siniestro es diferente a la reclamación.
- La demora en dar aviso de siniestro no puede dar lugar a la pérdida de cobertura.
- La exclusión de Pure Financial Damages requiere una definición clara de los daños excluidos o de lo contrario tiene el riesgo de no ser aplicada.
- Los límites del amparo de responsabilidad patronal pueden resultar ineficaces si el siniestro involucra al trabajador de un subcontratista.

DAC beachcroft



www.demarest.com.br

SINISTRO RC PRODUTO - INTERAÇÕES COM RECALL

MARCIA CICARELLI BARBOSA DE OLIVEIRA
JUNHO/2016

ANTECEDENTES

- **APÓLICE:** Responsabilidade Civil Geral, com cobertura adicional de RC Produto (não contratada cobertura adicional de Recall);
- **SEGURADO:** Empresa fabricante de peças automotivas para motocicletas;
- **SINISTRO:** Fabricação de peça automotiva para motor de motocicleta, em desacordo com a especificação técnica;
- **COBERTURA:** Danos Materiais ou Corporais causados a terceiros em virtude de defeito do produto fabricado pelo Segurado;
- **EXPOSIÇÃO DO SEGURADO:** BRL 20 milhões;

FATOS DO SINISTRO

- Projeto do produto e especificação técnica fornecidos pela empresa automobilística;
- Fabricação do produto - defeito: inobservância da especificação técnica causa superaquecimento do motor e pode causar pane súbita da motocicleta, com risco aos passageiros e terceiros;
- Lote de 25.000 peças fabricadas com defeito;
- Cerca de 50 acidentes notificados com danos ocorridos (danos corporais, materiais e morais) - ações judiciais ajuizadas em face da montadora;
- Procon determinou a realização de Recall pela montadora: anúncios publicitários para retirada dos produtos do mercado e substituição da peça defeituosa para prevenir danos, com base no art. 10 c/c arts. 12 e 64 CDC;

FATOS DO SINISTRO



Fabricante

Montadora



Consumidor



QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

- Regime de responsabilidade civil:

- ✓ Segurado x Montadora : responsabilidade contratual e subjetiva/regra geral;
- ✓ Segurado x consumidores adquirentes das motocicletas: responsabilidade objetiva, com base no art. 12 CDC.
- ✓ Solidariedade entre o Segurado, fabricante da peça defeituosa, e a Montadora: art. 25, § 2º - "Sendo o dano causado por componente ou **peça incorporada ao produto** ao serviço, são responsáveis **solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.**"

QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

- **Conceito de defeito:**

- ✓ não há conceito na Apólice;

- ✓ Utilização do conceito do CDC - art. 12, § 1º:

"O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação."

- ✓ **vício x defeito:** vício refere-se à qualidade e quantidade do produto; defeito é relativo a problema de segurança do produto.

- **defeito no sinistro:** fabricação do produto em desacordo com a especificação técnica, ocasionando riscos à segurança dos passageiros e terceiros.

QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

- **Exclusão padrão - Apólices brasileiras:** "imperfeições dos produtos devido a erro de plano, fórmula, desenho e/ou projeto;"
 - no caso: projeto da peça automotiva elaborado por terceiro (Empresa automobilística) - não há erro de projeto.
 - Segurado: fabricou a peça sem observar integralmente a especificação técnica - **exclusão não aplicável - erro de execução.**
- * interação com Apólice de Responsabilidade Profissional - E&O Engenheiros (erro ou omissão de serviços profissionais em relação ao erro de execução do projeto).

QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

- Danos cobertos no RC Produto - somente aqueles já efetivados:
 - Danos Materiais: causados à motocicleta (exclusão do valor do produto segurado - *itself*) e a terceiros decorrentes de acidentes automobilísticos;
 - Danos Corporais: causados à incolumidade física dos passageiros da motocicleta e terceiros; e
 - Danos Morais: causados aos passageiros da motocicleta e a terceiros em razão do acidente e Danos Corporais sofridos.

QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

- Demais motocicletas com peça defeituosa - inoccorrência de danos:

Exclusão de cobertura para retirada de produtos do mercado X Despesas de Contenção

- obrigatoriedade do oferecimento de cobertura para despesas de contenção: art. 779 CC/02 - "O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa."
- a retirada dos produtos do mercado representa forma de mitigar e conter a ocorrência de novos danos cobertos pela RC Produtos - **no entanto, é risco expressamente excluído (Recall);**

QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

- Demais motocicletas com peça defeituosa - inoccorrência de danos:

Exclusão de cobertura para retirada de produtos do mercado X Despesas de Contenção

- há cobertura para tais despesas em determinadas Apólices brasileiras, com sublimite: objetivo é evitar a ocorrência de danos abrangidos no RC Produtos.
- Despesas de contenção no RC Produto: necessidade de estabelecer conceito compatível com a exclusão para retirada de produtos do mercado.

QUESTÕES RELACIONADAS AO SEGURO DE RECALL

- **Exclusão de cobertura para retirada de produtos do mercado:** é revogada mediante a contratação de cobertura de Recall;
- ausência de cobertura adicional de Recall ou Apólice autônoma no caso;
- alguns produtos brasileiros excluem a cobertura se a retirada do produto do mercado (recall) tiver sido imposta ao Segurado por qualquer autoridade, governamental ou pública - incompatibilidade com CDC;
- cobertura de Recall ou Apólice autônoma de Recall eventualmente contratada pela empresa automobilística poderia responder - possibilidade de sub-rogação contra a empresa causadora do defeito no produto.

QUESTÕES RELACIONADAS À COBERTURA DE RECALL

- **Empresa obrigada ao recall frente ao consumidor final, nos termos do CDC:**
"fornecedor de produtos e serviços, posteriormente à introdução no mercado de consumo".
- cobertura adicional de Recall ou Apólice autônoma de Recall da empresa automobilística poderia responder;
- no entanto, poderá haver regresso em face da efetiva causadora do defeito do produto (solidariedade entre o fabricante da peça, construtor ou importador e empresa que realizou a incorporação);
- necessidade de análise pela subscrição - contratação de cobertura adicional de Recall por empresa não fornecedora de produtos diretamente ao mercado de consumo: cobertura pode ser inócua.

QUESTÕES DISCUTIDAS NA REGULAÇÃO DO SINISTRO

RC PRODUTO (Third-party)	RECALL (First-party)
- dano efetivamente ocorrido	- dano ou potencialidade de dano a terceiros
- exclusão do recall despesas com retirada de produtos do mercado e transporte - Cobertura das despesas de contenção	- cobertura para despesas com retirada dos produtos do mercado; transporte e armazenamento dos produtos; anúncios em veículos de comunicação; montagem e desmontagem.
- Possibilidade de Contratar Cobertura Adicional da Recall.	- Apólice autônoma pode oferecer cobertura para: - custos de substituição do produto (<i>itself</i>); - custos de interrupção de negócios, entre outros.

CONCLUSÕES

- necessidade de demonstração técnica de que o defeito do produto é atribuível ao Segurado;
- conceito de defeito = vício do produto + risco à segurança;
- oferecimento de cobertura Recall condicionada à contratação de RC Produto, como forma de mitigar os prejuízos reclamados no âmbito da cobertura de RC Produto - retirada dos produtos defeituosos do mercado antes da efetiva concretização de danos a terceiros;
- Apólice autônoma de Recall ou cobertura adicional de Recall deve ser oferecida prioritariamente para empresas distribuidoras de produtos ao mercado de consumo.
- Custos de mitigação - importância do sublimite



São Paulo

T. 55 11 3356 1800

F. 55 11 3356 1700

Campinas

T. 55 19 3123 4300

F. 55 19 3123 4302

New York

P. 1 212 371 9191

F. 1 212 371 5551

Rio de Janeiro

T. 55 21 3723 9800

F. 55 21 3723 9822

Brasília

T. 55 61 3243 1150

F. 55 61 3243 1153

www.demarest.com.br

Linked 

SONY

ASHLEY
MADISON®
Life is short. Have an affair.®

Get started by telling us your relationship status:

Single Male seeking Females

See Your Matches »

Over 37,765,000 anonymous members!



Ciber riesgos:

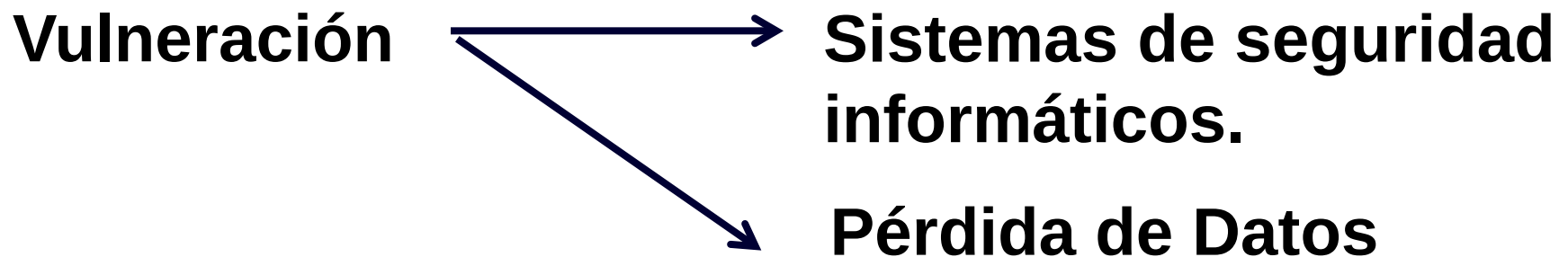
- **Multiplicidad de frentes**
 - **Global**
 - **Condiciones cambiantes**

Va a ocurrir.... Cuando...?

MEXICO

RODRIGO FERNANDEZ GUERRA

CYBER INSURANCE



Coberturas - Ciberseguros:

1st party:

- **First Response Team - FRT.**
- Daño reputacional. (**FRT**)
- Cumplimiento de Notificaciones.
- Recuperación / Recreación de información.
- Extorsión y/o gastos de atención



Coberturas – Ciberseguros

1st party:

- Gastos Legales - Procedimientos Legales y de Agencias Reguladoras.
- Pérdidas Monetarias de Vulneración
- Pérdidas - Business Interruption



Coberturas – Ciberseguros

3rd party:

- Gastos Legales y daños - terceros
- Media (responsabilidad ante terceros)
- PCI Standards. (Tarjetas)



Cobertura – FRT

- Equipo de Respuesta Inmediata
- Identifica fuente; reduce exposición; recuperación.
 - Equipo Legal- LT (“R.C., Penal, Datos P., PCI)
 - Equipo de IT (seguridad y/o forense).
- Por acuerdo Asegurador/Broker/Asegurado.



RIESGOS - FRT:

- Conflicto de Intereses - proveedores;
- Presupuesto vs. Disponibilidad
- Falta de Capacidad / Experiencia;

☐ **Equipo de Coberturas - Experto.**

CYBER DATA PROTECTION

- Institución con sede en México
- Datos +10 mill. personas (Holder & Vendor)
- Busca contratar Póliza Cyber



PRIMER PROBLEMA:

■ SUSCRIPCIÓN

- Poliza & Cuestionario: **Matrimonio**
- Mitigación / Agravación:
 - Inventario de Datos;
 - Cumplimiento Leyes (Manual de Datos);
 - Políticas de IT;
 - Diseño de estructura de Red;
 - Plan de contingencia.

SEGUNDO PROBLEMA

- Retroactividad
 - Solicita retroactividad a 2 años atrás.
 - No sabemos “¿Cómo viene?”
 - No se hace auditoría / due diligence.

Siniestro

- Causa:
 - Intrusión no autorizada, robo y divulgación en sitio Web
 - Asegurado solicita se retire información de Web.
 - Asegurado reporta atenderá siniestro **con sus prestadores de servicios.**

Atención del Siniestro

- Aseguradora instruye se retire información de la Web.
- Omite respuesta sobre FRT.
- Remite caso a DACBEACHCROFT®,
40 días después.

¿Coordinación?

¿Información?

¿Pérdidas?



Atención del Siniestro

- Anticipan gastos FRT. Se monitorea proceso
- Demandas civiles de usuarios notificados. Gastos de Defensa.

¿Anticipo de gastos?

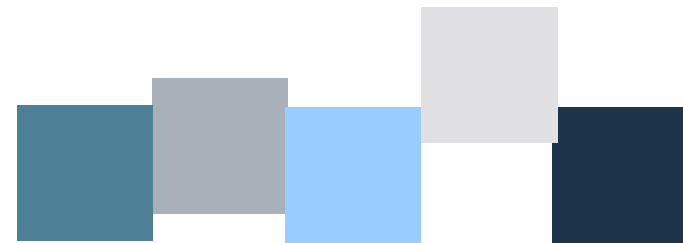
- **RECHAZA:**
 - Recuperación de información.
 - Procedimientos de Agencia.

¿Activación de otras pólizas?



Conclusiones - Recomendaciones

1. Riesgo y exposición.
2. Suscripción – Matrimonio.
3. Estándares más altos de atención.
4. Respuesta proactiva; con visibilidad y control.



DAC beachcroft

TENDÊNCIAS REGULATÓRIAS, LITÍGIOS E O SEGURO D&O

Matthew Wescott

Sócio, DAC Beachcroft LLP

mwescott@dacbeachcroft.com

Tel: +44 (0)20 7894 6490

Mobile: +44 (0)781 055 7758

7 de junho de 2016

Temas

- Corrupção
- Denunciantes/Whistleblowers/SEC
- Litígios nos EUA:
American Depositary Receipts (ADRs)
- Responsabilidade de Cyber

Corrupção

- Problema global
- Walmart, Siemens, Avon Products
- Investigações dispendiosas e demoradas (esgotamento da cobertura de defesa)
- Supervisão regulatória contínua
- Reclamações de acionistas/ações derivativas

Impacto no seguro D&O

- Aumento de prêmios
- Majoração das franquias
- Limitação ou redução dos limites de cobertura
- Algumas empresas brasileiras mantêm apenas apólices globais de D&O, contratadas para fora do Brasil
- Mas esses programas de seguros estrangeiros não são autorizados a responder localmente no Brasil.

Denunciantes/Whistleblowing

- Recompensas da SEC (EUA)
- Procedimentos internos de denúncia
- Investigações regulatórias transfronteiriças: o mesmo fato pode ter tratamento diferente em múltiplas jurisdições
- Os custos de investigações internas podem ser significativos e normalmente não são cobertos por apólices de D&O

Litígios ADR/ADS

- Sistema de listar empresas nos EUA sem presença formal no NYSE
- Riscos para companhias fora dos EUA
- Petrobrás
- Braskem
- Eletrobrás
- SQM
- Fatos demandam cautela significativa dos subscritores D & O

Cyber

- Classe emergente de responsabilidade
- “Big data”
- Nova jurisprudência no Reino Unido (Vidal-Hall and others v Google Inc 2015) : dano moral sem perda financeira
- Cria um novo delito do uso indevido de informações privadas
- Extensões cibernéticas ou formulações específicas relativas à proteção de dados e privacidade
- Side C – necessidade de restrição de cobertura

Conclusão

- Necessidade de considerar o impacto da corrupção e possíveis lacunas na cobertura no Brasil;
- Revisão das apólices locais e globais D&O na renovação para ajudar a reduzir a incerteza sobre restrições adicionais ou outros custos (aumento do prêmio e / ou franquia);
- Necessidade de considerar a adequação dos limites locais;
- Reformulação da apólice frente aos novos desafios do Cyber;
- Exame das operações locais da empresa para determinar se está na atual "zona de perigo" (relativo a Lava Jato etc);
- Revisão dos procedimentos internos de denúncia;
- Verificação da possível exposição a órgãos reguladores e tribunais dos EUA, mesmo que a empresa seja domiciliada no Brasil.

Matthew Wescott

Matthew Wescott é advogado inglês especializado em seguro/resseguro, arbitragem internacional e contencioso; trabalha em Londres, em especial para os clientes do Brasil, de Portugal, do mundo lusófono, da América Latina, da Europa.

Contato:

mwescott@dacbeachcroft.com

Tel: +44 (0)20 7894 6490

Mobile: +44 (0)781 055 7758



Este documento contém apenas um resumo da lei aqui mencionada, não sendo um substituto para aconselhamento legal específico sobre as questões abordadas. Em cada caso, os leitores devem ter aconselhamento jurídico específico sobre as questões levantadas neste documento e o seu autor não se responsabiliza pelas opiniões e declarações aqui contidas.

DAC beachcroft

Cláusulas de Claims Co-operation y Claims Control en Contratos de Reaseguro

São Paulo, Brasil

7 de junio de 2016



Anthony Menzies

Partner/Socio

DAC Beachcroft LLP, Londres

¿Qué tipo de cláusula?

Claims Control Clause (Cláusula de Controle de Sinistros)

- (a) El reasegurado, al tener conocimiento de cualquier siniestro o siniestros que pudieran dar lugar a una reclamación, avisará a las reaseguradoras tan pronto como sea razonablemente posible y en cualquier caso dentro de 30 días.
- (b) El reasegurado deberá entregar a las reaseguradoras toda la información disponible respecto del siniestro o siniestros y las reaseguradoras tendrán el derecho exclusivo de nombrar ajustadores, asesores, peritos y/o abogados y de controlar todas las negociaciones, ajustes y liquidación en conexión con tal siniestro o siniestros.

Claims Cooperation Clause (Cláusula de Cooperación)

- (a) El reasegurado, al tener conocimiento de cualquier siniestro o siniestros que pudiera dar lugar a un reclamo, deberá avisar del mismo a las reaseguradoras tan pronto como sea razonablemente posible y en cualquier caso dentro de 30 días.
- (b) El reasegurado deberá entregar a las reaseguradoras toda la información disponible respecto del siniestro o siniestros, y deberá cooperar con las reaseguradoras en el ajuste y la liquidación de los mismos.

Claims Co-Operation x Follow the Settlements

Insurance Co of Africa v. Scor [1985]

La cláusula “follow”:

“sujeto a los mismos términos, cláusulas y condiciones del original y a seguir las liquidaciones del reasegurado”

La cláusula Claims Co-op:

“Es una condición precedente a la indemnización bajo este seguro el que todas las reclamaciones sean inmediatamente notificadas a los subscriptores de esta póliza y el reasegurado aquí conviene en la liquidación de cualquier reclamación en cooperar con...las Reaseguradoras y en que ninguna liquidación deberá realizarse sin la autorización previa de las Reaseguradoras que suscriben esta Póliza.”

Resultado:

Incumplimiento sin efectos de *condition precedent* – se trató de un incumplimiento sólo de la 2ª parte de la cláusula CCC, cuyo remedio depende si hubo o no perjuicios a consecuencia

Dicho incumplimiento impactó a la cláusula *follow* pero no exenta a la reaseguradora a indemnizar al reasegurado

Claims Co-Operation x Follow the Settlements

Eagle Star v. Cresswell [2004]

La cláusula *follow*:

“Being a Reinsurance of and warranted same gross rate terms and conditions as to follow the settlements of the company...”

“Siendo un Reaseguro de y garantizando la misma tasa bruta términos y condiciones en seguimiento a las liquidaciones de la compañía...”

La cláusula de Claims Co-op [control de reclamaciones]:

“...The underwriters hereon shall control the negotiations and settlements of any claims under the Policy. In this event the Underwriters hereon will not be liable to pay any claim not controlled as set out above”

“Las reaseguradoras deberán controlar las negociaciones y liquidaciones de cualquier reclamación bajo la Póliza. En este evento, las reaseguradoras no tendrán ninguna obligación de pagar cualquier reclamación no controlada como se indica anteriormente”

Claims Co-Operation x Follow Settlements

***Eagle Star v. Cresswell* [2004]**

- Resultado:
 - El tribunal rechazó el argumento que la cláusula era simplemente “*demasiado torpe y ambigua*” para tener el estatus de una *condition precedent*. Sí se puede determinar objetivamente si las reaseguradoras controlaron la reclamación de conformidad con la cláusula
 - La cláusula es una “*condition precedent*” pese a no haberse utilizado esa frase. Por lo tanto, la cláusula *follow* debe “ceder” paso a la CCC (Chadwick LJ). Es decir, la cláusula de control siempre prevalecerá frente a la de *follow*
 - La única limitante al efecto jurídico de las cláusula de control de tipo *condition precedent* es el deber de las reaseguradoras de no actuar caprichosa o arbitrariamente, a consecuencia de su obligación de actuar de buena fe
 - En cualquier otro caso, el incumplir con la cláusula de *control/cooperation* estipulada como *condition precedent* será fatal para el reasegurado, sin que las reaseguradoras hayan sufrido perjuicio alguno como consecuencia de dicho incumplimiento

Claims Co-Operation x Follow the Settlements

- Contraste con sistemas jurídicos de tradición napoleónica
 - La expresión “*condition precedent*” (o su homólogo lingüístico) no conlleva el mismo efecto jurídico que en el mundo del *Common Law*.
 - Las cláusulas con esa frase no tienen un trato especial, y su incumplimiento sólo ofrece una defensa a las reaseguradoras en la medida en que se haya sufrido algún perjuicio económico como consecuencia de dicho incumplimiento
- Se puede redactar una cláusula en jurisdicciones napoleónicas con los mismos efectos, pero no basta utilizar la frase “*condition precedent*”
 - El contrato de reaseguro debe estipular expresamente cuáles serán las consecuencias del incumplimiento
 - Es poco usual que esto sea acordado, sobre todo bajo las condiciones blandas de mercado actuales

ICA v. Scor – la reacción de los redactores de las CCC

Gan Insurance Co Ltd v. Tai Ping (No. 2 and 3) [2001]:

“No obstante cualquier otra disposición contenida en el contrato de reaseguro y/o clausulado de la póliza, es una *condition precedent* a la indemnización bajo esta póliza que:

- (a) El reasegurado, al tener conocimiento de cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación en su contra, avise de inmediato a las reaseguradoras, y en cualquier caso dentro de 30 días;
- (b) El reasegurado coopere con las reaseguradoras que suscriben esta póliza y/o sus representantes designados en la investigación y evaluación de cualquier siniestro y/circunstancias que den lugar a un siniestro;
- (c) Ninguna liquidación y/o transacción deberá hacerse ni admitir responsabilidad sin la autorización previa de las reaseguradoras

Gan Insurance Co Ltd v. Tai Ping (No. 2 and 3) [2001]

El tribunal:

- Decidió que esta redacción eleva cada segmento de la cláusula al estatus de *condition precedent* (superando el problema de interpretación disyuntiva en **ICA v. Scor**)
- Rechazó el argumento del reasegurado que el sub-párrafo (b) es “*claramente demasiado vago como para considerarse una condition precedent.*” Sobre este punto Mance LJ. dijo:

“...el hecho de que [la sub-cláusula (b)] pueda requerir un cierto criterio para determinar si se ha cometido un incumplimiento de cooperación no puede, a mi juicio, excluir la conclusión que dicha cooperación consistía en una *condition precedent*”
- Dejó abierta la cuestión sobre si la sub-cláusula (b) puede activarse en caso de cualquier incumplimiento de la obligación de cooperar o sólo para aquellos incumplimientos que pudieran considerarse “*significativos o serios*”. Queda claro que el tribunal tuvo en mente la posibilidad de que incumplimientos meramente técnicos o administrativos no fuesen suficientes para que aplicar las consecuencias de una CCC

"Two bites at the cherry"

Lexington v. Multinacional de Seguros [2008]

- La cláusula CCC estipuló, como *condition precedent*, que el reasegurado "*coopere en el ajuste y liquidación de cualquier reclamación*"
- Tras recibir los informes del ajustador, el reasegurado decidió liquidar la reclamación cuanto antes. Las reaseguradoras por su parte no lo permitieron. El reasegurado faltó a citas, conferencias telefónicas y demostró recelo en colaborar con las reaseguradoras inglesas para determinar tácticas en defensa del reclamo
- Las reaseguradoras alegaron el incumplimiento de la CCC e iniciaron litigio en Inglaterra solicitando una declaración judicial en el sentido de que, por lo tanto, estaban exonerados bajo el reaseguro de indemnizar el reclamo
- No obstante, las reaseguradoras seguían tratando con el reasegurado en relación con la reclamación, si bien en términos "WP" (sin perjuicio)
- Posteriormente, el reasegurado exoneró al asegurado de la expiración de un plazo de prescripción respecto de la reclamación original y sin la aprobación de las reaseguradoras (es decir un incumplimiento de la CCC mucho más grave)

Lexington v. Multinacional de Seguros [2008]

- Las reaseguradoras pretendieron modificar su moción judicial para hacer referencia en el litigio a este segundo incumplimiento de la CCC, siendo mucho más grave
- El reasegurado resistió la enmienda, argumentando que, una vez afirmado un supuesto incumplimiento (con el resultado lógico, según las reaseguradoras) que quedaban liberadas de cualquier responsabilidad frente a la reclamación, ya no podían exigir que el reasegurado continuara cumpliendo con la CCC
- El reasegurado argumentó que, o tenía razón la demanda judicial original, o no (lo cual sería determinado en su debido tiempo) pero que de todos modos las reaseguradoras ya habían “disparado su bala”. ¿Podían disparar otra bala alegando un nuevo incumplimiento?
- El tribunal inglés juzgó que sí. El incumplimiento de la CCC no es análogo a la rescisión del contrato derivada (por ejemplo) de una reticencia al colocar el seguro. Eso implicaría que, jurídicamente, no existiera el contrato desde el comienzo, tanto como todas sus obligaciones. Pero el incumplimiento de la CCC es deferente. No equivale a la inexistencia del contrato y sus cláusulas, sino meramente proporciona a las reaseguradoras una defensa a la reclamación presentada (o no, dependiendo del resultado del argumento). Pero la CCC como cláusula contractual seguía en vigor
- Por lo que sí se pueden “acumular” incumplimientos de la CCC

“Tan pronto como sea posible”

“El reasegurado, al tener conocimiento de cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a una reclamación, se lo avisarán a las reaseguradoras tan pronto como sea posible, y en cualquier caso dentro de 30 días”

- No existe jurisprudencia inglesa para esa frase en el contexto de reaseguro
- El único precedente concierne una póliza directa de responsabilidad profesional **HLB Kidsons v. Lloyd's Underwriters [2007]**

“El asegurado deberá dar aviso por escrito a los aseguradores tan pronto como sea posible de circunstancias que llegue a tener conocimiento...que puedan dar lugar a un siniestro o reclamación en su contra...”

- Apoyándose en evidencia testimonial sobre “market practice” (la práctica del mercado), la Commercial Court y la Court of Appeal determinaron que tolerarían una demora “*medida in semanas, o, cuando mucho, unos meses*”. En el contrato la demora en la notificación de 4 meses en este caso se consideró excesiva como para poder cumplir con el requisito
- Debo advertir que este precedente/concepto pueda no ser fácilmente trasladable de una póliza directa de responsabilidad profesional a un contrato de reaseguro

Claims Co-Operation – El “Siniestro” en Pólizas de Responsabilidad Civil frente a Terceros

RSA v. Dornoch [2005]

- Póliza D&O de Coca-Cola y sus directores
- Los accionistas iniciaron una acción colectiva, notificada a RSA en noviembre de 2000
- Presunta negligencia de los directores quienes causaron artificialmente un valor elevado del título accionario al tiempo de la adquisición
- Se notificó a las reaseguradoras de RSA el 19 de enero de 2001
- Cláusula de Claims Co-Op:

“Es una condición precedente a cualquier indemnización bajo esta póliza que: (a) el Reasegurado tan pronto tenga conocimiento de cualquier [loss] [siniestro o pérdida] que puedan dar lugar a una reclamación bajo esta póliza, deberá notificar a los Subscriptores por cable dentro de 72 horas.”

- Se resolvió:
 - “Siniestro/Pérdida” [Loss] = la pérdida financiera sufrida por los accionistas. Pero
 - RSA no pudo haber tenido “conocimiento” de dicho Siniestro [pérdida] hasta que se determinara que los directores hicieron algo para inflar el precio del título accionario
 - RSA no pudo haber “conocido” algo de un hecho denegado y aún por establecerse
- Por lo tanto RSA no tenía el conocimiento requerido con anterioridad al 19/1/01

El “Siniestro” en Pólizas de Responsabilidad Civil

AIG v. Faraday [2007]

- Póliza D&O de Smartforce y sus directores
- El 19 de noviembre de 2002 los directores anunciaron que modificarían los estados financieros ya publicados
- Inmediatamente cayó el valor del título accionario en un 33%
- En diciembre de 2002 se emplazaron acciones colectivas – AIG fue notificada
- Las acciones colectivas fueron defendidas hasta que se llegó a un arreglo en una mediación el 23 de marzo de 2004. AIG estuvo presente
- El 19 de abril de 2004 AIG notificó a sus reaseguradores (Faraday)
- La cláusula de cooperación requería notificaciones dentro de 30 días
- Se resolvió
 - Diferenciar el caso Dornoch
 - Los accionistas sufrieron un “Siniestro” (pérdida) (caída del título accionario) tras un acto de los directores
 - Por lo tanto AIG “conocía” del Siniestro en diciembre de 2002
 - Es irrelevante el que la *responsabilidad* de los directores a consecuencia del siniestro no se haya aún establecido
 - La cláusula requiere la notificación de un Siniestro que “*pueda*” dar lugar a una reclamación
- Uso inadecuado del término *Loss* [en inglés] “Siniestro”/“Pérdida” para activar la notificación en un contrato de reaseguro de responsabilidad civil contra terceros, siendo apropiado en pólizas de daños (primera parte). Mejor que sea “*circunstancia*”

En resumen...

- La frase *condition precedent* es esencial (si bien en las jurisdicciones donde no se aplica el *common law* inglés la cláusula debe ser redactada de manera muy distinta)
- Una CCC expresada como *condition precedent* siempre prevalecerá frente la cláusula *follow*
- El método en *Gan v. Tain Ping* sirve para que cada componente de la cláusula se eleve al estatus de *condition precedent*
- El rechazo de indemnización bajo la póliza debido al incumplimiento de la CCC no es análogo a la rescisión del contrato. Sólo da lugar a una defensa contra la reclamación disputada, así que incumplimientos consecutivos pueden acumularse
- “*Tan pronto como sea posible*” ¡Evítenlo!
- “*El siniestro*”. Hay que evitar su uso en contratos de responsabilidad civil(!)

DAC beachcroft