Colin CROLY* i Yvonne JEFFERIES**
uz učešće: David GREENWALD (SAD)*** i Reinhard DALLMAYR (Nemačka)****

Pitanja u vezi sa „istovetnošću isplata" u reosiguranju prema engleskom pravu, uz komparativni pregled pravnih sistema Nemačke i SAD

UDK 368.029.000.34(430)
Dostavljen: 18. 10. 2011.
Prihvaćen: 11. 11. 2011.
Naučna polemika

Apstrakt

„Istovetnost isplata" je za tržišta reosiguranja bitan princip. S obzirom na to da se u najrazvijenijim državama ovo pravilo dugo razvijalo, baveći se njegovim ključnim aspektima, ovaj članak predstavlja pokušaj analize razvoja i razlika u pravima Engleske, Nemačke i SAD. Analiza ukazuje na razlike i sličnosti između navedenih pravnih sistema, kao i na to da postoje oblasti koje nisu ispravno rešene, posebno u vezi sa distribucijom reosiguranih šteta na pratećeg reosiguravača.

Ključne reči: reosiguranje, istovetnost isplata, ex gratia, poklapanje pokrića, saradnja i kontrola šteta, inspekcija, distribucija

1. UVOD

Za reosiguranika je od najveće važnosti da ostvari neometanu naplatu odštetnih zahteva. Reosiguranik želi da zna da ako isplati odštetni zahtev, da će njegovi reosiguravači platiti svoje udele u njemu bez proveravanja njegove procene obaveze na isplatu nadoknade, odnosno da će prihvatiti njegove isplate, čak i u vezi sa *ex gratia* isplatama. Ovo je posebno slučaj kod situacija sa „fronting" poslovima gde reosiguranik zadržava samo mali procenat rizika. Reosiguravač, sa svoje strane, ne želi da plati više nego što je njegov ugovoreni deo, a posebno kod fronting ugovora će želeti da kontroliše procenu i likvidaciju odštetnih zahteva putem klauzule o kontroli odštetnih zahteva. Često će se reosiguranik saglasiti samo sa klauzulom o kontroli odštetnih zahteva koja ovlašćuje reosiguravača da se uključi u proces procene i likvidacije šteta koje, po mišljenju reosiguravača, nisu „čiste".

Ovo pitanje je često predmet spora u brojnim pravnim sistemima. U ovom članku, mi ćemo istražiti stavove sudova u Engleskoj i uporediti ih na adekvatan način, u pogledu određenih ključnih pitanja, sa sudskom praksom u SAD i Nemačkoj. S druge strane, za razliku od Engleske i SAD, u Nemačkoj postoji veoma malo sudskih odluka o reosiguranju.

2. STAV U VEZI SA SITUACIJOM KADA NEMA KLAUZULE O ISTOVETNOSTI ISPLATA: DA LI SE MOŽE SMATRATI DA JE OBAVEZA PREĆUTNA? TUMAČENJE KLAUZULE O INDIVIDUALNOJ ISTOVETNOSTI ISPLATA

U kontekstu reosiguranja, prema engleskom pravu, ne postoji pretpostavka ili primena prećutnog pravila da reosiguravač prihvata isplate svog reosiguranika. Ovo je u suprotnosti sa stavom u SAD i Nemačkoj gde nije jasno da li takva klauzula može da ima prećutni efekat ili ne.

Još davne 1922. godine, engleski sud je zauzeo stav da je „potpuno jasno (uz uslov da nema drugih suprotnih odredbi u ugovoru o reosiguranju) da reosiguranik, radi nadoknade od svojih reosiguravača onoga što je platio, mora da dokaže štetu na isti način kao što i osiguranik mora da njemu pruži dokaze, pri čemu reo-

* Predsednik AIDA Europe, Predsednik Radne grupe za reosiguranje AIDA, arbitar, e-mail: colincroly@btinternet.com.
** Byrne and Partners LLP, London, e-amil: Yvonne.Jefferies@byrneandpartners.com.
*** Jenner & Block LLP, Chicago – kopredsednik Reinsurance Practice Group, član Radne grupe za reosiguranje AIDA, e-mail: DGreenwald@jenner.com.
**** Bach, Langheid & Dallmayr, Munich – član Radne grupe za reosiguranje AIDA, e-mail: dallmayr@bld.de.

siguravači imaju pravo da koriste sve prigovore koje je reosiguranik mogao da stavi osiguraniku."[1]

Ovaj princip je Dom lordova ponovo potvrdio 1996. godine:

„Postoje samo dva pravila koja su očigledna. Prvo, da reosiguravač ne može da bude obavezan na isplatu, izuzev ako šteta ne ispunjava uslove polise osiguranja i pokrića iz zaključenog reosiguranja. Drugo, da su ugovorne strane slobodne da ugovore načine dokazivanja da li su ti uslovi ispunjeni. Pored navedenog, svi problemi potiču od onih učesnika sa tržišta koji žele da postignu prihvatljivu ravnotežu između konfliktnih zahteva prakse i da tu ravnotežu postignu rečima."[2]

Tako prema engleskom pravu postoji potreba da se koristi određena klauzula o istovetnosti isplata[3] kako bi se reosiguravač obavezao da izvrši isplatu u skladu sa isplatama njegovog reosiguranika. Tendencija je da, čak i onda, sudovi takve klauzule tumače relativno usko i u skladu sa opštim pravilima o tumačenju ugovora.[4]

Kako je već prethodno rečeno, u Nemačkoj nema sudskih odluka u vezi sa značenjem bilo istovetnosti isplata, bilo istovetnosti sudbina.[5] U stvari, većina ugovora o reosiguranju na koje se primenjuje nemačko pravo sadrži klauzulu o istovetnosti isplata. Sudska praksa je neodlučna po pitanju da li će se primena tog principa prećutno primenjivati iako se smatra da je prevlađujuće mišljenje u korist prećutne primene ove klauzule.[6] Razlog za automatsku primenu je taj da je ovaj koncept ukorenjen u običajima i praksi reosiguranja ili, čak u običajnom pravu. Argument kojim se ovo dokazuje zasniva se na trgovačkim zakonicima.[7]

Iako se smatra da se radi o različitim doktrinama, sudovi u SAD često koriste pojmove „istovetnost isplata" i „istovetnost sudbina" dajući im isto značenje.[8] Postoji određen broj precedenata u SAD u kojima doktrina istovetnosti isplata prećutno postoji čak i kada o tome nema izričite odredbe u ugovoru o reosiguranju.[9] U tim slučajevima, sudovi su se prema ovom pitanju odnosili kao prema faktičkoj okolnosti, te su koristili svedočenja stručnjaka iz industrije o tome da je teorija istovetnosti isplata, na osnovu običaja i prakse, bitna i inherentna odnosu reosiguranja. Drugi sudovi su odbijali da prihvate obaveze po principu istovetnosti isplata u odsustvu izričite stilizacije.[10] Čuveni pravni komentator suprotstavio se ovom stavu zbog toga što su precedenti, u kojima se pozivalo na ovu doktrinu, to činili na osnovu pogrešnog tumačenja prethodnih precedenata i komentara, te je smatrao da su „najbolja moderna pravna teorija, razvoj sudske prakse o ovoj temi… kao i opšta pravila o teretnim ugovorima jedinstveni u potvrdi da, ako nema izričite odredbe u tom smislu, nema opšte i prećutne obaveze da se slede isplate."[11]

U engleskom pravu, ako nema klauzule o istovetnosti isplata, reosiguranik mora da dokaže da je on imao obavezu na nadoknadu po polisi osiguranja, kako u smislu postojanja zakonske obaveze na isplati, tako i u pogledu njenog iznosa. Sudska presuda ili obavezujuća arbitražna odluka predstavljali bi najočigledniji dokaz o tome. Tako je engleski sud zauzeo stav da se radi o prećutnoj odredbi ugovora o reosiguranju u vezi sa pretpostavkom da su strane iz ugovora o reosiguranju želele da ih obavezuje strana presuda.[12] Reosiguravač koji želi da ospori presudu protiv reosiguranika morao bi da sud

[1] *In Re London County Commercial Reinsurance Office Limited (1922) 2 CH 67* (na str. 80).

[2] *Hill v Mercantile (1996) Ll L Rep 341.*

[3] Klauzule „istovetnost sudbina", kao i klauzule koje koriste izraze „istovetnost sudbina" su retke u praksi engleskog tržišta, te su zato malo razmatrane u radu engleskih sudova. Nemačko pravo reosiguranja razlikuje „istovetnost isplata" od „istovetnosti sudbina." Razlika se sastoji u tome što prema principu istovetnosti sudubina „osiguravajuću sudbinu" osiguravača snosi i deli reosiguravač, ali ne i osiguravačevu „komercijalnu sudbinu."

[4] Ukratko, engleski pristup je da rečima treba dati njihovo uobičajeno značenje, osim ako date okolnosti ne nalažu nešto drugo. Klauzule se tumače u kontekstu dokumenta u celini i pozivom na faktičku matricu koja obuhvata komercijalnu svrhu ugovora i činjenice koje su bile poznate obema ugovornim stranama u trenutku zaključenja ugovora (*Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society [1997] UKHL 28; [1998] 1 All ER 98*). Klauzule o istovetnosti isplata, u tom pogledu, nisu izuzetak.

[5] Verovatni razlog za ovo je to što je većina sporova iz odnosa reosiguranja u Nemačkoj do danas rešavana mirnim putem ili u poverljivom arbitražnom postupku.

[6] Gerathewohl, *Rückversicherung*, glave 7, 2.5.2.3; Schwepcke, *Rückversicherung in Münchener Kommentar VVG*, str. 28.

[7] Nemački *HGB,* čl. 346 – „Prilikom utvrđivanja značaja i posledica radnji i propusta, trgovci će uzimati u obzir običaje i trgovačku praksu."

[8] *Employers Reins. Co. v. Mass. Mutual Life Ins. Co. ("Mass Mutual"),* 654 F.3d 782, 790 n.3 (8th Cir. 2011). Radi se o precedentu iz SAD u kojem se razmatra „istovetnost sudbina", te ga zato treba imati u vidu prilikom analize primene doktrine „istovetnosti isplata" na ugovor o reosiguranju.

[9] *Trenwick, 764 F.Supp.2d at 296; Aetna Cas. & Sur. Co. v. Home Ins. Co., 882 F.Supp. 1328 (S.D.N.Y. 1995); International Surplus Lines Ins. Co. v. Certain Underwriters at Lloyd's of London, 868 F.Supp. 917 (S.D. Ohio 1994).*

[10] *North River Ins. Co. v. Employers Reins. Corp., 197 F.Supp.2d 972, 984–86 (S.D. Ohio 2002).*

[11] *Graydon S. Staring and Christopher P. Staring*, Law of Reinsurance, § 18:2 (Thomson Reuters 2011).

[12] *Commercial Union Assurance Co plc v NRG Victory Reinsurance Limited [1998] 2 AER434*, u kojem je Apelacioni sud odbio argument da strana presuda nije ništa drugo do „dokaz" postojanja obaveze reosiguranika.

uveri ili da je reosiguranik propustio da se ispravno brani od tužbe ili da je presuda neosnovana.[13]

Ako reosiguranik nema presudu ili arbitražnu odluku da bi mogao da dokaže obavezu da je odštetni zahtev isplaćen, reosiguranik i dalje mora da dokaže postojanje njegove obaveze prema osiguraniku. Kao što se pokazalo u sporu *Commercial Union Assurance Company Plc & Ors v. NRG Victory Reinsurance Ltd,*[14] ovo može biti teško. U navedenom sporu reosiguranik je isplatio odštetni zahtev po prijavi advokata iz Teksasa da bi, iako su troškovi raščišćavanja zbog zagađenja bili verovatno isključeni iz pokrića, reosiguranik verovatno izgubio spor zbog toga što je o obavezi trebalo da odlučuje sudija koji nije bio specijalizovan za osiguranje i koji bi usmeravao porotu u Teksasu, koja je dobro poznata kao često nemilosrdna prema osiguravačima. Sud je zauzeo stav da odredba o istovetnosti isplata zahteva od reosiguranika da dokaže da je on stvarno imao zakonsku obavezu po polisi osiguranja, jer nije bilo dovoljno, na primer u ovom slučaju, da se dostavi službena potvrda od advokata iz Teksasa koja sadrži tvrdnju da postoji velika verovatnoća da bi osiguravači izgubili parnicu.[15]

Zato je u engleskom pravu zaključak da, ako nema klauzule o istovetnosti isplata, reosiguranik ima obavezu da dokaže svoju štetu, te prihvatanje da se izvrši povoljna isplata neće biti dovoljan dokaz čak i ako bi isplata značila smanjenje konačne obaveze reosiguranika i reosiguravača. Pored navedenog, ovaj spor naglašava čestu i ozbiljnu prepreku za reosiguranika. Da se reosiguranik upustio u parnicu i izgubio, on bi možda bio u boljoj poziciji da iz reosiguranja nadoknadi isplate koje je imao. S druge strane, to reosiguranika izlaže većoj šteti u poslovima osiguranja, umesto da je iskoristio mogućnost da štetu reši uz značajno umanjenje. Pored toga, čak i da se reosiguranik odlučio da se upusti u parnicu uz očekivanje nadoknade iz reosiguranja, to ne bi bila garancija da reosiguravači ne bi osporavali postojanje obaveze po polisi osiguranja, na primer, tvrdnjom da je presuda suda u sporu iz odnosa osiguranja bila očigledno neosnovana.

3. OBIM U KOJEM JE MOGUĆE OGRANIČITI PRAVO REOSIGURAVAČA DA OSPORAVA ISPLATE. DOMET EX GRATIA I OSTALIH ISKLJUČENJA IZ KLAUZULE. MOGUĆNOST STAVLJANJA PRIGOVORA DA ISPLATA NIJE IZVRŠENA KOREKTNO, RAZUMNO I NA POSLOVAN NAČIN

Opšteprihvaćeni princip istovetnosti isplata u engleskom, američkom i nemačkom pravu je da reosiguravač može da tvrdi da odštetni zahtev koji je isplaćen ne spada u predmet reosiguravajućeg pokrića i tako ga ospori.

Stariji oblici klauzula o istovetnosti isplata u engleskim ugovorima imali su odredbu „platiti što bude trebalo da se plati" ili „platiti sve što se eventualno pojavi za isplatu i slediti njihove isplate." Sve do spora *Insurance Company of Africa v SCOR (UK.) Reinsurance Company Ltd*[16] (dalje u tekstu: *Scor*), međutim, postojala je velika doza neizvesnosti u vezi sa prirodom i dejstvom takvih odredbi.

U pomenutom sporu, ugovor o reosiguranju je sadržao klauzulu o istovetnosti isplata u obliku „klauzule o potpunom reosiguranju" londonskog tržišta, koja je glasila:

„Za ovo reosiguranje primenjuju se isti... limiti i uslovi kao i uz prihvatanje isplata *The Insurance Company of Africa*..."

Sud je odlučio da je klauzula o istovetnosti isplata značila da su se reosiguravači saglasili da obeštete osiguravače u slučaju da osiguravači isplate odštetni zahtev pod uslovom da isplaćena nadoknada spada u rizike koji su pokriveni ugovorom o reosiguranju na osnovu zakona, te da su prilikom isplate štete osiguravači postupali korektno i preduzeli sve ispravne i poslovne radnje u njenom plaćanju („dva uslova.") Pretpostavka je bila da reosiguravači imaju pravo da se oslone na korektnost i profesionalnost osiguravača, te da i u slučaju da se osiguranikov odštetni zahtev kasnije pokaže da je bio lažan, reosiguravač mora prihvatiti isplate reosiguranika koji se ponašao korektno i na poslovan način.

Od tada se smatra da se mora praviti razlikovanje između obaveze da se dokazuje da šteta spada u pokriće koje je pružala polisa osiguranja i da su *osiguravači priznali štetu*, kao takvu. U prvom slučaju treba istražiti šta se u stvari desilo, dok u drugom slučaju treba utvrditi kako su osiguravači priznali / kategorisali odštetni zahtev.[17] Prema ugovorenim odredbama *Scor*a, naglasak je na drugom slučaju, zbog čega reosiguranik *ne mora*

[13] U sporu *The Commercial Union* (isto), iako nije dat predlog da se zauzme stav o ovom pitanju, Apelacioni sud nije smatrao da je sud sastavljen od neiskusnog sudije i porote poznate po pristrasnosti protiv društava za osiguranje bude dovoljan.

[14] *Isto*.

[15] Apelacioni sud je smatrao da ovaj dokument koji sadrži samo „predviđanja" koja „se nisu bavila pitanjem da li je dostavljeni dokaz bio dovoljan za postojanje zakonske obaveze po ugovorima o osiguranju" čak i ako reosiguravači nisu osporili njegove zaključke.

[16] *[1985] 1 Lloyd's Rep 312.*

[17] *Assicurazioni Generali v CGU International Insurance plc [2004] EWCA Civ 429; Equitas Limited v R&Q Reinsurance Company Limited [2009] EWHC 2787.*

da dokazuje da je šteta stvarno spadala u neki od rizika pokrivenih ugovorom o osiguranju. Reosiguravač tada ne može ponovo otvoriti pitanje svrstavanja štete od strane reosiguranika sve dok je on to činio *bona fide* i na poslovan način, čak i ako je reosiguranikovo svrstavanje bilo pogrešno.

Treba imati u vidu da je ovakvo rešenje primenljivo samo tamo gde je klauzula o istovetnosti isplata jasna kao *Scor*ova. Kada klauzula sadrži odredbu „pod uslovom da štete ispunjavaju limite i uslove polise osiguranja i ovog reosiguranja", reosiguravač ima pravo da ponovo otvori pitanje svrstavanja štete reosiguranika.[18]

Scor je predstavljao graničan slučaj podrške suda u korist reosiguranikovog pokušaja da reosiguravači, bez pitanja, prihvate isplate. Kasniji pokušaji da se teret dokazivanja na reosiguraniku učini još lakšim, nisu bili najuspešniji.

3.1. „...Obavezan ili nije obavezan..."

U sporu *Charman v Guardian Royal Exchange*[19] sud je zauzeo stav da reči obavezan ili nije obavezan, pod kojima se misli na isplatu štete, ne daju za pravo reosiguraniku da se oslobodi od dužnosti da svoje obaveze isplati na poslovan način na osnovu toga da, ako reosiguranik pokuša da od reosiguravača zahteva nadoknadu štete znajući da obaveza nije ni postojala, za isplatu se ne bi moglo smatrati da je učinjena u dobroj veri, a ponajmanje na poslovan način.[20]

3.2. „Isplate putem poravnanja, *ex gratia* ili na drugi način bezuslovno su obavezujuće u svim aspektima."

Gore navedena formulacija upotrebljena je u sporu *Hiscox v Outhwaite (no 3)*.[21] Čak i sa formulacijom takve vrste, odlučeno je da reosiguravač uvek ima pravo da pokrene pitanja u vezi sa predmetom ugovora o reosiguranju i, u slučajevima gde su rizici koegzistivni sa onima iz osiguranja, reosiguranik ne gubi pravo da pokreće takva pitanja čak i kada postoji klauzula o istovetnosti isplata, jer je ona jedina sigurna zaštita na koju reosiguravač može da se poziva kada od njega reosiguranik bude zahtevao da mu budu nadoknađene isplate koje on po zakonu nije dugovao svom osiguraniku. Reosiguravač uvek ima slobodu u ugovoru o reosiguranju da se osloni na klauzulu o kasnoj prijavi šteta čak i kada postoji klauzula o istovetnosti isplata.

3.3. „...da bez pitanja prihvati isplate reosiguranika..."

U ovom primeru[22] odlučeno je da reči „bez pitanja" nisu imale dejstvo ograničavanja primene druge odredbe *Scor*a (isplata bona fide i na poslovan način – *prim. autora*), pod uslovom da one ne uklanjaju obavezu reosiguranika da postupa korektno i preduzima sve razumne i adekvatne mere prilikom isplate štete.

Uprkos upotrebi prilično jasnih formulacija, iz prethodnih izlaganja se vidi da u engleskom pravu nisu bili uspešni pokušaji da se sačini odredba o istovetnosti isplata tako da reosiguravač ne može da osporava isplate reosiguranika. Ostaje da se vidi da li bi se izričitim navođenjem ove namere u obliku klauzule o odricanju mogao postići željeni rezultat. Drugim rečima, klauzula sadrži reči kao što su „reosiguravači se neopozivo odriču prava da osporavaju isplate reosiguranika..." S druge strane, ovakva odredba bi mogla biti komercijalno neprihvatljiva.

U SAD doktrina o istovetnosti isplata razmatrana je na različite načine, pri čemu se ona može sumirati na sledeći način: Doktrina zahteva od reosiguravača da prihvati odluke reosiguranika donete u dobroj veri u vezi sa uslovima osiguranja i odštetnim zahtevima njegovog osiguranika.[23] Reosiguravač ne može da osporava isplate reosiguranika, izuzev ako su one bile lažne, učinjene u dosluhu ili na neki drugi način bile učinjene kršenjem principa dobre vere[24], ili ako su isplate očigledno izvan pokrića iz polise osiguranja[25], ili ako su one u suprotnosti sa određenim limitima i uslovima ugovora o reosiguranju. Reosiguravač ne može da osporava odluku reosiguranika da isplati nadoknadu sve dok ona u razumnoj meri ispunjava uslove polise osiguranja, čak i ako je šteta njome samo „tehnički pokrivena" i pod uslovom da je reosiguranik postupao u dobroj veri.[26]

[18] *Hill v Mercantile and General Reinsurance plc [1996] 3 All ER 865.*

[19] *[1992] 2 Lloyd's Rep 607.*

[20] U ovom sporu sud je takođe potvrdio da je teret dokazivanja bio na reosiguravaču da dokaže da reosiguranik nije izvršio isplatu u dobroj veri ili na poslovan način.

[21] *1991 2 Lloyd's Rep 2524.*

[22] *Assicurazioni Generali SpA v CGU International Insurance Plc and Others [2003] Ll. L. Rep IR 725.*

[23] *North River Ins. Co. v. ACE Amer. Reins. Co.("ACE"), 361 F.3d 134, 139–40 (2d Cir. 2004).*

[24] *Mass. Mutual,* 654 F.3d at 790–91, navodi *Travelers Cas. & Sur. Co. v. Ins. Co. of No. Amer., 609 F.3d 143, 149 (3d Cir. 2010); ACE, 361 F.3d* na str. 139.

[25] *Christiana Gen. Ins. Corp. of NY v. Great Amer. Ins. Co., 979 F.2d 268, 280 (2d Cir. 1992)* (doktrina istovetnosti sudbina štiti okolnosti obaveze reosiguranika od osporavanja reosiguravača, osim ako su obaveze reosiguranika lažne, krše princip dobre vere, ili su isplate očigledno van predmeta pokrića po polisi osiguranja ili iznad limita reosiguravajućeg pokrića).

[26] *Mass. Mutual,* 654 F.3d at 791, navodi *Am. Employers' Ins. Co. v. Swiss Reins. Am. Corp., 413 F.3d 129, 132 (1st Cir. 2005).*

Nemačko pravo takođe nameće obavezu korektnog postupanja i poslovnog ponašanja. Reosiguranik ima pravo da odluči da li i kako će isplatiti odštetni zahtev.[27] Ovo pravo ipak nije neograničeno ili slobodno: reosiguranik je obavezan da primenjuje standarde prudentnog upravljanja poslovanjem. Iako se definisanje ovih obaveza može pokazati teškim, ako ih reosiguranik svesno ili grubom pažnjom prekrši, reosiguravač nema obavezu da prihvati isplatu. Reosiguranik je dužan da prilikom bilo kakvog plaćanja ima u vidu interese reosiguravača. Laka nepažnja ne oslobađa reosiguravača od obaveze na isplatu nadoknade, ali ako postoji gruba nepažnja, onda nema tu obavezu. Dokazivanje da je reosiguranik postupao kao savesno poslovno lice vrši se primenom standarda koji bi reosiguranik imao u vidu u upravljanju svojim poslovanjem, odnosno kao da nema zaključeno reosiguranje.[28]

U nemačkom pravu reosiguravač nema obavezu da prihvati isplate *ex gratia*.[29] U SAD takođe ne postoji obaveza na isplatu reosiguravajuće nadoknade isplata koje su isključivo *ex gratia,* osim ako tako nešto izričito ugovorom o reosiguranju nije bilo predviđeno.[30]

Neki sudovi u SAD takođe su priznali postojanje izuzetka od ove doktrine onda kada cedent propusti da sprovede „razumnu poslovnu istragu" ili postupi u „gruboj nepažnji" ili „nemaru" prilikom rešavanja odštetnog zahteva. Ovo se poklapa sa nemačkim pravom gde gruba nepažnja takođe oslobađa reosiguravača od obaveze na nadoknadu, za razliku od lake nepažnje. Iako u SAD to predstavlja veliki teret u dokazivanju na strani reosiguravača, ovaj izuzetak pruža izvesnu zaštitu za najneprofesionalnije ponašanje prilikom rešavanja šteta, čak i onda kada se ne može govoriti o prevari ili dosluhu.[31]

Kao što je gore navedeno u Nemačkoj i SAD, u engleskom pravu isplata *ex gratia* se ne bi smatrala poslovnim ponašanjem. Isplata *ex gratia* se redovno tretira kao potpuno dobrovoljan akt, do kojeg dolazi onda kada osiguravač nema zakonski osnov da tako postupi. Neke klauzule o istovetnosti isplata teže da obuhvate isplate „*ex gratia*" ili „bez prekluzije"[32], dok ih druge izričito isključuju iz pokrića. Kada su isplate *ex gratia* i bez prekluzije izričito pokrivene, reosiguravač i dalje može da ulaže prigovore na to da li je šteta stvarno pokrivena ugovorom o reosiguranju pozivanjem na prvo pravilo klauzule *Scor*a.[33]

Kada su isplate *ex gratia* i bez prekluzije izričito isključene, posebna pažnja mora se posvetiti utvrđivanju osnova za isplatu po polisi osiguranja i kako je ona definisana. U sporu *Faraday Capital Limited v Copenhagen Reinsurance Company Limited*[34] klauzula o istovetnosti isplata u ugovoru izričito je isključila isplate „bez prekluzije." Ugovor o poravnanju između *Faraday* i osiguranika sadržao je izjavu da su isplate „bez prekluzije u odnosu na… situaciju ugovornih strana". Sud je odlučio u korist reosiguravača, uz odbijanje da prihvati dokaz da je reosiguranik u stvari verovao da ima obavezu da isplati nadoknadu po polisi osiguranja i da istražuje značenje reči u ugovoru o poravnanju, smatrajući da su se ugovorne strane izričito opredelile da iz pokrića isključe isplate „bez prekluzije."

Ovaj spor u engleskom pravu ističe značaj upoznatosti reosiguranika sa uslovima njegovog pasivnog reosiguranja, bez ugrožavanja pokrića upotrebom izraza koji bi ga nenamerno izbacili izvan definicije pokrića. Pažnja se mora posvetiti zakonskom osnovu na kome je zaključeno poravnanje.

4. PRETPOSTAVKA POKLAPANJA POKRIĆA: DA LI TAKO NEŠTO JEDNOOBRAZNO POSTOJI I, AKO NE POSTOJI, U KOJIM OKOLNOSTIMA ĆE TO PRIHVATATI SUDOVI?

Kada se radi o fakultativnim ugovorima o reosiguranju, ugovorne strane uobičajeno očekuju da se reosiguravajuće pokriće poklapa sa uslovima polise osiguranja (naravno, izuzev pitanja kao što su limiti i franšize). Na londonskom tržištu, ovo se često postiže navođenjem da se reosiguranje zaključuje po „istim limitima i uslovima kao i po polisi osiguranja" ili sličnim izrazima, koji imaju dejstvo inkorporacije uslova osiguranja u ugovor o reosiguranju. Rešenje je manje jasno kada nije upotrebljen takav izraz, a formulacije oba ugovora su veoma slične. U tom slučaju engleski sudovi su ustanovili

[27] Gerathewohl, *Isto*, 2.5.2.2.

[28] Schwepcke, *Rückversicherungsrecht*, str. 30.

[29] Schwepcke, *Isto*, str. 31.

[30] *Granite State Ins. Co. v. ACE Amer. Reins. Co., 849 N.Y.S.2d 201, 203–204 (N.Y. App. 2007)* (doktrina o istovetnosti sudbina ne primenjuje se na isplate kao što su *ex gratia,* tj. one koje izvrši ugovorna strana koja je svesna da nema zakonsku obavezu na isplatu, ali isplati nadoknadu da bi izbegla veći trošak, kao što bi to bio slučaj sa isplatom od strane društva za osiguranje radi izbegavanja troška parničenja"); *Michigan Millers Mut. Ins. Co. v. North Amer. Reins. Corp., 452 N.W.2d 841, 843 (Mich. 1990)* (istovetnost sudbina nije primenjena na plaćanja cedenta osiguraniku kada štete nisu premašile franšizu iz polise osiguranja).

[31] *Suter v. General Acc. Ins. Co. of Am. 2006 WL 2000881 (D.N.J. 2006)*, prekinuto u skladu sa zaključenim poravnanjem; *Goldman v. Gen. Acc. Ins. Co. of Am., 2007 WL 2781935 (D.N.J. 2007)*.

[32] Isplata kada osiguravač jednostavno ne priznaje postojanje njegove zakonske obaveze.

[33] *Hiscox v Outhwaite (No.3) [1991] 2 Lloyd's Rep 524.*

[34] *(2006) EWHC 1474 (Comm).*

korisnu pretpostavku da su, najmanje za fakultativna reosiguranja, ugovorne strane želele da značenje i dejstvo istih odredbi u ugovorima o osiguranju i reosiguranju budu isti. U pravu SAD nema takve pretpostavke. Uslovi ugovora o reosiguranju regulišu obim pokrića i tumače se prema opštim pravilima o tumačenju ugovora.[35] Određeni broj sudova u SAD bavio se pitanjem prioriteta u slučajevima u kojim je ugovor o reosiguranju sadržavao klauzulu „istovetnost forme." Često isticano pravilo je da kada u ugovoru o reosiguranju postoji klauzula o istovetnosti forme, pretpostavka da prioritet u primeni između ugovora o reosiguranju i polise osiguranja znači da će se uslovi reosiguranja tumačiti tako da sadrže iste limite, uslove i obim pokrića koji postoje u polisi osiguranja, pod uslovom da nema izričitih suprotnih odredbi.[36] Kada je ugovor o reosiguranju dovoljno jasan, ugovoreni limiti pokrića imaju prioritet u primeni nad klauzulama o istovetnosti forme.[37]

U Nemačkoj ne postoji sličan koncept poklapanja pokrića. Reosiguranik zato mora da se oslanja na osnovne principe ugovornog prava i istovetnost sudbina. U nedostatku izričite suprotne odredbe, po pravilu, namere ugovornih strana iz ugovora o reosiguranju redovno bi se tumačile na osnovu toga šta su ugovorne strane stvarno želele kako bi se limiti i uslovi ugovora o reosiguranju i ugovora o osiguranju tumačili na identičan način.

U engleskom pravu dva važna precedenta su *Forsikringsaktieselskapet Vesta v Butcher*[38] i *Groupama Navigation v Catatumbo.*[39] U prvom sporu, sud je spretno formulisao pretpostavku na sledeći način: „Kada ugovor predviđa da njegovi limiti i uslovi treba da budu isti kao i u drugom ugovoru i kada je njegova jasna komercijalna svrha da pruži isto pokriće kao i tim drugim ugovorom, osim ako nema drugih jačih razloga, tada zaključak mora da bude da postoji želja da se na oba ugovora primenjuje isto pravo." Oba navedena precedenta tiču se kršenja jemstva (engleski: *warranty*) iako se na ugovore o osiguranju i ugovore o reosiguranju primenjuju različita merodavna prava, pretpostavka je imala isti efekat kada se radi o kršenju jemstva koje je bilo predviđeno u oba ugovora (englesko pravo ima mnogo stroži režim jemstva od većine drugih pravnih sistema – *prim. autora*).

Kada se radi o poklapanju pokrića, navedena pretpostavka u engleskom pravu dobila je izvesnu relativizaciju u nedavnoj odluci *House of Lords* u sporu *Wasa International Insurance Company Limited v Lexington Insurance Company.*[40]

Lexington, koji se reosigurao kod *Wasa* i *AGF*, učestvovao je u dugoročnom programu osiguranja imovine i odgovornosti koji je pokrivao *Alcoa* sa sedištem u Pensilvaniji, ali sa brojnim lokacijama u SAD. *Lexington*ovo pokriće bilo je zaključeno na tri godine, počev od 1. jula 1977. do 1. jula 1980, dok je relativno kratak deo osiguranja *Alcoa* postojao 1950-ih i koji se nastavio 1984. godine. *AGF* i *Wasa* su pružili fakultativno reosiguranje *Lexington*u na bazi poklapanja pokrića, takođe prema istom periodu pokrića. Ugovori o osiguranju nisu sadržali izričitu odredbu o izabranom merodavnom pravu, te se ugovorilo da se na ugovor o reosiguranju primenjuje englesko pravo.

U periodu od 1942. do 1986 godine *Alcoa* je pretrpeo štetu usled zagađenja podzemne vode i zemljišta na brojnim lokacijama u devetnaest različitih država SAD. *Alcoa* je pred sudovima u Vašingtonu tužio određeni broj osiguravača, uključujući i *Lexington*. Sudija je utvrdio da je, pošto je šteta nastala na širokoj linearnoj osnovi, bilo moguće približno odrediti koliko je štete nastalo u svakoj godini. Sud je odlučio da na sva pitanja primeni pravo Pensilvanije kao mesto najbliže povezano sa zaključenjem relevantnih polisa osiguranja.

Gotovo svih sedamnaest drugih osiguravača izbeglo je odgovornost da isplati nadoknadu na osnovu isključenja ili odredbi o zastarelosti u svojim polisama. Pitanje je zato bilo da li je obaveza *Lexington*a mogla da se ograniči samo za štete koje su nastale tokom tri godine ili da li *Lexington* ostaje u obavezi da nadoknadi sve štete koje su se desile u periodu od 1942. do 1986?

Primenjujući pravo Pensilvanije, Vrhovni sud Vašingtona je zauzeo stav da je, u slučaju nepostojanja izričitog isključenja šteta koje bi nastale van perioda polise, *Lexington*ova polisa trebala da pokriva štete za ceo 44-godišnji period samo ako su neke od šteta nastale tokom trogodišnjeg perioda važenja polise. Ovakav zaključak izveden je na osnovu toga što su svi osiguravači bili solidarno odgovorni prema *Alcoa*. *Lexington* se time suočio sa odštetnim zahtevom od oko 180 miliona USD.

Iako niko nije skrenuo pažnju da je odluka američkog suda pogrešna, utvrđeno je da bi u slučaju da je o

[35] 1A *Couch on Insurance*, §9:13 (3d ed.). *See also* Graydon Staring, *Law of Reinsurance*, §13:3 (*Thomson Reuters 2011*) ("But there is no general rule that reinsurance must follow form and be congruent and, in the end, the reinsurance contract stands on its own terms.").

[36] *Travelers Cas. & Sur. Co. v. Ins. Co. of North America,* 609 F.3d 143, 166 (3d Cir. 2010), *quoting Aetna Cas. & Sur. Co. v. Home Ins. Co.,* 882 F. Supp. 1328, 1337 (S.D.N.Y. 1995).

[37] *Travelers Cas. & Sur. Co. v. ACE Amer. Reins. Co.,* 392 F. Supp. 2d 659, 665 (S.D.N.Y. 2005), *citing Commercial Union Ins. Co. v. Swiss Re. Amer. Corp.,* 413 F.3d 121, 128 (1st Cir. 2005).

[38] (1986) 2 All E.R 488 (at 504c-d)

[39] (2000) CLC 1534.

[40] *(2009) UKHL 40*. Ovo je bila poslednja presuda Doma lordova pre nego što ju je zamenila odluka Vrhovnog suda i Apelacionog suda kao engleskog suda konačne nadležnosti.

istom sporu vođen postupak u određenom broju drugih saveznih država SAD, ishod bio različit i *Lexington* bi jedino bio obavezan za nadoknadu šteta iz njegovog trogodišnjeg perioda polise po principu *pro rata*. Posle ove odluke *Lexington* je postigao poravnanje sa *Alcoa* na iznos od oko 103 miliona USD.

Jedino pitanje u ovom sporu reosiguranja bilo je da li su *Wasa* i *AGF* mogli da ograniče svoju obavezu na navedeni trogodišnji period ili su morali da isplate svoj udeo u štetama za celokupan period u kojem je nastala šteta za *Alcoa*.

Apelacioni sud je poništio prvostepenu odluku u korist reosiguravača prihvatajući da nema pokrića van ugovorenog perioda i odlučio da su, uprkos različitim merodavnim pravima, ugovori trebalo da se primenjuju tako da se poklapaju, što je primena pretpostavke o poklapanju ustanovljenje u sporu *Vesta and Catatumbo*, pri čemu je reosiguranje moralo da ima isto značenje kao i osiguranje, bez obzira šta to značilo, uključujući i odredbu o periodu pokrića.[41] Dom lordova izmenio je odluku Apelacionog suda stavom da pretpostavka o poklapanju pokrića nije imala radikalno dejstvo produženja vremenskog obima pokrića koje je opisano kao od „fundamentalnog značaja" u engleskom pravu. Povlačeći razliku između činjenica spora *Wasa* i onih u sporu *Vesta and Catatumbo*, koje je sud utvrdio u ranijim sporovima, bilo je moguće da ugovorne strane od početka odrede strano pravo koje bi se primenjivalo na osiguranje. U sporu *Wasa*, u trenutku zaključenja ugovora o reosiguranju „nije postojao sistem određivanja merodavnog prava za ugovor o osiguranju koje bi pružilo osnovu za tumačenje ugovora o reosiguranju na drugačiji način od njegovog redovnog značenja na londonskom tržištu osiguranja". Ishod je zavisio od odluka sudova u SAD pred kojima se rešavao odštetni zahtev po polisi osiguranja, te je zato drugačija odluka mogla da bude donesena u nekom drugom sudu SAD. Iz ovog razlikovanja, može se zaključiti da su ugovorne strane možda želele da u ugovoru o reosiguranju pojasne dužinu perioda na koji se reosiguranje odnosi i koji može da bude pogođen nekom sudskom odlukom koja bi proširila period u vezi sa osiguravajućim pokrićem. Na primer, reosiguravači mogu da žele da insistiraju na tome da je odredba o periodu pokrića klauzula najvišeg prioriteta i da se ne može promeniti bilo kakvom odlukom suda koja bi produžila period osiguravajućeg pokrića.

Pozicija u vezi sa neproporcionalnim reosiguranjem je drugačija:[42] ako reosiguravači zaključuju ugovor o reosiguranju nekog nivoa ili celog programa viška šteta datog portfelja, nema razloga za primenu navedene pretpostavke, jer takav ugovor u praksi ne može se poklapati sa osiguranjem.

5. KAKO SE ISTOVETNOST ISPLATA ODNOSI PREMA KLAUZULAMA O SARADNJI / KONTROLI I INSPEKCIJI ŠTETA?

Kada reosiguranik želi da ubaci efikasnu odredbu o „istovetnosti isplata", pažnju treba da usredsredi na izbegavanje nekonzistentne klauzule o saradnji u vezi sa odštetnim zahtevima ili klauzulom o kontroli odštetnih zahteva po kojima reosiguravači ne bi bili obavezni da nadoknade isplate koje nisu odobrili. Ovo bi moglo da ima dejstvo poništenja klauzule „istovetnost isplata."[43] Stav u SAD je isti kao i u engleskom pravu. Rešenje u Nemačkoj je u neku ruku drugačije zbog verovatne posledice činjenice da se odredbe o istovetnosti isplata prećutno primenjuju. Kršenje klauzule o saradnji / kontroli odštetnih zahteva predstavlja povredu ugovora o reosiguranju koja ne daje za pravo reosiguravaču da odbije štetu, ali bi moglo da bude osnov za nadoknadu štete. Da bi uspeo, reosiguravač bi trebalo da dokaže da je reosiguranik prekršio ugovornu odredbu najmanje zbog nepažnje te da toga nije bilo, da bi reosiguravač savetovao reosiguranika na način koji bi ograničio odštetni zahtev prema njemu kao i razliku koju bi mu trebalo nadoknaditi.

Kada se radi o klauzulama o inspekciji, gore navedeni princip u vezi sa kaluzulama o saradnji / kontroli odštetnih zahteva primenjuje se u pravu Nemačke. U engleskom pravu, odnos između obaveza reosiguravača da prihvati isplate i obaveze reosiguranika da stavi na uvid svoje poslovne knjige i isprave razmatrana je u sporu *Phoenix General Insurance Co of Greece v. Halvanon Insurance Co.*[44] Sud je odlučio da je obaveza reosiguravača da sledi osiguranje postojala čak i u slučaju da je reosiguranik prekršio ugovor time što nije poslao inspekciju, te da je zato reosiguranik mogao da zahteva njeno ispunjenje. Isti princip je proširen na klauzule o inspekciji primenjene u sporu *Baker v. Black Sea & Baltic Insurance Co Ltd.*[45] Dalje, zauzet je stav da reosiguranikovo odbijanje da dozvoli inspekciju nije imalo nikakav uticaj na odredbu o istovetnosti isplata, na primer, kao dokaz da reosiguranikova isplata nadoknа-

[41] Iako odluku američkog suda reosiguravači možda nisu očekivali, Apelacioni sud je smatrao da je deo dogovora sa *Lexington*om bio da se zajednički deli rizik nepovoljnog razvoja propisa.

[42] *Axa Reinsurance UK Ltd v. Field [1996] 3AER 527.*

[43] *ICA v Scor.*

[44] [1985] 2 Lloyd's 599.

[45] [1998] 2 AER 833.

de iz osiguranja nije bila učinjena na poslovan način.[46] Stav u SAD je sličan po tome što odbijanje da se izvrši inspekcija ne predstavlja razlog za neprimenu doktrine istovetnosti isplata. Međutim, dovoljno očigledna nesaradnja bi mogla, po teoriji, da dovede do ništavosti reosiguravajućeg pokrića. Takođe je tipično da bi sud ili arbitraža naredili cedentu da stavi reosiguravaču na uvid svoje poslovne knjige i tako mu omogući da uloži sve prigovore da bi se razmotrila eventualna primena doktrine o istovetnosti isplata.

6. DISTRIBUCIJA ISPLATA KADA SE ONA RAZLIKUJE OD NAČINA NA KOJI JE REOSIGURANIK IZVRŠIO ISPLATU KOJU PREZENTUJE REOSIGURAVAČU

Šta se dešava ako reosiguranik isplati odštetni zahtev širom sveta i postoji određeni broj ugovora o reosiguranju koje reosiguranik potencijalno može da zaduži sa štetom koju je isplatio? Da li reosiguranik može da distribuira isplatu u svrhu maksimiranja nadoknada iz reosiguranja? Šta ako isplata nadoknada širom sveta nije sadržala nikakvu podelu određenih suma na pojedinačne štete, a neke štete ne ispunjavaju uslove ugovora o reosiguranju? Drugo pitanje koje se ovde postavlja je da ne mora biti očigledno u koju ugovornu godinu reosiguranja potpadaju neke štete. Šta se dešava kod neprekinutih perioda pokrića, kada reosiguranik ne može da dokaže kada je neka šteta nastala? Da li reosiguranik ima obavezu da podeli štete da bi se one poklopile sa štetama iz osiguranja ili da li on može da podeli štete tako da se maksimizira nadoknada iz reosiguranja?

Polazimo od ponovljenog stava u gore opisanim engleskim precedentima da čak i kada postoji klauzula o istovetnosti isplata, reosiguravač uvek može prigovoriti na to da određene štete i isplate potpadaju u pokriće po ugovoru o reosiguranju. Ovaj stav je isti, kao što je rečeno u prethodnim izlaganjima, u pravu SAD i Nemačke. Teret dokaza će biti na reosiguraniku da dokaže da postavljeni odštetni zahtevi spadaju u pokriće po ugovoru o reosiguranju, kako u pogledu osnova, tako i u pogledu visine. Ako reosiguranik ne može da tačno dokaže kada su određene štete nastale, engleski sud je demonstrirao svoju volju da pomogne tako što će utvrditi izvesne pretpostavke u slučajevima gde je jasno da postoji pokriće, pri čemu je jedino ostalo pitanje distribucija šteta na određene periode pokrića. Pravo SAD, kao što ćemo videti u narednim izlaganjima, ima mnogo širi pristup pitanju šta reosiguranik može da uradi putem distribucije štete prilikom postavljanja odštetnog zahteva reosiguravaču.

U sporu *Municipal Mutual Insurance Ltd v. Sea Insurance Co Ltd*[47], reosiguravači su zaključili fakultativno neproporcionalno pokriće zakonske odgovornosti polisa osiguranja koje je reosiguranik zaključio sa lučkim vlastima. Lučke vlasti su obavezane da nadoknade štetu vlasnicima mašina koje su bile uskladištene u luci. Tokom perioda od oko 18 meseci, mašine su teško oštećene usled uzastopnih, pojedinačnih akata vandalizma. Bilo je nemoguće utvrditi koji od tih akata su sami prouzrokovali štetu koja premašuje samopridržaj iz ugovora o reosiguranju.

Sudija koji je vodio postupak u ovom sporu povodom odštetnog zahteva vlasnika mašina protiv lučkih vlasti odlučio je da je pretežni deo štete verovatno nastao između marta 1987. i septembra 1988. godine, koji period se protezao na tri uzastopna godišnja ugovora o reosiguranju. Kada je *MMI* obeštetio lučke vlasti, nijedan određeni deo te štete nije stavio na teret nijednog relevantnog perioda osiguranja, jer je ukupna nadoknada bila u okviru tekućeg godišnjeg limita. Za reosiguranje, raspodela šteta je bila neophodna za svaki ugovor, jer se u svakom od njih primenjivao visok samopridržaj. Osim toga, identitet i udeli reosiguravača menjali su se iz godine u godinu.

Pokušaj reosiguranika da sve štete opterete 1988. godinu reosiguranja sud je odbio, jer je smatrao da je reosiguranik mogao da zahteva nadoknadu po bilo kojoj godini reosiguranja samo ako može da dokaže da su se štete desile u datoj godini. Pošto definitivno nije bilo moguće dokazati u kojoj su se godini desile štete, zauzet je stav da bi adekvatno rešenje bilo da se pretpostavi postojanje redovnog i linearnog dešavanja šteta. To je značilo da štete nastale tokom perioda od 18 meseci treba tretirati kao da su nastale ravnomerno tokom celog perioda, tako da jedna šestina svih šteta bude pripisana 1987. godini, dve trećine 1988. godini i jedna šestina 1989. godini.

Slična logika primenjena je i u sporu *Equitas Limited v Re&Q Reinsurance Company (UK) Limited.*[48] Firma *Equitas*, u svojstvu zastupnika određenih sindikata Lojda zahtevala je nadoknadu šteta koje su nastale u nesreći broda *Exxon Valdez* i iračkoj invaziji na Kuvajt. Svaki od ovih odštetnih zahteva bio je predmet odvojenih parnica, pri čemu je utvrđeno da deo štete iz nesreće broda *Exxon Valdez* nije bio isplaćen, a da su štete u Kuvajtu bile pogrešno kumulirane. Pre postavljanja odštetnog zahteva reosiguranju, štete su prezentovane preko dugačkog lanca pokrića sve do nastanka spirale

[46] Ovakvo rešenje prihvaćeno je i u novijoj sudskoj praksi, u sporu *Eagle Star Insurance Company Ltd v J.N Cresswell and Others [2004] 1 CLC 926.*

[47] *[1998] Lloyd's Rep IR 421 (CA).*

[48] *[2009] EWHC 2787.*

londonskog tržišta, tako da je bilo nemoguće rekonstruisati okolnosti bez prihvatanja pogrešne kumulacije i nenaplativih elemenata. Reosiguravači su tvrdili da *Equitas* nema pravo na bilo kakvu nadoknadu, jer nije mogao da dokaže da su iznosi, čija se nadoknada zahtevala, ispravno dospeli za plaćanje. Mnogi relevantni ugovori o reosiguranju sadržavali su klauzule o isplatama sa odredbama da isplate moraju da ispunjavaju uslove ugovora o osiguranju i reosiguranju.

Equitasu je dozvoljeno da uspe dokazivanjem da se njihova šteta, primenom aktuarskih modela i uz odgovarajuće popuste, može umanjiti za pogrešno kumulirane i nenaplative elemente. Obrazloženje suda je bilo da reosiguranik mora da dokaže da su štete ispunjavale uslove ugovora o osiguranju i reosiguranju. Način na koji bi dokaz mogao da se priloži nije bio ograničen na obavezu precizne rekonstrukcije šteta kroz spiralu londonskog tržišta, već je bilo moguće koristiti aktuarski model.

Sličan pristup imao je i sud u sporu *IRB Brasil Resseguros SA v CX Reinsurance Company Ltd.*[49]

Trend u praksi engleskih sudova je da prihvataju pragmatično rešenje za distribuciju šteta u okolnostima kada je jasno da postoji obaveza na naknadu po ugovorima o reosiguranju, ali je problematično dokazivanje obima obaveze. Sud je stalno bio jasan da to ne znači da se obim reosiguravajućeg pokrića može proširiti van onoga što je ugovoreno kao pokriće. Zato, iako se vodila rasprava u nedavnom sporu[50] pred prvostepenim sudom da po engleskom pravu postoji opšti princip da reosiguranik može da distribuira štete tako da maksimizira nadoknadu koju bi ostvario iz reosiguranja, sudija je izrazio sumnju da je to po zakonu dozvoljeno.

Drugačije rešenje primenjeno je u SAD i ono se oslanja na dobru veru reosiguranika. Američki sudovi su doneli određen broj odluka u poslednjih nekoliko godina u kojima su se bavili primenom doktrine istovetnosti isplata na distribuciju šteta reosiguranika posle izvršenih isplata, posebno slučajevima kada je distribucija odstupala od stavova reosiguranika tokom parničenja po ugovoru o osiguranju, kao i u slučajevima u kojima je reosiguranik pokušao da maksimizira nadoknade po ugovorima o reosiguranju. U najvećem delu sudovi su bili oprezni po pitanju reosiguranikove distribucije šteta kako bi izbegli „žustra ispitivanja u vezi sa okolnostima procesa isplate" koja bi štetila osnovama odnosa reosiguranik – reosiguravač.[51]

Davno zauzet stav u SAD je da se doktrina istovetnosti isplata primenjuje na reosiguranikovu distribuciju posle isplate štete.[52] Apelacioni sud u trećem stepenu nedavno je utvrdio oprezne standarde koje je primenjivala većina sudova koja je rešavala ovo pitanje:

„Primena doktrine o istovetnosti sudbina na odluke o distribuciji šteta posle njihove isplate ne ostavlja reosiguravača bez zaštite. Predmetna distribucija mora se činiti u 'dobroj veri' da bi obavezivala reosiguravača. Načelno smo definisali obavezu osiguravača da postupa u dobroj veri prema svom reosiguravaču kao obavezu da ne koristi prednost zavisnosti reosiguravača od odluka koje donosi osiguravač. U okolnostima distribucije šteta posle njihove isplate, to znači da osiguravač krši ovu dužnost onda kada donosi odluke o distribuciji prvenstveno radi povećanja nadoknade koju bi ostvario iz reosiguranja...

Razjasnili smo da se negativno određena obaveza osiguravača da ne donosi odluke o distribuciji prvenstveno radi ostvarenja veće nadoknade iz reosiguranja ne pretvara u pozitivno određenu obavezu osiguravača da minimizira svoj odštetni zahtev prema reosiguravaču. Reosiguravač da bi dokazao da postoji kršenje obaveze postupanja u dobroj veri, nije dovoljno jednostavno da dokaže da je određena odluka o distribuciju povećala izglede osiguravača da ostvari nadoknadu iz reosiguranja, u najmanju ruku tamo gde osiguravač može da se pozove na neki legitimni razlog (na primer, sa nekim koji nema veze sa reosiguranjem) za donošenje sporne odluke. Da bi uspeo, reosiguravač mora ili da pruži direktan dokaz da je osiguravač bio motivisan na takvo postupanje prvenstveno zbog nadoknade iz reosiguranja ili da dokaže da naknadni razlozi na koje se pozvao osiguravač nisu ubedljivi."[53]

U odlučujućem sporu *North River*[54] sud je potvrdio utvrđujuću presudu u korist reosiguranika koji je distribuirao isplatu odštetnog zahteva zbog azbesta tako da je ona u potpunosti pogodila drugi nivo reosiguravajućeg pokrića uprkos analizi reosiguranika pre isplate da će šteta biti podeljena u nekoliko viših nivoa reosiguranja. U sporu *Travelers Cas. & Sur. Co. v. Gerling Global Reins. Corp*[55] sud je potvrdio utvrđujuću

[49] *[2010] EWHC 974 (Comm); 2010 WL 1639729.*

[50] *Teal Assurance Company Limited V WR Berkley Insurance (Europe) Limited, Aspen Insurance UK Limited [2011] EWHC 91.*

[51] *N. River Ins. Co. v. ACE Am. Reins. Co., 361 F.3d 134, 140–41 (2d Cir. 2004).*

[52] *Travelers Cas & Sur. Co. v. Ins. Co. of North Am.,* 609 F.3d 143, 158 (3d Cir. 2010), gde se navodi spor *Travelers Cas. & Sur. Co. v. Gerling Global Reins. Corp. of Am.*, 419 F.3d 181, 188–89 (2d Cir. 2005); *N. River Ins. Co. v. ACE Am. Reins. Co.,* 361 F.3d 134, 140–41 (2d Cir. 2004); *Nat'l Union Fire Ins. Co. of Pittsburgh, Pa. v. Am. Re-Ins. Co.*, 441 F. Supp. 2d 646, 652–53 (S.D.N.Y. 2006); *Comm. Union Ins. Co. v. Seven Provinces Ins. Co.,* 9 F. Supp. 2d 49, 67–68 (D. Mass. 1998).

[53] *Travelers Cas.,* 609 F.3d, str. 158–59 (izostavljeni interni navodi).

[54] *N. River Ins. Co. v. ACE Am. Reins. Co.,* 361 F.3d 134 (2d Cir. 2004).

[55] *Travelers Cas. & Sur. Co. v. Gerling Global Reins. Corp. of Am.*, 419 F.3d 181 (2d Cir. 2005)

presudu u korist reosiguranika kada je isplatu odštetnog zahteva zbog azbesta tretirao kao jedan osigurani slučaj i kada sporazum o poravnanju nije sadržao podatak o broju štetnih događaja, a jedinstveni odštetni zahtev je povećao nadoknadu koju je reosiguranik ostvario iz reosiguranja.[56]

U daljem sudskom postupku u sporu *Travelers*[57], utvrđeno je da je reosiguranik sa osiguranikom, firmom *Acme* zaključio ugovor o poravnanju na iznos od 137 miliona USD radi isplate odštetnih zahteva u vezi sa grudnim implantatima, od čega je 80 miliona USD distribuirano u ugovor o poravnanju za odštetne zahteve u vezi sa grudnim implantatima. Tokom pregovora, reosiguranikov savetnik je pripremio memorandum u kojem je izvršio analizu implikacija reosiguranja po različitim ishodima, zaključujući da bi rešavanje odštetnih zahteva u vezi sa grudnim implantatima u vidu jednog štetnog događaja povećalo nadoknadu iz reosiguranja, da bi naplata od reosiguravača bila teža ako bi se štete tretirale kao jedan štetni događaj, ali da bi reosiguranikov položaj u arbitražnom postupku sa svojim reosiguravačima bio bolji kada bi *Acme* prihvatio jedan štetni događaj u ugovoru o poravnanju. Na insistiranje reosiguranika, *Acme* je prihvatio postojanje jednog štetnog događaja u ugovoru. Posle isplate, reosiguranik je distribuirao deo isplate na dva ugovora sa trogodišnjim periodom pokrića čime je poništio limite pre nastanka štetnog događaja i tri puta uvećao sumu na teret reosiguravača. Tada su usledile dve parnice. U prvoj, sud je odbio argument reosiguravača da je reosiguranik neispravno manipulisao distribucijom šteta i utvrdio da je distribucija reosiguranika bila razumna, učinjena na poslovan način i u dobroj veri. U drugoj parnici, kada je sud analizirao određene, sporne polise osiguranja po pravu države Mičigen, utvrdio je da su polise jasno i nedvosmisleno predvidele limit po jednom štetnom događaju za svaku od dve trogodišnje polise i da reosiguranik, zato, nije imao pravo da poništi isplatu i sabere šest limita po jednom štetnom događaju. Ovo je imalo za posledicu značajno umanjenje obaveze reosiguravača.

Iako ove odluke sugerišu da reosiguranici imaju širok prostor za distribuciju isplata na svoje reosiguravače, postoje ograničenja, te se doktrinom istovetnosti isplata ne može proširiti obim pokrića ugovoren sa reosiguravačima. Nedavna odluka u sporu *All State Ins. Co. v Am Assur. Co*.[58] dodatno pruža podršku stavu o ograničenju:

„Doktrina istovetnosti sudbina imala je za cilj da obezbedi konzistentnost u rešavanju šteta na oba nivoa, kod osiguranika i reosiguranika, a ne da dozvoli osiguravaču da koristi različite grupe pravila za svaki nivo. Mi u potpunosti odbacujemo stav da doktrina istovetnosti sudbina zahteva da sudovi zažmure na jedno oko na takve očigledne manipulacije u postupku distribucije isplata i potpuno zanemare reosiguranikovu obavezu da postupa u dobroj veri."[59]

U nemačkom pravu nema jasnog odgovora na pitanje kakva je situacija kada se distribucija isplata razlikuje od načina na koji je reosiguranik isplatio štete, a onda ih prezentuje reosiguravaču. Propisi o osiguranju mogli bi da pruže odgovor[60], ali Zakon o ugovoru o osiguranju (dalje u tekstu: *VVG*) ne primenjuje se na reosiguranje.[61] *Gerathewohl*[62] se zalaže za analognu primenu pravila VVG onda kada opšta pravila reosiguranja ne pružaju rešenje. S druge strane, prevladujuće mišljenje je protiv takve analogije.[63] Prema Građanskom zakoniku (u daljem tekstu: BGB), ako je reosiguravač platio odštetni zahtev koji je netačno naveden, onda bi reosiguravač mogao da poništi isplatu[64] i zahteva povrat novca po pravilima o neosnovanom obogaćenju.[65] Ako je reosiguranik postupao koristeći se prevarom, reosiguravač bi mogao da izbegne da plati.[66] Ako je postojalo kršenje ugovora o reosiguranju nepažnjom, reosiguravač bi imao pravo na nadoknadu štete. Ali ako je distribucija učinjena u dobroj veri, onda reosiguravač verovatno ne bi imao pravo na odštetni zahtev i morao bi da prihvati distribuciju reosiguranika.

7. ZAKLJUČAK

Postavljena pitanja ilustruju tenzije koje postoje između reosiguranika i reosiguravača. Stavovi sudske prakse iz tri države koje smo komentarisali i upoređivali ukazuju na važne sličnosti i razlike. U Engleskoj i SAD postoji precedentno pravo koje je razvilo pravna shvata-

[56] *Isto*, 419 F. 3d 189 („Pošto su *Travelers* i *OCF* izričito odustali da reše pitanje odštetnog zahteva, nema razloga da se mi bavimo sada time. Da se od nas očekivalo da izvršimo takvu analizu, angažovali bismo se upravo u neku vrstu, žustrog ispitivanja u vezi sa okolnostima', što po doktrini istovetnosti sudbine treba izbeći.")

[57] *Travelers Cas & Sur. Co. v. Ins. Co. of N. Am.,* 609 F.3d 143 (3d Cir. 2010).

[58] *43 A.D. 3d 113, 837 N.Y.S.2d 138 (Sup. Ct. App. 2007).*

[59] *Isto,* str. 43, *A.D.3d*, str. 120, *837 N.Y.S.2d*, str. 143.

[60] *VVG*, čl. 28.

[61] *VVG*, čl. 209.

[62] Glava 7, 2.2.1.1.1.

[63] Schwepcke, *Isto*, str. 13: Prölss/Martin VVG, čl. 116, VVG a. F, 2.

[64] *BGB*, para. 119.

[65] *BGB*, para. 812 i dalje.

[66] *BGB*, para. 123.

nja mnogo više nego u Nemačkoj, nepostojanje sudskih odluka u tom pravnom sistemu može se reći da vodi ka manjoj izvesnosti (situacija je slična i u drugoj važnoj državi za reosiguranje – Švajcarskoj). Reosiguranje kao međunarodni pravni posao suočava se često sa problemom različitih propisa koji se primenjuju na ugovore o osiguranju i ugovore o reosiguranju, što takođe otežava usklađivanje i tumačenje. Za englesko (i američko) precedentno pravo često se kaže da se oslanja na arbitraže u drugim državama u oblasti reosiguranja.[67] Nema sumnje da ćemo i u narednim godinama biti svedoci interesantnog razvoja u vezi sa ovim važnim aspektima prava reosiguranja u različitim pravnim sistemima.

Prevod sa engleskog jezika: dr Slobodan Jovanović
e-mail: nsbob@sezampro.rs

[67] Glavni projekt Radne grupe AIDA za reosiguranje je komparativna studija zakonskog regulisanja reosiguranja u različitim državama. – Izvor: www.AIDA.org.uk.