

ZAHTJEVI EUROPSKOG ZAKONODAVCA GLEDE USPOSTAVE KLJUČNIH FUNKCIJA U SEKTORU OSIGURANJA S POSEBNIM OSVRTOM NA „FUNKCIJU PRAĆENJA USKLAĐENOSTI“

Pregledni znanstveni rad

UDK 368.021(4)EU

368.029(4)EU

339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 23. ožujka 2013.

Mladenka Grgić*

U radu se analiziraju zahtjevi europskog zakonodavca glede uspostave ključnih funkcija u sektoru osiguranja. Riječ je o obvezi usklađivanja nacionalnih prava pojedinih država članica s europskim propisima koji su sadržani u Stupu II - Direktive 2009/138/EZ – Solvency II. Pojam ključna funkcija u osigurateljnem sektoru označava polazište za brojne propise o nadzoru u osiguranju, odnosno reosiguranju, ali i za sve djelatnike u društvima koji u okviru svojega poslovanja obnašaju ključne funkcije. S ovim polazištima u nastavku se izlaže pravni okvir ključnih funkcija, uz poseban osvrt na funkciju praćenja usklađenosti. Osobito je važno sagledati pravni okvir navedenih funkcija u pogledu njihove uključenosti u sustav upravljanja u sektoru osiguranja, ponajprije zato što ih europski zakonodavac naziva ključnim, važnim te kritičnim funkcijama. Uspostava novih ključnih funkcija otvara brojna pitanja, osobito u pogledu djelatnika u društvu, njihove uloge, zakonodavčeva zahtjeva u pogledu organizacijskog ustroja, stručnih kvalifikacija, pouzdanosti navedenih osoba, ali i uloge nadzornog tijela, koje može, na temelju zakonskih propisa, izdati nalog za opoziv tih osoba.

Ključne riječi: pravo osiguranja, Europska unija, ključne funkcije u sektoru osiguranja, funkcija praćenja usklađenosti

1. UVODNE NAPOMENE

Donošenje Direktive 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća o pokretanju i obavljanju poslova osiguranja i reosiguranja (dalje u tekstu: Okvirna direktiva)¹ dana 25. studenoga 2009. osigurateljnem sektoru postavlja brojne zahtjeve u pogledu uspostave djelotvornih sustava upravljanja kojima je potrebno osigurati stabilno i razborito upravljanje poslovanjem u društvima za osiguranje, odnosno društvima za reosiguranje². Prema uzoru na Baselski model u bankarstvu, novim pravnim okvirom, koji je načelno

* Mladenka Grgić, polaznica poslijediplomskog doktorskog studija na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

¹ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II), Text with EEA relevance, OJ L 335, 17/12/2009, p. 0001-0155. Koristi se atribut „okvirna” zato što ova direktiva predstavlja polaznu osnovu za donošenje svih propisa iz područja pokretanja i obavljanja djelatnosti osiguranja, odnosno reosiguranja.

² U nastavku izlaganja pri navođenju društva za osiguranje podrazumijevat će se i društva za reosiguranje.

sadržan u Okvirnoj direktivi, europski zakonodavac slijedi regulaciju utemeljenu na tri stupa³: Stup I (*Pillar 1*) sadržava kvantitativne zahtjeve koji se odnose na osiguranje adekvatnih financijskih resursa (kapitalnih zahtjeva); Stup II (*Pillar 2*) sadržava kvalitativne zahtjeve koji se odnose na uspostavu i primjenu odgovarajućeg sustava upravljanja u društvima; i Stup III (*Pillar 3*) sadržava zahtjeve koji se odnose na pravila za javno objavljivanje informacija i izvještavanje nadzornog tijela.

Stup II Okvirne direktive uključuje zahtjeve za uspostavu djelotvornog sustava upravljanja u društvima za osiguranje, odnosno društvima za reosiguranje. Taj sustav podrazumijeva uspostavu odgovarajuće transparentne organizacijske strukture s jasnom alokacijom i odgovarajućom raspodjelom odgovornosti te djelotvoran sustav kojim se osigurava dostavljanje informacija. Drugim riječima, posrijedi je usklađivanje sa zahtjevima europskog zakonodavca propisanim odredbama čl. 42.-49. Okvirne direktive.

Direktiva uvodi novi pojam ključne funkcije koje je potrebno implementirati u sustav upravljanja. Pojam ključne funkcije na prvome mjestu nalazimo već u samoj Preambuli Okvirne direktive u recitalu 30. Prema objašnjenju spomenutog recitala, evidentno je da sustav upravljanja uključuje funkciju upravljanja rizicima, funkciju praćenja usklađenosti, funkciju unutarnje revizije i aktuarsko-matematičku funkciju. Drugo objašnjenje koje je sadržano u recitalu 33 jasno potvrđuje da europski zakonodavac daje posebnu važnost tim funkcijama nazivajući ih ključnima te ih smatra osobito važnim i kritičnim funkcijama.

Nakon što se izloži pravni okvir ključnih funkcija u pogledu njihove uključenosti u organizacijsku strukturu društva za osiguranje, u nastavku se izlaže pravni okvir ključne funkcije koja se odnosi na praćenje usklađenosti sa zakonskom regulativom kojoj u svojem poslovanju podliježe dotično društvo. Nije sporno da društvo mora poštovati zakonski okvir, nego je sporan način kako se ta funkcija mora ustrojiti. Naime, i sadašnji Zakon o osiguranju⁴ u odredbi čl. 29. propisuje obvezu za članove uprave društva za osiguranje „*da moraju osigurati poslovanje sukladno odredbama ovog Zakona i propisima donesenim na temelju ovog Zakona, odnosno sukladno drugim zakonima kojima se uređuje poslovanje društva za osiguranje te propisima donesenim na temelju tih zakona*“.

Usklađivanje propisa iz područja osiguranja s odredbama Okvirne direktive postavlja brojne zadatke sustavu upravljanja u sektoru osiguranja u pogledu novih organizacijskih obveza. Naime, svaki od tih zahtjeva predstavlja izravno zadiranje u slobodu organizacije poslovanja, koja je zaštićena kao temeljno poduzetničko pravo⁵. U tom smislu potrebno je

³ Karel van Hulle, *Solvency II – state of play and perspectives*, ZversWiss (2011) 100, 177-192, str. 180 i dalje.

⁴ Zakon o osiguranju (Narodne novine, br. 151/05, 87/08, 82/89 – dalje u tekstu: ZOS).

⁵ Gerald Spindler, *Compliance in der multinationalen Bankengruppe*, WM 2008, 905 (918). Autor daje kritički osvrt u pogledu dodatnih organizacijskih zahtjeva upozoravajući na nedostatak empirijskih istraživanja, što može dovesti samo do povećanja „papirologije“. S druge strane, studija *PricewaterhouseCoopers* iz veljače 2010. pokazuje da je samo 54% američkih poduzeća registriranih u Njemačkoj koja podliježu strogim odredbama *Sarbanes Oxley Acta* iz 2002. (traži, među ostalim, uvođenje programa usklađenosti, kodekse ponašanja, treninge za sprečavanje prijevара, sustave zviždača i kontrolu usklađenosti) pretrpjelo štetu zbog gospodarskog kriminala, za razliku od 68% ostalih poduzeća koja kotiraju na burzi, te da su se zbog

opisati važna obilježja organizacijske usklađenosti, uz poseban osvrt na odredbe Okvirne direktive ako se ona mogu odrediti na apstraktnoj razini, dakle bez upuštanja u opis svake pojedine organizacijske strukture. Nakon što se definira zahtjev za usklađenost, potrebno je odrediti njegov sadržaj te organizacijski ustroj. Na kraju slijedi osvrt na pravne posljedice za osobe koje vode društvo ili obavljaju druge ključne funkcije unutar organizacijske strukture društva u slučaju kada društvo nije uspostavilo organizacijsku strukturu koja osigurava usklađenost s regulativom kojoj podliježe.

2. POJAM KLJUČNE FUNKCIJE

Okvirna direktiva odredbom čl. 41. pred osigurateljni sektor Europske unije stavlja opće zahtjeve glede upravljanja, čime se od država članica zahtijeva da sva društva za osiguranje i društva za reosiguranje uspostave djelotvoran sustav upravljanja koji osigurava stabilno i razborito poslovanje. Prema Okvirnoj direktivi, u sustav upravljanja mora biti uključena i odgovarajuća transparentna organizacijska struktura s jasnom alokacijom i odgovarajućom raspodjelom odgovornosti. Ono što donekle precizira o kakvim je funkcijama riječ jest odredba čl. 13. Okvirne direktive, koja sadržava definicije, pa tako točka 29. navedenog članka daje definiciju u pogledu funkcija: „*Funkcija*“, *unutar sustava upravljanja, označava unutarnju sposobnost obavljanja praktičnih zadataka; sustav upravljanja uključuje funkciju upravljanja rizicima, funkciju praćenja usklađenosti, funkciju unutarnje revizije i aktuarsko-matematičku funkciju*. Kao što je navedeno, riječ je o četiri ključne funkcije koje će društva za osiguranje, odnosno društva za reosiguranje morati uspostaviti s obzirom na to da su posrijedi odredbe kogentne naravi.

Okvirna direktiva ne daje detaljna razjašnjenja navedenih funkcija u smislu da određuje točan krug osoba na koje se ti zahtjevi odnose, dakle nema apstraktne definicije, nego ih samo nabroja, vjerojatno prema uzoru na englesko pravo slijedi načelo enumeracije⁶. Inače, u Ujedinjenom Kraljevstvu polazi se od toga da pri usklađivanju pravnog okvira *Solvency II* nije nužno izlaziti iz kruga četiri nabrojene ključne funkcije⁷.

toga mjere pokazale učinkovitima. Vidi također: Dreher Meinrad, *Das Risikomanagement nach § 64a VAG und Solvency II*, VersR. 2008, 998.

⁶ Vidi: Glossar FSA-Handbooks, gdje se „controlled function“ definira kao „*a function, relating to the carrying on of a regulated activity by a firm, which is specified, under section 59 of the Act (Approval for particular arrangements), in the table of controlled functions*“, <http://fshandbook.info/FS/html/handbook/Glossary/C> (23. 1. 2013)

⁷ Područje primjene funkcije usklađenosti treba se odnositi na društva koja podliježu odredbama Okvirne direktive, tako da jedna od ključnih funkcija ne bi trebala biti oblikovana na način da je podređena nekoj drugoj upravljačkoj ulozi (unutarnja kontrola – uključuje najmanje upravne i računovodstvene postupke te funkciju praćenja usklađenosti - čl. 46 Direktive). Tako bi u konačnici težište nadzora svih ključnih funkcija bilo sadržano u zahtjevima *Solvency II* pravnog okvira na jednak način. Vidi: Preambulu Direktive – recital 4. i 5.

2.1. Zahtjevi glede primjerenosti osoba koje vode društvo

Osim zahtjeva za uspostavu ključnih funkcija u osigurateljnem sektoru, europski zakonodavac postavlja i zahtjeve u pogledu primjerenosti i prikladnosti osoba koje vode društvo ili imaju druge ključne funkcije. Odredbom čl. 42. st. 1. Okvirne direktive propisuje se da sve osobe koje vode društvo ili obnašaju druge ključne funkcije moraju imati stručne kvalifikacije, u što pripadaju profesionalne kvalifikacije, znanje, iskustvo, kako je opisano u stavku 1. slovo a). Osim toga, od svih osoba koje vode društvo ili obnašaju ključne funkcije zahtijeva se još i dobar ugled i integritet. Istovjetni zahtjevi predviđeni su i za ovlaštenog predstavnika iz odredbe čl. 146. st. 1. Okvirne direktive. Na taj se način postojeći zakonski okvir u pogledu nadzora osoba koje vode društvo u bitnom proširuje. Europski pravni okvir i dalje nije gotov i očekuje se donošenje provedbenih mjera za implementaciju (tzv. delegirani akti), kojima će se pobliže urediti i konkretizirati zahtjevi u pogledu osoba i funkcija na koje se ti zahtjevi odnose⁸. Zahtjevi europskog zakonodavca u pogledu stručnih kvalifikacija, koje se, kako je prethodno izloženo, sastoje od profesionalnih kvalifikacija, znanja i iskustava osoba koje vode društvo za osiguranje ili obnašaju druge ključne funkcije, u svakom slučaju predstavljaju novinu⁹. Zahtjevi koji se odnose na stručne kvalifikacije predviđeni su i na drugim mjestima Okvirne direktive; primjerice, odredbom čl. 24. podst. 2. daje se ovlast nadzornom tijelu države članice da odbije izdati odobrenje „*ako, uzimajući u obzir potrebu za osiguranjem stabilnog i razboritog upravljanja društvom za osiguranje, odnosno društvom za reosiguranje, nisu zadovoljne kvalifikacijama dioničara ili članova*“; nadalje, odredba čl. 59. st. 1. odnosi se na stjecatelja kvalificiranog udjela, ili čl. 62. podst. 1. Okvirne direktive, slične „*mjere primjenjuju se na fizičke ili pravne osobe koje ne ispune obvezu objavljivanja*“, što je zapravo u suprotnosti s odredbom čl. 41. st. 1. Okvirne direktive.

Prema izloženom opisu zahtjeva za kvalifikacijama može se zaključiti da sva tri zahtjeva moraju biti kumulativno ispunjena te u svojoj ukupnosti trebaju osigurati solidnu i razboritu upravljačku strukturu. Takvo je upućivanje na stručne kvalifikacije upravljačke strukture relativno, budući da se procjenjuje s obzirom na svaku organizacijsku strukturu vezano uz obavljanje djelatnosti, prema okolnostima svakoga pojedinačnog organizacijskog ustroja. Ako dođe do proširenja djelatnosti stvarno i prostorno ili je riječ, primjerice, o organizacijskoj strukturi koncerna, osigurateljnog holdinga i sl., ti zahtjevi podliježu promjeni¹⁰.

⁸ Vidi čl. 50. st. 1. slovo (c) Okvirne direktive; Komisija donosi provedbene mjere – delegirane akte na temelju načela prijenosa ovlasti u skladu s odredbom čl. 290. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU) – KOM/2011/0008. Prijedlog za Direktivu Europskog parlamenta i Vijeća za izmjenu Direktive 2003/71/EZ i Direktive 2009/138/EZ – Omnibus II – Direktiva koja će obuhvatiti rezultate o provedenim studijama putem EIOPA-e (The European Insurance and Occupational Pensions Authority - Europska agencija za nadzor osiguranja i strukovnih mirovina).

⁹ Dreher Meinrad/Lange Martin; *Die Qualifikation der Aufsichtsmitglieder von Versicherungsunternehmen nach VAG und Solvency II*, ZversWiss (2011) 100, 211 (221).

¹⁰ Usporedi: Za Nadzorni odbor prema njemačkom pravnom poretku u: Bürkle/Scheel in: Bähr (Hrsg.), *Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts 2011*, § 13 Rn. 38.

Prijedlozi¹¹ koje daje CEIOPS (Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors) za razjašnjenje pojedinih odredaba Okvirne direktive posebno upućuju na nejasnoće, primjerice, kod dvostupanjskog ustroja upravljačke strukture, gdje se postavlja pitanje utvrđuju li se zahtjevi za stručnim kvalifikacijama kolektivno i mora li pri tome upravljačko tijelo kao cjelina udovoljiti zahtjevima za kvalifikacijama, znanjem i iskustvom kako bi se osigurala solidna i razborita upravljačka struktura¹². Tek kada se utvrdi kojim aspektima podliježe tijelo kojemu je na temelju njegovih nadležnosti povjereno donošenje odluka, tada se može pristupiti preispitivanju stručnih kvalifikacija na individualnoj osnovi, odnosno na razini svakoga pojedinog člana dotičnog tijela.

2.2. Ključne funkcije i ključne zadaće – dvojnost ili terminološke razlike

Osim pojmom ključne funkcije, Okvirna direktiva koristi se i pojmom ključne zadaće, kako proizlazi iz odredbe čl. 42. st. 1. i 2. Direktive. Stavkom 1. navedenog članka europski zakonodavac upućuje zahtjev državama članicama u pogledu svih osoba koje djelotvorno vode društvo ili imaju druge ključne funkcije / zadaće da u svakom trenutku ispunjavaju zahtjeve glede njihovih profesionalnih kvalifikacija, znanja i iskustava. Također je stavkom 2. istog članka propisan zahtjev za obavještanjem nadzornog tijela u pogledu svih osoba koje vode društvo ili su odgovorne za druge ključne funkcije / zadaće sa svim informacijama. Korištenje različitom terminologijom također se uočava u odredbi čl. 26., koja govori o prethodnom savjetovanju s tijelima drugih zemalja članica te se u st. 3. koristi pojmom ključne funkcije / zadaće ili, primjerice, odredba čl. 44., koja se odnosi na upravljanje rizicima; u st. 1. podst. 1. također se koristi različitim terminima pri određivanju tih pojmova. Svakako je potrebno spomenuti i Preambulu Okvirne direktive, u kojoj se navode razjašnjenja pojedinih razloga za njezino donošenje, pa se upućuje na recitale 33-35, u kojima su ponovno uočene navedene razlike. Neke zemlje članice koriste se „dvojnošću“ pri oblikovanju pojmova ključne funkcije i ključne zadaće, a neke se koriste samo pojmom ključne funkcije¹³. Pitanje je li posrijedi nesuglasje u jezičnom izričaju ili je riječ o dva različita pojma pripada u područje europske metodologije tumačenja prava. Ne

¹¹ Vidi: CEIOPS, Advice for Level 2 Implementing Measures on Solvency II: System of Governance, October 2009, 3.47.

¹² Vidi: CEIOPS, Advice for Level 2 Implementing Measures on Solvency II: System of Governance, October 2009, 3.42; CEIOPS, Draft proposal for Level 3 Guidelines on the System of Governance, December 2010, Guidance 12 te 3.39 - 3.45; Kommission, Draft Implementing Measures Solvency II od 31. 10. 2011., čl. 249 SG1 br. 1 c) i d).

¹³ Primjerice, u engleskom ili francuskom oblikovanju tog pojma pri prijevodu Okvirne direktive nema „dvojnosti“, dok njemački prijevod/oblikovanje, osim pojma „ključne funkcije“, navodi i pojam „ključne zadaće“: „*oder andere Schlüsselaufgaben innehaben*“. Prema oblikovanju teksta iste direktive u hrvatskom jeziku (iako nije službeno objavljen – dostupan je članovima Radne skupine za izradu Nacrta prijedloga Zakon o osiguranju, imenovane od strane Ministarstva financija, KLASA:011-01/11-01/97;URBROJ: 513-11/12-22 od 20. 3. 2012., u koji će biti potrebno implementirati odredbe Okvirne direktive), koristi se samo pojam „ključne funkcije“, pa se na svim mjestima gdje se navode ključne funkcije ne navode i ključne zadaće, što znači da ni u nas za sada nema dvojnosti.

može se očekivati da je Komisija sačinila regulativu na sadržajnim razlikama¹⁴. Stoga se u nastavku izlaganja koristi samo pojam ključne funkcije.

2.3. Imatelji i nositelji ključnih funkcija

Okvirna direktiva na nekoliko mjesta donosi odredbe o pravnom nadzoru osoba koje djelotvorno vode društvo i imaju ključne funkcije. Opet se referira na Preambulu Okvirne direktive, odnosno na njezin recital 34, gdje se uočava razlika između imatelja ključne funkcije i nositelja iste te funkcije: „*sve osobe koje obavljaju ključne funkcije trebaju biti...*“, ovdje se govori o imateljima ključne funkcije; „*međutim, zahtjevi glede obavještavanja nadzornih tijela trebaju se odnositi samo na nositelje ključnih funkcija*“. Odredba čl. 42. Okvirne direktive usmjerena je na imatelja ključne funkcije i ne pravi razliku između imatelja i nositelja ključne funkcije. Istom odredbom u st. 2. zahtijeva se od društva da obavještava nadzorna tijela o svim promjenama u identitetu osoba koje vode društvo ili su odgovorne za druge ključne funkcije, zajedno sa svim informacijama koje su potrebne za procjenu primjerenosti i prikladnosti novih osoba za upravljanje društvom. Dakle, u citiranom stavku ne spominje se nositelj ključne funkcije, kao što je to slučaj u recitalu 34. Direktive, koji na jasan način određuje da sve osobe koje obavljaju ključne funkcije moraju biti primjerene i prikladne, ali se posebno ističe da je samo nositelj ključne funkcije obavezan davati informacije nadzornim tijelima¹⁵. Međutim, recital 35., jednako kao i odredba čl. 42. st. 1. i st. 2. te odredba čl. 44., navode da osobe koje vode društvo i imaju druge ključne funkcije ne prave razliku između nositelja i imatelja ključne funkcije, ali spominju „i druge ključne funkcije / zadaće“. Nije jasno jesu li te potonje izvan kruga četiri ključne funkcije koje se navode u odredbi čl. 13. točka 29. Prema sustavu teleosa i sistematike, sama riječ „druge“ ključne funkcije, kako je navedeno u nekoliko regulativnih odredaba u Okvirnoj direktivi, mogla bi se poistovjetiti i s osobama koje izvršavaju ključne zadaće u okviru stvarnog vođenja poslova u društvu¹⁶.

U svrhu razjašnjenja u vezi s pravnim nadzorom osoba koje obavljaju funkcije, odredbom čl. 50. st. 1. slovo b) predviđa se donošenje provedbenih mjera koje se odnose na ključne funkcije iz čl. 44. i čl. 46.-48. Okvirne direktive. U vezi s dodatnim razjašnjenjima u pogledu pravnog nadzora nad osobama koje vode društvo zatražena je posebna ekspertiza u pogledu svih osoba, odnosno djelatnika koji imaju ključne funkcije¹⁷. CEIOPS kao ključni dio Lamfalussyjeva postupka¹⁸ radi na nacrtima implementacijskih mjera za provedbu

¹⁴ O dvojnosti i terminološkim razlikama vidi: Meinhard Dreher, *Begriff und Inhaber der Schlüsselfunktionen nach Solvency II und VAG 2012*, VersR, Heft 22, 2012, 933 (934).

¹⁵ Vidi također: CEIOPS, Draft proposal for Level 3 Guidelines on the System of Governance, December 2010, Guideline 14 und 3.38, 3.54; Kommission, Draft Implementing Measures Solvency II v. 31. 10. 2011, Art. 249 SG1 Nr. 1 e).

¹⁶ Dreher, o. c. u bilj. 14, str. 937.

¹⁷ Kommission, Draft Implementing Measures Solvency II v. 31. 10. 2011. (SG6 Art. 258. Abs. 3).

¹⁸ *Lamfalussy*, Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte (2001), http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wise-men/final-report-wise-men_de.pdf. Lamfalussyjev postupak prvi se put spominje početkom 2001. godine u "Izvešću o poboljšanju zakonskog i regulatornog okvira za financijska tržišta", koje je izradila

prema nalogu Komisije slijedeći razne pozive za savjetovanje (*calls for advice*) na III. razini spomenutoga regulatornog postupka. Što se tiče zahtjeva za Nacrtom¹⁹ implementacijskih mjera za provedbu u pogledu pravnog nadzora osoba u društvima za osiguranje, odnosno društvima za reosiguranje, pod nazivom *fit & proper*, zahtjevi se odnose na sve osobe koje imaju ključne funkcije. Međutim, osobe koje su obvezane na davanje obavijesti nadzornim tijelima nisu obuhvaćene tim Nacrtom. Razgraničenja između imatelja i nositelja ključne funkcije u svakom bi slučaju pridonijela jasnoći i većoj pravnoj sigurnosti.

U literaturi je zastupljeno stajalište da to prije svega ovisi o svakoj pojedinoj organizaciji poslovanja te o podjeli nadležnosti u donošenju odluka, odnosno da bi se načelno moglo govoriti o imateljima četiriju ključnih funkcija. Isto vrijedi u slučaju centraliziranog ili decentraliziranog ustroja organizacije poslovanja kada je riječ o ključnim funkcijama²⁰, odnosno da bi svako društvo trebalo samo procijeniti pitanje odgovornosti osoba s navedenim funkcijama. Na tom tragu i CEIOPS označava krug osoba koje su odgovorne u skladu s funkcijom²¹. U takvu normiranju moglo bi se reći da imatelji ključnih funkcija pripadaju u krug osoba koje se nalaze na prvoj hijerarhijskoj razini te da su direktno podređene upravi upravo na toj razini i da snose odgovornost za poslove unutar dodijeljene funkcije.

2.4. Ostale neimenovane ključne funkcije

Okvirna direktiva ne daje jasna pravila u pogledu uspostave ključnih funkcija u sustavu upravljanja unutar osigurateljnog sektora. U recitalu 33 Preambule navodi se da se „*funkcije uključene u sustav upravljanja smatraju ključnima...*“. S druge strane, u odredbi čl. 13., u kojoj se daju definicije pojedinih pojmova, pod točkom 29. navodi se definicija „*funkcije unutar sustava upravljanja...*“, gdje su nabrojene samo četiri funkcije kao ključne. Ako je polazište za ključne funkcije recital 33, pojam funkcije u sustavu upravljanja mogao bi biti širi od te četiri ključne funkcije, koje su navedene u odredbi čl. 13. t. 29. Okvirna direktiva također postavlja opće zahtjeve glede upravljanja, u koje treba biti uključena odgovarajuća organizacijska struktura koja osigurava dostavljanje informacija nadzornom tijelu te usklađenost sa zahtjevima koji su predviđeni u čl. 42.-49. Sustav unutarnje kontrole sastavni je dio upravljačke strukture, ali se kao ključna funkcija navodi samo „*funkcija praćenja usklađenosti*“ i sastavni je dio sustava unutarnje kontrole. S

visokorangirana radna skupina stručnjaka predvođena barunom Alexandreom Lamfalussyjem. U početnoj fazi izrađen je prijedlog zakonodavnog okvira za tržište vrijednosnih papira, ali je poslije obuhvaćeno kompletno tržište financijskih usluga na području Europske unije. Riječ je o ubrzanom legislativnom postupku, koji se sastoji od IV razine (*Levels*) propisa koje je potrebno donijeti. Vidi također: MARKT/2535/02-EN-Interinstitutionelle Vereinbarung vom 28. November 2001 über die systematischere Neufassung von Rechtsakten Amtsblatt Nr. C 077 vom 28/03/2002 S. 0001-0003; EC - Paper for the Solvency Subcommittee, Considerations on the design of a future prudential supervisory system; Kritički osvrt u: Nikolas Raschauer, *Aktuelle Strukturprobleme des europäischen und österreichischen Bankenaufsichtsrechts* (2010), 315 ff.

¹⁹ CEIOPS, Draft proposal for Level 3 Guidelines on the System of Governance, December 2010, 3.31.

²⁰ Više o tome u: Dreher u bilj. 14, str. 939 i dalje.

²¹ CEIOPS, Draft proposal for Level 3 Guidelines on the System of Governance, December 2010, 3.64.

obzirom na to da je pojam ključne funkcije naveden prema sustavu enumeracije, moglo bi se zaključiti da nema nejasnoća u pogledu ostalih ključnih funkcija u sustavu upravljanja. No odredbom čl. 42. Okvirne direktive zahtijeva se primjerenost i prikladnost svih osoba koje djelotvorno vode društvo ili imaju „druge“ ključne funkcije. Radi pravne sigurnosti i jasnoće potrebno je pobliže odrediti krug osoba koje podliježu tim zahtjevima. Osim toga, dodatne nejasnoće jednako tako proizlaze i iz nacрта dokumenata na kojima, u okviru svoje stručne pomoći Komisiji, radi CEIOPS. Iz navedenih dokumenata, od kojih izdvajamo samo neke, razvidno je da je područje ključnih funkcija nejasno i još otvoreno²². Uvođenje ostalih funkcija trebalo bi biti u ovisnosti o vrsti, veličini i kompleksnosti društva za osiguranje te osobitosti njegove organizacijske strukture. Dodatnu zbrku oko ključnih funkcija u osigurateljnem sektoru stvara i literatura, gdje se na nekim mjestima navodi da bi se i članove nadzornog odbora moglo promatrati kao nositelje ključnih funkcija²³. Naravno, postoje i suprotna stajališta, koja se opet čine sasvim logičnima i opravdanima zato što članovi nadzornog odbora nisu hijerarhijski podređeni upravi pa, prema tome, ne mogu biti nositelji ključnih funkcija²⁴.

²² Brojni su dokumenti iz kojih se može zaključiti da je pitanje ključnih funkcija u sektoru osiguranja još otvoreno: vidi CEIOPS, Draft proposal for Level 3 Guidelines on the System of Governance, December 2010, 1.10: „Najmanje“ četiri navedene ključne funkcije jesu ključne funkcije; također vidi: 3.241 „...ključne funkcije..., kao“ (navode se samo četiri ključne funkcije prema načelu enumeracije); CEIOPS, Advice for Level 2 Implementing Measures on Solvency II: System of Governance, Oktober 2009, 3.39: „najmanje“ četiri ključne funkcije; vidi također: 3.46, zadnje izdanje (Obveze o informiranju i u pogledu imatelja drugih ključnih funkcija); usporedi: CEIOPS, Issues Paper v. 17. 7. 2007, Risk Management and Other Corporate Issues, Tz.21., vidi također: Martin Schaff, *Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen-aufsichtliche Anforderungen und Organenverantwortung*; Verlag, 2010, Teil 1. Kapitel 1, D. II. 6.2. (str. 24). te u bilj. 838 (Fn. 838). Formulacija CEIOPS-a koja se odnosi na *independent non-executive directors* može se vrlo ekstenzivno interpretirati. Pojam *fit-and-proper* (prikladnost i primjerenost & dobar ugled i integritet) ne treba ograničiti samo na neovisne članove upravljačke strukture. Kriteriju *fit & proper* ponajprije trebaju udovoljiti neovisni članovi nadzornog odbora, a mora se proširiti i na sve ostale članove upravnog ili nadzornog odbora. O kriteriju za ustroj nadzornog odbora i njegovih članova usporedi: Poglavlje 5. točka. 5.4.1 Deutscher Corporate Governance Kodex – DCGK; za sve članove nadzornog odbora traži se znanje, sposobnost i iskustvo u struci; i još *Spindler*, ZIP 2005, 2033, 2039 ff.; *Lieder* NZG 2005, 569. Jedna od temeljnih smjernica (*Leitlinien*) CEIOPS-a posve je suprotna stajalištu zauzetom od strane Allianz SE glede Zakona o jačanju financijskog tržišta i nadzora osiguranja od 27. 5. 2009., str. 4; (Öffentliche Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsichts), a odnosi se na odredbu čl. 42 Okvirne direktive, koja proširuje zahtjev za *fit-and-proper* na direktora i ključne osobe, ali ne i na nadzorni odbor; „*Es empfiehlt sich eine EU-harmonisierte Regelung. Art. 42 der Solvency II Rahmenrichtlinie erstreckt den Fit & Proper-Test auf Geschäftsleiter und bestimmte Schlüsselfunktionen, nicht aber auf den Aufsichtsrat*“.

²³ Za uključivanje članova nadzornog odbora u krug ključnih funkcija vidi: Schaff, *Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen* 2010. str. 242 f. (prethodna bilješka); ista mogućnost i prema: *Lüttringhaus* EuZW 2011, 856 (856). Vidi također: Dreher/Lange, *Die Qualifikation der Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen nach VAG und Solvency II*, ZversWiss, (2011) Heft 100, 211-229, str. 221-223. Upućuje se na sličnosti i razlike u dualističkom i monističkom sustavu ustroja organa. Također se govori o kvalifikacijama članova nadzornog odbora, ali kod nadzora grupe.

²⁴ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV), Stav od 20. 9. 2011 o nacrtu desetog Zakona o izmjenama Zakona o nadzoru osiguravajućih društava, (VAG) str. 26. „*Prema pojašnjenju sadržanom u recitalu (30) i dalje iz Okvirne direktive, osobe s ključnom funkcijom su samo one čija se odgovornost može jasno podvesti pod područje odgovornosti djelovanja uprave društva. Prema sistematiziranju pravnih propisa koji se odnose na upravljanje i nadzor u pravu društava, odnosno ovlastima upravljačkih i nadzornih uloga, članovi nadzornog odbora smatraju da nije pravedno kada se njihove članove svrsta na istu razinu s onima koji su „niže rangirani“ od uprave.*“

3. FUNKCIJA PRAĆENJA USKLAĐENOSTI U SEKTORU OSIGURANJA

Jedna od ključnih funkcija, kako je definirano²⁵ u odredbi čl. 13. točka 29. Okvirne direktive, jest i funkcija praćenja usklađenosti (eng. *the compliance function*, njem. *die Compliance-Funktion*, fr. *la fonction de vérification de la conformité*, tal. *la funzione di verifica della conformità*, slo. *funkcija skladnosti*). Iz navedenog proizlazi da su neke države članice Europske unije u svojim prijevodima Okvirne direktive zadržale englesku verziju, dok su se druge koristile odgovarajućim riječima iz vlastite pisane baštine.

3.1. Pojam *compliance*

Pojam *compliance*²⁶ relativno je novijeg datuma, barem što se tiče kontinentalnoga pravnog sustava, a preuzet je iz anglosaskog prava. Najčešće se prevodi kao pravna konformacija, prilagođavanje, skladnost ili usklađenost. U njemačkom pravnom poretku za pojam *compliance* mogu se pronaći različiti izrazi: *Rechtsbefolgung*, *Rechtmäßigkeit*, *Regelüberwachung* ili *die Einhaltung von rechtlichen Bestimmungen*, što bi za poduzeća (*Unternehmen*) značilo poslovanje u skladu s važećom regulativom²⁷. Budući da do sada nije pronađena odgovarajuća riječ koja bi u sebi sadržavala pojam *compliance*, u njemačkoj pravnoj terminologiji uglavnom se upotrebljava u izvornoj engleskoj verziji.

Za pojam *compliance* teško je pronaći sasvim točan prijevod na hrvatski jezik. Pri listanju brojnih rječnika u traženju adekvatnog prijevoda može se uputiti na sljedeću izreku: "*Dictionaries are like watches: the worst is better than none, and the best cannot be expected to go quite true.*" (Rječnici su kao satovi: i najgori je bolji od nikakva, a ni od najboljeg se ne može očekivati da je potpuno točan); Samuel Johnson, (1709. - 1784.). Nadovezujući se na tu izreku slavnog engleskog leksikografa i pjesnika, a radi potrebe određivanja pojma *compliance*, u nastavku izlaganja i dalje se koristi hrvatska riječ usklađenost, što podrazumijeva usklađenost s ukupnom regulativom, kojoj podliježe određeni pravni subjekt – u konkretnom slučaju društvo za osiguranje i reosiguranje.

Zanimanje za usklađenost s regulativom poraslo je, osobito otkako su javnosti dostupni podatci o izrečenim vrlo visokim novčanim kaznama prema pravnim subjektima za koje je utvrđeno da u svojim poduzećima/društvima nisu uspostavili prikladne i funkcionalne sustave za praćenja usklađenosti²⁸. Bez obzira na to što se obveza *pravne konformacije*

²⁵ Članak 13. Okvirne direktive sadrži definicije.

²⁶ Vidi: Milica Gačić, *Englesko-hrvatski rječnik prava, međunarodnih odnosa, kriminalistike i forenzičnih znanosti, kriminologije i sigurnosti*, Naklada Ljevak, Zagreb, 2004, str. 255; za pojam *compliance* nalazimo ni manje ni više nego 30 riječi hrvatskog jezika. Rječnik ne donosi prijevod pojma *Compliance function*, iako sadrži druge pojmove, primjerice *Compliance Audit*, *Compliance Department*, *Compliance Officer* i sl.

²⁷ Jürgen Bürkle, *Compliance in Versicherungsunternehmen – Rechtliche Vorgaben und praktische Umsetzung*, Verlag C. H. Beck, 2009, str. 4 i dalje.

²⁸ Često se spominje primjer njemačkog Siemens, čiji se odjel za praćenje usklađenosti sastoji od 600 ljudi. Prije izricanja prekršajne sankcije taj je odjel imao svega 90-ak zaposlenih u odnosu na ukupan broj od 405.000 zaposlenika. Vidi: Poslovno izvješće za 2009. godinu, str. 11; Izvješće o usklađenosti, str. 24. Rješenje Državnog odvjetništva o izrečenoj novčanoj kazni dostupno na: <http://www.siem>

sama po sebi podrazumijeva²⁹, pod usklađenošću se može podrazumijevati i zahtjev da se društva tako organiziraju da uspostave djelotvoran sustav za praćenje usklađenosti³⁰.

3.2. Organizacijski zahtjev za uspostavu funkcije usklađenosti

Organizacijski zahtjev za uspostavu ključne funkcije usklađenosti, koji obvezuje društvo za osiguranje, sadržan je u odredbi čl. 46. Okvirne direktive kao sastavni dio unutarnje kontrole. Učinkovit i djelotvoran sustav unutarnje kontrole, prema odredbama Okvirne direktive, obuhvaća, među ostalim, i funkciju praćenja usklađenosti. Funkcija praćenja usklađenosti uključuje savjetovanje upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela o usklađenosti sa zakonima i drugim propisima donesenima na temelju mjerodavnih zakona ili Direktive. Ona također uključuje i procjenu mogućeg učinka bilo kojih promjena u pravnom okruženju na poslovanje dotičnog društva te utvrđivanje i procjenu rizika usklađenosti³¹.

Usklađenost s pravnim normama u sektoru osiguranja, koji je neosporno vrlo složen, a ta se složenost ogleda u njegovim brojnim aspektima: pravnim, ekonomskim, financijskim i matematičkim, zasigurno za taj sektor predstavlja poseban izazov. Svaka djelatnost koja je kompleksnija dovodi do povećanja broja odredaba koje je potrebno poštovati s jedne strane, dok, s druge strane, dovodi do veće podjele rada ili pak nejasnoća u nadležnostima. Sve to može dovesti do brojnih manjkavosti u funkcioniranju samog odjela za praćenje usklađenosti. Uz to, postoji i opasnost da dođe do konflikta između djelatnika kada je u

ens.com/press/pool/de/events/2008-12-PK/MucStaats.pdf. U citiranom rješenju nema prijevoda za pojam *compliance*, nego se koristi u izvornoj engleskoj verziji.

Nakon poznatoga američkog skandala (ENRON) usvojen je tzv. The Sarbanes-Oxley Act of 2002. The Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act, poznat i kao Sarbanes-Oxley Act (the "Act"), donesen je u srpnju 2002., nakon niza korporativnih skandala koji su snažno odjeknuli u javnosti, a u koje su bile upletene i tvrtke Enron i Worldcom. Poglavlje 404 (a) spomenutog zakona zahtijeva od Uprave da omogući pristup i da izvijesti o učinkovitosti unutarnje kontrole nad financijskim izvješćima ("ICFR"). Poglavlje 404 (b) zahtijeva da neovisni revizor potvrdi procjenu Uprave o učinkovitosti onih koji provode unutarnju kontrolu. Budući da su se troškovi, u usporedbi sa zahtjevima iz poglavlja 404 Zakona („Section 404”), pokazali neočekivano visokima, naponi da se smanje, uz zadržavanje učinkovitosti, rezultirali su nizom reformi iz 2007. godine.

²⁹ Banalnu tvrdnju da poduzeća trebaju poslovati u skladu s važećim propisima često citira Schneider; primjerice, u stručnom časopisu *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2003, 645 (646), opisujući to kao „opće poznatu stvar“. Katkad se stvarno pridržavanje propisa opisuje kao „materijalna usklađenost“, tako Casper u jubilarnom izdanju za Karsten Schmidt za 70. rođendan 2009., str. 199, 201; Kremer/Klahold ZGR (*Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*) 2010, 115 (116).

³⁰ O organizacijskom shvaćanju pojma usklađenosti vidi: Uwe H. Schneider; *Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung*, ZIP 2003, 645 (646); Spindler: *Compliance in der multinationalen Bankengruppe*, WM 2008, 905; Kort Mihael: *Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance*, NZG 2008, 81; Vetter, *Compliance in der Unternehmerpraxis*, in Wecker/van Laak, (2008), 29; Wilmu Gedächtnisschrift für Michael Gruson (članak u sjećanje na Michaela Grusona, u fn. 2) 2009, str. 465, 467; Casperna navedenome mjestu (fn. 2) str. 199, 201 (kao „formalni pojam usklađenosti”); Wagner Jens, „*Internal Investigations*“ und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ (časopis *Corporate Compliance Zeitschrift*) 2009, 8 (10), (samo tako pojam dobiva značenje); Bürkle, *Compliance in Versicherungsunternehmen*, Verlag C.H.Beck, 2009, str. 4; Reichert/Ott: *Non Compliance*, ZIP 2009, 2173; Kremer/Klahold: *Compliance-Programme in Industriekonzernen*, ZGR 2010, 113 (117).

³¹ Čl. 46. st. 2. Okvirne direktive.

pitanju „uspješno poslovanje“ poduzeća s jedne strane, dok, s druge strane, dolazi u pitanje poštivanje pravila kojima djelatnost podliježe. Takvo stanje može dovesti do pogrešnog shvaćanja lojalnosti poduzeću / društvu. Naime, djelatnici odjela za praćenje usklađenosti doista mogu doći u „napast“ da lojalnost društvu stave iznad interesa općeg poštivanja zakona i ostalih akata za čije poštivanje snose odgovornost i zadaće.

Prije nego što je donesena Okvirna direktiva, u kojoj su sadržana načela za novi, na riziku utemeljen pravni okvir, kojim je formulirana posebna obveza za uspostavu funkcije usklađenosti, uprava se smatrala glavnim organom koji je bio dužan osigurati uspostavu i praćenje usklađenosti. Na taj je način uprava predstavljala svojevrsni „kontrolni centar“ u društvu, a članovi uprave pri tome su smatrani primarno nadležnim kontrolorima³². Takve obveze za upravu nisu ništa novo budući da proizlaze iz propisa koji su kogentne naravi, primjerice u pogledu hrvatskog prava, Zakona o trgovačkim društvima, Zakona o osiguranju (kada je riječ o djelatnosti osiguranja) te ostalih akata obvezujućega karaktera. Uprava je dužna osigurati poštovanje zakonskih propisa i svih drugih akata koji su doneseni na temelju za tu djelatnost važećih propisa, odnosno svih drugih internih smjernica, okružnica, pravilnika i sl. Pitanja vezana za usklađenost sa zakonskim i drugim propisima doista nisu sporna, ona se sama po sebi podrazumijevaju. Međutim, sporan je sadržaj te obveze, odnosno sama organizacija. Što se tiče odgovornosti za uspostavu i funkcioniranje odjela za praćenje usklađenosti, tu nema ništa sporno u pogledu odgovornosti – ona je, naime, uvijek na upravi jer je temeljna zadaća uprave da vodi poslove društva³³. Tu odgovornost uprava ne može delegirati na neku drugu osobu, tijelo ili neki drugi organ, ali može osnovati poseban sektor / odjel koji će biti zadužen za praćenje usklađenosti.

3.3. Sadržaj zahtjeva za usklađenost i nadležnost

Nakon što je definiran zahtjev za usklađenošću, potrebno je objasniti i njegove nadležnosti, odnosno sadržaj. Kao polazna točka mogu se uzeti tri osobito važna područja, a to su: edukacija, prevencija i na kraju reakcija. Ono što je najvažnije svakako je kvalitetna instrukcija i edukacija djelatnika, zatim slijede ne manje važni mehanizmi preventivne kontrole. I kao treća, osobito važna sastavnica sadržaja zahtjeva za usklađenošću jest područje reakcija na eventualno nepoštivanje usklađenosti, odnosno izricanje sankcije. Edukacija, odnosno instrukcija osoblja o pitanjima koja se odnose na usklađenost pretpostavlja da se pri dodjeli zadataka angažiraju samo odgovarajući zaposlenici koji su adekvatno upućeni i obrazovani da bi u dovoljnoj mjeri bili svjesni pravnog okvira u kojem djeluju te mogućih rizika koji su s time povezani. Praćenje usklađenosti treba provoditi

³² Hoffman-Becking, Mihael: *Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand einer AG*, ZGR 1988, 497 (513); Martens, Klaus-Peter: *Der Grundsatz gemeinsamer Vorstandsverantwortung*, in Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag 1988, S. 191, 201; uvijek s osvrtom na razgraničavanje odgovornosti uprave i nadzornog odbora.

³³ Zakon o trgovačkim društvima (Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 144/1299 - ZTD), čl. 240. st. 1., Zakon o osiguranju (Narodne novine, br. 151/05, 87/08), čl. 29.

prema programu za praćenje usklađenosti kojim se planiraju njezine aktivnosti, kao što su provođenje i preispitivanje specifičnih politika i procedura. O rezultatima provjere usklađenosti treba izvještavati kroz hijerarhiju izvještavanja u skladu s unutarnjim procedurama. Poduzimanje preventivnih mjera moguće je putem određivanja prava pristupa svakog pojedinca ili grupe korisnika s jasno definiranim ovlastima. Uz to mogu biti uključeni i rotacijski postupci za pojedine djelatnosti. Za učinkovitu prevenciju potrebne su i kontrole čiji su predmet već nastali događaji u kojima je potrebno ispitati pridržavanje navedenih pravila koja su relevantna za to područje. Ako se pritom utvrdi postojanje nepravilnosti, onda slijedi reakcija koja se može izreći u obliku opomene ili neke druge sankcije do eventualnog premještanja na drugu funkciju, pa sve do otkaza.

Kako bi se na adekvatan način uspostavila funkcija praćenja usklađenosti, sva ta tri elementa podjednako su važna i ne mogu se promatrati odvojeno. Funkcija usklađenosti organizacijska je obveza u kojoj je sadržana zadaća za cijelo društvo / poduzeće, a ne samo za pojedine odjele koji se odnose na instrukciju djelatnika i preventivne kontrole, pa je u tom smislu od iznimne važnosti stjecanje znanja i spoznaja o njezinoj važnosti. Međutim, ne isključuje se da se pojedine mjere za praćenje i zaštitu pravila o usklađenosti u načelu trenutačno promatraju kao različita poslovna područja u društvu.

Što se tiče materijalno-pravnog sadržaja nadležnosti, ona je uvijek povezana s načelom proporcionalnosti. Društvu se mogu nametnuti samo one organizacijske obveze koje su proporcionalne rizicima koji se mogu pojaviti u takvoj organizacijskog strukturi, odnosno društvu. Takav zaključak proizlazi iz odredbe čl. 41. st. 2. Okvirne direktive, gdje se jasno navodi da je sustav upravljanja razmjerni prirodi, opsegu i složenosti poslova društva za osiguranje, odnosno društva za reosiguranje. Ako bi se usklađenost samo promatrala prema materijalnopravnom sadržaju, onda bi moglo doći do teškoća u razgraničenju. Utvrdi li se, primjerice, nadležnost odjela za praćenje rizika iz područja zaštite tržišnog natjecanja ili borbe protiv korupcije, u takvim slučajevima nije potpuno jasno hoće li taj isti odjel biti u mogućnosti utvrditi odgovarajuće tekuće mjere. Stoga je nužna suradnja s ostalim odjelima u pogledu davanja instrukcija ili savjetovanja s pravnim odjelom, suradnja s odjelom unutarnje revizije, ali i s odjelom upravljanja rizicima (eng. *risk management*) u pogledu nadzora nad provođenjem sankcija. Nejasnoće u nadležnosti odjela usklađivanja s ostalim odjelima mogle bi dovesti do dodatnih teškoća u razgraničenju nadležnosti³⁴. Ako djelatnici ne znaju točno komu se trebaju obratiti kada imaju pravne probleme ili uoče neke prekršaje, pojavit će se prepreke i teškoće u prosljeđivanju informacija. U slučaju nejasnih ili nepreciznih uputa uprava nije u mogućnosti ispuniti svoje zadaće, što proizlazi iz odredbe čl. 41. st. 1. Okvirne direktive, u kojoj se jasno navodi da je u društvu potrebno osigurati transparentnu organizacijsku

³⁴ Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) u svom stavu prema MaComp – usklađenost u pogledu vrijednosnih papira, upozorava na opasnost zbog nejasnih nadležnosti, odnosno neprimjerenog delegiranja zadataka usklađenosti kojima se objašnjava ekonomski neopravdano opterećenje. Dokument dostupan na:
http://www.bafin.de/cln171/nn_722552/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/Konsultationen/2009/kon_1709_stnGDV.html?_nnn=true.

strukturu sustava upravljanja s jasnom dodjelom i primjerenom podjelom nadležnosti. Funkciju praćenja usklađenosti nije moguće provesti samo preko jedne osobe. Potrebno je uspostaviti suradnju s ostalim resursima u društvu, npr. suradnju s pravnim odjelom, odjelom za ljudske potencijale, unutarnjom revizijom, odjelom upravljanja rizicima i sl.³⁵

3.4. Funkcija praćenja usklađenosti – organizacijski ustroj

Funkcija praćenja usklađenosti podrazumijeva i savjetovanje upravnog, upravljačkog ili nadzornog tijela o usklađenosti sa zakonima i drugim propisima prisilne naravi. U tom smislu navedena funkcija uključuje i procjenu mogućeg učinka bilo kojih promjena u pravnom okruženju na poslovanje dotičnoga pravnog subjekta te utvrđivanje i procjenu rizika usklađenosti (čl. 46. st. 2. Okvirne direktive). Kroz suradnju s različitim odjelima u poduzeću potrebno je izraditi pravni profil društva, odnosno organizacijske strukture, u kojem će biti sadržane mjerodavne odredbe specifične za svako društvo osiguratelja. Svoje ponašanje u skladu s važećim zakonskim odredbama može uskladiti samo onaj tko poznaje pravni okvir kojem podliježe njegovo poslovanje. S obzirom na opisane zahtjeve za uvođenje ključnih funkcija, koji treba biti usklađen s profilom svakog pojedinog društva, možemo razlikovati nekoliko sastavnica koje bi se mogle primijeniti na funkciju usklađenosti, i to³⁶: 1) organizacija za usklađenost, 2) program praćenja usklađenosti, 3) informiranje, edukacija, savjetovanje, 4) obvezujuće upute, smjernice.

3.4.1. Organizacija praćenja usklađenosti

Okvirna direktiva ne sadrži konkretne organizacijske zadaće i mjere koje bi bile u vezi s funkcijom praćenja usklađenosti. Konkretizacija će uslijediti putem provedbenih mjera koje će biti donesene od strane Komisije uz pomoć stručnog tijela CEIOPS-a. Na razini uprave društva potrebno je stvoriti okvir s jasnim podjelama nadležnosti kako bi se uspostavila kvalitetna i djelotvorna funkcija praćenja usklađenosti. Pritom društva za osiguranje imaju slobodu sastaviti zasebnesmjernice za praćenje usklađenosti, primjerice u obliku priručnika za praćenje usklađenosti ili organizacijske odredbe izdane u obliku internih smjernica o upravljanju rizicima³⁷. Posebno je bitno napomenuti da društva za osiguranje moraju, u sklopu funkcije praćenja usklađenosti, jasno raspodijeliti zadaće i ovlasti te jasno definirati tijek važnih poslovnih procesa. Osim toga, potrebno je utvrditi sadržaj, oblik i vremenski okvir podnošenja izvješća upravi³⁸. S organizacijskog stajališta od posebnog je značenja odvajanje funkcije usklađenosti od ostalih važnih funkcija.

³⁵ Vidi: Annette Marschlich, *Praxis der Compliance-Organisation – Zuständigkeit der Compliance Organisation*, CCZ 2010, 195 (196): U načelu bi trebalo razviti integrirane postupke organizacije usklađenosti. U posebne angažmane u poduzeću koje obavlja službena osoba za zaštitu okoliša, osoba za zaštitu podataka, pravni odjel, odjel zaštite na radu itd.

³⁶ Bürkle, u bilj. 27, str. 52. (Compliance-Bausteine), vidi: (Fn. 269. BB 2005, 565, f).

³⁷ Vezano za pojam *Compliancehandbuch* usporedi: *Hauschka*, in: Hauschka (Hrsg.), *Corporate Compliance*, 2007, § 1 Rn. 31; *Gebauer/Kleinert*, in: U.H. Schneider (Hrsg.) *Handbuch Managerhaftung*, 2007, komentar na čl. (§ 19) Rn. 76.

³⁸ Usporedi: CEIOPS, Issues Paper v. 3. 11. 2008., Implementing Measures on System of Governance, Tz. 7.27.

Funkcija praćenja usklađenosti mora se organizirati na takav način da je neovisna o operativnim jedinicama s jedne strane te ostalim složenim, odnosno ključnim funkcijama s druge strane.

Unutar organizacijske strukture potrebno je imenovati odgovornu osobu kao nositelja funkcije praćenja usklađenosti³⁹, što znači da ta funkcija mora imati i formalan status unutar organizacijske strukture. Ta osoba treba redovito obavještavati upravu društva o promjenama u pravnom okruženju te potencijalnim prijetnjama ili manjkavostima u sustavu praćenja usklađenosti koje bi se mogle negativno odraziti na poslovanje društva. Nakon što je imenovana osoba s ključnom funkcijom praćenja usklađenosti, ona ima primarnu zadaću da predloži odgovarajuće mjere kako bi se na najefikasniji način ispunila zadaća funkcije praćenja usklađenosti.

Uprava mora s dužnom pažnjom odabrati, instruirati i nadzirati nositelja ključne funkcije praćenja usklađenosti kako bi se delegiranje nadležnosti provelo na adekvatan način. U krajnjoj liniji uprava je odgovorna za ustroj funkcije usklađenosti te za usklađenost poslovanja društva sa zakonima, propisima i standardima, dakle s ukupnom pravnom regulativom. Osobe koje su zadužene za praćenja usklađenosti, a posebno glavna osoba koja je zadužena za praćenje usklađenosti, ne bi smjela biti pozicionirana na mjestu na kojem bi mogla doći u sukob interesa između svoje odgovornosti koja se odnosi na usklađenost u odnosu na sve svoje druge odgovornosti.

3.4.2. Osnovna obilježja funkcije praćenja usklađenosti

Kao prvo i osnovno obilježje djelotvorne funkcije praćenja usklađenosti unutar organizacijske strukture u društvu za osiguranje može se navesti njezina neovisnost⁴⁰. Obilježje neovisnosti funkcije usklađenosti moglo bi navesti na zaključak da u pogledu osiguranja usklađenosti s regulativom u društvu nije odgovorna uprava⁴¹, no nije riječ o tome, nego je riječ o izbjegavanju kolizijskopравnih interesa i kompetencija u odnosu na druge organizacijske jedinice i ostale upravljačke funkcije. Jasno razgraničenje između pojedinih ključnih funkcija potrebno je kako bi se formirale odgovornosti svake pojedine funkcije. Razgraničenje prema funkciji upravljanja rizicima prvo zahtijeva opće određenje sustava upravljanja rizicima.

Naznake takva razgraničenja nalazimo i u našim propisima, važećim za sektor osiguranja, konkretno u Smjernicama za identificiranje, mjerenje i praćenje rizika⁴²: „sustav

³⁹ Jürgen Bürkle, *Compliance in Versicherungsunternehmen*, str. 52, 53, Rn. 156. a), „Compliance Officer“ – može se prevesti kao „dužnosnik ili službenik za praćenje usklađenosti“; vidi također u: Milica Gačić, u bilj. 26., *Compliance Officer – Savjetnik za praćenje poštivanja zakonitosti*, str. 255.

⁴⁰ Jürgen Bürkle, o. c., str. 54, Rn. 160. c).

⁴¹ Hauschka/Bürkle, § 8 Rn. 33; Lebberz, *Emmittenten – Compliance*, S 327 f.; za: Wertpapierfirmen Hense/Renz, CCZ 2008, 181, 185.

⁴² Smjernice za identificiranje, mjerenje i praćenje rizika kojima je u svojem poslovanju izloženo društvo za osiguranje, odnosno društvo za reosiguranje (Narodne novine, br. 155/09). Vidi poglavlje II. točka 1., str. 4. U nastavku izlaganja za navedene smjernice koristi se termin smjernice HANFA-e.

upravljanja rizicima podrazumijeva sveobuhvatno, strateško upravljanje rizikom, koji obuhvaća utemeljene odluke uprave društva, tekuću analizu u okviru ranog prepoznavanja rizika i operativne mjere za ovladavanje, kontrolu, uklanjanje i /ili financiranje rizika⁴³. Prema tome, upravljanje rizicima može se opisati kao ophođenje sa svim rizicima koji mogu nastati u društvu iz procesa rukovođenja te ostalih operativnih procesa. Suprotno tomu, funkcija praćenja usklađenosti prikazuje se kao specijalni oblik procesa upravljanja rizicima pa se može, na neki način, smatrati njegovom specijalizacijom. To doista može upućivati na zaključak da je ta funkcija dio sustava upravljanja rizicima, no prema sistematizaciji propisa iz područja pravnog nadzora u sektoru osiguranja, ipak je funkcija praćenja usklađenosti kao sastavni dio unutarnje kontrole nadređena propisima organizacijske prirode⁴⁴. U tom smislu funkcija praćenja usklađenosti treba osigurati pridržavanje nadzorno-pravnih zadaća u pogledu pridržavanja propisa o upravljanju rizicima. Okvirna direktiva također odredbom čl. 46. st. 2. propisuje da funkcija praćenja usklađenosti nadzire praćenje pridržavanja postavljenih smjernica, uputa i sl. i tako čini sastavni dio unutarnje kontrole, koja je sastavni dio sustava upravljanja u društvu. Istom je odredbom Okvirne direktive predviđeno i savjetovanje upravnog, upravljačkog i nadzornog organa u pogledu pridržavanja pravnih propisa te ostalih upravnih i internih akata kojima podliježe društvo. To uključuje i procjenu mogućih učinaka bilo kojih promjena u pravnom okruženju na poslovanje dotičnog društva.

Usporedive sličnosti i razlike također nalazimo i u odnosima između funkcije praćenja usklađenosti i unutarnje revizije. „Unutarnja revizija samostalno, neovisno i objektivno ocjenjuje poslovne jedinice, procese, procedure i sustave u odnosu na upravljanje rizicima kako bi se u ranoj fazi otkrili rizici, opasnosti i nedostaci, o čemu je dužna obavijestiti upravu.“⁴⁵ Razlike su evidentne u aktivnostima koje se provode u okviru tih funkcija. Primjerice, odjel praćenja usklađenosti provodi aktivnosti tekućeg poslovanja, dok funkcija unutarnje revizije nije ovisna o tekućim poslovima jer se provodi nakon što su oni već provedeni. „Unutarnja revizija nadgleda cjelokupno poslovanje društva radi ocjene sustava unutarnjih kontrola ugrađenih u poslovne procese, sve u svrhu ocjene ispravnosti, ekonomičnosti i efikasnosti korištenja materijalnih i ljudskih resursa.“⁴⁶ Osim toga, unutarnja revizija djeluje u okviru svojih nadležnosti koje su joj dodijeljene u društvu, dok funkcija praćenja usklađenosti mora ispitivati pravni okvir kojem društvo podliježe bez obzira na to o kakvoj je regulativi riječ - unutarnjoj ili vanjskoj. Na temelju svoje kompetencije unutarnja revizija može, za potrebe funkcije/odjela praćenja usklađenosti, izraditi i određena izvješća, tzv. *compliance audits*⁴⁷, i na taj način sama provjeriti usklađenost pojedinih procesa u društvu.

⁴³ Čl. 44. st. 1. Okvirne direktive.

⁴⁴ Bürkle, CCZ 2008, 50, 54; Dreher, VersR. 2008, 998, 1004; Weber Ray, AG 2008, 345, 348.

⁴⁵ Smjernice HANFA-e, bilj. 42, poglavlje II. - točka 5., str. 16.

⁴⁶ Smjernice HANFA-e, točka 5., str. 16.

⁴⁷ *Compliance Audits* – hrvatski prijevod – revizija usklađenosti dokumentacije s propisima, ispitivanje suglasnosti, revizija usuglašenosti, revizija poštivanja zakonitosti; M. Gačić, u bilj. 26 str. 255.

Bez obzira na usporedivosti i razlike te funkcionalnu blizinu između pojedinih funkcija u osigurateljnom sektoru, može se zaključiti da je riječ o ključnim funkcijama koje su, i u organizacijskom smislu i po svojim nadležnostima, samostalna i neovisna područja⁴⁸. Koncept neovisnosti nikako ne znači da funkcija praćenja usklađenosti ne može usko surađivati s rukovodstvom i osobljem različitih poslovnih jedinica. Štoviše, suradnja između funkcije praćenja usklađenosti i poslovnih jedinica treba pomoći pri utvrđivanju rizika i upravljanju rizicima usklađenosti u ranoj fazi⁴⁹. Opisane elemente neovisnosti treba promatrati kao zaštitu koja će osigurati djelotvornost funkcije praćenja usklađenosti, bez obzira na blisku povezanost između funkcije praćenja usklađenosti te ostalih poslovnih jedinica. Način na koji se primjenjuju ovisit će u određenoj mjeri o specifičnim odgovornostima pojedinih osoba zaduženih za praćenje usklađenosti.

3.4.3. Program praćenja usklađenosti

Program praćenja usklađenosti u društvu za osiguranje započinje sistematičnom nadzornopravnom analizom izgradnje, odnosno tijeka uspostave organizacijske strukture osiguratelja, u kojoj su sadržana izvješća o usklađenosti, odnosno poštivanju zakonitosti⁵⁰. Ti pregledi obuhvaćaju postupke osiguranja kvalitete te omogućuju zaštitu procesa u pogledu ispunjenja obveza i zadaća utemeljenih na regulativi, bilo vanjskoj bilo unutarnjoj. U tom smislu osobito je važno da se uspostavi jasno definirana operativna struktura tako da podupire važne funkcije organizacijskog ustroja prema strategiji društva kako bi se omogućilo bliže definiranje svih poslovnih procesa koji sadržavaju znatne rizike⁵¹. Jednako tako, potrebno je definirati svaki poslovni proces po pojedinome procesnom koraku, odrediti ljudske i druge resurse te uspostaviti suradnju s ostalim odjelima; pravnim odjelom, osobom zaduženom za usklađenost te ostalim osobama koje su na temelju zakonskih ili internih propisa zadužene za ispunjenje relevantnih zadaća u okviru svojih nadležnosti, a sve s ciljem uspostave sustava ranog upozorenja u pogledu potencijalnih opasnosti koje bi mogle dovesti do ugrožavanja poslovanja. Zadatke i odgovornosti potrebno je jasno definirati i uskladiti unutar organizacijskog ustroja. Iz navedenog jasno proizlazi da je potrebno uspostaviti odgovarajuće organizacijske upute, smjernice za svako specifično područje.

Operativna organizacijska struktura u skladu s internim zahtjevima, poslovnim aktivnostima i rizičnim profilom društva podrazumijeva i adekvatne ljudske resurse. Djelatnici društva koji su uključeni u procese upravljanja rizicima moraju biti kvalificirani i educirani tako da mogu identificirati potencijalne opasnosti i na odgovarajući način reagirati.

⁴⁸ Dreher, VersR. 2008, 998, 1004; Spindler, WM 2008, 905, 912.

⁴⁹ Vidi: Baselski odbor za nadzor banaka: „Usklađenost i funkcija praćenja usklađenosti u bankama“, travanj 2005., Banka za međunarodne namire; 5. načelo odnosi se na neovisnost, str. 7. točka 20, 21.

⁵⁰ O tome više u: Weimar/Grote, *Zum Rechtsaudit als Überwachungsinstrument*, WiB, 1997, 841.

⁵¹ Smjernice HANFA-e, pod točkom 3.2.

Ovdje je nužno naglasiti da poslovni procesi koji sadržavaju znatne rizike, a trebaju biti obuhvaćeni operativnom strukturom, jesu⁵²: poslovi osiguranja, oblikovanje pričuva, upravljanje ulaganjima te poslovi reosiguranja, odnosno retrocesije. Upravo je program praćenja usklađenosti ogledalo operativne strukture i njezine sposobnosti, odnosno pripravnosti u odnosu na izbjegavanje pravnih nedostataka. Da bi se uspostavila pouzdanost i točnost podataka, potrebna je adekvatna informatička podrška. U tom smislu društvo slijedi odgovarajuće međunarodne IT standarde.

3.4.4. Informiranje, edukacija i savjetovanje

Ako se utvrdi postojanje različitih prijestupa ili nepridržavanja regulatornog okvira kojem podliježe djelatnost kojom se društvo bavi, o tome je potrebno proslijediti informacije. S obzirom na to da je riječ o vrlo osjetljivom području, edukacija i savjetovanje od osobite su važnosti jer se u većini slučajeva prijestupi, odnosno povrede pravnog okvira događaju zbog nepoznavanja brojnih, većinom novih, katkad i nejasnih propisa s kojima je potrebno uskladiti poslovanje⁵³. Iz tog razloga ovo se područje može okarakterizirati kao vrlo važna sastavnica programa praćenja usklađenosti. S obzirom na to polazište, u slučaju postojanja potrebe za informiranjem, prvo je potrebno s dotičnim informacijama upoznati pravni odjel i zatražiti savjet. Upravo je zbog tog polazišta od posebne važnosti da se između tih dvaju odjela uspostavi uska suradnja s jasnim nadležnostima. Društvo za osiguranje u sklopu svakodnevnog poslovanja suočeno je s brojnim aktivnostima koje teku prema strogim pravilima, ali i njihovim izmjenama, pa je nužno permanentno izvješćivanje, primjerice putem intraneta ili edukacijskog programa.

Zakonski okvir kojem podliježe djelatnost osiguranja određeni dio organizacijske regulative prepušta u nadležnost samog društva pa je i taj dio regulatornih zahtjeva osobito važan jer društvo mora odabrati optimalne instrumente regulacije, a sve prema rizičnom profilu samog društva. U tu svrhu korisno je ponovo uputiti na „Smjernice za identificiranje, mjerenje i praćenje rizika kojima je u svojem poslovanju izloženo društvo za osiguranje, odnosno društvo za reosiguranje“. Smjernice su postavljene na načelu razmjernosti, prema kojem uprava društva mora u društvu razviti organizacijsku kulturu o rizicima. Ovdje je naročito potrebno razgraničiti pravno obvezujuća pravila od onih koja to nisu. Vezano uz službene objave od strane nadzornog tijela, također se upućuje na presudu njemačkog Upravnog suda (Verwaltungsgericht, Kassel), koja u znatnom smislu razjašnjava minimalne zahtjeve u pogledu unutarne revizije, koji su od strane nadzornog tijela objavljeni kao minimalni zahtjevi u bankarskom sektoru: „*dass einem solchen Rundschreiben weder gegenüber den Adressaten noch gegenüber den Gerichten eine wie auch immer geartete Rechtsverbindlichkeit zukommen kann*“⁵⁴.

⁵² *Ibid.*, str. 6 i 7.

⁵³ Jürgen Bürkle, o. c. u bilj. 27, str. 58, Rn. 173.

⁵⁴ Verwaltungsgericht – Kassel; WM 2007, 392. Die Complince – Praxis im Finanzdienstleistungssektor nach Solvency II, CCZ 2008, 50. (Fn. 26). Bürkle: VersR 2009, 871, 872.

Obveza prosljeđivanja informacija za koju postoji povod može doći i do uprave ako je to potrebno kako bi se poduzele odgovarajuće instruktivne, preventivne, ali i represivne mjere⁵⁵. Radi praktičnosti nije nužno da svaka informacija dođe do uprave ako se može riješiti na nižim hijerarhijskim razinama. U tom dijelu osobito je važna uloga i zadaća unutarnje revizije, koja samostalno, neovisno i objektivno ocjenjuje poslovne jedinice, procese, procedure i sustave u odnosu na upravljanje rizicima u društvu.

Informiranje, edukacija i savjetovanje trebaju se koncentrirati na posebno osjetljiva stručna područja, koja su u sklopu organizacijskog programa praćenja usklađenosti označena kao posebno važna u pravnom smislu. Funkcija praćenja usklađenosti treba pomoći upravljačkim strukturama pri educiranju osoblja o pitanjima koja se odnose na usklađenost te djelovanje u svojstvu mjesta za kontakt u vezi sa svim pitanjima ostalog osoblja koja se odnose na usklađenost.

3.4.5. Obvezujuće upute i smjernice

Od osobite je važnosti da se u društvu utvrde i donesu pisane smjernice za osoblje o odgovarajućoj provedbi praćenja usklađenosti sa zakonima, propisima i standardima s pomoću politika i procedura te ostalih relevantnih dokumenata, kao što su razni priručnici o praćenju usklađenosti, interni kodeksi ponašanja i ostale praktične smjernice⁵⁶. Uprava društva nadležna za donošenje različitih vrsta pisanih smjernica i uputa u pogledu ponašanja, koje bi trebale biti dostupne svim zaposlenicima putem intraneta. U njima je potrebno dokumentirati temeljni sustav vrijednosti društva prema legalnom poslovanju te uvjerenje o pravednom tržišnom natjecanju i izbjegavanju sukoba interesa. Smjernice o ponašanju, koje će uprava i menadžment morati uzorno poštovati, i to prema načelu *walk the talk*⁵⁷ (čini što kažeš), prije svega služe onomu tko u društvu obavlja poslove vezane uz sporna pravna pitanja.

Kodeks ponašanja sadržava i upute o postupanju kada je riječ o darovima ili raznim pozivima, u svakom slučaju bit će naglašene konkretne granice vrijednosti te mjere pravednog plaćanja prema učinku te upute o opsegu dodatnih poslova. Jednako tako, potrebno je jasno naglasiti da se svako kršenje tih smjernica neće smatrati beznačajnom pogreškom, nego će izazvati primjerenu i za svaki pojedinačni slučaj odgovarajuću sankciju.

Utvrđivanje i donošenje pisanih smjernica o praćenju usklađenosti sa zakonskom regulativom te ostalim nabrojenim dokumentima predstavlja i davanje uputa svim

⁵⁵ Usp. Moosmayer AnwBI 2010, 634; izravno izvješćivanje uprave društva, koja mora funkcionirati *ad hoc* i reagirati u slučaju hitnosti osnovno je načelo *compliance* organizacije u društvu (poduzeću – *Unternehmen*).

⁵⁶ Vidi: Baselski odbor za nadzor banaka: u bilj. 49; „Funkcija praćenja usklađenosti treba pomagati višem rukovodstvu pri“: točka 36., str. 10. Pojam „kodeks ponašanja“ pravno se definira u § 2. Abs.1 Nr. 5 UWG i stoga je bolje ne koristiti ga interno i individualno. Bürkle: (Fn. 305).

⁵⁷ Bürkle, *Compliance in (deutschen) Versicherungsunternehmen*, *Versicherungsrundschau*; Ausgabe 1-2/12, 45-49, str. 48 (Fn. 32); Himer; VR 9/2011, S 25, 28.

zaposlenicima da sudjeluju u postupku praćenja usklađenosti. Primjerice, u velikim društvima (korporacijama) moguće je uvesti i posebnu liniju za „zviždače“ (tzv. *Whistleblower Helpline*)⁵⁸ koja bi svim zaposlenicima omogućila prijavljivanje zloporaba prijestupa i prijevara osobi od povjerenja s pravom na anonimnost i zaštitu prijavitelja.

4. PRAVNA ODGOVORNOST U SLUČAJU NEDOSTATNE ORGANIZACIJE PRAĆENJA USKLAĐENOSTI

4.1. Propisi iz područja prava društava

Polazna norma za određivanje dužne pozornosti i odgovornosti članova uprave dioničkog društva u pogledu hrvatskog prava jest odredba čl. 252. Zakona o trgovačkim društvima⁵⁹. Za određivanje pojma u čemu se sastoji spomenuta pozornost članova uprave valja uzeti u obzir sljedeće: da su dužni pridržavati se pravila kojima se uređuje unutarnji život društva, da su dužni postupati prema pravilima o djelovanju društva prema trećim osobama itd. U prvu skupinu pravila spadaju obveze djelovanja u okviru djelatnosti koje čine predmet poslovanja društva, poštivanje odredaba o ovlastima organa kako ne bi došlo do napetih odnosa u društvu. U odnosu prema trećima moraju se poštovati propisi svih grana prava s kojima dolazi u doticaj kako se radnjama koje se pritom poduzimaju društvu ne bi nanijela šteta (materijalna, gubitak ugleda, prekršajna odgovornost i sl.). Dodatna mjerila u pogledu dužne pozornosti i obveze članova uprave njemački zakonodavac konkretizira kroz odredbu čl. 91. st. 2. AktG-a (Aktiengesetz - Zakon o dionicama)⁶⁰, u kojoj se od rukovoditelja zahtijeva organizacijski ustroj upravljanja rizicima u smislu ranog prepoznavanja i njegov sustavni nadzor. Odredbe o organizacijskim obvezama vezano za upravljanje rizicima i praćenje usklađenosti nalazim i u „Njemačkom kodeksu o korporativnom upravljanju“ (DCCK) u točkama 4.1.4. i 4.1.3.

⁵⁸ Savjet za „zviždače“: Tražite savjet od onoga komu vjerujete (budite oprezni u razgovoru s radnim kolegama jer i oni mogu biti upleteni). Imajte osjećaj perspektive – zapamtite da može postojati i nevino objašnjenje. Razmislite o svim mogućim posljedicama „zviždanja“ prije nego što djelujete. Nemojte sami pokušati doći do srži problema. Doznajte ima li vaša tvrtka interni kontakt za „zviždače“. Razmislite o pozivanju vanjskog tijela, npr. Public Concern at Work ili FSA. Nemojte postati „zviždačem“ da biste se sami okoristili ili kako biste time rješavali osobne probleme. <http://news.efinancialcareers.com/11534/fsa-hotline-aims-to-help-whistleblowers/> (13. 3. 2013.). O zaštiti „zviždača“ u Republici Hrvatskoj više na internetskoj stranici Ministarstva pravosuđa: <http://www.antikorupcija.hr/Default.aspx?sec=503>; „Termin zviždač dolazi od prijevoda engleske riječi „whistleblower“. „Zviždač“ je zaposlenik, bivši zaposlenik ili član organizacije koji prijavi nelegalno postupanje odgovornim osobama ili nadležnim tijelima državne vlasti“. U anglosaskom pravu termin zviždač ima pozitivan predznak, dok je u kontinentalnom pravnom poretku negativno označen, kao što je slučaj i u našem pravnom poretku.

⁵⁹ Barbić Jakša, *Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Organizator, Zagreb 2005, „dužna pozornost i odgovornost članova uprave“, str. 496 i dalje.

⁶⁰ Uwe Hüffer, *Aktiengesetz 10. Auflage – Jubiläumsausgabe 2012*, C. H. Beck, str. 478 (Komentar na § 91. st. 2.). Vidi također: BT-Drucks, 16/10067. str. 102. Stoga je rukovoditeljima prepušteno da samostalno odlučuju da li i na koji način uspostaviti sustav upravljanja rizicima.

Prema točki 8. Preambule navedenog Kodeksa može se zaključiti da je ta pravna obveza deklaratorne prirode⁶¹.

4.2. Propisi iz područja osiguranja

U pogledu hrvatskog prava upućuje se na relevantnu odredbu čl. 29. st. 1. ZOS-a, koja propisuje obveze člana uprave društva za osiguranje; „*članovi uprave društva za osiguranje moraju osigurati poslovanje društva u skladu s odredbama ovog Zakona i propisima donesenima na temelju ovoga Zakona, odnosno sukladno drugim zakonima kojima se uređuje poslovanje društva za osiguranje te propisima donesenima na temelju tih zakona*“. Konkretizacija obveza za članove uprave sadržana je u naprijed navedenoj odredbi u st. 1.-5., dok je upravljanje rizicima normirano u poglavlju IV. odredbom čl. 92. ZOS-a. U svrhu uspostavljanja nadzora nad procesima upravljanja rizicima određuju se i minimalni zahtjevi za upravljanje rizicima uzimajući u obzir raznovrsnost tržišta osiguranja te specifičnost svakog društva. Nadzorno tijelo (HANFA) donijelo je posebne Smjernice⁶² za identificiranje, mjerenje i praćenje rizika te u suradnji sa Zagrebačkom burzom *Kodeks korporativnog upravljanja*, koji trebaju primjenjivati svi izdavatelji čije su dionice uvrštene na uređeno tržište prema načelu „postupi ili objasni“. Što se tiče pravne prirode Smjernica (HANFA-e), one zapravo služe samo kao okvir za uspostavu efikasnog sustava upravljanja u društvu za osiguranje, odnosno društvu za reosiguranje. Stoga nemaju karakter kogentnosti u smislu dužne pažnje i odgovornosti za članove uprave⁶³. Navedenim Smjernicama (HANFA-e) upućuje se na važnost uspostavljanja efikasnog sustava upravljanja rizicima kako bi se osigurala učinkovita zaštita osiguranika, odnosno korisnika usluga društva.

Odredbom čl. 285. ZOS-a predviđena je prekršajna odgovornost za člana uprave društva (izvršnog direktora) ako ne izvršava obveze sukladno odredbama čl. 29. tog Zakona.

4.3. *Business judgment rule*

U anglosaskom pravu razvijen je poseban standard o oblikovanju poduzetničkih odluka u svrhu prevencije pravnih rizika. Prema pravilu *business judgment rule* nema sudske kontrole članova uprave ako se u svojem poslu pridržavaju pretpostavaka pravične prosudbe. Pravilo je prihvaćeno i u njemačkoj sudskoj praksi s osloncem da se upravi dioničkog društva u vođenju poslova mora dati više prostora za odlučivanje, bez kojega

⁶¹ Preporuke (*Empfehlungen*) kodeksa u tekstu su naznačene upotrebom riječi „treba“ - „soll“. Društva to mogu izbjeći, ali su ih u tom slučaju obvezna jednom na godinu objaviti. Isto omogućava društvima uzimanje u obzir potreba koje su specifične za branšu / društvo. Tako kodeks pridonosi većoj fleksibilnosti i samoupravljanju njemačkih tvrtki. Nadalje, kodeks sadržava poticaje od kojih se može odustati bez javne objave; za to se kodeks koristi pojmovima „trebalo bi“ ili „može“. Ostali dijelovi kodeksa, koji jezično nisu tako jasno određeni, odnose se na odredbe koje tvrtke moraju smatrati važećim Zakonom.

⁶² Vidi: u bilj. 40.

⁶³ Vidi: Kort, u Jubilarnom izdanju Zbornika za Karsten Schmidt u povodu 70. rođendana 2009., str. 945, sada NZG 2008, 81 (83); Mutter AG-Report 2007, R 352; Weber Ray AG 2008, 345 (358).

se ne može zamisliti poduzetničko djelovanje⁶⁴. Minimalni zahtjevi za upravljanje rizikom utječu na poduzetničku slobodu u pogledu odgovornosti pa je njemački zakonodavac iz sudske prakse (predmet *ARAG/Garmenbeck*) preuzeo razvijeniji *business judgment rule* i kodificirao ga u odredbi čl. 93. st. 1. AktG-a⁶⁵. Prema toj odredbi, povreda obveze glede činjeničnog stanja postoji već onda ako su kumulativno ispunjene sljedeće pretpostavke: a) poduzetnička odluka, b) dobra vjera, c) član uprave mora poslovati neovisno o pojedinačnim interesima koji nisu društveni i o utjecaju sa strane, d) mora služiti na dobrobit društva, e) mora se temeljiti na primjerenim informacijama. Na taj se način naspram *business judgment rule* otvara samo ograničeni sudski kontrolni okvir; ako uprava društva na temelju primjerene informacije postupi na razuman način i u interesu društva, ne postoji povreda obveze. Kroz pravni profil društva i profil praćenja usklađenosti utvrđuju se potrebne informacije, koje se prosljeđuju kroz izvješća. Na upravi je društva da donese odluku o tome hoće li u tom pogledu ustrojiti vlastit odjel za praćenje usklađenosti ili će taj zadatak prenijeti na neku od postojećih organizacijskih jedinica, što opet ovisi o okolnostima svakog pojedinačnog slučaja, odnosno o organizacijskoj odluci uprave.

5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Na temelju izloženog može se zaključiti da usklađivanje propisa iz područja osiguranja s odredbama Direktive 2009/138/EZ – *Solvency II* osigurateljnom sektoru postavlja brojne zadatke koji se odnose na organizacijske obveze društva za osiguranje. Pojam ključne funkcije predstavlja poveznicu za mnoge odredbe u Okvirnoj direktivi, primjerice u pogledu zahtjeva za kvalifikacijama i prikladnosti osoba koje će biti dio upravljačke strukture u društvu za osiguranje. Tako je predviđena obveza dostavljanja različitih vrsta informacija nadležnom nadzornom tijelu, ali i specifične ovlasti nadzornog tijela za intervenciju.

Što se tiče pojmovnih razlika pri određivanju ključnih funkcija, ne može se očekivati da je europski zakonodavac sačinio regulativu na sadržajnim razlikama, pa je nepotrebno stvorena zbrka oko tog pitanja. Može se zastupati stajalište da je riječ o četiri ključne funkcije koje su dio sustava upravljanja, a određene su prema sustavu enumeracije. U taj krug spadaju samo četiri ključne funkcije, i to: funkcija upravljanja rizicima, funkcija praćenja usklađenosti, funkcija unutarnje revizije te aktuarsko-matematička funkcija, i po hijerarhijskoj razini podređene su upravi društva.

Prema brojnim nacrtima dokumenata koji se odnose na nadzorne odbore može se zaključiti da oni ipak ne sadržavaju neke posebne odredbe vezano za zahtjeve u smislu stručnih kvalifikacija prema članovima nadzornog odbora. Nadzorni odbori kvalificiraju

⁶⁴ Schmidt K., *Gesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, str. 815, s pozivanjem na presudu Saveznog suda SR Njemačke u predmetu *ARAG/Garmenbeck*, objavljena u Zbirci *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, Bd. 135, str. 244.

⁶⁵ Uwe Hüffer, u bilj. 60, AktG., čl. 93. Vidi komentar na str. 499. *Sachstand vor kodifizierter BJR* (4b).

se kao osobe unutar kojih djeluju osobe s ključnim funkcijama. Kao takve moraju biti pouzdane i stručne. Dakle, pojam *fit & proper* iz Okvirne direktive treba shvatiti kao načelo koje ostavlja dovoljno prostora za razmatranje posebnih uvjeta pri procjeni kvalifikacije te sukladno profilu organizacijske strukture.

Funkcija praćenja usklađenosti ima zadaću organizirati praćenje usklađenosti s ukupnom regulativom kojoj u svojem poslovanju podliježe dotično društvo. U tom smislu društvo mora osigurati proporcionalno složene mjere za praćenje usklađenosti u obliku edukacije, prevencije te reakcije na nepoštivanje propisa, bilo unutarnjih bilo vanjskih. Organizacijska struktura društva dio je poslovne odluke samog društva i u slučaju kada je već uspostavljena funkcija praćenja usklađenosti.

Razumijevanje zadaća funkcije usklađenosti također omogućuje razgraničenje od drugih elemenata sustava upravljanja u društvu, kao što su pravni odjel te ostale ključne funkcije. Posebno je važno da se kod djelatnika odjela za usklađenost posebna pozornost usmjeri na jasnu i dokumentiranu raspodjelu odgovornosti zato što svi akteri imaju velik rizik odgovornosti, i to se ne može zanemariti. Osim toga, za društvo su predviđene novčane kazne koje se odnose na članove uprave, odnosno nadzornog odbora, te ovlasti nadzornog tijela za opoziv, otkazi zaposlenicima i slične sankcije. Društva za osiguranje moraju odrediti imatelje ključnih funkcija u smislu pravnog nadzora osoba koje u okviru organizacijske strukture obnašaju te funkcije, za koje uprava snosi punu odgovornost, a to podliježe i provjeri od strane nadzornog tijela.

Ulazak Republike Hrvatske u Europsku uniju zahtijevat će izradu novoga zakonodavnog okvira kojim će se u hrvatsko zakonodavstvo preuzeti Direktiva 2009/138/EZ Europskog parlamenta i Vijeća. Pri prijevodu Okvirne direktive države članice Europske unije slijedile su različite pristupe u terminološkom smislu. Radi izbjegavanja dvojnosti i terminoloških razlika poželjno je pojmove iz Direktive ujednačiti pa se u tom smislu sugerira korištenje hrvatskog jezika, unatoč teškoćama pri odabiru odgovarajuće riječi iz naše jezične baštine.

S obzirom na svrhe i zadaće funkcije praćenja usklađenosti (*The Compliance function*), a kako je u radu opisano, može se sugerirati da se u hrvatskim prijevodima za pojam *compliance* koristi termin usklađenost, što podrazumijeva usklađenost s ukupnom regulativom, kojoj, u konkretnom slučaju, podliježe sektor osiguranja.

Summary

REQUIREMENTS OF THE EUROPEAN LEGISLATOR REGARDING THE ESTABLISHMENT OF KEY FUNCTIONS IN THE INSURANCE SECTOR WITH SPECIAL FOCUS ON THE “COMPLIANCE MONITORING FUNCTION”

This paper analyses the requirements of the European legislator with regard to the establishment of key functions in the insurance sector. It deals with the obligation of aligning the national laws of individual Member States with EU rules laid out in the “Pillar II” - Directive 2009/138/EC – Solvency II. The term “key function” in the insurance sector is the starting point for many regulations on supervision in insurance and reinsurance, as well as for all the personnel in companies that perform key functions as part of their business. These are the bases of the legal framework of the key functions presented in this paper, with special emphasis on the compliance monitoring function. It is particularly important to view the legal framework of these functions in terms of their inclusion in the management system of the insurance sector, especially because the EU legislator considers them important and critical key functions. The establishment of new key functions raises many questions, particularly in terms of the staff of the company, their role, the legislator’s requirement concerning the organisational structure, professional qualifications and the reliability of these persons, as well as the role of the supervisory authority, which may, pursuant to legal provisions, issue an order to discharge these persons.

Keywords: insurance law, European Union, key functions in the insurance sector, compliance monitoring function

Author

Mladenka Grgić

Postgraduate student in the doctoral programme of the Faculty of Law in Zagreb