

Мр Наташа Петровић Томић*

Max Haller, *Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*,
Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2008, стр. 314.

Одговорност чланова корпоративних органа представља једно од најактуелнијих питања корпоративног управљања. Будући да се од одговорности очекују едукативни и дисциплински учинци, она се све чешће посматра као још један у низу механизма решавања првог агенцијског проблема. Међутим, државе са лидерском позицијом у одређивању најновијих трендова корпоративног управљања већ су искусиле и све негативне стране политике поштравања одговорности чланова корпоративних органа. Зато се о одговорности не може говорити, а да се, при том, не отвори и питање обезбеђења осигурања те одговорности. Најновија монографија издата под окриљем уваженог професора *Forstmoser*-а, а коју потписује *Max Haller*, бави се одговорношћу и осигурањем од одговорности чланова управа привредних друштава (компанија). Монографија је подељена у два дела. Први део је уводног карактера и посвећен је питањима одговорности корпоративних органа у швајцарском праву и пракси. Други део, знатно већег обима, анализира осигурање од одговорности.

Први део монографије има два одељка. Док у првом одељку разматра одговорност према грађанском праву (*Haftung nach Zivilrecht*), аутор у другом одељку утврђује услове одговорности према јавном праву (*Haftung nach öffentlichem Recht*).

Први одељак првог дела започиње одређивањем појма корпоративног органа у швајцарском праву. Овим појмом, по мишљењу аутора, обухваћени су како формални органи управе (лица која имају мандат за вођење послова друштва), тако и органи управе у материјалном смислу (тзв. „сиве еминенције“ друштва, попут скривених директора, већинског акционара, друштва мајке, итд.). Они могу

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду.

бити обухваћени одговорношћу све време док могу утицати на одлуке друштва. Након одређења појма органа управе као претходног појма, аутор се бави претпоставкама њихове одговорности: штетом, узрочном везом и противправношћу. Дефинишући штету, аутор посебно издваја категорију „чисте имовинске штете“ (*reine Vermögensschaden*) која је битан елемент и тачка разграничења осигурања од одговорности чланова управе и других сродних осигурања (стр. 6). Осим тога, аутор помиње и разлику између директне (штета коју трпе акционари и повериоци) и индиректне штете (штета коју трпи само привредно друштво), које, такође, представљају једно од контроверзних питања осигурања од одговорности чланова управе. По мишљењу овог аутора, директне штете акционара и поверилаца нису у центру оптике осигурања од одговорности чланова управе (стр. 11). Из угла овог осигурања, много су значајније тзв. индиректне штете. Узрочна веза је обрађена давањем примата теорији адекватне узрочности. Приликом одређивања противправности (*Widerrechtlichkeit*), као елемента одговорности, полази се од тога да су законске одредбе о одговорности чланова управе принудне и да су статутарна или уговорна ограничења одговорности у швајцарском праву (за разлику од других права, америчког, на пример) ништава (стр. 40). Фидуцијарна дужност, правило пословне процене, одговорност за проспект (као и други случајеви одговорности управе) обрађени су као претпоставка одговорности. Најзад, последњи део је посвећен процесноправним специфичностима утврђивања одговорности чланова управе: надлежности, активној и пасивној легитимацији, приговорима, солидарној одговорности, трошковима поступка, терету доказивања и застарелости. С обзиром на све већу распрострањеност осигурања од одговорности чланова управе, аутор утврђује у ком степену оно повећава парнични менталитет и како се одржава на одбрану осигураних чланова управе (стр. 124).

Други одељак проучава одговорност према јавноправним прописима. Поставља се питање одговорности чланова управе друштва према радном, пореском и социјалном законодавству и износе аргументи за и против деловања осигурања и у погледу ових захтева. У оквиру анализе јавног права, аутор отвара питање регулативе одговорности чланова органа управе непрофитних организација (установа, задруга, итд) и оправданости увођења могућности осигурања те одговорности.

Други део, осигурање од одговорности (*Organhaftpflichtversicherung*), има седам одељака. Први одељак другог дела је посвећен општим питањима осигурања од одговорности чланова управе. Аутор најпре дефинише ову врсту осигурања пошавши од осигурања од одговорности као *genus proximum*-а и везујући *diffrentia specifica*

обележје за врсте осигураних штета и осигурана лица. Осигурање од одговорности чланова управе друштава је *sui generis* осигурање, које – осим што је ограничено на покриће чисто имовинских штета – има низ особености, због којих га је немогуће у потпуности и без остатка укалупити у постојеће класификације осигурања (стр. 161)! Иако по називу и суштинским обележјима припада породици осигурања од одговорности, не сме се занемарити функција правне заштите коју оно неспорно врши (стр. 163). Мада аутор посвећује доста простора обради елемената који указују на заштитну функцију осигурања од одговорности чланова управе, швајцарски општи услови осигурања не предвиђају дужност одбране осигуравача (већ само обавезу плаћања трошкова одбране), што наводи на закључак да се у швајцарском праву у потпуности не остварује функција пасивног осигурања правне заштите. Када је реч о правној природи осигурања од одговорности чланова управе, она је одређена следећим обележјима: осигурање за туђ рачун (привредно друштво је уговарач осигурања, оно плаћа премије), квалитет осигураних лица (осигурана су лица на управљачким позицијама, што значи да морају испуњавати високе квалификационе критеријуме и располагати великим овлашћењима), однос одговорности и покрића (одговорност у унутрашњим односима је главни разлог зашто компаније купују ово осигурање). Аутор износи став у прилог допуштености овог осигурања, позивајући се на законске и обичајне норме као границе осигурљивости (стр. 180). Уколико постоји пермисивни законски оквир, привредно друштво има право, а не обавезу, да закључи ово осигурање. У вези са закључењем уговора од стране привредног друштва отвара се питање да ли и у којој мери трећа лица (на пример, акционари) имају право да знају за осигурање од одговорности, као и да ли је клаузула поверљивости пуноважна (стр. 175). Као једно од проблематичних аутор издваја питање самопридржаја (да ли треба да буде на терет друштва уговарача осигурања или осигураних чланова управе?). Најзад, аутор анализира норме Закона о уговору о осигурању, правећи разлику између принудних, полупринудних и диспозитивних. Будући да осигурање од одговорности чланова управа купују велике и компаније које се котирају на берзи и да, осим стручног знања, могу да користе и услуге брокера, аутор сматра да постоји економска једнакост уговорних страна, која би могла бити нарушена применом норми протекционистичког карактера (стр. 188). Аутор, надаље, анализира дужности уговорних страна (дужност пријављивања околности значајних за оцену ризика, пријављивања промене ризика, настанка осигураног случаја) са указивањем на одступања од општих правила диктирана карактером овог осигурања као колективног и закљученог за туђ рачун.

Други одељак другог дела носи наслов заједничка обележја осигурања чисто имовинских штета. Након негативне дефиниције појма чисто имовинске штете (као штета које нису имовинске, нити штете на лицима), који је од кључног значаја за практичну примену осигурања од одговорности чланова управе, аутор скреће пажњу на потребу њиховог разликовања од посредних имовинских (*Vermögensfolgeschaden*) и рефлексних (*Reflexschaden*) штета. Објашњавајући осигурани случај, аутор се највише задржава на принципу подизања захтева као осигураног случаја (*Anspruchserhebungsprinzip*). Будући да представља особеност осигурања од одговорности чланова управе, истакнуте су добре и лоше (од којих је најупечатљивије непоклапање рока покрића са роком застарелости подизања захтева против чланова управе) стране његовог коришћења. Као главни аргумент против коришћења овог принципа у чистом облику истиче се да, захваљујући њему, осигурани лица не могу рачунати на потпуно покриће ни претходне, ни накнадне одговорности. Због тога се уговорним странама препоручује да, у циљу избегавања празнина у покрићу, одступају од његове дословне примене и усвајају елементе принципа настанка штете као осигураног случаја. То се постиже куповином ретроактивног покрића и уношењем у уговор клаузуле о накнадном року. Следећа особеност осигурања од одговорности чланова управе је уговарање агрегатног лимита. Он се одређује не само у погледу захтева, већ и у погледу уговореног периода осигурања, који обично износи годину дана. Имајући у виду тешкоће до којих доводи његова примена, аутор анализира клаузулу о серијским штетама (*Serienschadenklausel*), која омогућава да се сви захтеви између којих постоји привредна веза третирају као један и примени исти лимит. Да ли је то више у интересу осигураника или потенцијално оштећених лица је спорно, јер није довољно јасно објашњено. На овом месту се говори и о искључењима општег карактера, попут намере и износа казног карактера које могу бити досуђени осигураним члановима управе, док су остале искључене штете изложене у трећем одељку.

Трећи одељак другог дела проучава осигурање од одговорности чланова управе у варијанти англоамеричког *D&O* осигурања. Након историјског развоја овог осигурања и извесних предвиђања у погледу будућих кретања на тржишту осигурања од одговорности чланова управе, аутор детаљно проучава његова најважнија обележја. Најпре се говори о томе да је реч о колективном и осигурању за туђ рачун, што се одражава на процес преузимања ризика у покриће, који се везује за уговарача осигурања, а само изузетно за поједине осигуранике. Централни део одељка посвећен је најбитнијим уговорним клаузулама. Аутор детаљно проучава осигурање од индиректне одговорности компанија (тзв. покриће типа Б), које је све заступљеније у потрфолиу корпоративних осигурања. Након изношења става раз-

личитих права по питању допуштености обештећења, аутор скреће пажњу на чињеницу да пуноважност покрића типа Б директно зависи од става меродавног материјалног права о овом питању. Уколико позитивно право не дозвољава обештећење, друштво које је обештетилу своје чланове управе неће моћи да се за износ накнаде штете или трошкова одбране обрати осигуравачу. Када је реч о лицима која се могу наћи у улози оштећеног и подносиоца одштетног захтева, аутор се бави свеprisутном дилемом у европскоконтиненталним земљама да ли покриће треба да важи и у случају тзв. унутрашње одговорности (стр. 265–269). Пре него што изнесе своје опредељење у погледу швајцарског права, аутор подсећа на практични значај одговора на ово питање, чак и за државе у којима захтеви из унутрашње одговорности нису чести, због интернационалног пословања. Будући да спољни директори представљају значајни инструмент унапређења корпоративног управљања, прибављање прилагођеног покрића за њих је од круцијалног значаја за њихово подстицање на вршење поверене улоге. Иако *D&O* осигурање вишеструко користи и осигураним директорима и компанији која га купује, трошкови које изазива оправдавају разматрање алтернатива овом виду заштите од личне одговорности. У том смислу су проучена *captive* друштва и споразуми којима трећа лица (а не компанија) преузимају обавезу да обештете чланове управе (стр. 259–263). У завршном делу се разматрају искључења, за која се може рећи да су најфреквентнија у осигурању од одговорности директора. Пре набрајања конкретних врста искључених штета, аутор објашњава улогу клаузуле супсидијаритета, која је данас стандардно присутна у овој врсти осигурања. Деловањем ове клаузуле спречава се да *D&O* осигурање постане *all risks* осигурање и да се примењује и на случајеве који би се могли подвести под опсег неког другог осигурања. Захтеви у вези са статусним променама, захтеви у вези са загађењем животне средине, захтеви запослених, трошкови одбране у кривичном поступку анализирани су као врсте искључених штета.

Четврти одељак другог дела бави се само појединачним *D&O* осигурањем (*Einzelversicherung*), које се по правилу купује за неизвршне и независне директоре. Аутор указује на разлике појединачног у односу на колективно осигурање од одговорности директора, посебно наглашавајући значај клаузуле раздвајања.

Пети одељак је посвећен осигурању од одговорности чланова управе непрофитних организација, са посебним освртом на чланове управе задужбина. Иако се ово покриће не среће често у недовољно развијеној континенталној пракси корпоративних осигурања, аутор указује на све већи пораст ризика одговорности чланова управе непрофитних организација, што оправдава обогаћивање тржиш-

та осигурања од одговорности директора понудом посебне врсте покрића прилагођене управама непрофитних организација.

Шести одељак проучава друге врсте осигурања од професионалне одговорности, чије познавање може бити корисно за правилно разумевање смисла и функције осигурања од одговорности чланова управе. Осигурање од одговорности ревизора је посебно интересантно, јер се може десити да се осигуравач *D&O* осигурања за износ исплаћене накнаде регресира од саодговорног ревизора тј. његовог осигуравача. Интересантно је да, и поред релативне сличности положаја ревизора са положајем чланова управе, постоје суштинске разлике у њиховом осигурању од одговорности. Поред осигурања ревизора, поменути су и осигурање адвоката и банкара.

У седмом одељку су изложени закључци. Оно што између редова провејава – и што је основна порука аутора – јесте да се питањима одговорности и осигурања од одговорности чланова управе привредних друштава не може озбиљно приступати на други начин, осим мултидисциплинарно. *D&O* осигурање, као специјални производ привреде осигурања, трпи утицај интернационалних тенденција вођења пословања и може бити прилагођено потребама међународног промета ако се покрене акција у циљу његове постепене унификације. Међутим, свестан младости овог производа тржишта осигурања, аутор истиче да је у актуелном тренутку реално размишљати само о унификацији на националном нивоу.

Оно што посебно издваја ову монографију је чињеница да је једна од ретких која се на врло исцрпан и академски начин бави питањима осигурања од одговорности чланова управа. Заправо, највећи део монографије (цео други део, укупно 149 страна) посвећен је овој проблематици. Аутор се не задовољава само теоретским проучавањем осигурања од одговорности директора и чланова управа друштава, већ разматра низ практичних проблема и покушава да одговори на њих. То ову монографију чини драгоценом за европску праксу осигурања, која је недовољно развијена и која тек треба да се уобличи. Са циљем спречавања претераног и европским приликама неприлагођеног утицаја англосаксонске осигуравајуће праксе, монографију оваквог степена озбиљности, аналитичности и аргументованости сматрамо драгоценом.