

*Мирјана ГЛИНТИЋ, мастер**

ОСИГУРАЊЕ ПОВЕРЕЊА КАО ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ИМОВИНЕ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Резиме

Велики губици често воде настанку нових правних решења. Тако је било и са осигурањем поверења, које је настало услед потребе привредних друштава да се заштите од унутрашњег привредног криминала. Осигурани ризик код овог осигурања представља имовинска штета привредног друштва, која је настала услед намерно предузетих штетних радњи од стране запослених и чланова управе. Тржиште осигурања у САД је препознало значај овог осигурања, док се у Европи може пронаћи само у понуди немачких осигуравача. Иако се закључењем уговора о осигурању поверења не добија гаранција да ће штета увек бити накнађена, свакако се смањује потенцијално имовинско оптерећење. Тиме се посредно утиче на солвентност привредног друштва и одржавање његове добре репутације.

Сврха овог осигурања нарочито долази до изражаја када је у комбинацији са осигурањем од одговорности директора, са којим је само на први поглед слично. Између њих постоје бројне разлике, од којих је највећа степен кривице са којом мора бити извршена штетна радња. Међутим, управо је то суштински разлог њихове компатибилности. Закључивши оба осигурања, привредно друштво искључује могућност да остане без покрића услед тога што је штета настала услед немара или намере штетника.

***Кључне речи:** фидуцијарна дужност, поверење, штета, намера, немар.*

I Увод

Последњих пар деценија су овлашћења директора и чланова управе порасла.¹ Са добијањем нових овлашћења, порасла су и очекивања према њима. Тако, ова лица сва своја овлашћења морају вршити у најбо-

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право

1 Нека од њих су сазивање седнице скупштине, предлагање расподеле добити, постављање и разрешавање извршних директора, као и одговорност за резултате пословања друштва. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање-правни аспекти*, Београд, 2007, 36-37.

љем интересу привредног друштва.² Њихова фидуцијарна дужност обухвата и дужност лојалности компанији у случају сукоба личних интереса и интереса привредног друштва, као и дужност пажње, односно да се ангажују на начин који води постизању одређеног резултата, а притом поступајући у складу са начелом савесности и поштења.³

Међутим, иако наведено правило представља основ корпоративног управљања, очекивања да ће директори увек свој интерес подредити интересу привредног друштва су понекад превисоко постављена и, на неки начин, неприродна.⁴ И поред свих прописаних обавеза, ова лица могу проузроковати штету и себи и привредном друштву. Штета може бити последица повреде предвиђених овлашћења, али и намерно предузетих радњи са циљем стицања противправне добити. Недостаци транспарентности и недовољни механизми контроле омогућавају лицима која имају дужности према привредном друштву да свој лични интерес ставе на прво место.⁵ Такође, услед информационе асиметрије, постоји могућност да лица која поседују више информација то искористе за стицање сопствене добити и за доношење штете страни којима те информације недостају. После економске кризе откривен је велики број тако проузрокованих штета, јер су компаније почеле више пажње да обрађају на своје пословање, а да су, притом, смањиле издвајања за интерну контролу.

Привредно друштво мора заштити и себе, али и трећа лица од неодговарајућег поступања својих директора, али и осталих запослених. У супротном, сав терет ће пасти на само привредно друштво. Први ниво заштите представљају статусна и имовинска одговорност директора и чланова управе за проузроковану штету, које се могу посматрати и као део стратегије решавања првог агенцијског проблема, односно сукоба власника

2 О томе шта представља најбољи интерес привредног друштва, који су његови конститутивни елементи, вид. *Ibid.*, 58-61, 140-141.

3 Од ових лица се захтева да поступају као добар привредник, односно као разумно пажљиво лице, које поседује знања, вештине и искуства. О степену пажње која се очекује од директора, вид. *Ibid.*, 45, 47-49, 208-209.

4 У складу са тим, у САД је успостављено *Business Judgment Rule*, према ком директори и други менаџери не одговарају за обичне грешке или заблуде при процени. О овом правилу, вид. Lyman Johanson, „Unsettledness Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose“, *Delaware Journal of Corporate Law*, 2013, 405-451.

5 Лица која имају дужности према привредном друштву су, по правилу, директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управници. М. Васиљевић (2007), 210.

и управе друштва.⁶ Ипак, разрешење управе, дисквалификација директора, надзор над радом управе и остали механизми за решавање првог агенцијског проблема нису довољни да отклоне све негативне последице штетног поступања директора. Неке од тих мера су превентивне, неке се односе на накнадно санкционисање директора, што све не искључује чињеницу да је њиховим поступањем настала штета и за привредно друштво и за трећа лица. Притом, размере штета насталих услед повреда додељених овлашћења захтевају изналажење нових извора финансирања њихове накнаде. Тога су свесна и привредна друштва, која настоје да обезбеде себи додатне гаранције, поред ових које им пружају закони. Зато је нужно размотрити апсект имовинске одговорности за нанету штету и улогу различитих врста осигурања у томе. У овом контексту се као најчешћи видови преноса ризика на осигуравача помињу осигурање од одговорности директора и осигурање поверења. Иако само на први поглед слична, ова осигурање поседују бројне разлике, које их чине међусобно компатибилним.⁷

Своју примену ово осигурање је пронашло у САД и, у мањој мери, у Немачкој, где свега једна четвртина привредних друштава има закључен уговор о осигурању привреде.⁸ Тај број се дојми као нарочито низак кад се узме у обзир да 84% штета проузрокованих привредним друштвима потиче од запослених.⁹

6 О другим видовима решавања првог агенцијског проблема, вид. Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми – I ДЕО“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2009, фн. 3. Такође, Gerr Krieger, „Organpflichten und Haftung in der AG“, *Handbuch Managerhaftung-Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat, Pflichten und Haftungsfolgen, Typische Risikobereiche* (Hrsg. Krieger Uwe H. Schneider), Köln, 2017, 43.

7 Још једно осигурање које се јавља у комбинацији са овим осигурањима је осигурање од грешака и пропуста, које је слично осигурању од одговорности директора, али обухвата шири круг лица (*E & O Insurance*). Reimer Schmidt, „Versicherungsvertragsrecht“, *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht* (Hrsg. Wolfgang Halm, Andreas Engelbrecht, Frank Krahe), Köln, 2008, 35; John Mathias, John Shugrue, Thomas Marrinson, *Insurance Coverage Dispute*, New York, 2018, 1-32.

8 Dirk Looschelders, „Die aktuelle Probleme der Vertrauensschadenversicherung“, *Versicherungsrecht*, Nr. 25/2013, 1069. Према подацима, у Немачкој 2003. године је свако испитано привредно друштво претрпело штету у износу од 3,5 милиона евра услед малверзација, превара, фалсификовања, при чему тај износ има тенденцију раста. Укупно су привредна друштва претрпела штету од преко 250 милиона евра. Истовремено, те године је око 220 милиона евра издвојено за премије овог осигурања. Вид. Martin-Luther Universität, Umfrage „Wirtschaftskriminalität 2011“, доступно на <https://www.pwc.de/de/risiko-management/assets/wikri-studie-2011.pdf>, 11.04.2019.

9 Разлог за то је, вероватно, тај што ово осигурање није настало услед ослушкивања тржишта од стране немачких осигуравача, већ зато што су желели да остану конкурентни социјалном осигурању, које је преузимало све функције заштите. Стога су се угледали на амерички *Fidelity Insurance*.

II Дефиниција осигурања поверења

Осигурање поверење нуди привредним друштвима заштиту од финансијских последица намерно предузетих радњи од стране чланова управе и запослених лица.¹⁰ У САД је примена овог осигурања одређена нешто апстрактније, свдећи је на „заштиту послодавцу од губитака који настају услед недостатка интегритета или поштења запосленог лица или лица од поверења.“¹¹

Независно од тога од које се дефиниције креће, идеја овог осигурања је заштита привредног друштва од унутрашњег привредног криминала. Иако појам привредног криминала постоји већ годинама, и даље не постоји јединствена дефиниција, већ се креће од појма криминала „белог оковратника“.¹² Услед развоја привредног криминала и његових појавних облика, дошло је и до ширења обима заштите које је ово осигурање нудило. У сваком случају, ради се о појму који се може посматрати из угла више грана права, и то у њиховој симбиози.¹³ Можда се зато ове радње могу дефинисати као „скуп различитих поступака, између осталог, и кривичних дела и дисциплинских поступака, који проузрокују штету привредном друштву, а који су учињени злоупотребом поверења које је општеорисутно у привредном животу и окружењу.“¹⁴

III Основне карактеристике осигурања поверења

Како би се стручна јавност ближе упознала са овим осигурањем, у раду су представљена правна решења из немачког правног система и литературе. Међутим, како ово осигурање у Немачкој није законски регулисано, нити постоје јединствени услови осигурања, указаћемо и на нека од

10 Robert Koch, *Vertrauensschadenversicherung*, Karlsruhe, 2006, 4. Volker-Joachim Bergeest, *Die Vertrauensschadenversicherung in ihren modernen Erscheinungsformen*, Karlsruhe, 1982, 28.

11 Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary-Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, St. Paul, 2009, 872. Осигурање поверења се почетку називало и 3D осигурање, јер покрива ризик који настају услед Dishonesty, Disappearance, Destruction. Данас је та полиса замењена са Commercial Crime Policy, којом се пружа заштита од различитих врста криминалних радњи, као што су преваре, фалсификовање, али и од непоштења запослених у јавном и приватном сектору. Вид. Edward Gallagher, Robert Duke, „A Concise History of Fidelity Insurance“, *Handling Fidelity Bond Claims* (Ed. Michael Keeley, Sean Duffy), Chicago, 2005, 1, 18.

12 Edwin Sutherland, *White Collar Crime: The Uncut Version*, 2009.

13 Иако је прва асоцијација кривично право, у неким случајевима радња која се може посматрати као привредни криминал, из угла кривичног права то неће бити, јер није инкриминисана.

14 Stefanie Seitz, *Die Bedeutung der Vertrauensschadenversicherung im Kontext von Wirtschaftskriminalität, Risikomanagement and Compliance*, Karlsruhe, 2011, 6.

решења америчког права.¹⁵ Њихова уједначеност свакако је повољнија и за потрошаче услуге осигурања, јер омогућава упоређивање конкретних облика овог производа и његових цена код различитих осигуравача.

1. Круг потенцијалних штетника код осигурања од поверења

Круг лица чије поступање може довести до настанка осигуране штете није прецизно одређен. У почетку је ово осигурање било везано за штетне радње само запослених у привредном друштву, али се временом круг тих лица проширио. Данас се углавном говори о поступцима „особа од поверења“ или сарадника, што указује на лица која имају фидуцијарну одговорност према привредном друштву.¹⁶ У теорији се може наићи и на шире поимање потенцијалних штетника, које обухвата сва лица која су у тренутку настанка штете ангажована у привредном друштву по основу уговора о раду или уговора о делу.¹⁷ Ово решење највише одговора идеји заштите коју ово осигурање пружа, с обзиром да велики проценат штета нанетих привредним друштвима потиче од сопствених запослених. Једино у ИТ сектору ово осигурање може пружати заштиту од поступака трећих лица која нису запослена у том привредном друштву.¹⁸ Тада је, за разлику од класичног осигурања поверења, потребно да се штетник противправно обогатио, али се не мора доказивати да је до тога дошло услед радњи предузетих са намером.¹⁹

2. Штетна радња и степен кривице

Како је реч о имовинском осигурању одштетног типа, услов престације осигуравача је настанак штете, која ће постојати ако је вредност

15 Такође, не постоје смернице за доношење општих услова осигурања поверења. Поред закона (Alaska Statutes, § 21.12.080 (2008), Florida Insurance Code §624. 6065 (2010)), у САД постоје *Standard Forms for Fidelity Insurance*, који ближе одређују садржину престације осигуравача. Њих углавном издају Surety & Fidelity Association of America (SFAA) и Insurance Services Office, Inc. (ISO).

16 Stefanie Seitz, “Die aktuelle Bedeutung und Gestaltung der Vertrauensschadenversicherung – zugleich eine rechtsvergleichende Betrachtung der Fidelity Insurance in den USA”, *Zeitschrift für Versicherungswissenschaft*, 2011, 781. Такође, R. Koch (2006), 41.

17 Оно о чему се свакако мора водити рачуна јесте да лица са одређеним уделом у капиталу не могу имати статус особе од поверења. Вид. Thomas Langen, “§ 20 Warenkreditversicherung”, *Handbuch Versicherungsrecht*, (Hrsg. Hubert W. van Bühren), München, 2017, 2094.

18 § 10, 11 Allgemeine Bedingungen für die Vertrauensschadenversicherung – Premium, Euler Hermes.

19 Torsten Bechmann, Martin Jara, Bruno Käslin, „Cyberinsurance – Versicherung gegen Internet – Risiken“, *Trendmonitor*, Nr. 3/2001, 7.

имовине по наступању осигураног случаја мања него да уопште није наступио осигурани случај.²⁰ Како је право осигурање саставни део грађанског права, приликом одређивања појма штете потребно је поћи од његовог схватања у грађанском праву.²¹

Осигурање поверење се у највећој мери фокусира на заштиту која може настати услед откривања тајних података, пословних тајни, злоупотребе компјутера и података, корупције, преваре, крађа.²² Манипулација поверљивим информацијама је још један вид штетне радње изведене у вези с употребом компјутера.²³

Поред тога што је потребно да је настала штета по привредно друштво, да би осигуравач био у обавези, штетник мора предузети радњу са намером. Одређивање степена кривице није једноставан задатак, што је код овог осигурања донекле олакшано тиме да се она утврђује пред судом. Међутим, то је истовремено и највећи недостатак овог осигурања, јер је за остваривање права из осигурања потребна правноснажна судска пресуда против лица које је учинило недозвољену радњу.²⁴ У немачком праву правоснажна судска пресуда може бити замењена извршном исправом у форми признања кривице, која је оверена код нотара.²⁵ Оба решења нису довољно практична, јер постојање судске пресуде подразумева да је покренут и успешно окончан судски поступак, што може бити временски и новчано веома захтевно. Што се тиче постојање нотаријалне исправе, да ли ће она настати зависи од понашања и воље штетника, тако да се може десити да она и не настане.

20 R. Koch (2006), 1.

21 Ипак, потребно је водити рачуна да између појма штете у грађанском праву и праву осигурања постоје извесне разлике. Основна се огледа у томе да у праву осигурања штета мора настати услед осигураног случаја и да се односи на оне видове штете које су уговорене или оне које нису изричито искључене из покрића. Све што се налази изван осигураног интереса, остаје без значаја на коначан износ штете покривене осигурањем и обавезе осигуравача.

22 S. Seitz (2011b), 781. Такође, Robert Koch, "Die Vertrauensschadensversicherung in ihrer aktuellen Erscheinungsform", *Versicherungsrecht*, Nr. 56/2005, 1192-1193.

23 Под злоупотребом компјутера се подразумевају противправне и намерно предузете радње манипулације податцима и софтверима осигураника. Да би постојала штета у смислу осигурања поверења, нужно је да је ове радње извршило лице од поверења. Што се тиче злоупотребе података, она се дефинише као противправни и непосредни упад у електронске базе података од стране трећег неовлашћеног лица. Вид. Horst Ihlas, „Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Vertrauensschadenversicherung“, *Versicherungsrecht*, Nr. 45/1994, 898.

24 Robert Koch, „Versicherung im IT-Bereich“, *Haftung und Versicherung im IT-Bereich* (Hrsg. Egon Lorenz), Karlsruhe, 2011, 113, 135.

25 *Ibid.*

У литератури се покренуло и питање да ли правило о искључењу обавезе осигуравача услед намерног проузроковања осигураног случаја од стране осигураника искључује могућност употребе овог осигурања. Ипак, мишљења смо да се ово питање неоправдано поставља, јер код осигурања поверења није осигураник тај који проузрокује осигурани случај. Осигураник је привредно друштво, које закључује уговор о осигурању како би се заштитио од штетних радњи својих запослених, који ни не представљају уговорну страну у уговору о осигурању. Једино што се може поставити као питање јесте да ли је привредно друштво, као осигураник, преузело све мере које су биле у његовој моћи, а захваљујући којима би штетне радње запосленог могле да буду спречене и унапред предвиђене. У том смислу је одлуку донео и покрајински суд у Минхену, према којој су чланови управног одбора у обавези да привредно друштво буде организовано, контролисано и надгледано тако да не могу да настану такве повреде закона. „То може у одређеним случајевима подразумевати и обавезу управе да закључи уговор о осигурању поверења.“²⁶

3. Обим покрића

На основу уговора о осигурању поверења, оштећено лице остварује право на накнаду непосредне штете, укључујући и трошкове настале у вези са поновним одржавањем ИТ система, у вези са судским поступком и испитивањем настале штете, али и оне неопходне за поновно успостављање репутације нарушене поступцима запосленог.²⁷

Под непосредном штетом се подразумева материјална штета која директно произилази из радњи штетника, а без икаквих додатних радњи.²⁸ Ипак, према анализи судске праксе у Немачкој, велики број спорова у погледу овог осигурања постоји око тога шта се подразумева под непосредном, а шта под посредном штетом.²⁹ Како не постоји јасна дефини-

26 Landgericht München I; Az: 5HK O 1387/10 vom 10.12.2013.

27 § 1 Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) Vertrauensschadenversicherung, AXA.

28 Непосредност штете значи да се овим осигурањем не покрива изгубљена добит или губитак камата. Вид. R. Koch (2006), 66. Такође, Frank von Fürstenwerth, Alfons Wiess, *Versicherungsalphabet: Begriffserläuterungen der Versicherung aus Theorie und Praxis*, Karlsruhe, 2001, 721.

29 Један од познатијих новијих случајева је када једно привредно друштво напуштају два лица, од којих је једно било члан управног одбора, а друго запослени. Они краду податке, спискове клијената и сличну документацију, помажу оснивање конкурентског привредног друштва и за њима у новоосновано привредно друштво прелази велики број запослених са њиховог претходног радног места. Суд је као непосредну штету прихватио штету која је настала за привредно друштво услед губитка запослених и *Know-How*-а, али не и трошкове пронала-

ција, судови у сваком конкретном случају морају да разматрају околности и у складу са тим одлуче да ли се ради о посредној или непосредној штети. На тај начин је установљена неуједначена судска пракса. Из позиција уговарача осигурања, такође, настају често непријатности у тренутку када жели да оствари своје покриће, јер се испостави да није купио оно што је мислио да овај производ осигурања чини. У том смислу, велика одговорност се налази на осигуравачима, који би у општим условима осигурања требало да наведу што је могуће већи број примера који би омогућили разграничење посредне и непосредне штете.

Ипак, права из осигурања ће бити активирана само ако је осигурани случај настао за време трајања осигурања. Независно од тога у ком тренутку је настала штета, сматра се да је осигурани случај настао у тренутку откривања настале штете.³⁰ Примена принципа тренутка откривања штете значи да осигураник не мора водити рачуна о ранијим полисима, већ само о томе да у тренутку настанка осигураног случаја поседује осигурање. У сваком случају, временско одређење осигураног случаја има утицај и на континуитет заштите коју осигураник ужива, што даље има могуће последице губитка заштите у оним случајевима када се осигураник одлучи за промену осигуравача.³¹

IV Однос са осигурањем од одговорности директора

Приликом одређивања правне природе осигурања поверења налази се на два задатка. Први је разграничење осигурања поверења и осигурања од одговорности, а други разликовање овог осигурања од осигурања од одговорности директора. Разлог за поистовећивање осигурања поверења са осигурањем од одговорности налази се у обавези осигуравача код осигурања поверења да накнади штету и трећим лицима, а не само привредном друштву, и то под истим условима. Притом, нужан услов је да је привредно друштво на основу уговора или закона било у обавези да трећем лицу ту штету и накнади.³² Ипак, ограничавање на трећем лицу непосредно проузроковану штету, искључује могућност претварања овог осигурања у осигурање од одговорности. Ради се о томе да осигуравач по основу уговора о осигурању поверења није у обавези да накнади трошко-

жења и ангажовања нових лица путем *Headhunting*-а. OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.09.2018, Az. 4 U 101/17.

30 Упор. S. Seitz (2011a), 135.

31 *Ibid.*, 142.

32 § 3 Allgemeine Bedingungen für die Vertrauensschadenversicherung – Premium, Euler Hermes.

ве поступка, које би привредно друштво било у обавези да накнади трећем оштећеном лицу ако би било одговорно за накнаду штете. Са друге стране, правило је да осигуравач код осигурања од одговорности сноси трошкове спора о осигураниковој одговорности. Тако да се овај аспект обавезе осигуравача код осигурања поверења има посматрати као једна компонента овог класичног имовинског осигурања, а која му не мења правну природу.

Осим тога, начин уређења односа између штетника и оштећених лица говори у прилог томе да је осигурање поверења заправо осигурање имовине. Осигуравач има право да се регресира од штетника, у овом случају од лица од поверења, а не од привредног друштва, јер његовој одговорности није ни пружао заштиту.³³

Други задатак пред нама је раздавајање осигурања поверења и осигурања од одговорности директора. Разлог због ког се ова осигурања погрешно поистовећују налази се у кругу лица услед чијих радњи настају штетне последице. Иако је тај круг шире постављен код осигурања поверења, и код једног и код другог осигурања се као субјекти јављају директори и чланови управе.

Осигурање од одговорности директора служи покривању свих трошкова које су директори или чланови управе дужни да накнаде на основу правоснажне пресуде или поравнања, а који су настали услед пропуста у вршењу дужности које су имали према привредном друштву. Ради се о издацима које би ова лица морала да покривају сопственим средствима. Такође, осигуравач има обавезу да осигуранику плати трошкове правне заштите, али не да му и нужно пружи правну заштиту.³⁴ Дакле, ово осигурање налази своју примену онда када привредно друштво није у могућности или не сме да накнади штету уместо лица која у овом уговору имају положај осигураника.³⁵ Овако постављеном дефиницијом осигурања од одговорности директора, оно се јасно одваја од осигурања поверења. Међутим, збуњујући чинилац је да оно посредно служи, као и осигурање поверења, и заштити имовине привредног друштва. Наиме, да ово осигурање не постоји, привредно друштво би морало само

33 Carl Otto von Halem, *Kreditversicherung*, Springer Verlag, Wiesbaden, 1964, 92.

34 Gilbert Schroeder, "Handling the Complex Fidelity or Financial Institution Bond Claim: The Liability of the Insured's Officers and Directors and Their D&O Carrier", *Tort & Insurance Law Journal*, Nr. 21/1985, 289.

35 Тако и Наташа Петровић Томић, *Осигурање од одговорности директора и чланова управе акционарског друштва*, Београд, 2011, 86.

да одговара на захтеве за накнаду штете. Осим тога, осигурање од одговорности директора се разликује од уобичајних видова осигурања од одговорности, јер не пружа заштиту само интересима осигураника, већ су покрићем обухваћени и захтеви привредног друштва као уговарача осигурања према осигуранику.³⁶

Ту се сличности ових осигурања завршавају. Основна разлика између њих је да је осигурање од одговорности директора закључено за туђ рачун, а осигурање поверења за сопствени рачун.³⁷ Код осигурања од одговорности директора, привредно друштво закључује осигурање за рачун директора, чланова управног и надзорног одбора, менаџера, прокуриста, као вид заштите од захтева усмерених према њима. Код осигурања поверења привредно друштво осигурава сопствени ризик у своје име и у свој рачун, који се огледа у настанку штете услед штетних радњи запослених лица. Стога, као уговорне стране код уговора о осигурању поверења се јављају привредно друштво, као осигураник, и осигуравач, док органи привредног друштва немају статус нити корисника осигурања нити осигураника, као код осигурања од одговорности директора.

Такође, осигурање од одговорности директора се односи само на директоре и чланове управе,³⁸ док осигурање поверења може обухватити шири круг лица. Потом, код осигурања поверења се сматра да осигурани случај настаје откривањем штете. Код осигурања одговорности се тај тренутак везује за тренутак подношења захтева за накнаду штете од стране оштећеног лица. Осигурањем од одговорности се настоји обезбедити заштита од штете која наступа по имовинску ситуацију привредног дру-

36 О ставовима у литератури и условима под којим се привредно друштво може јавити као оштећено лице у контексту овог осигурања, вид. Robert Koch, „Das Dreieckeverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und versicherten Person in Innenhaftungsfällen der D&O-Versicherung“, *Zeitschrift für Versicherungswissenschaft*, 2012, 152-153, 157-158. Упор. Horst Ihlas, *D&O Directors & Officers Liability*, Berlin, 2009, 408.

37 То је основни облик овог осигурања. Међутим, и оно може бити закључено у форми осигурања за туђ рачун, када је лице од поверења истовремено и уговарач осигурања. За разлику од осигурања поверења закљученог у сопствено име, која настаје углавном у вези са радним односом, осигурање поверења закључено у туђе име у својој основи има неки уговорни однос између особе од поверења, у форми уговарача осигурања, и осигураника. Што се тиче осигуравача, обавеза је иста и у оба случаја има право регреса од лице од поверења као штетника. Вид. R. Koch (2006), 3.

38 Детаљније о овим лицима, вид. Horst Ihlas, „Moderne Directors & Officers Versicherungsbedingungen“, *Handbuch Managerhaftung-Vorstand Geschäftsführer Aufsichtsrat, Pflichten und Haftungsfolgen, Typische Risikobereiche* (Hrsg. Krieger Uwe), Köln, 2017, 540.

штета, било у форми обичне штете или изгубљене добити,³⁹ док се осигурање поверења односи само на покривање обичне штете.

Ипак, највећа разлика између ових осигурања јесте степен кривице са којим мора бити извршена штетна радња. Док се код осигурања од одговорности директора захтева да је радња учињена из немара, код осигурања поверења потребна је намера штетника да би осигуравач био у обавези. Управо из тог разлога, ова осигурања представљају добру комбинацију. Настанак штете у привредним друштвима готово увек је везан за нечију кривицу. Иако право препознаје и концепт случаја, врло ретко штета тако настаје. Кривица која се налази у основи тако насталих штета је или намера или немар. Међутим, оно што је занимљиво јесте да настала штета често или обухвата оба степена кривица или их је немогуће разграничити. Најједноставнији пример би био да запослено лице намерно изврши кривично дело преваре, док директори из немара то не примете и не пријаве кривично дело. Врло су ретки случајеви да је постојала само намера запосленог, а да истовремено неко лице није узроковала штету и својим немаром.⁴⁰ Притом, могуће је да протекну и године пре него што се успешно раздвоји ко је деловао на који начин и ко је пропустио шта да предузме. У сваком случају, одговорно лице се не може бранити да је једноставно пропустило да примети шта му се дешавало пред очима, дозвољавајући штети да настане.⁴¹ Додатно отежавајући фактор представља промена поимања непоштеног деловања у оквирима привредног друштва, што нарочито долази до изражаја у америчком концепту *Fidelity Insurance*-а. Ту су и

39 Оваква осигурања, која не настоје да пруже заштиту неком конкретном предмету или лицу, представљају осигурања пасиве, код којих вредносни однос осигураника према предмету осигурања ни не представља разлог закључења уговора о осигурању. Вид. Horst Baumann, *Einführung §§ 1-32 VVG, Großkommentare der Praxis*, (Hrsg. Horst Baumann, Roland Michael Beckmann, Katharina Johannsen et al.), Berlin, 2009, 303-304.

40 Лице А тргује финансијским производима у име банке Б. У томе, лице А прекорачи своја овлашћења и недозвољено искористи новац муштерија за одређене трансакције. Ипак, лице А остварује тиме добит за банку Б. Али и за себе, јер му плата зависи од конкретних резултата. Менаџер В је сазнао за поступака од А, али се не меша. После неког времена, банка Б је услед ових поступака лица А претрпела одређену штету. Након ревизије је утврђено да је лице В својим непоступањем повредило своје дужности, чиме доприноси настанку штете. На основу касније истраге се сазнаје да је лице В не само знало поступке, већ да је добијао накнаду за своје ћутање. Његово поступање престаје бити немарно и постаје намерно.

41 Један од примера из америчке судске праксе у вези са раздвајањем покрића из осигурања поверења и осигурања од одговорности директора је *Elgin National Bank v. Home Indemnity Co.* 583 F 2d. 1281, (5th Circuit 1978). Такође, *Verex Assurance, Inc. v. Gates City Mortgage Co.*, Civil No. C-83-0506W.

нијансе у понашањима штетника, који може имати активну, али и мање активну улогу. На крају, често једини критеријум разликовања намере и немара буде да ли се штетник лично обогатио или не.

Стога, препорука привредним друштвима је да закључе оба осигурања. Ако се осигуравач код осигурања од одговорности директора позове на искључење своје обавезе, јер је штетник деловао са намером, онда заштиту привредном друштву може да пружи осигурање поверења.⁴² Привредно друштво се може накнадити путем суме осигурања по основу тог уговора, ако осигурана сума није одређена као прениска. Тежак задатак одређивања степена кривице може бити изрелативизован тиме што ће оба осигурања бити закључена код истог осигуравача.⁴³

О чему треба водити рачуна приликом регулисања односа између осигурања од одговорности и осигурања поверења јесу рокови застарелости. Како привредно друштво не би изгубило своја права по основу осигурања поверења, са осигуравачем може уговорити одрицање од рокова застарелости. Тиме се обезбеђује заштита по основу овог осигурања и у каснијим тренуцима, ако изостане наканда из осигурања од одговорности директора.

V Закључак

Развој привредног криминала и његово стално добијање нових облика може озбиљно оштети имовину привредног друштва, проузрокујући му материјалну и нематеријалну штету. Ту није крај негативним утицајима штетних радњи, јер могу угрозити пословање и само постајање привредног субјекта. Стати на пут учесницима привредног криминала не представља једноставан задатак из неколико разлога. Прво, откривање недостатака надзорних и сигурносних система омогућава запосленима проузроковање бројних материјалних последица, које дуго могу проћи неопаженим. То нарочито долази до изражаја у већим компанијама, где је понекад немогуће успоставити ефикасну контролу над свим саставним деловима. У мањим привредним друштвима спровођење контроле је једноставније, развијенији су лични односи и односи већег поверења. Међутим, и услед тога, и у овим привредним друштвима постоји велика могућност за привредни криминал. Поготову, јер једно лице преузима

42 G. Schroeder, 270.

43 S. Seitz (2011a), 13.

често више обавеза и функција на себе, чиме се повећавају одговорности које ово лице носи на себи, али и могућност злоупотребе.

Потом, ту је све мањи степен свести, али и знања о томе да су неки поступци противправни.⁴⁴ На крају не треба занемарити и мере кадровске политике, које подразумевају да запослени често бивају премештани у оквиру истих компанија, чиме се врши деперсонализација самог радног односа, а колегијалност не развија.

Велико поље деловање привредног криминала може се бар делимично сузити захваљујући осигурању поверења. Свакако да се тиме не добија гаранција да ће увек доћи до накнаде штете коју је привредно друштво претрпело. Али се повећава могућност да ће привредном друштву бити накнађена штета, а потенцијално имовинско оптерећење смањено, макар за износ суме осигурања. Стога се ово осигурање може посматрати као вид активног управљања ризиком. Такође, позитиван утицај осигурања поверења може се приметити и у погледу спречавања губитака и настанка инсолвентности услед непредвидивих штета, што се даље може одразити на његову репутацију. Осим тога, одбијање закључења уговора о осигурању поверења, могло би водити питању у пословним круговима шта је разлог њихове одлуке да се не осигурају од реализације тако великог ризика. Све су то фактори који додатно могу угрозити репутацију компаније.

Закључно се може рећи да се велика одговорност налази на осигуравачима, који би требало да уведу ово осигурање, а потом и да потенцијалне корисника ближе упознају са њим. Нарочито сада, после економске кризе, када се много више говори о привредном криминалу и када је се много више упознато са њим и његовим формама. Такође, одлуком да закључи уговор о осигурању поверења са привредним друштвима, осигуравач указује да је реч о привредном друштву чији запослени, као лица стручног знања и потребног интегритета, делују у интересу привредног друштва и да нису склони учествовању у привредном криминалу.⁴⁵ Наиме, приликом процене ризика, осигуравач настоји да прикупи податке који могу послужити као показатељи вероватноће наступања штетних последица. Тиме се показују да су запослена лица таква да постоји мања вероватноћа да ће својим поступцима проузроковати штету привредном друштву или трећим лицима.⁴⁶ На крају, свест да нису све штете које про-

44 *Ibid.*, 26.

45 Наташа Петровић Томић, „Утицај осигурања од одговорности директора на први агенцијски проблем“, *Европске реформе у праву осигурања Србије*, 2010, 356.

46 *Ibid.*, 355.

узрокују привредном друштву покривене овим осигурањем мотивише запослене да поступају у складу са својим обавезама, под „претњом“ да могу бити одговорни за проузроковану штету. Стога, може се рећи да и осигурање поверења доприноси решавању сукоба управе и власника, иако само посредно.

Mirjana GLINTIĆ, MA
Research Associate
Institute of Comparative Law

FIDELITY INSURANCE AS AN INSTRUMENT OF PROTECTION OF THE COMPANY'S PROPERTY

Great losses make new legal regulations. That is one of the reasons that led to the appearance of the fidelity insurance that came out of the company's need for protection from internal financial crime. Insured risk represents the occurrence of pecuniary damage to a company due to intentional misconduct by the employees and directors. Insurance market in the USA has recognized the significance of this insurance, while in Europe it is only provided by German insurers. Even though this insurance does not provide a guarantee that the company's damage will always be indemnified, it certainly does reduce potential pecuniary burden for one company. It also has indirect influence on the solvency of a company and maintenance of its reputation.

The purpose of fidelity insurance is particularly emphasized when in combination with D&O insurance. Despite their specious similarities, there is a great deal of differences between these two. The biggest differences is the required level of fault underlying such losses. However, this is the main cause their compatibility. By concluding both contracts, a company excludes the possibility for not receiving indemnification because the damage was caused by negligence or intention of the wrongdoer.

Key words: *fiduciary duty, fidelity, damage, intention, negligence.*