Стефан* КОВАЧ

АРБИТРАЖА У РЕОСИГУРАЊУ

Резиме

Дјелатност реосигурања је изузетно значајна за финансијски сектор, а интереси осигуравача, реосигуравача, осигураника и државе су међусобно „испреплитани“. Ови субјекти су директно или индиректно заинтересовани да се спорови из реосигурања окончају на пријатељски начин, а арбитража је идеална за ту сврху. Ad hoc арбитража је традиционални механизам рјешавања спорова из реосигурања, а уговори о реосигурању најчешће садрже компромисорну клаузулу која може имати ужи или шири домашај, у зависности од воље странака. Арбитри у спору из реосигурања су стручњаци за осигурање и реосигурање, обично са дугогодишњим искуством у наведеним дјелатностима. Арбитражни трибунал обично доноси одлуку на основу обичаја и праксе реосигурања, али странке често предвиђају и одлучивање „по правичности“, што „отвара врата“ евентуалним злоупотребама. Иако су арбитри стручњаци за реосигурање, они не морају бити правници, те је препоручљива имплементација арбитражних правила UNCITRALA или ARIASA, којима се ефикасно регулише арбитражни поступак. У процесу вертикалне „атомизације“ ризика, поред осигуравача и реосигуравача,често учествују ретроцесионари, брокери и пулови реосигурања. Уколико је осигуравач „економски јача страна“, могао би да наметне стандардизовану компромисорну клаузулу, којом би обезбједио вишестраначку арбитражу и консолидовани арбитражни поступак.

***Кључне ријечи**: реосигурање, арбитража, арбитражна клаузула, специјализовани арбитри, обичаји реосигурања и одлучивање „по правичности“, вишестраначка арбитража и спајање поступака.*

---

* Дипломирани правник - мастер

I Реосигурање

1 Појам и значај реосигурања

Реосигурање је осигурање осигурања.[1] Другим ријечима, реосигурање представља поновно осигурање, а сама ријеч садржи префикс „ре“, који у већини европских језика значи још једном, опет, поново. „Реосигурање је у ствари уговорни однос између једног осигурача и осигураника са аспекта осигураника“.[2] Према широко прихваћеној дефиницији у нашој литератури, уговор о реосигурању се одређује као правни посао према којем реосигуравач преузима обавезу да другој страни, осигуравачу, плати дио износа или чак читав износ који је овај платио, или треба да плати осигуранику или осигураницима, а осигуравач преузима обавезу да реосигуравачу плати одређену премију.[3] Предмет уговора о реосигурању је уговорна одговорност осигуравача према осигуранику, те накнада из реосигурања увијек има одштетни карактер, без обзира да ли је у питању осигурање имовине или лица.

Закључено реосигурање омогућава осигуравачу да се заштити од великих и неочекиваних ризика, а посебно оних који прелазе његов самопридржај по полиси или портфељу осигурања. Захваљујући реосигурању, осигуравач може да преузима ризике које иначе не би, чиме развија своје портфеље и повећава конкурентост на тржишту. Реосигурање је лукративан привредно - правни посао изразито међународног карактера.[4] Осим финансијског мотива, реосигуравачи преузимају ризике из раз-

1 Јанковец критикује овај термин истичући да се под „осигурањем осигурања“, може сматрати и осигурање солвентности осигуравача од стране осигураника. Ивица Јанковец, *Уговор о реосигурању*, Институт за упоредно право, Београд, 1968, 7, 44 - 45; Термин „осигурање осигурања“ су сковали познати француски правници *Picard* и *Beson*. Наташа Петровић Томић, „Реосигурање - суштина, домашај и значај“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)*, 2/2015, 79 фн 3.

2 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад, 1996, 281.

3 И. Јанковец, 10; Предраг Шулејић, *Право осигурања*, Београд, 2005, 513; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2014, 189; Драган Мркшић, Здравко Петровић, Катарина Иванчевић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2006, 156 - 157; Владимир Марјански, *Правна природа уговора о осигурању (мастер рад)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2006, 121; Н. Петровић Томић, 79; Владимир Петрановић, *Осигурање и реосигурање*, Информатор, Загреб, 1984, 126; Стефан Ковач, *Уговор о реосигурању са посебним освртом на Директиве Европске уније (мастер рад)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017, 6.

4 И. Јанковец, 20.

личитих земаља ради заштите и диверзификације својих портфеља, а истовремено улазе на нова тржишта и проширују клијентелу. У случају остварења катастрофалних ризика, попут поплава и земљотреса, развијено тржиште осигурања и реосигурања умањује обавезу државе приликом ангажовања буџетских средстава за испомоћ становништву.

Данас је степен вјероватноће остварења великих природних и технолошких ризика већи него икада у историји човјечанства, те је повјерење осигураника у осигурање, а осигуравача у реосигурање, изузетно значајно, не само са аспекта уговорних страна, већ и друштва у цјелини. Из тог разлога, наведени субјекти су директно или индиректно заинтересовани да се спорови из реосигурања окончају на пријатељски начин, брзо и ефикасно, а арбитража је идеалан механизам за то.

2. Арбитража и реосигурање

Традиционално посматрано, реосигурање је представљало „часни споразум“ (енг. *honourable engagement*) између два или више „џентлмена“ (енг. *gentleman's agreement*), заснован на узајамном повјерењу и поштовању. Први уговори о реосигурању су се ослањали на струковне (вертикалне) обичаје, били су кратки и тајанствени, а спорови су се углавном рјешавали обичним руковањем. Стога, не треба да чуди што поједини аутори пореде тадашњи концепт реосигурања са браком.[5] Ипак, уколико уговорне стране нису могле споразумно да ријеше своје несугласице, одлуку о томе су препуштали арбитру појединцу, стручњаку за осигурање и реосигурање.[6] Захваљујући традицији, данашњи уговори о реосигурању су углавном дугорочни правни послови, базирани на узајамном повјерењу, а арбитража је главни механизам рјешавања спорова. За разлику од других *B2B* (енг. *business to business*) трансакција, спорови који проистекну из реосигурања се најчешће ријешавају пред *ad hoc* арбитражама.[7] У

5 Kyriaki Noussia, *Reinsurance Arbitrations*, Springer, 2013, 14.

6 Познати француски правник, *Emerigon*, одлучивао је давне 1759. године као арбитар у спору из реосигурања. И. Јанковец, 141.

7 Вид. K. Noussia, 2; Супротно појму *B2B*, данас су све актуелније *B2C* (енг. *business to consumer)* трансакције, посебно у дјелатности осигурања. Стога, не треба да чуди све већа популарност потрошачких арбитража, имајући у виду предности које пружа у односу на државни судски апарат. Ипак, постоји велика опасност злоупотребе од стране осигуравача, који намеће своје услове пословања осигуранику - потрошачу, без опције преговарања; „Преваљивањем спорова мале вредности на арбитражу растерећује се државни судски апарат и стварају претпоставке за суђење у разумном року“. Наташа Петровић Томић, „Решавање

зависности од угла посматрања, повјеравање спорова *ad hoc* трибуналу може бити предност или мана, а странке бирају одговарајућу врсту арбитраже у складу са својим потребама.[8] Арбитража је идеалан начин за рјешавање спорова из реосигурања на основу следећих разлога: 1) Уговор о реосигурању обилује техничким терминима и обичајима струке, које могу правилно разумјети и примијенити само лица која су стручњаци за реосигурање, односно специјализовани арбитри;[9] 2) Аутономија воље и аутономно трговачко право су главни извори материјалног права реосигурања;[10] 3) Реосигурање је најчешће међународни трговински уговор, тј. странке имају сједиште у различитим земљама, што иде у прилог арбитражном рјешавању спорова; 4) Класичне предности арбитраже у односу

потрошачких спорова пред арбитражом", *Анали Правног факултета у Београду (анали ПФБ)*, вол. 62, бр. 2 (2014), 89.

8 *Ad hoc* арбитража омогућава максималну флексибилност странкама у погледу креирања самог поступка. Према неким ауторима, највећа мана ове врсте арбитраже јесте њена зависност од сарадње странака и њихових адвоката, те је потребно да исти сарађују, не би ли се поступак окончао ефикасно и без одлагања. Carita Wallgren - Lindholm, „*Ad hoc* arbitration v. institutional arbitration", *International Commercial Arbitration (ed. Giuditta Cordero – Moss)*, Cambridge University Press, New York, 2013, 70; „*Ad hoc* арбитража нема свој „дом", нема сталне просторије у којима ради, нити има особље које ће опслуживати административне потребе трибунала". Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и ADR*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 23; Највише цитирани разлози због којих се трговци опредјељују за институционалну арбитражу су: репутација, искуство, предвидљивост трошкова (посебно накнада арбитара) и „уходан" арбитражни поступак. Према неким истраживањима, око 86 % арбитражних одлука доносе арбитражне институције. C. Wallgren - Lindholm, 66-67; Према појединим ауторима, највећа мана институционалне арбитраже јесте њена „бирократија", тј трошкови особља и сложени правилници који могу довести до одуговлачења поступка. *Ibid.*, 67, 80; Други додају и недостатак објективне тајности поступка. Слободан Јовановић, *Уговор о реосигурању*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2002, 75.

9 Вид. Н. Петровић Томић (2015), 87 фн. 33.

10 Специфичност реосигурања, потреба што је могуће веће слободе у области реосигурања, мањи број уговора, висока стручност уговорних страна, оскудност судске праксе услед арбитражног рјешавања спорова, а која би евентуално могла послужити законодавцу као извор за сазнавање проблема из праксе, разлози су због којих реосигурање није материјално правно регулисано законима и међународним уговорима. Вид. И. Јанковец, 34; За разлику од осталих уговора у привреди, хијерархијски највише мјесто код реосигурања заузима аутономија воље уговорних страна. Борис Маровић, Слободан Јовановић, *Реосигурање*, ДДОР Нови Сад, Нови Сад, 2004, 146; „Аутономно право чини скуп правила трговачког уговорног права која не потјечу од законодавца, у оквир тога права спадају, осим формуларног права, трговачки (пословни) обичаји, узанце, трговачки термини, и клаузуле". Александар Голдштајн, *Уговори аутономног привредног права*, Загреб, 1974, 12.

на државне судове попут неутралности, брзине и ефикасности[11], флексибилности, тајности поступка и олакшаног признања и извршења одлука.

У тексту који следи, посебну пажњу ћемо посветити пракси судова у САД, пред којима се примјењују два извора арбитражног права. Федерални закон о арбитражи (енг. *Federal Arbitration Act;* у даљем тексту: *FAA*) је примарни извор арбитражног права у САД, а односи се на међуфедералне и међународне поморске и трговинске трансакције.[12] Конвенција о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука (енг. *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*) се примјењује на међународне трговинске уговоре.[13] Ипак, уколико се уговор или арбитражна одлука односе искључиво на држављане (корпорације) САД, који имају сједиште (теорија инкорпорације) или главно мјесто пословања на територији САД, предност има *FAA*.[14]

II Уговарање надлежности арбитраже

1. Арбитражна клаузула

Арбитража је творевина аутономије воље уговорних страна, те је потребно унапријед, или након настанка спора, уговорити надлежност арбитражног суда. Уговори о реосигурању, а посебно оквирни, готово увијек садрже арбитражну клаузулу.[15] За разлику од појединачних

11 На лондонском тржишту реосигурања, арбитража је скупа, често долази до одуговлачења поступка, а арбитражне одлуке понекад не изражавају истинску вољу уговорних страна. Вид. С. Јовановић, 76; Према подацима СБ, просјечан привредни судски поступак у Србији траје 525 дана (од подношења тужбе до правоснажне одлуке), док према подацима СТА при ПКС, арбитражни поступак траје 3 до 5 пута краће. Мирко Васиљевић, „Привреда и судска и арбитражна пракса", *Право и привреда*, Београд, 2017, 24.

12 К. Noussia, 84; Вид. *FAA*, поглавље 1, одјељак 1, www.sccinstitute.com.

13 *FAA*, поглавље 2, одјељак 202.

14 Овај изузетак се дерогира уколико се нека имовина ових корпорација налази у иностранству, ако се уговор или одлука имају извршити у иностранству, те ако постоји нека разумна веза се једном или више страних држава. Вид. FAA, поглавље 2, одјељак 202.

15 Вид. К. Noussia, 1; Пророгациони споразум је такође процесно – правни уговор, који је истовјетан арбитражном по следећим карактеристикама: форми, забрани генералне пророгационе клаузуле, могућности избора страног материјалног права (инкорпорацијом мјеродавног права кроз уговорну клаузулу, а зашто не и у самој пророгационој клаузули) и начелу сепарабилитета пророгационе клаузуле. Вид. Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 351 - 352; Вид. Закон о парничном поступку – ЗПП, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, чл. 65, ст. 3; Ипак, пророгациони споразум показује крупне недостатке у односу на арбитражни: а) Странке не могу по сопственом нахођењу да креирају поступак, нити да иза-

(факултативних) реосигурања, оквирни уговори су комплекснији, вриједнији и закључују се у циљу успостављања трајније пословне сарадње, што може бити разлог због којег их странке радије повјеравају арбитражи.[16] Арбитражну клаузулу треба формулисати на јасан и недвосмислен начин, без примјеса „патологије“,[17] да би се избјегли непотребни спорови око арбитрабилности. Компромисорна клаузула код реосигурања треба да посједује следећу садржину: прецизно формулисан домашај, врсту арбитраже и њено сједиште, квалификације арбитара, мјеродавно материјално и процесно право, као и језик поступка.[18] У зависности од воље

беру страно процесно право, већ се примјењује право државе суда – *lex fori* б) Државни судови не могу да одлучују по основу правичности, већ само на основу неког субстантивног права, што представља проблем за дјелатност реосигурања. Такође, ако је изабрано неко страно материјално право, поставља се питање његовог сазнања и примјене пред домаћим судом в) У пророгационом споразуму, осигуравач и реосигуравач не могу да одреде његов „домашај“, будући да државни судови имају надлежност да одлучују о свим споровима проистеклим из трговинско – правног посла г) Оптирањем за државни суд, странке анулирају све предности арбитраже. Имајући у виду горе изнесено, сматрамо да пророгациони споразум није, нити ће икада бити конкурентан арбитражном рјешавању спорова; Неки аутори истичу да је арбитражна клаузула у потрошачком уговору, чији је циљ принуда потрошача на рјешавање спорова искључиво путем арбитраже, ништава, односно неважећа. Супротно овоме, клаузуле медијације и мирења не искључују право потрошача - осигураника на судску заштиту, те се не сматрају ништавим и неправичним. Такође, компромисорни споразум настао након избијања спора, не може се наметнути потрошачу, те је он валидан. Наташа Петровић Томић, *Заштита потрошача услуга осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 382 - 383, 395 - 396.

16 Факултативни (појединачни, опциони, добровољни) уговор о реосигурању је такав правни посао, који се односи на један, или више тачно одређених уговора о осигурању. И. Јанковец, 71; Вид. Б. Маровић, С. Јовановић, 205 - 206; Оквирни уговор о реосигурању (општи, генерални, облигаторни) аутоматски протеже своје дејство на сва директна осигурања одређене врсте, која осигуравач накнадно закључи. Вид. В. Петрановић, 129; Б. Маровић, С. Јовановић, 208.

17 Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 65 - 68.

18 Арбитражна клаузулу конципирану за двостраначку арбитражу можемо формулисати на следећи начин: *Уговорне стране су сагласне да све спорове који проистекну из овог уговора, или су у вези са њим, повјере ad hoc арбитражи са сједиштем у Београду. Свака Уговорна страна бира по једног арбитра, а ови трећег „коцком“, који предсједава арбитражним вијећем. Арбитри морају бити стручњаци за осигурање и реосигурање, активни или у пензији, и то: особе на руководећим положајима у осигуравајућим и реосигуравајућим друштвима, адвокати, професори права, актуари или судије у пензији. Овај Уговор се према вољи Странака сматра часним споразумом, те су арбитри слободни да одлучују по правичности, тј ослобођени су стриктног поштовања закона и правних формалности приликом доношења арбитражне одлуке. Арбитражни поступак ће бити спроведен према UNCITRAL - овим*

странака, компромисорна клаузула може бити шире (енг. *broad clause*) или уже (енг. *narrow clause*) одређена. За разлику од уже постављене арбитражне клаузуле, шира „ужива" презумпцију арбитрабилности свих будућих спорова из конкретног уговора.[19] Ово становиште потврђује и *FAA*, према којем су арбитражни споразуми у писменој форми пуноважни, неопозиви и извршиви.[20] При том, арбитрабилни су сви имовинскоправни захтјеви којима странке могу слободно располагати, уз поштовање ограничења које поставља јавни поредак.[21] Приликом испитивања арбитрабилности, судови прво истражују постојање следећих чињеница: 1) писаног споразума о арбитражи 2) његов домашај.[22] Такође, судови у САД су ради утврђивања арбитрабилности развили тзв. тест

арбитражним правилима за ad hoc арбитраже. Радни језик поступка, комуникација између учесника, докази и арбитражна одлука ће бити на српском и енглеском језику.

19 John Nonna, Jonathan Strassberg, „Reinsurance arbitration: Boon or bust?", *Tort & insurance law journal*, vol. 22, no. 4 (summer 1987), 590; K. Noussia, 83.

20 *FAA*, чл. 2; K. Noussia, 84; У праву САД, слично важи за компромисорне клаузуле из потрошачких уговора, тј претпоставља се њихова пуноважност и правичност. Супротно овоме, у ЕУ важи претпоставка неправичности и ништавости, што преноси терет доказивања на „плећа" економски јаче стране, осигуравача. Н. Петровић Томић (2014), 90; Супротно овоме, у нашем праву се за „потрошачку" арбитражну клаузулу, укључујући ту и уговоре о осигурању, везује необорива претпоставка неправичности и ништавости! Наиме, наш Закон о заштити потрошача прописује да потрошач има право на судску заштиту, без обзира на покретање и вођење вансудског процеса, чиме је обесмишљен сам институт арбитраже. Заправо, ова норма представља највећу сметњу развоју арбитражног рјешавања потрошачких спорова у Србији. Н. Петровић Томић (2015 б), 395 - 396; Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016 – др. закон, чл. 143.

21 J. Nonna, J. Strassberg, 594; Потрошачки арбитражни споразуми испуњавају захтјеве субјективне и објективне арбитрабилности, будући да их закључују физичка и правна лица о имовинскоправним захтјевима којима слободно располажу, а искључива надлежност суда није прописана. Н. Петровић Томић (2015 б), 395.

22 K. Noussia, 83; Пуноважност арбитражног споразума у потрошачком уговору би требала да се цијени према следећим критеријумима: а) Он мора бити садржан у посебном писмену и потписан, што неће бити случај ако је исти инкорпорисан у опште услове или ако се они позивају на њега. Кључно је обезбједити слободан пристанак осигураника, те његово упознавање са сврхом арбитражне клаузуле/компромиса. Такав терет информисања треба да сноси „јача" страна, осигуравач б) Правно обавезујући за обје стране, што тренутно није случај у нашем праву в) Садржина споразума треба да буде уређена законом, уз прописивање минимума стандарда ради заштите потрошача г) Најзад, *ad hoc* арбитражу треба забранити, будући да је осигураник – потрошач обично правни лаик. Међутим, Стална арбитража при ПКС не посједује надлежност за рјешавање потрошачких спорова, те се поставља питање ко има? Н. Петровић Томић (2014), 93, 102 - 104; Због наведених разлога, поједини аутори виде рјешење у доношењу закона о алтернативном рјешавању потрошачких спорова и формирању *sui generis* потрошачке арбитраже. *Ibid.*, 92 - 93, 113.

сумње (енг. *doubt test*).[23] Уколико суд нађе да је захтјев за утврђивање арбитрабилности вјероватан, могућ, или да постоји „оправдана сумња", спор је арбитрабилан (претпоставка арбитрабилности).[24]

Једини начин рјешавања спорова из уговора је арбитража,[25] или *Сви спорови који проистекну из овог уговора, или у вези са њим, рјешаваће арбитража*, формулације су које недвосмислено указују да је ријеч о клаузули која у себе „апсорбује" све евентуалне спорове из уговора.[26] Под овако постављеном клаузулом, арбитрабилни су и спорови проистекли из уговорних превара (уколико се не тврди да је сама арбитражна клаузула начињена преварно), вануговорне одговорности, раскида, обнављања и истека уговора. [27] Исто резоновање се примјењује на ништавост, осим ако једна страна тврди да је уговор фалсификован, или да из неког разлога није ни настао.[28] У оваквим ситуацијама, о арбитрабилности и сопственој надлежности углавном одлучују арбитри (енг. *kompetenz - kompetenz*), иако овакво рјешење има своје противнике у САД.[29] Са друге стране, уже постављена компромисорна клаузула не ужива презумпцију арбитрабилности, већ је то питање потребно ближе испитати.[30] Најчешће се под ову клаузулу повјеравају само спорови проистекли из тумачења и/или извршења уговора.[31] Стога, спорови око неплаћања салда[32] и гре-

23 J. Nonna, J. Strassberg, 590.

24 *Ibid.*

25 Вид. Security Life Insurance Company vs Hannover Life Reassurance Company of America, 167 F. Supp. 2 d 1086, 1089 (D. Minn. 2001), www.mondaq.com; „Упркос било којој другој клаузули из уговора, странке су сагласне да све спорове подвргну арбитражи ...", Boghos vs Certain Underwriters at Lloyd's at London, 36 Cal. 4th 495 (Cal. 2005), www.mondaq.com.

26 Раније је било довољно да у слипу стоји само „арбитражна клаузула", без икакве конкретније формулације, а сам уговор о реосигурању доцније није ни настајао. K. Noussia, 5.

27 J. Nonna, J. Strassberg, 591 - 592.

28 *Ibid.*, 592.

29 *Ibid.*, 593.

30 *Ibid.*, 591.

31 У једном случају, суд је заузео становиште да се спор око ништавости уговора (цертификата реосигурања) мора рјешавати пред државним судом, уколико компромисорна клаузула „покрива" само спорове проистекле из тумачења уговора о реосигурању. Gerling Global Reinsurance Company vs ACE Property and Casuality Insurance Company, 42 Fed. Supp. 522 (2d Cir. 2002), www.mondaq.com.

32 И. Јанковец, 141; У српској правној теорији, прихваћена је могућност закључења општег уговора о текућем рачуну између два привредна субјекта, без обзира да ли се баве банкарским услугама (или услугама платног промета). Мирјана Радовић, *Платни промет*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 229.

шке приликом фактурисања и наплате између цедента и реосигуравача,[33] нису арбитрабилни. Исто важи за несугласице поводом ништавости уговора, деликтне одговорности и несавјесности, које се могу/морају расправити пред државним судом.[34]

2. Арбитри

Арбитри су стручњаци за осигурање и реосигурање, а могу бити: особе на руководећим положајима (активни/у пензији),[35] адвокати, актуари, професори права и судије у пензији. Према правилима *ARIASA*, препоручљиво је да арбитри посједују најмање 10 година искуства, али је ова норма диспозитивна, имајући у виду да је стручњаке са таквим квалификацијама тешко пронаћи.[36] У једном примјеру из судске праксе, другостепени суд је заузео став да се арбитар са богатим искуством у реосигурању не може дисквалификовати, ако је након именовања за арбитра дао отказ на мјесту правника у реосигуравајућем друштву.[37] Неки аутори истичу да треба бити опрезан приликом навођења имена арбитара у компромисорној клаузули, јер може настати проблем ако та лица одбију именовање, а механизам за отклањање тог проблема није прописан истом.[38] Интересантно је напоменути да Трговински суд (Апелациони трговински) у Лондону посједује богату судску праксу у реосигурању, а његове судије одлично познају обичаје и праксу осигурања и реосигурања.[39]

---

33 Вид. Gerlin Global Reinsurance Company vs The Home Insurance Company, No. 2125 N, 2002 N.Y. App. Div. LEXIS, 12519, (N.Y App. Div. Dec. 12, 2002), www.mondaq.com.

34 J. Nonna, J. Strassberg, 595.

35 Препоручљива је примјена опште фразеологије у арбитражној клаузули приликом одређивања арбитара, која омогућује састављање довољно широке листе арбитара, укључујући и оне који више нису на руководећим положајима. С. Јовановић, 82.

36 K. Noussia, 130; *ARIAS* је непрофитна организација, основана са циљем побољшања националних и међународних арбитража из осигурања и реосигурања. „Вид." www.arias-us.org.

37 Pan Atlantic Group Incorporated vs Hassneh Insurance Company of Israel Ltd, *Ibid*., 166-167.

38 С. Јовановић, 82-83; Према Федералном закону о арбитражи, државни судови имају помоћну улогу при избору арбитара, уколико из неког разлога дође до „блокаде" у именовању, а странке не предвиде механизам за њено „разбијање". FAA, одјељак 5.

39 K.Noussia, 134; Овај суд ужива велико повјерење у интернационалним трговинским споровима, а једна анализа из 1995. године је утврдила да у преко 50% случајева, странке нису из Велике Британије, а у преко 80%, макар једна је из иностранства. Cornel Quinto, „Reinsurance arbitration from Swiss law perspective", 2008, 4, www.jusletter.ch,; Више о Трговинском суду у Лондону на www.gov.uk/courts-tribunals/commercial-court; У САД, судови у Њујорку су се највише бавили споровима из реосигурања. K. Noussia, 81.

Поред неопходних квалификација, арбитри морају бити независни и непристрасни у односу на странке које су их изабрале. Ипак, ова два појма су релативна, а посебно непристрасност, имајући у виду да арбитре постављају странке. Људи су рационална бића, те постоји могућност да неки арбитри од „старта“ буду наклоњени интересима стране која их је именовала, надајући се некој пословној сарадњи *in futuro*. Код *ad hoc* арбитраже, странке могу непосредно преговарати са арбитрима о њиховој накнади, која није повезана са вриједношћу спора, што указује на могућност формирања пристрасности.[40] Према једној судској одлуци, *ex parte* комуникација арбитра са осигуравачем који га је изабрао, не представља пристрасност, нити валидан основ за дисквалификацију.[41] Исто резоновање се односи на арбитра који учествује у два арбитражна поступка из реосигурања, који уследе један за другим, без обзира на информације које посједује из првог.[42] У једном прецеденту, амерички суд је заузео став да не постоји пристрасност уколико арбитри не открију информацију да врше исту функцију у другом поступку, са сличном материјом, између повезаних странака, иако такво понашање није препоручљиво.[43] Приликом одлучивања, примјенио је тест за утврђивање „очигледне пристрасности“, а према којем се цијени: 1) домашај и природа личног интереса арбитра 2) непосредност односа између арбитра и странке 3) степен јачине таквог односа са арбитром 4) временска дистанца између такве везе и арбитражног поступка.[44]

Механизам именовања се најчешће састоји у томе да свака странка бира по једног арбитра, а они трећег „коцком“, који предсједава и/или одлучује у случају подјељених гласова (енг. *umpire system*). У последње вријеме, тренд је да се арбитражна одлука детаљно образлаже, те је трећи арбитар обично правник.[45] Уколико дође до блокаде приликом именова-

40 C. Wallgren - Lindholm, 69.

41 Employers Insurance of Wausau vs National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh, 933 F. 2d 1481 (9th. Circ. 1991), Kate Woodall, Larry Schifer, „Arbitration“, *50 Reinsurance Cases Every Risk Professional Should Know (ed. Bonnie Rogers),* IRMI, Dallas, 2014, 80 - 81.

42 Вид. Trustmark Insurance Company vs John Hancock Life Insurance Company, 631 F. 3d, 869 (7th circ. 2011), *Ibid.*, 122-123.

43 Вид. Scandinavian Reinsurance Company vs St Paul Fire and Marine Insurance Company, 668 f. 3d. 60 (2d circ. 2012), *Ibid.*, 112-113.

44 *Ibid.*

45 K. Noussia, 134; Препоручљиво је да у потрошачкој арбитражи одлучује вијеће сачињено од правника, те да се одлука донесе у писменој форми, уз обавезно образложење. Н. Петровић Томић (2014), 108.

ња арбитара, нпр код вишестраначке арбитраже или када арбитар одбије именовање, као орган именовања се јавља Стални арбитражни суд у Хагу, уколико су странке оптирале за *UNCITRAL* - ова арбитражна правила у компромисорној клаузули.[46] Ипак, арбитре специјализоване за реосигурање је не само тешко пронаћи, већ је и њихово ангажовање поприлично скупо.[47] Такође, арбитре везују прецеденти, али они немају „моћ" да их стварају.[48]

3. Мјеродавно право – материјално и процесно

Реосигуравач и реосигураник су слободни да креирају уговор према свом нахођењу, а најчешће га регулишу у складу са обичајима и праксом реосигурања. Неки аутори истичу да су истовјетност судбина, самосталност осигуравача у својим пословима, истовјетност акција, право реосигуравача на информације и обавеза осигуравача да сноси дио самопридржаја, основни обичаји реосигурања.[49] Сматрамо да је и реципроцитет код реосигурања обичај, јер је увијек присутан код закључења уговора, али се никада не регулише уговорним клаузулама.[50] Посебна обавеза осигуравача је да реосигуравачу укаже на све обичаје, локалну пословну праксу и његове опште и посебне услове пословања, који одударају од међународно признатих и општеприхваћених обичаја у тој грани осигу-

46 C. Wallgren - Lindholm, 80.

47 Уколико арбитража засједа у Лондону, накнада арбитара обично износи 1.800 $ по сату. Jerry Stempel, „Notes From a Quiet Corner; Users Concerns Abour Reinsurance Arbitration – And Attendant Lessons for Selection of Dispute Resolution Forums and Methods", *9 Arbitration Law Review 93 (2017)*, UNLV William S. Boyd School of Law Legal Research Paper, 13.

48 K. Noussia, 131.

49 Б. Маровић, С. Јовановић, 148; Вид. C. Quinto, 2; У неким правима, истовјетност субина се мора предвидјети уговором, тј представља уговорно начело (клаузулу). Д. Мркшић и други, 158 - 159; Наташа Петровић Томић, „ Клаузуле о истоветности судбине осигуравача и реосигуравача", *Harmonius*, 2015, 187 – 189; Самосталност осигуравача се може „дерогирати" клаузулама контроле, чиме се ствара својеврсна дихотомија „самосталности и зависности осигуравача". Истовјетност акција би се могла јавити код зависних друштава за реосигурање (енг. *captive reinsurance companies*), која оснивају осигуравајућа друштва ради изравнања сопствених ризика. Реосигуравач има право на релевантне информације од осигуравача, и то прије, у току и након истека уговора о реосигурању. Према нашем Закону о осигурању, осигуравач и реосигуравач су у обавези да сносе одређени дио ризика у самопридржају, да се не би претворили у пуке посреднике (ре) осигурања. Вид. Закон о осигурању - ЗО, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013, и 139/2014, чл. 15, ст. 3.

50 Према принципу *do ut des*, јер се многи осигуравачи баве и реосигурањем.

рања.[51] Хармонизација и развој међународног трговинског права је довела до „рађања“ новог извора права, названог *lex mercatoria*.[52] Ријеч је о међународним трговачким обичајима, у које спадају и обичаји реосигурања имајући у виду његов међународни карактер.[53] У оквиру *UNIDROAT-a* , тренутно се ради на изради „Начела уговорног права реосигурања“ (енг. *Principles of Reinsurance Contract Law*), који теже обједињавању обичаја и праксе реосигурања на једном мјесту, тј у једном правном акту.[54]

Спорови из реосигурања се неријетко рјешавају „по правичности“ (енг. *equity clause*). Уколико странке изричито предвиде ову клаузулу, арбитри су ослобођени формалности и стриктне примјене закона приликом одлучивања, али се морају придржавати општих правних начела, јавног поретка и обичаја реосигурања. Ова клаузула је потенцијално опасна, јер је „лукава“ уговорна страна може искористити као разлог за побијање арбитражне одлуке.[55] Вјероватно из овог и сличних разлога, клаузула „једнакости“ је давно проглашена ништавом у Енглеској, али се тај прецедент није „примио“ у пракси.[56] Ипак, ништа не спријечава уговорне стране да изаберу неко национално право као мјеродавно, уколико је то дозвољено.[57]

---

51 Б. Маровић, С. Јовановић, 149.

52 Арбитри не могу према свом нахођењу да одлучују према овом извору права, али постоји контроверзан изузетак пред *ICC* арбитражама, који просто изазива парничење. Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 143 фн 380.

53 *Ibid.*

54 Овај правни акт ће представљати специјални дио „UNIDROIT- ових начела међународних трговинских уговора“ (енг. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), а на реализацији пројекта учествују стручњаци са свих континената. Посебна пажња ће бити посвећена следећим ставкама: клаузула истовјетности судбина (енг. *follow the fortunes/settlements*), клаузула сарадње, клаузула „грешке и омашке избачене“ (прим. аут. вид. *infra* фн 66), обавеза информисања, задоцнело обавјештење, избор права, вануговорне обавезе осигуравача (прим. аут. *ex grata* плаћања), застарјелост права на покретање арбитражног захтјева (енг. *time – bar rule*) и раскид и обнављање уговора о реосигурању. Вид. на www.unidroit.org; J. Stempel, 4.

55 Вид. С. Јовановић, 80; C. Quinto, 9.

56 Orion Compania Espanola de Seguros vs Belfort Maats, Lloyd's Rep 257, 1962. C. Quinto, 3 фн 15; Арбитражне и реосигуравајуће институције не препоручују инкорпорисање овакве клаузуле. *Ibid.*, 3.

57 Ако је предмет реосигурања уговор о осигурању брода (у изградњи), робе, превознине и трошкова хаварије, онда се одредбе о осигурању, према нашем праву, могу примјенити и на реосигурање. Закон о трговачком бродарству – ЗТБ, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015, чл. 522, ст. 5; Материја Закона о облигационим и основама својинскоправних односа у ваздушном саобраћају, аналогно се примјењује на ваздушно транспортно реосигурање. Закон о

Странке су слободне да саме креирају арбитражни процес, а могу изабрати и правила неке институционалне арбитраже, *UNCITRALA*, *ARIASA* или неко национално процесно право. Уколико арбитражна клаузула „ћути", примјениће се процесно право сједишта арбитраже – *lex arbitri*. Стварање процесних правила одузима доста времена и труда, а при том не гарантује квалитетан арбитражни поступак.[58] Неки аутори истучу да се правила институционалних арбитража не могу ефикасно и квалитетно примјенити без учешћа исте.[59] *UNCITRAL* - ова арбитражна правила су прилагођена *ad hoc* арбитражама, што наводи поједине ауторе да им дају примат у односу на друга процесна правила.[60]

4. Вишестраначка арбитража и спајање поступака

Арбитражно рјешавање спорова је традиционално конципирано за двије странке. Ипак, због специфичности правног посла реосигурања, обично постоји више потенцијалних учесника арбитраже: два или више реосигуравача, ретроцесионара, брокера, реосигуравајућих пулова или стечајних управника. Због множине субјеката, најчешће се јавља проблем приликом избора арбитара, вођења и спајања поступака.

Ако два сареосигуравача закључе уговор о реосигурању са једним осигуравачем, не би било практично и поштено да они бирају два арбитра, а осигуравач једног. Ипак, постоји неколико начина за превазилажење овог проблема. Прво, компромисорном клаузлуом је могуће предвидјети да ће се сви реосигуравачи рачунати као једна странка приликом именовања арбитара.[61] Ипак, ово не одговара интересима реосигуравача, јер они морају да се усагласе око избора заједничког арбитра. Ситуацију додатно компликује уколико се поред више реосигуравача, јаве ретроце-

облигационим и својинскоправним односима у ваздушном саобраћају – ЗОСОВС, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011 и 66/2015, чл. 115 – 118; У потрошачкој компромисорној клаузули, материјално право би требало обавезно одредити, а заштита осигураника се може обезбједити уговарањем права државе пребивалишта потрошача. Н. Петровић Томић (2014), 108.

58 У *ad hoc* арбитражи треба примјењивати стандардизована правила, а не „измишљати" нова за сваки други поступак. С. Wallgren - Lindholm, 79; Ипак, уколико су арбитри искусни стручњаци, а посебно правници, поступак пред *ad hoc* трибуналом може бити ефикасан као и код реномираних арбитражних институција.

59 *Ibid.*, 69.

60 *Ibid.*, 78.

61 С. Јовановић, 83; J. Nonna, J. Strassberg, 598; Hui - Ju Hsieh, *Reinsurance: Bad faith considerations or insolvency dilemma*, The University of Georgia, Athens (Georgia), 1992, 67 - 68.

сионари и пулови реосигурања. Стога, оваквом или сличном стандардизованом клаузулом, потребно је предвидјети и консолидовану арбитражу.[62] Арбитражни суд нема овлашћење да сам одлучује о спајању различитих поступака, уколико не постоји сагласност свих странака о томе,[63] макар и накнадна.[64] Наравно, ништа не спријечава уговорне стране да прећутно пристану на вишестраначку арбитражу, односно спајање различитих арбитражних поступака, ако су проистекли из истог чињеничног и правног стања.[65]

Брокер реосигурања је лице специјализовано за послове посредовања, који може бити овлашћен да прима премије и ликвидира штете.[66] Самим тим, може бити одговоран за доцњу у наплати, утају, грешке и превару.[67] Да би брокер учествовао у арбитражном поступку свог принципала, потребно је такву обавезу предвидјети у тзв. клаузули посредовања (енг. *intermediary clause*).[68] Овакво рјешење одговара његовом принципалу (најчешће осигуравачу), али не и брокеру, јер обично нема право гласа приликом именовања арбитра.[69] Изузев овога, брокер нема обавезу

62 J. Nonna, J. Strassberg, 599; HJ Hsieh, 68 - 69; Thomas Crittenden, „Is arbitration a viable alternative to litigation? What may or must be arbitrated? A reinsurance perspective“ *The Forum* (Section of Insurance , Negligence and Compensaton law, American Bar Association), Vol. 13, No. 1 (fall 1977), 230; C. Quinto, 5; Слип реосигурања није саставни дио уговора о ретроцесији, осим ако не постоји изричит споразум о инкорпорацији у слипу (прим. аут. или у уговору/слипу о ретроцесији). С. Јовановић, 78; Вид. K. Woodall, L. Schiffer, 67 – 68.

63 С. Јовановић, 83 - 84.

64 У случају Universal Marine Insurance Company Ltd vs Beacon Insurance Company, 588 G. Supp 735 (W. D. N. C. 1984), државни суд је упутио странке да се накнадно договоре око спајања различитих арбитражних поступака. HJ Hsieh, 67.

65 Неки аутори су заузели интересантно становиште према којем су странке које су у тренутку склапања уговора знале, или морале знати да све спорове неће моћи ријешити у више одвојених поступака, заправо прећутно уговориле вишестраначку арбитражну клаузулу. C. Quinto, 6.

66 И. Јанковец, 111.

67 Ипак, брокер се може оградити од одговорности за сопствене грешке и омашке, уколико се у слип реосигурања унесе клаузула „грешке и омашке избачене“ (енг. *errors and omissions excepted*). Institute of insurance sciences, *An introduction to reinsurance*, Fundacion Mapfre, 2013, 20, www.fundacionmapfre.org.

68 J. Nonna, J. Strassberg, 597; HJ Hsieh 66; Постоје двије врсте клаузула о посредовању: Према првој, сва комуникација и плаћања се врше преко брокера, а према другој, непосредно између осигуравача и реосигуравача. Владимир Његомир, „Брокерски посао све захтјевнији и ризичнији“, *Свијет осигурања*, 2007, 55.

69 J, Nonna, J, Strassberg, 597.

учешћа у поступку, осим у случају прећутне сагласности.[70] Уколико је брокер тужен пред државним судом, исти може донијети рјешење о прекиду поступка, јер ће исход арбитраже између уговорних страна утицати на исход литигације.[71]

Најзад, чланови пула реосигурања имају обавезу учествовања, односно прихватања исхода арбитражне одлуке, само ако су према „лидеру" преузели обавезу „истовјетности судбина" (енг. *follow the fortunes/setlements/claims*).[72] Такође, у реосигурању се поставило питање „уступања" арбитраже пред јавним интересом, уколико се покреће поступак против осигуравача или реосигуравача у стечају.[73]

V Закључак

Традиционалне предности арбитраже у односу на државно судство, комбиноване са надлежношћу *ad hoc* трибунала, омогућавају осигуравачу и реосигуравачу широку флексибилност приликом креирања арбитражног споразума и вођења спора. Ради избјегавња непотребних спорова око арбитрабилности, препоручљиво је да компромисорна клаузула садржи прецизно одређен домашај, врсту арбитраже и њено сједиште, квалификације арбитара, мјеродавно материјално и процесно право, као и језик поступка. „Шире" формулисана арбитражна клаузула ужива претпоставку арбитрабилности свих спорова из конкретног уговора, укључујући ту и спорове по основу вануговорне одговорности. У најразвијенијој економији свијета, САД, *B2B* трансакције се одвијају свакодневно у масивним размјерама, те не треба да чуди што *FAA* прописује да су арбитражни споразуми у писаној форми пуноважни, неопозиви и извршиви (претпоставка арбитрабилности). Арбитри из реосигурања су стручњаци за осигурање и реосигурање, а најчешће доносе одлуку на основу обичаја и праксе реосигурања, тј. мјеродавног права које странке саме изаберу. Процесни дио арбитраже се најчешће одвија према правилима које су „скројиле" саме странке, или пак *UNCITRAL* - овим прави-

70 HJ Hsieh, 66.

71 *Ibid*; J. Nonna, J. Strassberg, 597.

72 Вид. C. Quinto, 5, 10; Сврха пула реосигурања је постизање што шире вертикалне дисперзије ризика између његових чланова. Ради поједностављења закључења уговора, чланови пула бирају између себе лидера - заступника, који ће предузимати радње у име и за рачун пула.

73 J. Nonna, J. Strassberg, 595; Вид. HJ Hsieh, 60 – 61; Вид. више код John Binning, Timothy Moll, „Arbitration of Reinsurance Disputes in Liquidation of Insurance Companies", *Tort & Insurance Law Journal*, Vol. 32, No. 4 (Summer 1997), pp. 937 – 960.

лима за *ad hoc* арбитраже. Множина субјеката реосигурања често отвара проблем вишестраначке арбитраже и спајања арбитражних поступака. Овакав проблем се може предвидјети и ријешити стандардизованом арбитражном клаузулом, према којој се сви реосигуравачи (ретроцесионари, „лидер пула“) у односу на осигуравача „рачунају“ као једна странка приликом избора арбитара, уз обавезу да учествују у консолидованом поступку ако је спор проистекао из истог чињеничног и правног основа.

***Stefan* KOVAČ**
LL. M. at Commercial Law

REINSURANCE ARBITRATION

Summary

Business of reinsurance is exceptionaly important for the financial sector, and interests of insurer, reinsurer, insured and state are mutualy „intertwined“. This subjects are directly or indirectly interested for the resolving of reinsurance disputes at amicable way, and arbitration is ideal for that purpose. Ad hoc arbitration is traditional mechanism for resolving reinsurance disputes, and reinsurance contracts most often contain compromisory clause which can have narrow or wider reach, which depends on parties consent. Arbitrators in reinsurance dispute are specialised for insurance and reinsurance, and usualy posess long – time experience in above named businesses. The arbitral tribunal usualy brings the award based on reinsurance customs and practice, but parties frequently opt for „equity clause“, which „opens doors“ to potential misuse. Even though arbitrators are experts for reinsurance, they dont have to be lawyers, so it's advisable to implement UNCITRAL or ARIAS arbitral rules, which regulates arbitration proceeding. In the process of vertical risk „atomization“, besides insurer and reinsurer, often participants are retrocessionares, brokers and reinsurance pools. If insurer is the „financialy stronger side“, he could impose a standardized compromisory clause, by which he could secure multipary arbitration and consolidated arbitral proceeding.

***Keywords**: reinsurance, arbitration, arbitration clause, specialised arbitrators, reinsurance customs and deciding based on „equity“, multipary arbitrations and consolidation of proceedings.*