

Paweł Sikora

Koluzja w D&O – fantom czy przykra rzeczywistość?

I. Wprowadzenie

„W przypadku zawiadomienia przez ubezpieczonego o podniesieniu wobec niego jakiegokolwiek roszczenia, co do którego zawiadomienie ubezpieczony ma świadomość, że zawiadomienie jest fałszywe, podstępne lub zmierza do oszustwa w zakresie kwoty lub innych okoliczności, powyższa szkoda zostanie wyłączona z zakresu ochrony ubezpieczeniowej przewidzianej w umowie ubezpieczenia, a ubezpieczyciel zastrzega sobie prawo do odstąpienia od umowy ubezpieczenia w pełnym zakresie, co z kolei spowoduje utratę prawa do pokrycia wszelkich szkód i ochrony przez wszelkimi roszczeniami”¹.

Odpowiedzialność cywilna zarządzających podmiotami gospodarczymi jest przedmiotem ubezpieczenia już od ponad 100 lat². Ubezpieczenie D&O (z ang. Directors' and Officers Liability) początkowo spotykało się z oporem ze strony urzędów i inwestorów, argumentujących jakoby miało ono zachęcać do nieostrożności w zarządzaniu. Ważną cechą D&O jest również jego podatność na ewentualną manipulację stron umowy ubezpieczenia, w literaturze D&O nazywaną koluzją (niem. *Kollusion*, ang. *collusion*). Przez koluzję w D&O należy rozumieć niejawną współpracę poszkodowanego (osoby prawnej) i sprawcy szkody (członka organu osoby prawnej), której celem jest łatwiejsze uzyskanie odszkodowania od ubezpieczyciela (tak: M. Beckmann, H. Ihlas, H. Brachman, C. Olbrich, S. M. Schmitt)³. Zjawisko to często opisywane jest również jako (w wolnym tłumaczeniu) „roszczenia kumpelskie” (niem. *freundliche*

¹ Z ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej członków zarządów i rad nadzorczych (wersja 9/2007) [Fałszywe roszczenia § 33] firmy Chubb Insurance Company of Europe z siedzibą w Londynie (dalej: Chubb).

² Pierwsze tego rodzaju umowy miały miejsce na terenie Niemiec. Patrz P. Sikora, *O dyrektorach i takich tam...*, Dziennik Ubezpieczeniowy z 29 kwietnia 2008 r., nr 1981.

³ R. M. Beckmann, *Einschränkungen der Innhaftungsdeckung bei der D&O-Versicherung*, praca zbiorowa, Verantwortlichkeit im Wirtschaftsrecht Verlag Versicherungswirtschaft 2002; H. Ihlas, K. Stute, *D&O Versicherung für das Innenverhältnis, Haftpflicht international – Recht & Versicherung*, Beilage zu PHI 4/2003; H. Brachmann, *D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften: Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung*, red. C. Barzen, H. Brachmann, M. P. Braun, Verlag Versicherungswirtschaft., 2003; C. Olbrich, *Die D&O-Versicherung*, wyd. Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2007; S. M. Schmitt, *Organhaftung und D&O-Versicherung*, 2007, Herbert Utz Verlag GmbH, s. 97 i n.; J. Schilling, *D&O-Versicherung und Managerhaftung für Unternehmensleiter und Aufsichtsräte D&O*, Straf-Rechtsschutz, Anstellungsvertrags-Rechtsschutz; eine Übersicht für Praktiker; Verlag Versicherungswirtschaft 2007, s. 42.

Inanspruchnahme, ang. *friendly understandings*)⁴ lub zwyczajnie – manipulacja (niem. *Manipulation*)⁵.

Ubezpieczenie D&O (tj. prywatnej odpowiedzialności członków organów spółek oraz innych zarządzających) jest szczególnie podatne na zachowania koluzyjne, gdyż w odróżnieniu od typowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej sprawca i poszkodowany pozostają tu w bardzo bliskich stosunkach kontraktowych. Jest to ubezpieczenie zawierane przez osoby prawne na rzecz członków własnych organów (zarząd, rada nadzorcza) i innych osób zarządzających, aby w sytuacji popełnienia zawinionego błędu zarządczego (na ogół decyzyjnego)⁶ spółka bądź inne osoby (np. akcjonariusze) mogli otrzymać odszkodowanie. W żadnym innym ubezpieczeniu OC zjawisko to nie występuje w takim nasileniu. W najbardziej rozpowszechnionych w naszym kraju ubezpieczeniach OC posiadacza pojazdu sprawca i poszkodowany są przypadkowymi osobami i stwierdzenie ich pokrewieństwa, czy bliskiej znajomości zawsze jest znakiem ostrzegawczym dla ubezpieczyciela. W D&O to „żółte światło” jest wkomponowane w konstrukcję produktu. Jednak ubezpieczyciele zagrożenia tego zdają się nie dostrzegać. Na ogół dopiero pewne sytuacje zaistniałe w trakcie lub po zgłoszeniu roszczenia (np. przekazanie poufnych dokumentów, informacji, brak aktywnej obrony przed zarzutami, wadliwa ekskulpacja) powodują powstanie przekonania, że zachowanie sprawcy i poszkodowanego łamie zasady uczciwości.

Zachowania koluzyjne bez wątpienia naruszają interes ubezpieczyciela. Niestety zachowanie sprawcy i poszkodowanego po szkodzie nie jest unormowane przepisami kodeksu cywilnego⁷. Co więcej, art. 822 § 5 k.c. zabrania obciążania poszkodowanego konsekwencjami naruszenia obowiązków sprawcy po zajściu wypadku (a dodajmy, że w D&O jest nim wniesienie roszczenia)⁸.

Zapisów przeciwdziałających porozumieniu poszkodowanego i sprawcy nie znajdziemy również w postanowieniach umownych zawartych w ogólnych warunkach umów (o.w.u.) D&O. Analiza dostępnych na rynku o.w.u. D&O wskazuje⁹, że problematyka koluzyjna jest dostrzegana jedynie przez nieliczne firmy ubezpieczeniowe (przytoczony na wstępie zapis o.w.u. firmy CHUBB).

⁴ H. Ihlas, K. Stute, op. cit., s.7 i n.

⁵ R. M. Beckmann, op. cit., s. 65.

⁶ M. Graumann, H. Müller-Späth, *Zur D&O-Absicherung gehört neuerdings auch eine Executive Coaching*, *Versicherungswirtschaft* 2010, z. 10.

⁷ Co stanowi niewątpliwą lukę. Patrz P. Sikora, op. cit.

⁸ „Art. 822 § 3. Strony mogą postanowić, że umowa będzie obejmować szkody powstałe, ujawnione lub zgłoszone w okresie ubezpieczenia”.[...]

„§ 5. Ubezpieczyciel nie może przeciwko uprawnionemu do odszkodowania podnieść zarzutu naruszenia obowiązków wynikających z umowy lub ogólnych warunków ubezpieczenia przez ubezpieczającego lub ubezpieczonego, jeżeli nastąpiło ono po zajściu wypadku”.

Na ten temat patrz dyskusja w Dzienniku Ubezpieczeniowym (P. Sikora i J. Nawracała) z 8 sierpnia 2011 r.

⁹ Analizę dostępnych warunków ubezpieczenia D&O przeprowadził P. Sikora, *Przeciwdziałanie koluzji*, *Miesięcznik Ubezpieczeniowy* 2011, nr 7/8.

Dostrzegając wskazane wyżej zjawiska świadczące o powiązaniach koluzyjnych stron ubezpieczonego deliktu, jak choćby bliskie relacje osobiste sprawcy i reprezentantów poszkodowanego, ubezpieczyciel z braku norm kodeksowych i postanowień umownych może szukać ochrony swego interesu praktycznie jedynie w klauzulach generalnych. Jedną z nich jest klauzula nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.). Nakazuje ona odwoływać się do zasad podstawowych (nazywanych ogólnie zasadami słuszności)¹⁰, wśród których na czoło wysuwa się ubezpieczeniowa zasada „najwyższej dobrej wiary” (*Utmost Good Faith*)¹¹. Nadużycie prawa podmiotowego, o ile zostanie udowodnione, może złagodzić literę prawa nakazującą np. zapłacić odszkodowanie również w sytuacji, gdy jej realizacja naruszałaby zasady ogólne. Niestety stosowanie tak bardzo ogólnej normy w celu ochrony interesu ubezpieczyciela nie jest rzeczą łatwą, o czym świadczy utrwalona linia orzecznictwa sądowego niejednokrotnie bardzo ograniczająca stosowanie tego rodzaju klauzul generalnych (np. wyrok SN z 14 czerwca 1966 r., I CR 161/66).

II. Metodyka przeciwdziałania koluzji w europejskiej praktyce D&O

Przypatrując się praktyce zagranicznej w tym zakresie (głównie niemieckiej, jako że rozwiązania normatywne tam obecne są nam najbliższe) można stwierdzić, że wypracowano szereg rozwiązań umownych (klauzule) oraz pozaumownych (procedury likwidacji)¹² mających doprowadzić do wyeliminowania potencjalnego zagrożenia koluzją. Wśród klauzul umownych występują takie, jak:

- 1) rozwiązanie stosunku pracy jako warunek wypłaty odszkodowania,
- 2) wypłata odszkodowania po zasądzającym wyroku sądowym,
- 3) zakaz kontaktowania się i wymiany informacji.

1. Rozwiązanie stosunku pracy jako warunek wypłaty odszkodowania

Co do zasady, perspektywa utraty dobrej i prestiżowej pracy powinna w sposób efektywny motywować zarządzających do unikania błędów i nierozważnych decyzji, a ponadto wyeliminować podstawową przyczynę koluzji, jaką jest stosunek prawnopracowniczy czy cywilnoprawny (tzw. kontrakt menedżerski). W tym celu stworzono klauzulę rozwiązania stosunku pracy ze sprawcą zdarzenia (niem. *Kündigungsklauseln*). Chodzi tu o całkowite rozwiązanie stosunku prawnego łączącego osobę menedżera – sprawcy szkody ze spółką, tj. wypowiedzenia stosunku pracy, kontraktu menedżerskiego oraz odwołania ze stanowiska członka organu¹³. Zamieszczenie takiej klauzuli powoduje, że czynność prawna polegająca na złożeniu wypowiedzenia umowy

¹⁰ Obszernego omówienia klauzul generalnych dokonuje B. Więzowska, *Odpowiedzialność cywilna na zasadzie słuszności*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

¹¹ Sporne jest jednak, czy zasada ta obowiązuje również przy realizacji świadczeń, patrz: A. D. M. Forte, *Good faith in contract and property*, Hart Publishing, 1999, s. 81 i n.

¹² Fakty wskazujące na koluzję analizuje: H. Ihlas, K. Stute, op. cit., s. 20 i n.

¹³ H. Ihlas, K. Stute, op. cit., s. 10.

o pracę staje się podstawowym warunkiem dopuszczalności złożenia roszczenia spółki z tytułu szkód wyrządzonych jej przez sprawcę. Stanowić ma swobodną gwarancję dotkliwosci szkody dla sprawcy i skłonić go do rozważliwej podejmowania decyzji¹⁴.

Klauzule tego rodzaju wielokrotnie spotykały się z krytyką europejskiej doktryny prawa, m.in. ze względu na liczne trudności interpretacyjne, luki umożliwiające ich przynajmniej częściowe obejście¹⁵, problem zakresu czasowego tego warunku. Ponadto podnoszono, że rozwiązanie stosunku pracy z przyczyny, jaką jest wykonanie umowy ubezpieczenia, może być obciążone wadą oświadczenia woli i jako takie byłoby nieważne. Ponadto środowiska ubezpieczycieli podnosiły, że zwolniona osoba, pozbawiona w tak „brutalny” sposób związku ze spółką, byłaby tym bardziej zmotywowana, aby zgłaszać wszelkie roszczenia odszkodowawcze w stosunku do spółki lub sygnalizować nieprawidłowości akcjonariuszom lub organom ścigania¹⁶. Stąd też klauzule te nie znalazły długotrwałego uznania wśród uczestników rynku i są obecnie dosyć rzadkie. Co więcej, częścią ochrony D&O stały się obecnie tzw. koszty wizerunkowe, tj. koszty odzyskania dobrego imienia przez menedżera sprawcę deliktu¹⁷. Trudno, aby ubezpieczyciel z jednej strony domagał się ukarania zarządzającego, z drugiej zaś ponosił koszty przywrócenia dobrej opinii.

Z punktu widzenia polskiego prawa (kodeks pracy)¹⁸ tylko stwierdzenie ciężkiego naruszenia któregoś z wymienionych w art. 100 k.p.¹⁹ obowiązków daje ewentualną podstawę do rozwiązania umowy o pracę w trybie art. 52 k.p. (bez zachowania okresu wypowiedzenia). Możliwe przypadki to niestosowanie się do poleceń (uchwał) innych organów, naruszenie regulaminu. Na pewno do samodzielnego rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia nie można dodać warunku ubezpieczyciela wynikającego z umowy ubezpieczenia. Również drugi sposób rozwiązania umowy o pracę (art. 32 i następane k.p.), który polega na złożeniu pisemnego oświadczenia woli o wypowiedzeniu z zachowaniem ustawowego okresu, ma swoje ograniczenia. Przepisy prawa pracy określają, że jeżeli umowę zawartą na czas nieokreślony wypowiedzi pracodawca, to powinien on wskazać przyczynę wypowiedzenia. Przyczyna nie może być wskazana w sposób

¹⁴ Patrz np. sytuacja spółki Feroco SA i wypowiedzi inwestora giełdowego Z. Jakubasa.

¹⁵ H. Ihlás, K. Stute, op. cit. s. 10.

¹⁶ op. cit., s. 11.

¹⁷ P. Sukiennik, *Produkt na miarę czasu*, Miesięcznik Ubezpieczeniowy 2011, nr 5 i 6.

¹⁸ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.).

¹⁹ Kodeks pracy: „Art. 100. § 1. Pracownik jest obowiązany wykonywać pracę sumiennie i starannie oraz stosować się do poleceń przełożonych, które dotyczą pracy, jeżeli nie są one sprzeczne z przepisami prawa lub umową o pracę.

§ 2. Pracownik jest obowiązany w szczególności:

- 1) przestrzegać czasu pracy ustalonego w zakładzie pracy,
- 2) przestrzegać regulaminu pracy i ustalonego w zakładzie pracy porządku,
- 3) przestrzegać przepisów oraz zasad bezpieczeństwa i higieny pracy, a także przepisów przeciwpożarowych,
- 4) dbać o dobro zakładu pracy, chronić jego mienie oraz zachować w tajemnicy informacje, których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę,
- 5) przestrzegać tajemnicy określonej w odrębnych przepisach,
- 6) przestrzegać w zakładzie pracy zasad współżycia społecznego”.

ogólny i lakoniczny²⁰, ponadto powinna być związana z istotą i celem stosunku pracy²¹. Dlatego, podobnie jak to podnosi niemiecka doktryna prawa pracy, rozwiązanie umowy o pracę z powodu chęci zgłoszenia szkody ubezpieczycielowi może być potraktowane jako niezgodne z zasadami prawa pracy.

Inaczej wygląda sytuacja zarządzającego w przypadku kontraktu menedżerskiego, który jest, co do zasady, umową cywilnoprawną. O ile strony inaczej nie postanowią, umowa zlecenia, za jaką uważa się kontrakt menedżerski, może być rozwiązana z dowolnej przyczyny²². W takim przypadku możliwe jest ukształtowanie umowy ubezpieczenia D&O tak, aby zawierała ona powyższy warunek powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela. Nie sprzeciwiają się temu przepisy konsumenckie, gdyż ubezpieczający nie korzysta z tego statusu²³.

2. Wypłata odszkodowania po zasądzającym wyroku sądowym

Inną klauzulą – niegdyś powszechnie stosowaną w europejskich o.w.u. D&O – jest klauzula sporu sądowego (niem. *Gerichtsklauseln*, *Öffentlichkeitsklauseln*). Zakłada ona, że odszkodowanie wypłaca się dopiero, gdy sąd powszechny w postępowaniu karnym lub cywilnym zbada okoliczności sprawy wykorzystując narzędzia, jakie przysługują mu zgodnie z zasadami prawa procesowego²⁴. W krajowej praktyce ubezpieczeniowej bardzo często błędy zarządcze znajdują swój finał w prokuraturze i w sądzie karnym. Nie jest to jednak wymóg wynikający z umowy ubezpieczenia. Należy też dodać, że w naszej krajowej procedurze cywilnej, (ale i w większości obcych systemów prawa procesowego), sąd nie ma obowiązku poszukiwania prawdy obiektywnej, opiera się jedynie na prawdzie procesowej (art. 229 k.p.c. – nie wymagają dowodu fakty potwierdzone przez drugą stronę)²⁵. Oznacza to znaczące ułatwienie w ukryciu ewentualnych zachowań koluzyjnych.

Zarządzanie szkodami z ubezpieczeń D&O zakłada ciągle dążenie do prób ugodowych, które ma za zadanie zmniejszyć rozmiar wypłacanych odszkodo-

²⁰ Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego (wyrok z 21 marca 2001 r., I PKN 670/99) pracownikowi należy wskazać konkretnie przyczynę zwolnienia, musi być ona dla niego jasna i zrozumiała.

²¹ Wyrok Sądu Najwyższego z 29 września 1998 r. (I PKN 335/98).

²² M. Chakowski, P. Ciszek, *Nowoczesna umowa menedżerska*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2006.

²³ Art. 805 § 4 k.c.: „Przepisy art. 385¹–385³ stosuje się odpowiednio, jeżeli ubezpieczającym jest osoba fizyczna zawierająca umowę związaną bezpośrednio z jej działalnością gospodarczą lub zawodową”.

²⁴ H. Ihlás, K. Stute, op. cit., s. 8.

²⁵ J. Bodio, T. Demendecki, A. Jakubecki, O. Marcewicz, P. Telenga, M. P. Wójcik, *Kodeks Postępowania Cywilnego. Komentarz*, Wolters Kluwers, Warszawa 2008. „Za „fakty przyznane” rozumie się w nauce i praktyce fakty stwierdzone przez jedną stronę i potwierdzone, jako zgodne z prawdą, przez stronę przeciwną w drodze wyraźnego oświadczenia wiedzy (przyznania) złożonego w toku (w każdym stadium) konkretnego postępowania”. Podobnie K. Korus, *Komentarz do niektórych przepisów kodeksu postępowania cywilnego, zmienionych ustawą z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 172, poz. 1804) oraz ustawą z dnia 22 grudnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2005 r. Nr 13, poz. 98): „Zmiana jest efektem eliminacji przez nowelizację zasady prawdy obiektywnej z postępowania cywilnego”.*

wań²⁶. Co do zasady – informacji o ubezpieczeniu, czy też o wysokości roszczenia i odszkodowania raczej nie podaje się do publicznej wiadomości, czego nie da się uniknąć w postępowaniu karnym ze względu na zasadę jawności rozprawy sądowej²⁷. Ponadto klauzula sądowa stoi w sprzeczności z pewnością (w sensie dostępności) i szybkością ochrony ubezpieczeniowej. Niemniej tego rodzaju próby były notowane również i na naszym rynku²⁸.

3. Zakaz kontaktowania się i wymiany informacji

Oba powyższe rozwiązania są dość trudne do zastosowania ze względu na ich kategorię. Tej wady nie ma rozwiązanie trzecie, chyba najbardziej godne polecenia naszym krajowym ubezpieczycielom. Jest nim zakaz kontaktowania się i wymiany informacji między stronami sporu (niem. *Innenverhältnis*)²⁹. Klauzula ta znajduje się we wzorcowych ogólnych warunkach GDV AVB-AVG w wersji z 1997 r.³⁰. Powszechnie stosowana jest również przez firmy szwajcarskie.

Na wstępie trzeba stwierdzić, że dostęp do wiedzy na temat spraw przedsiębiorstwa jest nierówny (tzw. asymetria informacyjna)³¹. Sprawca uchybienia, tj. członek organu bądź inny zarządzający łatwo wskaże dokumenty, dowody, informacje czy okoliczności potwierdzające zawinione działanie. Co więcej, ponieważ to członek organu ponosi ciężar dowodowy, sam musiałby się bronić przed wskazanymi przez siebie dowodami. Łatwo sobie wyobrazić, że taka obrona byłaby jedynie pozorna³². Dlatego też warunkiem wypłaty odszkodowania jest stwierdzenie, że roszczenie nie zostało wniesione wskutek „polecenia”, „zalecenia” czy „wskazówki” któregokolwiek z członków wymienionych organów. W ramach tego zakazu konieczne jest ustalenie źródeł pochodzenia posiadanych przez poszkodowanego informacji oraz dokumentów potwierdzających jego roszczenie. Wyłączone są jedynie te, których udzielenie wynika z obowiązku prawnego³³.

²⁶ Pionierską pracę na temat ubezpieczeń D&O w USA (w tym również na temat regulacji szkód s. 192 i n.) napisał B.H. Scheifele, *Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika: das haftungsrechtliche Bezugsfeld, die Ausgestaltung und das Zusammenwirken der Directors' and Officers' Liability Insurance mit anderen, dem Schutze der Directors und Officers vor persönlicher Haftung dienender Versicherungen*; t. 42, Veröffentlichungen des Instituts für Versicherungswissenschaft der Universität Mannheim, wyd. Verlag Versicherungswirtschaft 1993.

²⁷ Art. 355 k.p.k.: „Rozprawa odbywa się jawnie. Ograniczenia jawności określa ustawa”.

²⁸ P. Sukiennik, op. cit., s. 31.

²⁹ AVB AVG GDV z 1997 r. „[...] diese Ansprüche nicht auf Weisung, Veranlassung oder Empfehlung einer Versicherten Person, einer Tochter oder Konzerngesellschaft oder deren Organmitglieder geltend gemacht werden”.

³⁰ http://www.gdv.de/Downloads/Bedingungen/Bedingungen_Haftpflichtversicherung/09_DandO_1003.pdf

³¹ W sposób prosty i zrozumiały pojęcie to tłumaczy A. Rapacka, *Pomiędzy prawem a finansami: poradnik członka rady nadzorczej spółki akcyjnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

³² H. Ihlas, K. Stute, op. cit., s.15.

³³ B. Scheifele, *Die Vermögenshaftpflichtversicherung...* (insured vs insured exclusion), s. 215.

III. Udział własny zarządzającego jako narzędzie przeciwdziałania koluzji

Narzędziem ocenianym jako najskuteczniejsze w przeciwdziałaniu koluzji (manipulacji) jest mechanizm udziału własnego w szkodzie (części odszkodowania niepokrywanej przez ubezpieczyciela)³⁴. Stosowanie franszyzy redukcyjnej opiera się tu na rozumowaniu, że broniąc się przed częściową zapłatą odszkodowania sprawca deliktu automatycznie staje w sporze z poszkodowanym. Ubezpieczyciel zajmuje wtedy pozycję obok sporu, wyczekując na jego finał. Ustawodawca ingerując w ubezpieczeniowe stosunki umowne, np. regulując warunki ubezpieczeń obowiązkowych, na ogół w trosce o poszkodowanych stara się zapewnić im najpełniejszą ochronę, w tym poprzez brak udziału własnego sprawcy. Ustawodawca obawia się, że pozostawienie tego ciężaru na jego barkach spowoduje problemy z odzyskaniem części odszkodowania przez poszkodowanego. Unormowania takie znajdujemy w naszych krajowych aktach prawnych, np. regulujących grupę ubezpieczeń OC zawodowych³⁵.

Ustawodawca może jednak realizować również inne cele niż ochrona poszkodowanych (zwłaszcza, gdy ci nie są konsumentami). Przykładem są Niemcy. Reagując na światowy kryzys na rynkach finansowych wprowadzono tam regulację mającą na celu silniejsze stymulowanie odpowiedzialnego i kompetentnego zarządzania spółkami akcyjnymi³⁶, a przy tym przeciwdziałanie zjawiskom koluzyjnym³⁷. Regulacja ta posługuje się konstrukcją obowiązkowego udziału własnego w szkodzie zarządczej (niem. *Zwangselbstbehalt*). Norma ta dotyczy tzw. roszczeń wewnętrznych (niem. *Innenverhältnis*), to jest kierowanych ze strony spółki akcyjnej przeciwko członkom jej zarządu³⁸.

³⁴ D. Tomurko, *Die Innenhaftung des Vorstands einer AG und die D&O-Versicherung Akademische Schriftenreihe*, GRIN Verlag 2009, s. 59 i n.

³⁵ Na przykład obowiązkowe ubezpieczenie OC: zarządców nieruchomości, inżynierów budownictwa i architektów, adwokatów, badacza i sponsora, czynności agencyjnych biur turystycznych, brokera, podmiotów świadczących usługi certyfikacyjne, detektywów, doradców podatkowych, organizatorów imprez masowych, komorników sądowych, z tytułu wykonywania czynności agencyjnych, czynności agencyjnych dealerów samochodowych, notariuszy, pośredników w obrocie nieruchomościami, radców prawnych, podmiotów do badania sprawozdań finansowych, rzeczników patentowych, rzeczoznawców majątkowych, w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych, NZOZ/ZOZ.

Patrz: http://www.Allianz.pl/ubezpieczenia/oc_zawodowe_obowiazkowe.8887.html

³⁶ Wersja znowelizowana ustawy z 1937 r. Prawo spółek akcyjnych – Aktengesetz przez ustawę: Gesetz vom 6. September 1965; BGBl. I S. 1089; ostatnie omawiane zmiany ustawy: Art. 1 Gesetz zum Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31. Juli 2009 – BGBl. I S. 2509, w następującym brzmieniu: „§ 93 *Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder.* (2) *Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. Schließt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen*”.

³⁷ H. Ihlás, K. Stute, op. cit., s. 22.

³⁸ Sporne.

Zapis taki nie jest nowy, gdyż od dłuższego czasu w podobnej postaci funkcjonował w niemieckim Corporate Governance Kodex (CGK). Uznano jednak, że CGK obowiązując jedynie wobec spółek giełdowych, jako tzw. *soft law* (miękkie prawo, tj. pozbawione przymusu jego stosowania), nie spełnia dostatecznie swoich funkcji stymulujących. W toku przeprowadzonych wcześniej analiz stwierdzono, że w umowach ubezpieczenia D&O funkcjonujących na rynku, udziały własne raczej nie są zastrzegane bądź jedynie w symbolicznej wysokości³⁹. Ponadto uznano, że regulację tę należy rozciągnąć również na inne (tj. niegiełdowe) spółki akcyjne.

Wprowadzenie tego unormowania spotkało się z różnymi ocenami ze strony doktryny. Dyskusja na temat wspomnianego aktu prawnego, jaka toczy się obecnie w literaturze przedmiotu⁴⁰ jest o tyle interesująca, że ma charakter uniwersalny, związany po pierwsze – z funkcjonalnością tego typu rozwiązań (zwłaszcza zaś dokonywanych w postaci „twardej” regulacji prawnej) i po wtóre – z ich dopuszczalnością w zakresie zasad konstytucyjnych, dodajmy, że nieodbiegających zbyt wiele i od naszych krajowych. Dlatego też dyskusja ta ma znaczenie również dla naszego rynku ubezpieczeń D&O, choćby tylko z racji obecności na nim kapitału niemieckiego.

1. Racjonalność i dopuszczalność stosowania obowiązkowego udziału własnego zarządzającego w szkodzie

W toku wspomnianej dyskusji zadawano niejednokrotnie pytanie, czy obligatoryjny udział własny w szkodzie, i to wprowadzony aktem rangi ustawowej, spełni pokładane w nim nadzieje, tj. zwiększy dbałość o podejmowane decyzje, a przy okazji zapobiegnie zjawiskom koluzyjnym. Przeciwnicy regulacji argumentują, że jeszcze wyższa dbałość jest możliwa tylko w sytuacjach, gdy zarządzający ma rzeczywisty i dominujący wpływ na skutki swoich decyzji. W sytuacji kolegialności organów, konieczności delegowania kompetencji na podładnych, zależności od opinii rzeczoznawców i biegłych, wpływ ten realnie nie jest wielki. „Ręczne sterowanie” spółką akcyjną jest w zasadzie wyjątkiem. Co gorsza, gdyby stwierdzono, że fakt osobistego jednoosobowego podejmowania decyzji ma miejsce, łatwo o zarzut działania umyślnego, które znajduje się na liście podstawowych wyłączeń odpowiedzialności z polisy D&O. Dodajmy, że nasz polski ustawodawca przynajmniej w jednym przypadku obarcza zarządzającego odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka (art. 484 k.s.h)⁴¹, gdzie dołożenie nawet najwyższej dbałości nie uchroni zarządzającego przed odpo-

³⁹ P. K. Schulz, *Zwangs-Selbstbehalt für Vorstände verfehlt Zweck*, *Versicherungswirtschaft*, z.18, s. 1410–1415.

⁴⁰ Dyskusja ta toczy się na łamach *Versicherungswirtschaft*, *Versicherungsrecht* z VVW Karlsruhe i innych czasopism ubezpieczeniowych. Stan dyskusji oraz bardzo solidna bibliografia patrz praca magisterska: *Die D&O-Selbstbehalt – Versicherung für AG-Vorstände*, Schnügel Nikolas 2011 Universität Hamburg dostępne na stronie: http://nicolas.schuengel.net/recht/Schuengel_DO-Selbstbehalt-Versicherung.pdf

⁴¹ Art. 484 k.s.h.: „W przypadku, gdy bezpośrednio lub za pośrednictwem osób trzecich doszło do wydania akcji, obligacji lub innych tytułów uczestnictwa w zyskach albo podziale majątku, zaś w ogłoszeniach lub zapisach zamieszczono fałszywe dane lub w inny sposób dane te rozpo-

wiedzialnością. W tej sytuacji powstaje pytanie, czy tego rodzaju obowiązkowy i bardzo dotkliwy udział własny w szkodzie jest w stanie cokolwiek zmienić w poziomie staranności, jaką wykazywać będą zarządzający? Generalnie odmawia się powyższej regulacji innych skutków poza sprowokowaniem ewentualnych reakcji obronnych, w postaci nagminnego i kosztownego zlecenia dodatkowych opinii rzeczoznawców, ekspertów i doradców przed podjęciem jakiegokolwiek decyzji⁴².

Równie ważnym problemem jest konstytucyjność tego przepisu. Już samo ograniczenie zakresu podmiotowego do zarządów spółek akcyjnych jest dyskryminujące w stosunku do innych osób prawnych (nie wspominając o członkach innych organów spółki akcyjnej). W szczególności członkowie zarządów spółek z ograniczoną odpowiedzialnością mogą się cieszyć pełnym pokryciem ubezpieczeniowym, mimo iż nieraz zarządzają dużo większymi aktywami⁴³.

Istotne jest również pytanie o zastosowanie nowej normy prawa do podmiotów pomocniczo stosujących przepisy dotyczące spółek akcyjnych, np. spółek komandytowo-akcyjnych, towarzystw ubezpieczeń wzajemnych czy spółki europejskiej (*societas europaeae*)⁴⁴. Spółka europejska wprawdzie nie jest samodzielną formą osoby prawnej, zaś przepisy dotyczące spółki akcyjnej stosuje się do niej w części nieuregulowanej, jest jednak coraz popularniejsza⁴⁵ (taką formę ma 30 przedsiębiorstw notowanych na DAX⁴⁶), wykazuje też coraz większą odrębność⁴⁷. Niepewność prawa dotyczy też ubezpieczeń D&O zawieranych w ramach holdingów spółek o zróżnicowanej formie prawnej. Niekonstytucyjność zarzuca się nowej regulacji również w kontekście innych ubezpieczeń odpowiedzialności zawodowej, jak lekarze czy adwokaci⁴⁸.

2. Wpływ udziału własnego na problematykę koluzyjną

Poza głównym nurtem przedstawionych sporów pozostaje problematyka koluzyjna i wpływ obowiązkowego udziału własnego na to zjawisko. Od dłuższego już czasu za bezsporny uznawano pogląd, że mechanizm udziałów własnych przeciwdziała koluzji i to zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Europie⁴⁹. Praktyka ubezpieczeń D&O w USA zakłada w przypadku roszczeń wewnętrz-

wszeczniono albo, podając dane o stanie majątkowym spółki, zatajono okoliczności, które powinny być ujawnione zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”(..).

⁴² A. Kerst, *D&O Selbstbehalt; Klare Antworten auf bohrende Fragen*, Versicherungswirtschaft, 2010, z. 2, s. 102–106.

⁴³ *Versicherungswirtschaft, Goldene Zeiten für D&O*, notka redakcyjna, 2010, z. 3, s. 162.

⁴⁴ Organizację i funkcjonowanie spółki europejskiej normują następujące akty prawne: rozporządzenie Rady WE nr 2157/2001 z 8 października 2001 r. w sprawie statutu spółki europejskiej (Dz. Urz. WE L 294 z 10.11.2001) oraz ustawa z 4 marca 2005 r. o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej (Dz. U. Nr 62, poz. 550).

⁴⁵ N. Schnügel, op. cit., s. 10 i n.

⁴⁶ DAX – najważniejszy niemiecki indeks akcji.

⁴⁷ K. Niedzielska, *Europejska spółka akcyjna*, C.H. Beck, wyd. I, Warszawa 2005, s. 24: „Europejska spółka nie powstaje jako nowa forma prawna, lecz jedynie jest przekształceniem istniejących już spółek akcyjnych prawa narodowego”.

⁴⁸ P. K. Schulz, op. cit., s. 1412.

⁴⁹ Pozycje cytowane wyżej jako H. Ihlas, K. Stute, op. cit., s. 22 oraz J. Schilling, op. cit., s. 266.

nych zwyczajowy udział własny w wysokości 50 tys. USD⁵⁰. Konieczność pokrycia udziału własnego z osobistego majątku zarządzającego, mimo posiadania ubezpieczenia D&O, przede wszystkim ma za zadanie nie dopuszczać do „ryzyka nadużyć”⁵¹, zwanego też „hazardem moralnym” (*ang. moral hazard*), tj. obniżonej ostrożności w zarządzaniu. Winno to w efekcie doprowadzić do ściślejszego związania losu przedsiębiorstwa z losem zarządzających i traktowaniem każdej szkody jak własnej (we własnym majątku). Zaś w sytuacji złożenia roszczenia wobec zarządzającego ma spowodować, że ten będzie faktycznie zainteresowany obroną zasadności podejmowanych decyzji, przeprowadzeniem ekskulpacji bądź – w przypadku uznania odpowiedzialności na zasadzie ryzyka – egzoneracji. Niebezpieczeństwo pokrycia części szkody z własnego majątku bez wątplenia wpływa mobilizująco na sprawcę.

3. Uwagi na tle wdrożenia ustawy niemieckiej

Ustawa obowiązująca w Niemczech od sierpnia 2009 r. wyznaczyła roczny termin na dostosowanie umów ubezpieczenia D&O do nowych wymogów prawnych (do 1 lipca 2010 r.). Nowo zawierane umowy ubezpieczenia przewidują obowiązkowy udział własny w wysokości 10% szkody, nie więcej jednak niż półtoraroczne stałe przychody ubezpieczonego menedżera. Ten drugi wskaźnik ma sprawiać, że finanse ubezpieczonego nie ulegną jednak całkowitej ruinie. Bacznie przyglądający się toczonej przez prawników dyskusji ubezpieczyciele D&O zaproponowali w swoich produktach dwa alternatywne rozwiązania konstrukcyjne. Firma Allianz A.G. promuje konstrukcję opartą na regresie ubezpieczyciela do ubezpieczonego członka zarządu w wysokości jego udziału własnego. Oznacza to, że w przypadku zaistnienia szkody ubezpieczona osoba prawna otrzyma całe należne odszkodowanie od ubezpieczyciela, ten zaś zwróci się ze zwrotnym roszczeniem do menedżera. Rozwiązanie klasyczne polega zaś na zwykłym potrąceniu z wyliczonego odszkodowania udziału własnego⁵³.

Najbardziej ożywioną dyskusję wywołał jednak problem ubezpieczalności obowiązkowego udziału własnego członków zarządu spółki akcyjnej. Co do zasady – po to ustawodawca wprowadził ustawowy udział własny, aby nie było możliwe objęcie go ubezpieczeniem. Cel ustawy zdaje się być aż nadto jasny. Z drugiej strony odpowiedzialność zarządzającego objęta jest też innymi ubezpieczeniami, jak np. ubezpieczenie OC działalności spółki, OC produktu czy ubezpieczenie kosztów ochrony prawnej członków zarządu. Większość dyskutantów stoi na stanowisku, że ustawowego nakazu nie można interpretować rozszerzająco. Możliwe jest według nich nie tylko zawieranie bez udziałów

⁵⁰ J. Schilling, op. cit., s. 30.

⁵¹ A. C. Williams Jr., M. L. Smith, P. C. Young, *Zarządzanie ryzykiem a ubezpieczenia*, PWN, Warszawa 2002. .

⁵² B. U. Wigger, *Grundzüge der Finanzwissenschaft*, ed. II, Springer 2005, s. 78; P. Egeler, *Asymmetrische Information I: Das Moral Hazard Problem Akademische Schriftenreihe*, GRIN Verlag 2007, s. 28.

⁵³ *Versicherungswirtschaft, D&O Markt...*, s.107.

własnych innych ubezpieczeń, ale również zawarcie ubezpieczenia D&O obejmującego wyłącznie udział własny członka zarządu spółki akcyjnej. Ubezpieczenia takie może on zawrzeć jedynie indywidualnie i na własny koszt⁵⁴.

4. Możliwość „niemieckiej drogi” do obowiązkowego udziału własnego w ubezpieczeniu D&O w Polsce

Wprowadzenie obowiązkowego udziału własnego w celu poprawy poziomu zarządzania oraz jako zabezpieczenia przed działaniami koluzyjnymi naszych krajowych zarządzających może być rozpatrywane jako postulat *de lege ferenda*. Tylko po jego wdrożeniu aktualne staną się wywody dotyczące zarówno działania mechanizmu udziału własnego, jak i kwestii dopuszczalności jego dodatkowego ubezpieczenia. Na rzecz wprowadzenia regulacji analogicznej do niemieckiej, oprócz nadrzędnego celu, jakim jest wyższy standard zarządzania, można podać również podnoszone po okresie kryzysowym przez przedstawicieli zakładów ubezpieczeń następujące argumenty⁵⁵:

- Na rynku ze względu na zjawiska kryzysowe zaobserwować można problemy z uzyskaniem pokrycia ubezpieczeniowego, udział własny ułatwiłby jego pozyskanie.
- Podaje się, że wyższe są również jego ceny w porównaniu do poprzednich okresów, udział własny spowoduje znaczące ich obniżenie i popularyzację ubezpieczeń D&O.
- Ciągłe nie do końca rozstrzygnięte problemy podatkowe wpływają na decyzje zarządzających, co również sprowadza się do kwestii ceny ubezpieczenia.
- Występuje konieczność pozyskiwania coraz wyższych sum gwarancyjnych z uwagi na rosnący rozmiar działalności. W sytuacji ograniczonego budżetu należy raczej doradzić wysokie sumy gwarancyjne kosztem udziałów własnych.
- Występują trudności w pozyskaniu taniego pokrycia asekuracyjnego. Udział własny ułatwiłby zarówno samą reasekurację, jak i obniżył jej cenę.
- Jako ostatni można podać argument o minimalizacji ryzyka koluzji, co powinno również zachęcić ubezpieczycieli do zawierania ubezpieczeń D&O.

Wprowadzenie mechanizmu udziału własnego nastąpiło w Niemczech w akcie prawnym zmieniającym ustawę Prawo o spółkach akcyjnych (*Aktienge-*

⁵⁴ P. K. Schulz, op. cit., s. 1412.

⁵⁵ Zjawiska te potwierdzają Marek Baran, rzecznik prasowy Allianz Polska i Leszek Niedałtowski, wiceprezes zarządu STBU – Gazeta Ubezpieczeniowa z 9 marca 2009 r.; *Rynek ubezpieczeń: będą wyższe stawki za polisy D&O*, Gazeta Ubezpieczeniowa z 15 września 2009 r.; Aon: *wzrost stawek w D&O*, „Według kwartalnego indeksu cen polis D&O (odpowiedzialności kadry kierowniczej) prowadzonego przez Aon, amerykańskie instytucje finansowe doświadczyły w II kw. br. podwyższenia składek średnio o 15%”. Rynek ubezpieczeń D&O w Polsce, 28.09.2009 r. na stronie Ubezpieczenia.com.pl. „Zmniejszyły się także dostępne pojemności, a cena kapitału wzrosła. Może się to przełożyć na zwyczaj cen w najbliższym czasie – już można to zaobserwować w odniesieniu do ubezpieczeń D&O instytucji finansowych”. Rozmowa z Pawłem Boguckim i Marcinem Gajkowskim z Departamentu Ubezpieczeń Odpowiedzialności Cywilnej w HDI-Gerling Polska TU.

setz). Analogicznym aktem prawnym jest nasz kodeks spółek handlowych⁵⁶. Należy tu jednak zaznaczyć, że nasze rozwiązania kodeksowe nie zawierają żadnej regulacji w dziedzinie ubezpieczenia odpowiedzialności zarządzających. Tematyka ta napotyka również szereg problemów w relacji z tak fundamentalnym aktem prawnym, jakim jest kodeks cywilny (np. praktyka stosowania *claims made* czy „pokrycia retroaktywnego”). Oceniając całokształt regulacji ubezpieczeniowej i zarządczej w naszym prawie należy stwierdzić, że konieczna jest kompleksowa reforma fundamentów naszego prawa ubezpieczeń oraz prawa handlowego. Postulat uregulowania samej tylko kwestii obowiązkowego udziału własnego nie ma większego sensu.

Jako możliwe i realne należy uznać wprowadzenie obowiązkowego udziału własnego w postaci tzw. miękkiego prawa. W tym celu należałoby wykorzystać zbiór dobrych praktyk zarządczych spółek publicznych (tzw. *Corporate Governance Codex*)⁵⁷. Polski zbiór zasad ładu korporacyjnego nie zawiera wzmianki na temat ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zarządzających, tak więc i tu konieczne jest szersze unormowanie tej materii (zalecające stosowanie ubezpieczeń D&O, określające ich minimalny zakres, przy tym również kwestie udziału własnego). Można by to uznać za „niemiecką drogę” do obowiązkowego udziału własnego. Podobnie bowiem, jak to nastąpiło w prawie niemieckim, zapis taki najpierw obowiązywałby jedynie na zasadzie *comply or explain*, czyli „zastosuj albo wyjaśnij, dlaczego nie stosujesz”. Dopiero zaś po jakimś czasie stałby się on częścią kompleksowego dostosowania naszego prawa do nowoczesnych i skomplikowanych produktów ubezpieczeniowych, wśród których na czoło wysuwa się ubezpieczenie D&O.

IV. Podsumowanie

Umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej przeżywa w naszym kraju problemy będące pochodną zmian ustrojowych i gospodarczych początku lat dziewięćdziesiątych. Konstrukcja samej odpowiedzialności cywilnej zdobywa dopiero miejsce w naszej świadomości, co w krajach zachodnich nastąpiło już wiele lat temu. Również firmy ubezpieczeniowe uczą się brać to ryzyko pod ochronę. Rozszerzona analiza relacji pomiędzy sprawcą deliktu, poszkodowanym i firmą ubezpieczeniową wskazuje na możliwość działań łamiących zasady uczciwości obrotu i naruszających interes ubezpieczyciela. Ustalenie zasad prawnych (ustawowych czy umownych) dotyczących ich wzajemnych relacji ma jednak dużo większe znaczenie niż jedynie oszczędności ubezpieczycieli. Pewność ochrony i uczciwość obrotu służy również samym ubezpieczonym. Ponadto popularyzuje ubezpieczenia, wśród których na czoło wybijają się produkty tak ważne dla gospodarki jak ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej zarządzających (D&O). Ubezpieczenie wyjątkowo trudne, ale też i wyjątkowo ważne, biorąc pod uwagę konieczność zachowania dobrej kondycji krajowych przedsiębiorstw i bezpieczeństwo finansowe obywateli. ■

⁵⁶ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz. U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.).

⁵⁷ Załącznik do uchwały nr 17/1249/2010 Rady Giełdy z 19 maja 2010 r.

Collusion in D&O – a Phantom or Unpleasant Reality?

Directors' and Officers' Liability Insurance is one of the most important and at the same time most difficult products offered by insurers. It is characterized by susceptibility to collusion, i.e. the agreement between the perpetrator of the wrongful act (the director or the officer) with the victim (the managed legal person) due to the contractual relationship. Taking this danger into account for the sake of better management there are numerous mechanisms being introduced in many countries to protect insurers. The aim of this article is to present these solutions. They include so-called contractual clauses, such as the clause of termination of contract of employment, the clause of the necessary litigation as well as the clause prohibiting contacts and providing information beyond legal obligation. However, the most effective measure to raise the management quality as well as counteract collusion is the imposition of compulsory deductible to be borne by the directors. Such a mechanism has been introduced in Germany. This solution has been deeply criticized as far as its function to improve management is concerned. However, nobody denies its positive role in preventing collusion phenomena. The multitude of problems on the Polish D&O liability insurance market allows to formulate conclusions referring to future legislation. What is more, the place and method of possible regulation could be modelled upon the German way to compulsory deductible in D&O.