

Ralph FEARNHEAD\*

## Klauzule o istovetnosti sudbine u pravu reosiguranja – praktični problemi u obezbeđivanju njihove efikasnosti

UDK: 368

Dostavljen: 12. 7. 2012.

Prihvaćen: 17. 7. 2012.

Stručni rad

### Apstrakt

Reosiguranici ubacuju pozivanje na klauzule o istovetnosti sudbina ili klauzule o istovetnosti isplata u ugovore o reosiguranju u nameri da ograniče svoju izloženost odštetnim zahtevima. Njihova je praktična svrha da dalje u lancu reosiguranja prenose delove odštetnih zahteva na ostale reosiguravače. U ovom radu se analiziraju praktični problemi sa kojima smo se susreli kada je nadoknada imovinske štete od 1,2 milijarde dolara u vezi sa uništenjem Svetskog trgovinskog centra prošla kroz razne velike lance reosiguranja. U radu se naglašavaju problemi svojstveni dugim lancima reosiguranja koji mogu da dovedu do pucanja ako klauzule o istovetnosti sudbina ne uspeju da dejstvuju kako je nameravano, te reosiguranicima ostave da snose štete za koje su očekivali da imaju reosiguravajuću zaštitu.

*Ključne reči:* Reosiguranje, istovetnost sudbina, istovetnost isplata, 11. septembar

### 1. SVRHA KLAUZULA O ISTOVETNOSTI SUDBINA

Klauzule o istovetnosti sudbina ili istovetnosti isplata u svojim najosnovnijim oblicima koncipirane su kao sredstvo kojim se cediraju štete nagore, kroz lanac reosiguranja, pri čemu se štete dele na nosioce rizika na tržištu. Klauzule moraju da upravljaju konkurentnim komercijalnim interesima svojstvenim reosiguranju. U kontekstu jednostavne organizacije reosiguranja u kojem reosiguravač reosigurava direktnog osiguravača, reosiguranik ne želi da čeka na isplatu svog odštetnog

\* Addleshaw Goddard LLP, London, e-mail: ralph\_fearnhead@hotmail.com /ralph.fearnhead@addleshawgoddard.com.

zahteva po ugovoru o reosiguranju dok reosiguravač ponovo istražuje osiguranu štetu koju je on već platio, posebno kada reosiguravač koji je za jedan korak udaljen od ugovarača osiguranja, ima manje informacija o šteti od samog reosiguranika. Nasuprot ovome, reosiguravač ima interes da izbegne obavezu da nadoknadi štete koje možda nisu ispravno procenjene pre nego što su likvidirane i nad kojima on nema nikakvu kontrolu.

Ovi suprotni interesi postaju preterani u dužim lancima reosiguranja gde najudaljeniji reosiguravači mogu da se nalaze u položaju koji je nekoliko stepenica udaljen od direktnog osiguravača. Nije neuobičajeno da identitet osiguranika ili drugi reosiguravači koji čine reosiguravajući lanac budu nepoznati za najudaljenije reosiguravače u trenutku zaključenja ugovora o reosiguranju.

### 2. KLAUZULE SA JEDNOSTRUKIM ILI DVOSTRUKIM USLOVOM

Tržište je pokušalo da formuliše klauzule kao odgovor na te suprotne interese, te su se pojavili izvesni standardni obrasci. Dve vrste klauzula o istovetnosti isplata koje se često sreću u reosiguranju od odgovornosti su „klauzule sa jednostrukim uslovom” i „klauzule sa dvostrukim uslovom.” Standardna klauzula londonskog tržišta br. 343 (*London Standard Wording – LSW.343*) predstavlja primer tipične klauzule sa jednostrukim uslovom koja se koristi u polisama osiguranja odgovornosti avijacije:

„U svim aspektima će se slediti isplate po ovom ugovoru u vezi sa štetama koje su obuhvaćene klauzulom AVN.48B [Klauzula o isključenju rizika rata, kidnapovanja i ostalih rizika] iz reosiguranikovog portfelja neproporcionalnog reosiguranja...”

Posledicu navedene klauzule sa jednim stavom po engleskom pravu opisao je sudija *Robert Goff* u sporu *Insurance Company of Africa v Scor*<sup>1</sup>:

„... reosiguravači su saglasni da nadoknade osiguravačima ako oni plate odštetni zahtev njihovih osiguravanih, tj. onda kada ga isplate ili se obavežu na isplatu odštetnog zahteva bilo na osnovu priznanja ili poravnjanja, pod uslovom da odštetni zahtev koji oni priznaju spada u rizike koji su pokriveni polisom reosiguranja na osnovu zakona i da su prilikom isplate štete osiguravači postupali savesno, te preduzeli sve adekvatne i poslovne mere prilikom isplate.”<sup>2</sup>

Da bi se štete cedirale naviše u lancu cedent ili retrocedent moraju dokazati svom reosiguravaču / retrocesionaru:

– Da plaćena šteta potpada pod rizike pokrivenene reosiguranjem po samom zakonu, i

– Da su postupali savesno, na adekvatan i poslovan način prilikom isplate štete.

Standardna klauzula londonskog tržišta br. 334 predstavlja primer klauzule formulisane sa dva uslova:

„... Sve isplate šteta koje učini reosiguranik, uključujući poravnanja i formiranje fonda za isplatu šteta obavezuju reosiguravače, pod uslovom da te isplate ispunjavaju uslove i limite polisa i/ili ugovora o osiguranju... i da su u skladu sa limitima i uslovima ovog ugovora.”

Suštinski iste klauzule sa dvostrukim uslovom razmatrane su u određenom broju engleskih sporova. Njihove posledice su mnogo složenije i sofisticiranije od klauzula sa jednostrukim uslovom, ali vredno je imati u vidu nekoliko osobina:

– Iz njih ne sledi da će u svim slučajevima isplata u skladu sa uslovima osnovnog osiguranja biti pokrivena reosiguranjem ili retrocesijom. Obaveza reosiguravača ili retrocesionara je da sledi isplatu samo ako je isplata u skladu sa uslovima i limitima osiguranja, ali i reosiguranja i retrocesije.<sup>3</sup>

– Od reosiguranika se može zahtevati da dokaže ne samo da je postupao savesno i na razuman i poslovni način prilikom isplate štete, već da je i na osnovu zakona bio obavezan da nadoknadi tu štetu. Rizik pogrešne odluke prilikom procene u prvom stepenu, iako veliki, ne mora nužno da se izjednačava sa zakonskom odgovornošću. Iako mogu postojati dobri komercijalni i poslovni razlozi za isplatu štete u takvim okolnostima, ako osiguravač / reosiguravač ne može da dokaže da je isplata pretpostavljene zakonske obaveze reosiguravač /

retrocesionar neće imati obavezu da tu isplatu prihvati – sledi.<sup>4</sup>

– Postoji razlika između činjeničnog i pravnog okvira. Osiguravačevo razumno i savesno utvrđivanje činjenica na osnovu kojih vrši isplatu obavezuje osiguravača / retrocesionara. Međutim, osiguravač / reosiguravač ipak će morati da dokaže (makar da učini verovatnim) reosiguravaču / retrocesionaru da bi te činjenice, ako se dokažu, dale osnov za obavezu u skladu sa uslovima ugovora o reosiguranju / retrocesiji.<sup>5</sup>

– Po pravilu, odluka nadležnog suda da li je osiguranik ili osiguravač obavezan bila bi odlučujuća za utvrđivanje postojanja obaveze. Kada se šteta odnosi na isplatu relevantan test je da li je verovatno da bi okolnosti na koje se poziva osiguranik ili osiguravač (pod uslovom da se one dokažu) pružilo osnov za postojanje obaveze po merodavnom pravu i da li bi se radilo o takvoj vrsti obaveze koja bi ispunjavala uslove relevantnog ugovora o osiguranju.<sup>6</sup>

Izvesne razlike mogu se izvesti između dejstava koje proizvode klauzule sa jednostrukim uslovom u odnosu na one sa dvostrukim uslovom. Klauzule sa jednostrukim uslovom obavezuju reosiguranika da dokazuje da je štetu priznao izričitim prihvatanjem ili isplatom koja potpada pod, ugovorom o reosiguranju, pokrivenene rizike na osnovu zakona. Klauzula sa dvostrukim uslovima ide korak dalje i obavezuje reosiguranika da dokaže da je štetu koju je priznao takođe potpada pod rizike pokrivenene osnovnim osiguranjem / reosiguranjem. Po klauzuli sa jednostrukim uslovom osiguravač / reosiguravač koji zahteva da se njegovi reosiguravači / retrocesionari obavežu na isplatu štete treba samo da dokažu da šteta ispunjava uslove ugovora o reosiguranju i da su oni postupali savesno, te preduzeli sve adekvatne i poslovne mere prilikom njene isplate. Prema klauzuli sa dvostrukim uslovom, on dodatno mora da dokaže da je šteta kako je priznata takođe spada u rizike pokrivenene njegovim aktivnim ugovorom o osiguranju / reosiguranju na osnovu zakona.

Pored navedenih uslova, nijedna vrsta klauzule ne isključuje obavezu reosiguravača da dokaže postojanje interesa osiguranja. U slučaju osiguranja od odgovornosti, osigurljiv interes je određena vrsta odgovornosti koja se pokriva. U sporu *Wasa v Lexington*<sup>7</sup>, koji se tiče veoma neodređenih formulacija u klauzuli o istovetnosti isplate čija je namena bila da se obezbedi „preslikano

<sup>1</sup> [1985] 1 Lloyd's Rep.

<sup>2</sup> [1985] 1 Lloyd's Rep. @ 330 left hand column.

<sup>3</sup> Hill v Mercantile & General [1996] 1 WLR 1239.

<sup>4</sup> Commercial Union v NRG Victory [1998] 2 Lloyd's Rep 600.

<sup>5</sup> Hill v Mercantile, ibid.; Equitas v R&Q Reinsurance [2009] EWHC 2787 (Comm.)

<sup>6</sup> Equitas v R&Q and Commercial Union v NRG, *isto*.

<sup>7</sup> Wasa v Lexington [2009] UKHL 40.

pokriće<sup>8</sup>, pojašnjeno je da po engleskom pravu ugovor o reosiguranju je nezavisan od ugovora o osiguranju, te da obaveza po ugovoru o reosiguranju jedino može nastati u vezi sa rizicima koji su predmet pokrića tog ugovora o reosiguranju. Na ovaj stav ne utiče ubacivanje klauzula o istovetnosti sudbina ili o istovetnosti isplata. Ipak, i dalje ostaje osnovna obaveza da se dokaže postojanje odgovornosti koja je osigurana.

### 3. PRIRODA ŠTETA OD 11. SEPTEMBRA 2001.

Slike od 11. septembra 2001. dobro su poznate, posebno uništenje kula blizakinja Svetskog trgovinskog centra (dalje u tekstu: STC) kada su dve komercijalne letelice, koje su kidnapovane u koordinisanom terorističkom napadu, namerno usmerene u kule. Posledica po tržište osiguranja bila je ogromna i procenjena je na oko 40 milijardi dolara<sup>9</sup>. Najveće vrste osiguranih šteta bile su gubici života, telesne povrede, imovinska šteta i šomaž.<sup>10</sup> Odštetni zahtevi zbog gubitka života i telesnih povreda bili su prvenstveno nadoknađivani preko Fonda za nadoknadu štete žrtvama 11. septembra, putem Zakona *James Zadroga 9/11 Health and Compensation Act* i određenog broja sporova koji su pokrenuti protiv vazduhoplovnih prevoznika, agencija za bezbednost, lučkih vlasti grada Njujorka i Nju Džersija i grada Njujorka.

U vreme pisanja ovog članka, imovinske štete i šomaž i dalje ostaju kao otvorena pitanja, ali je ogroman korak učinjen ka njihovom rešavanju 1. jula 2010. kada je njujorški sud<sup>11</sup> odobrio nadoknadu iznosa od 1,2 milijarde dolara<sup>12</sup> u korist određenog broja subrogiranih osiguravača i tužilaca koji su zahtevali nadoknadu neosiguranih šteta u vezi sa zgradama za izdavanje u poslovne i stambene svrhe, a koje su uništene ili oštećene zbog napada na STC. *American* i *United Airlines* (avioprevoznici kojima su pripadala dva aviona upotrebljena u napadima), zatim *Globe*<sup>13</sup> i *Huntleigh*<sup>14</sup> (agencije za bezbednost koje su bile angažovane za pregled putnika

<sup>8</sup> „Predmet sporazuma je reosiguranje za koje se garantuju iste bruto stope, uslovi i sume u vezi sa kojima se slede isplate cedenta...”

<sup>9</sup> “9/11 and Insurance: The Eight Year Anniversary”, *Insurance Journal*, Sept 11 2009.

<sup>10</sup> Insurance Information Institute.

<sup>11</sup> Sudija *Hellerstein* je iz Okružnog suda južnog Njujorka SAD (*United States Southern New York District Court*).

<sup>12</sup> Na ovu presudu je uložena žalba, ali je ona odbijena i potvrđena presuda Apelacionog suda drugog stepena SAD (*U.S. Court of Appeals Second Circuit*), 8. aprila 2011.

<sup>13</sup> *Globe Airport Security Services, Inc.*

<sup>14</sup> *Huntleigh USA Corp.*

navedenih avioprevoznika) obavezani su na isplatu navedenog iznosa. Sva navedena lica bila su poznata pod grupnim nazivom „Tuženi avioprevoznici.”

Neki uslovi obaveze na nadoknadu ostali su tajni, ali oni ionako nisu toliko bitni za ovaj rad. Od značaja su razlozi zbog kojih je utvrđena obaveza na nadoknadu jer je to uticalo na reakciju određenih reosiguravača i bio izvor brojnih problema istaknutih u primeni odredbi klauzule o istovetnosti isplata. Ukratko, radilo se o sledećem:

– Posle događaja od 11. septembra, vlada SAD je na osnovu akta Kongresa, usvojila Zakon o bezbednosti vazdušnog saobraćaja i sistemu stabilizacije 2001.<sup>15</sup> (dalje u tekstu: ZBVSS). Ovaj zakon ograničio je odgovornost tuženih avioprevoznika za odštetne zahteve podnete u vezi sa događajima od 11. septembra na iznos njihovog raspoloživog osiguranja od odgovornosti.<sup>16</sup>

– Sudovi SAD, posebno preko odluke sudije *Hellersteina*<sup>17</sup>, potvrdili su da su iznosi koje su platili tuženi avioprevoznici bili u granicama odgovornosti propisanoj ZBVSS.

– Protivtužbeni zahtev za odbijanje odštetnih zahteva za telesne povrede protiv tuženih avioprevoznika (pored ostalih) kao neosnovan postavljen je 2003. godine u Njujorku pred sudijom *Hellersteinom*<sup>18</sup>, jer nije postojala obaveza dužne pažnje između tuženih avioprevoznika i oštećenih na zemlji. Sudija *Hellerstein* zauzeo je stav da je takva obaveza ipak postojala, ali da nije bio određen njen obim, bez obzira što su radnje terorista mogle da prekinu uzročni lanac ili zato što su tuženi avioprevoznici snosili odgovornost prema bilo kome na zemlji, čime je ovo pitanje ostavljeno otvorenim.<sup>19</sup>

– Osnovni odštetni zahtev koji su postavili oštećeni iznosio je oko 4,4 milijarde dolara. Posle dosta dugog perioda dokazivanja i uvida u ogroman broj isprava parnične stranke nisu uspele da postignu poravnanje i dogovore se o postupku posredovanja u kojem je pensionisani sudija Okružnog suda *John S. Martin, Jr* bio posrednik. Po isteku dve nedelje posredovanja stav stranka je još uvek bio udaljen, a iznos o kojem su se saglasile je bio onaj koji je predložio posrednik. Opisana kao „posrednikova suma”, sudija *Martin* koji je predlo-

<sup>15</sup> Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 230 (2001) (codified as amended at 49 U.S.C. § 40101).

<sup>16</sup> ZBVSS, čl. 408(a)(1).

<sup>17</sup> Odluka Okružnog suda južnog Njujorka (*Southern New York District Court*) koju je potvrdio Apelacioni sud drugog stepena SAD (*U.S. Court of Appeals Second Circuit*).

<sup>18</sup> Odluka Okružnog suda SAD, Okružni sud južnog Njujorka.

<sup>19</sup> Strana 12 Mišljenja i Naredbe kojom se odbija protivtužba tuženog u vezi sa parnicom povodom 11. septembra, od 9. septembra 2003.

žio iznos nadoknade od 1,2 milijarde dolara smatrao je da ona „predstavlja razumnu nadoknadu svih odštetnih zahteva tužilaca.” Ona je rezultat 72% popusta od ukupnog iznosa odštete od 4,4 milijarde dolara koju su tražili tužioc i bila je veća od poslednjeg iznosa koju su ponudili tuženi avioprevoznici.<sup>20</sup>

– Isplatom dosuđene nadoknade tuženi aviprevoznici i njihovi osiguravači oslobođeni su svih drugih odštetnih zahteva koje su postavile stranke isplatiocima.

– Obaveza nadoknade je podeljena 60/40 između *American* i *United Airlines* i njihovih agencija koje su se brinule o bezbednosti.

– Nadoknada je iscrpela sume osiguravajućeg pokrivača agencije za bezbednost *Huntleigh*.

Iz gorenavedenih činjenica očigledno je da bi reosiguravač kojem je postavljen zahtev za nadoknadom dela sume od 1,2 milijardi dolara imao razloga da traži odgovor na pitanje da li se isplata isključivo odnosila na osiguranje od odgovornosti i da li su postojali neki komercijalni motivi iza toga, jer nikada nije utvrđena bilo kakva odgovornost tuženih avioprevoznika. Na osnovu jedne analize, može se pretpostaviti da je postojala odgovornost tuženih avioprevoznika u visini od 28% (na osnovu čega je inverznim putem sudija *Martin* predložio umanjenje obaveze na 72% što je po njemu predstavljalo razumnu nadoknadu koju su na kraju prihvatili u stranke u sporu), što je predstavljalo veliko umanjenje čak i da je tačan iznos štete makar približno dogovoren. Postojala su pitanja o tome da li bi tuženi avioprevoznici mogli da ikada snose odgovornost prema oštećenima na zemlji, kako je istaknuto u tačkama sadržanim u protivtužbi radi odbijanja prava na odštetu zbog telesnih povreda 2003. Konačno, osiguravači bi, iako bez direktne koristi iz nadoknade, bili obezbeđeni da je nadoknada iscrpela sumu pokrivača zbog odgovornosti tuženih avioprevoznika (i njihova pokrivača u krajnjoj liniji) zbog primene ZBVSS.

Zbog najmanje navedenih razloga, po postavljanju odštetnih zahteva svojih reosiguranika, određeni reosiguravači su pitali da li nadoknada predstavlja isplatu zakonske odgovornosti ili se radilo u suštini o isplati komercijalne ili *ex-gratia* prirode.

To je česta situacija i jedna koju osiguravači žele da izbegnu. U tim okolnostima osiguravači ne bi želeli da snose teret dokazivanja prirode nadoknade ili ugovora o poravnanju koji su postigli njegovi reosiguravači pre nego što su platili odštetni zahtev. Isto važi i za reosiguravače prilikom prezentacije šteta drugima dalje u lancu pokrivača. U slučaju velikih šteta kao što je bila ova, postoje brojni nivoi reosiguravajućeg / retrocesionog po-

krića koje potencijalno može da pruži pokriće, te je želja da se izbegne obaveza da se ponovo dokazuje priroda osigurane štete postala akutnija kako se pokrivače iz polise osiguranja udaljava na reosiguranje. Postoje brojni razlozi za to:

– Relevantni retrocesionar je za još jedan korak udaljen od osiguranika te zato ima manje informacija i manja je verovatnoća da može doći do informacija o vrsti osigurane štete.

– Udaljeni reosiguravači / retrocesionari imaju malo ili nemaju nikakav kontakt sa osiguranikom ili osiguravačem radi nezavisne istrage štete.

– Obaveza dokazivanja vrste osigurane štete u svakom nivou reosiguravajućeg pokrivača bi zahtevalo dodatno vreme i trošak za svakog od reosiguravača / retrocesionara.

Nadoknada štete zbog napada na STC dobar je primer velike štete koja se prostrla nagore u tipični lanac reosiguranja. U rešavanju praktičnih problema i poteškoća prilikom primene tipičnih klauzula o istovetnosti isplata u ovom radu se koncentrišemo na primenu nekih češćih klauzula o istovetnosti isplata i istovetnosti sudbina u engleskom pravu, s tim da priroda utvrđenih problema znači da ćemo se sa njima sretati uvek kada se na direktno osiguranje ili ugovore o posredovanju u sklopu lanca pokrivača primenjuju različita merodavna prava.

#### 4. POSEBNI PROBLEMI NASTALI IZ ŠTETA ZBOG NAPADA NA STC

Odštetni zahtevi za imovinsku štetu nastalu zbog napada na STC istakli su određeni broj praktičnih problema u postizanju dejstva klauzula o istovetnosti sudbina, posebno ali ne i isključivo zbog opisanih klauzula o dvostrukom uslovu. Prvo su problemi nastali zbog udaljenosti reosiguravača / retrocesionara od nadoknade iz osiguranja. Nadoknadu su pregovarali i isplatili avioprevoznici i njihovi osiguravači. Ti osiguravači su, na uobičajen način, želeli da deo štete prebace na svoje reosiguravače, i u slučajevima u kojima su reosiguravači platili, oni su takođe želeli da izvestan deo prebace na njihove reosiguravače itd. Ovo je potpuno tipično za nastanak velike štete.

Pojedini reosiguravači na različitim nivoima reosiguravajućeg lanca hteli su da ospore prezentaciju štete i zahtevali su od cedenata da dokažu da ona ispunjava uslove datog reosiguranja. Uzimajući u obzir visinu štete aktivirano je više nivoa pokrivača i ponovo, kao što je tipično u velikim lancima reosiguranja, mnoge ugovore o reosiguranju su pregovarali različiti brokeri koji su plasman izvršili kod raznih reosiguravača po različiti-

<sup>20</sup> Odluka *Debre Ann Livingston* (sudija više instance) u presudi Apelacionog suda SAD drugog stepena (*U.S. Court of Appeals Second Circuit*) od 8. aprila 2011.

tim uslovima. Tipične razlike između ugovora o reosiguranju odnose se na različite klauzule o merodavnom pravu i nadležnosti suda, različitim isključenjima, različitim pravilima o rešavanju sporova i različitim klauzulama o kumuliranju. Sličnosti u ugovorima su postojanje klauzula o istovetnosti isplata koje su opisane u prethodnim izlaganjima.

Ovo predstavlja primer goreopisanih suprotstavljenih komercijalnih interesa u praksi. Reosiguravači zaključuju polise na osnovi svog shvatanja određenog rizika. U zavisnosti od svoje ocene rizika, oni zaključuju polise po posebnim uslovima. Ti uslovi, uključujući i odredbe o kumuliranju i merodavnom pravu predstavljaju suštinu sporazuma između ugovornih strana i osnovu na kojoj se oni odlučuju da zaključe ugovor. Činjenica da se ove ugovorne odredbe u velikoj meri razlikuju između osiguravača i po pojedinim polisama naglašava želju reosiguravača da ocenjuju svaki rizik pojedinačno i da uslove svakog ugovora tome prilagođavaju. Klauzule o istovetnosti sudbine su sredstvo kojim se štete distribuiraju naviše u lancu reosiguranja i tako dele na veći broj reosiguravača. Za reosiguravače je važno da oni efikasno funkcionišu, ali takođe i da ne menjaju suštinu sporazuma koji zaključuju.

#### 4.1. Kumulacija

Tipični primeri stilizacije klauzula o kumulaciji koje se koriste u ugovorima o reosiguranju su sledeći:<sup>21</sup>

„Po svakoj šteti ili nezgodi ili događaji ili seriji događaja nastalih iz istog uzroka, po svakoj letelici.”

„Sve štete koje pretrpi reosiguranik a nastanu tokom bilo kojeg perioda od 24 neprekinutih sati u oblasti od 10 milja, koje nastanu iz jednog od rizika ugovorenih Klauzulom AVN.48B (Klauzula o rizicima rata, kidnapovanja i srodnim rizicima).”

Kada se primene na činjenično stanje slučaja od 11. septembra lako je uočiti kako po engleskom pravu ove dve navedene različite forme klauzula o kumulaciji mogu da proizvedu veoma različite posledice u smislu raspoložive sume pokrića. Prva klauzula određuje da se štete mogu kumulirati jedino „po jednoj letelici”, dok je u slučaju odštetnih zahteva za štete nastale zbog napada na STC bilo dve letelice, pa po tome i najmanje dve štete. U drugoj klauzuli moguće je posmatrati uništenje kula bliznakinja kao jedinstven štetni događaj.

Činjenica da se različite klauzule o kumuliranju odštetnih zahteva primenjuju na različite nivode pokrića prouzrokuje probleme u smislu prenošenja šteta na sledeće nosioca pokrića u lancu. Mnogi reosiguravači su pokušali da se oslone na klauzule o istovetnosti sudbina

<sup>21</sup> Radi se o definisanju načina pokrića po jednom osiguranom događaju ili predmetu osiguranja. – Prim. prev.

kako bi postigli željeni rezultat, ali u slučaju klauzula sa dvostrukim uslovom, ne može se izvući zaključak da je reosiguravač dužan da isplati nadoknadu iz reosiguranja na isti način kao i reosiguranik koji je štetu likvidirao kao dva odvojena štetna događaja. Iz utvrđenog značenja takvih klauzula jasno je da one ne utiču na pravo reosiguravača da odredi nezavisne uslove kumuliranja u sklopu pokrića reosiguranika, a radi rasporeda štete po nivoima reosiguravajućeg pokrića.

To reosiguravačima predstavlja problem onda kada su štetu likvidirali kao dva odvojena štetna događaja i primenili dve sume pokrića, pri čemu im preostaje jedino da štete cediraju u reosiguranje na osnovu jedinstvenog štetnog događaja. U tom slučaju oni ostaju praznih džepova zbog dejstva suma i franšiza reosiguranja.

Situacije se može dodatno zakoplikovati onda kada se moraju primeniti različita merodavna prava na aktivne i pasivne ugovore o reosiguranju. U tim okolnostima čak i istovetne klauzule o kumuliranju mogu dovesti do različitih dejstava u dva ugovora usled različitih tumačenja. Englesko pravo, na primer, određuje „događaj” primenom testa „ujedinjujućih okolnosti” iz arbitraže *Dawson's Field* koja je odluka kasnije potvrđena u sporu *Kuwait Airways*<sup>22</sup>, ali se ona ne primenjuje u drugim pravnim sistemima.

#### 4.2. Obaveza dokazivanja štete

Značenje klauzula o istovetnosti sudbina sa dvostrukim uslovom bilo je predmet brojnih debata u engleskim sudovima, pri čemu je opšteprihvaćeno tumačenje dao lord *Mustill* iz Doma lordova (u to vreme najvišeg apelacionog suda Engleske – prim. aut.) u sporu *Hill v M&G*.<sup>23</sup> Pored pominjanja brojnih komercijalnih aspekata koje je klauzula pokušala da reši<sup>24</sup>, presuda lorda *Mustilla* dala je određeni broj važnih pouka o značenju i dejstvu takvih klauzula, a koje se mogu svesti na dva sledeća principa:

– Reosiguravač ne može snositi obavezu osim ako šteta potpada u pokriće po reosiguranju polisi i u pokriće po ugovorenom reosiguranju.

– Ugovorne strane su slobodne da se sporazumeju o načinu dokazivanja da li su ispunjeni ovi uslovi.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> *Kuwait Airways Corporation v Kuwait Insurance Co SAK* [1996] 1 Lloyd's Rep 664.

<sup>23</sup> *Hill and Others v Mercantile and General Reinsurance Co. Plc.* [1996] 1 W.L.R. 1239 – Sa presudom lorda *Mustilla* saglasila su se i četiri drugih lordova koji su sa njim odlučivali: *Lord Mackay of Clashfern L.C.*, *Lord Goff of Chieveley*, *Lord Slynn of Hadley* i *Lord Hoffmann*.

<sup>24</sup> *Isto.* – Presuda lorda *Mustilla*, kako je konstatovano od pasusa E, str. 1251 i dalje.

<sup>25</sup> *Isto.*

„Pored navedenog, svi problemi dolaze od pokušaja onih lica sa tržišta koja teže da osmisle prihvatljivu ravnotežu između suprotstavljenih zahteva iz prakse te da tu ravnotežu ostvare odgovarajućim izrazima.”<sup>26</sup>

Zato je u kontekstu nadoknade zbog štete nastale usled napada na STC na reosiguravačima da prvo dokažu da su procenu činjeničnog stanja (onako kako su im ga njihovi cedenti predstavili) u pogledu osnova šteta izvršili na adekvatan i poslovan način i, drugo, da bi te činjenice da su dokazane verovatno pružile osnov za obavezu tuženih avioprevoznika po pravu države Njujork. To ne znači da bi reosiguravači morali da rekonstruišu hipotetičku parnicu i dokazuju da bi tuženi avio-prevoznici bili stvarno obavezni po odluci suda države Njujork da bi platili štetu, jer klauzula o istovetnosti sudbina uklanja takvu vrstu obaveze. Ono što ta klauzula ne uklanja, je obaveza reosiguravača da se, na osnovu činjenica koje su im prezentovane u vezi sa odštetnim zahtevom, radilo o takvoj vrsti odgovornosti koja bi bila pokrivena po polisama osiguranja kao i ugovorima o reosiguranju. Sa jedne strane, ovo ne predstavlja posebno veliki teret koji se ne može prevazići. Klauzula ima za cilj ravnotežu potreba retrocedenata koji su želeli da izbegnu složenu i skupu ponovnu istragu štete sa reosiguravačima koji nisu želeli da se obavežu na nadoknadu štete izvan obima direktnog pokrića od odgovornosti kada, iz komercijalnih razloga koji na njih ne utiču, osiguravači i pored toga odluče da nadoknade štetu.

Određeni broj praktičnih pitanja izvire zbog činjenice da reosiguranje na različitim nivoima lanca sadrži više ili manje restriktivne klauzule o istovetnosti isplata i podleže primeni različitih merodavnih prava.

To su situacije u kojima reosiguravači imaju veoma ekstenzivne izraze o istovetnosti sudbine u svojim aktivnim polisama reosiguranja, a restriktivnije u svom reosiguranju. To dovodi do toga da reosiguravač mora da isplati štetu po svojim aktivnim polisama na osnovu veoma šturih informacija u pogledu prirode nadoknade. Kada retrocedent želi da prebaci izvestan udeo u šteti koju je platio na svoje reosiguravače, može da dođe do suočavanja sa retrocesionarom koji, ako postoji restriktivnije formulisana klauzula o istovetnosti sudbina, može da zahteva dokaz na osnovu čega je reosiguravač platio štetu. Ako je reosiguravač nadoknadio štetu „naslepo” oslanjajući se na ekstenzivnu klauzulu o istovetnosti isplata / sudbina u svojoj polisi aktivnog pokrića, on neće imati dovoljno informacija da bi mogao da ispuni uslov iz restriktivne klauzule o istovetnosti sudbina u svojoj polisi pasivnog pokrića. Pošto je prilično udaljen od osigurane štete, on takođe neće moći da dobije ove informacije, a njegov cedent (koji je takođe platio štetu „naslepo”) nema realne mogućnosti da zahteva

<sup>26</sup> Isto.

dodatne informacije. U tom slučaju reosiguravač, koji je pre nastanka štete bio komotan zbog činjenice da je cedirao dobar ili ceo deo obaveza koje bi mogao da ima na osnovu klauzule o istovetnosti sudbina, može otkriti da u stvari on ne može to da uradi i da mora u svom samopridržaju zadržati celu štetu.

Problemi takođe nastaju zbog različitih merodavnih prava u aktivnim i pasivnim ugovorima. Ovo je uobičajena situacija u kojoj se reosiguravači sa sedištem u različitim državama u svetu sporazumeju da odobre pokriće na osnovu prava svoje zemlje. Iako je ovo razumljivo, često prenebregava činjenicu da ista klauzula o istovetnosti sudbine može da se tumači različito u zavisnosti od merodavnog prava. Iako je u engleskom pravu, na primer, malo verovatno nametanje reosiguravačima bezuslovne obaveze da u svakom slučaju slede isplate učinjene po polisama aktivnog pokrića bez veoma jasnih klauzula u tom smislu zbog obaveze da se dokaže postojanje interesa za osiguranjem, u ostalim pravnim sistemima prihvata se šire tumačenje klauzula o istovetnosti sudbina i istovetnosti isplata. U SAD, na primer, oštećeni po polisi osiguranja od odgovornosti može naplatiti odštetni zahtev od osiguravača bez utvrđivanja stvarne zakonske odgovornosti osiguranika sve dok se ne utvrdi da potencijalna odgovornost postoji na osnovu činjenica koje su poznate osiguraniku i da se radi o razumnoj sumi u svetlu veličine moguće nadoknade i stepena verovatnoće uspeha oštećenog protiv osiguranika.<sup>27</sup> To je mnogo šira primena od obaveze po engleskom pravu da se dokazuje da je odgovornost premašila 50% na osnovu činjeničnog stanja. Nadoknada zbog štete nastale napadom na STC ugovorena je, po odbitku umanjenja, u visini od 72% od iznosa štete. Da je to odražavalo (makar i približno) stav stranaka o verovatnoći stepena odgovornosti tuženih avio-prevoznika, to ne bi bilo dovoljno za obavezivanje osiguravača da isplati nadoknadu po polisi na koju se primenjuje englesko pravo. Za razliku od ovoga, prema pravu SAD<sup>28</sup>, činjenica da je mogućnost odgovornosti postojala, zajedno sa malim iznosom nadoknade bi značilo da bi osiguravači imali obavezu da prihvate tu nadoknadu.

Navedeni problem ne odnosi se samo na klauzule sa dvostrukim uslovom. Kao što je ranije objašnjeno, u sporu *Wasa v Lexington*<sup>29</sup> pojašnjeno je da čak i klauzule sa jednostrukim uslovom, iako se odnose na uslove neposrednog reosiguranja ne isključuju obavezu reosiguranika da dokazuje postojanje interesa za osigu-

<sup>27</sup> *Luria Brothers & Co v Alliance Assurance Co Ltd* 780 F 2d 1082 (2<sup>nd</sup> Cir 1986) – Odluka prema pravu savezne države Delaware.

<sup>28</sup> Bar u pravu države Delaware, iako bi to rešenje prihvatile i ostale savezne države.

ranjem. Prema engleskom pravu ugovor o reosiguranju je nezavisan od ugovora o osiguranju, te će zato obaveza po njemu nastati samo u vezi sa rizicima koji su predmet pokrivača ugovora o reosiguranju. Na ovaj stav ne utiče ubacivanje klauzula o istovetnosti sudbina ili istovetnosti isplata. Ipak, u slučajevima kada se primenjuju različita merodavna prava u vezi sa direktnim osiguranjem, reosiguranjem ili retrocesijom, to može da dovede do različitih rezultata u smislu primene klauzule o istovetnosti sudbine.

Postoje primeri u kojima nadoknada zbog štete nastale usled napada na STC ispunjava i ne ispunjava uslove pokrivača određenih ugovora o reosiguranju zbog jednostavno malih razlika u tekstu klauzula o istovetnosti sudbine ili merodavnog prava u tim ugovorima, kao i u aktivnim ugovorima na koje se odnose. U gotovo svim slučajevima, pre nastanka štete, reosiguravači su smatrali da će im klauzule o istovetnosti sudbine omogućiti da cediraju sve štete koje oni budu obavezani da nadoknade na sledeće nosioce rizika u lancu. Ove razlike, često njima nepoznate u trenutku zaključenja ugovora o reosiguranju, dovele su do prekida lanca pokrivača a u pojedinim slučajevima ili je samo manji deo štete bilo moguće cedirati zbog problema u vezi sa kumuliranjem koje smo ranije izložili ili zbog nemogućnosti retrocedenata da ispune uslove klauzula o istovetnosti sudbine.

## 5. MOGUĆA REŠENJA

U primerima kao što je ovaj, reosiguravači koji se nalaze naviše u lancu pokrivača su udaljeni od direktnih polisa osiguranja i često su reosiguravali, na primer, kompletne portfelje avijacije retrocedenata. Oni u trenutku plasmana reosiguranja nisu znali koji ugovori postoje ili koje se pravo primenjuje na njih. U nekim slučajevima oni nisu bili upoznati sa merodavnim pravom ili uslovima iz aktivnih poslova svojih retrocedenata po kojima su prezentirane štete.

U osvrtnu na navedna pitanja, reosiguravači koji su izbegli obavezu mogu da tvrde da su klauzule imale željena dejstva, ali taj stav neće deliti mnogi koji nisu mogli uspešno da cediraju svoje štete. Jasno je da je ovo nepoželjna situacija za tržište koja naglašava potencijalnu opasnost u svim lancima reosiguranja.

Jedno od rešenja moglo bi da bude da se obezbedi da se svi ugovori o reosiguranju zaključuju po uslovima koji bi bili toliko široki da bi bezuslovno obavezivali reosiguravače da slede sve isplate koje učini reosiguravnik. To bi rešilo problem mogućnosti cediranja šteta, ali ne bi rešilo želju reosiguravača da kontrolišu uslove po kojima oni pružaju pokrivače. To takođe ne uspeva da izbegne potencijalni problem istaknut u sporu *Wasa v Lexington* u slučajevima kada se različita merodavna prava primenjuju na osiguranje i reosiguranje.

Drugo rešenje može da bude da svi reosiguravači usvoje jedinstvenu standardnu formu ugovora na koju bi se primenjivalo isto merodavno pravo. To bi uklonilo razlike u tretmanu štete na različitim nivoima lanca reosiguranja i omogućilo izvesnu istragu osigurane štete, ali bi sprečilo reosiguravače da samostalno pregovaraju o uslovima pokrivača i moglo bi ih prisiliti da ugovaraju pokrivače po nepoznatom merodavnom pravu.

Još jedno od mogućih rešenja bi bilo usvajanje nezavisnog sistema standardnih obrazaca ugovora o reosiguranju, što je sličan koncept obrascu tržišta na Bermudama, ali posebno koncipiran za duge lance reosiguranja. Ako bi svi reosiguravači prihvatili da ugovaraju po jedinstvenom sistemu, to bi uklonilo neizvesnost svojstvenu dugim lancima zbog nespojivih razlika u uslovima po kojima se pokrivače u lancu zaključuje. To bi bilo teško praktično postići i zahtevalo bi obavezivanje celog tržišta ako bi se želela postići efikasnost, ali može predstavljati rešenje koje bi i dalje dozvoljavalo primenu klauzula o istovetnosti sudbina sa izvesnim parametrima, uz istovremeno omogućavanje reosiguravcima da prilagode obim pokrivača koji oni mogu da pruže u bilo kojem nivou lanca reosiguranja.

## 6. ZAKLJUČAK

Praktični problemi koju su opisani u ovom radu, po pravilu, mogu se primeniti na mnoge lance reosiguranja zbog prirode tržišta. Nema očiglednog ili lakog rešenja koje bi omogućilo izvesnost da će svi lanci reosiguranja funkcionisati sve dok reosiguravači budu želeli da zadrže izvestan stepen kontrole nad procenom odštetnih zahteva na najnižem nivou preuzimanja rizika i suma reosiguranja na koje se obavezuju.

<sup>29</sup> *Wasa v Lexington* [2009] UKHL 40.