

Ljerka Mintas Hodak
asistentica-istraživač

UDK 347.998.72

**UVRŠTAVANJE UGLAVKA O IZBRANOM SUDU PREDVIDENOG
U UGOVORU O PRIJEVOZU TERETA MOREM U SADRŽAJ
TERETNICE**

Članak započinje konstatacijom o učestaloj praksi da izdatnik teretnice na osnovi inkorporirajuće klauzule sadržane u teretnici uvrštava u njen sadržaj uz ostale uvjete i uglavke predvidene u ugovoru o prijevozu tereta, i uglavak o izbranom sudu. Kako pravna sudbina ovakvih arbitražnih klauzula u odnosu prema trećem, zakonitom imatelju teretnice nije uvjek potpuno izvjesna u svim pravnim porecima zbog suprotnosti prisilnim propisima o obliku potrebnom za valjano sklapanje arbitražnog ugovora, to je u članku dat usporednopravni prikaz zakonskih odredbi, sudske i arbitražne prakse nekoliko reprezentativnih pravnih sustava o tom pitanju, te kritički osvrt autora prema sudskej praksi onih država čije pravo zbog krutih propisa o obliku arbitražnog ugovora negira bilo kakvu mogućnost valjane inkorporacije arbitražne klauzule iz ugovora o prijevozu tereta u sadržaj teretnice. U članku se pledira za takvo liberalno tumačenje nacionalnih propisa o obliku arbitražnog ugovora odnosno za takve potrebne zakonske promjene arbitražnih procesnih propisa koje bi omogućile valjanost inkorporacije arbitražne klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice, jer to iziskuje suvremena praksa pomorskog prometa.

Općenito

Uvrštavanje uglavka o izbranom суду predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem¹ u sadržaj teretnice klauzulom o pozivanju teretnice na uvjete i uglavke tog ugovora, tj. inkorporirajućom klauzulom kako ćemo je nadalje u ovom radu nazivati, samo je jedan vid dvaju širih i općenitijih pravnih problema - uključivanja pojedinih uvjeta i uglavaka iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice; i udovoljenja kogentnim propisima o obliku za sklapanje arbitražnog ugovora.

Poznato je, naime, da u praksi pomorskog prijevoza brodar izdaje, u pravilu na zahtjev krcatelja ili njegovog ovlaštenog predstavnika, teretnicu, tj. jednostranu ispravu kojom potvrđuje primetak tereta navedenog u teretnici i preuzima obvezu prema pri-

imatelju tereta da označeni teret izruči legitimiranom imatelju teretnice. Uz to, teretnicom se redovito dokazuje postojanje i sadržaj ugovora o prijevozu tereta morem, koji u načelu nije formalni ugovor, ali se u praksi najčešće sastavlja u pismenom obliku.² Gotovo je nemoguće zamisliti odvijanje suvremenog pomorskog prijevoza bez raznih vrsta standardnih formulara ugovora o prijevozu tereta morem kojima je jedna od osnovnih karakteristika da se u pretežnom dijelu sastoje od uglavaka o uvjetima prijevoza tereta, iako se u takvim ugovorima mogu ponekad naći i stipulacije stranaka o izdavanju teretnica za teret koji će se na osnovi takvih ugovora prevoziti. S druge strane i u teretnicama koje izdaju brodari ili njihovi ovlašteni predstavnici na osnovi zaključenih ugovora o prijevozu tereta morem česte su odredbe o modalitetima zaključenog ugovora, i to bilo tako što su takve odredbe o uvjetima i uglavcima iz ugovora o prijevozu tereta verbatim reproducirane u tekstu teretnica, bilo tako da u teretnicama postoji tzv. inkorporirajuća klauzula kojom je predvideno da se sadržaj teretnice proširuje i na uvjete i uglavke iz ugovora o prijevozu tereta morem na temelju kojeg je teretnica izdana. Paralelno postojanje ugovora o prijevozu tereta morem i teretnice dovodi u praksi do problema tumačenja odnosa između klauzula ugovora i klauzula teretnice izdane na osnovi takvog ugovora. Osobitosti ovog problema posebno doprinosi činjenica da je teretnica negocijabilni vrijednosni papir, a to uz ostalo znači da dolaskom u ruke svakog trećeg koji nije istodobno i stranka ugovora o prijevozu tereta morem, takvog trećeg veže samo ono što je i kako je u teretnici izričito predvideno. Ovo načelo apstraktnosti obveze izdatnika teretnice u odnosu na trećeg ovlaštenog imatelja teretnice ne izaziva veće probleme ako su u teretnici verbatim reproducirani uglavci i uvjeti iz ugovora o prijevozu tereta morem, ali situacija nije uvijek jasna u odnosu na valjanost uglavaka i uvjeta iz ugovora o prijevozu tereta prema trećem zakonitom imatelju teretnice ako se u teretnici na takve uglavke i uvjete samo poziva u inkorporirajućoj klauzuli.

U ovom radu nemamo namjeru izložiti svu složenost problema koji mogu nastati zbog paralelnog postojanja ugovora o prijevozu tereta morem i teretnice izdane na osnovi takvog ugovora. Ostavljajući po strani pitanje odnosa raznih nacionalnih pravnih poredaka prema priznanju prorogacijskih (forum) klauzula u korist domaće

ili inozemne arbitraže, zadržat ćemo se samo na razmatranju da li se i uz koje se uvjete u pojedinim državama priznaje valjanom inkorporacija arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice. U osnovi ovog razmatranja sadržano je zapravo traženje odgovora na pitanje da li je i uz koje je pretpostavke moguće valjano zaključenje arbitražnog sporazuma između brodara-izdatnika teretnice i trećeg, zakonitog imatelja teretnice.

Skloni smo prihvatići mišljenje onih koji smatraju da inkorporirajuća klauzula sadržana u teretnici predstavlja zapravo samo sredstvo kojim izdatnik teretnice (brodar ili njegov ovlašteni predstavnik) na skraćeni i brži način uvrštava u sadržaj teretnice sve ili samo neke uvjete i uglavke iz ugovora o prijevozu tereta morem s ciljem da zadrži određena ovlaštenja koja ima prema takvim uglavcima ne samo u odnosu na drugu stranku ugovora nego i u odnosu na svakog trećeg ovlaštenog imatelja teretnice.³

Sadržaj inkorporirajuće klauzule može biti formuliran ili tako da se izdatnik teretnice vrlo općenito poziva na primjenu svih uvjeta i uglavaka sadržanih u ugovoru o prijevozu tereta morem, ili tako da uz to još posebno istakne poziv na primjenu određenih uglavaka i uvjeta iz tog ugovora. U praksi to najčešće izgleda ovako: "All the terms, conditions, liberties and exceptions of the charter-party dated as... are herewith incorporated."; "All other terms and conditions as per charter-party."; "All the terms, conditions, clauses and exceptions contained in the said charterparty apply to this bill of lading."; ili "All terms, conditions, clauses and exceptions of the charterparty including the freight and arbitration clauses are herewith incorporated."⁴

U praksi se često postavlja pitanje može li se sadržaj ovako općenito formulirane inkorporirajuće klauzule (osim zadnjeg primjera) predviđene u teretnici protumačiti tako da se u tekstu teretnice sa valjanim učinkom uvrštava i arbitražna klauzula?

Za odgovor na ovo pitanje potrebno je prvenstveno razlučiti dvije osnovne situacije. Da li se ovakvo pitanje pojavilo u međusobnim spornim odnosima brodara s jedne strane i naručitelja prijevoza kao brodarevog sukontrahenta odnosno krcatelja kao naručiteljevog punomoćnika s druge strane, ili se pojavilo u sporu brodara s trećim zakonitim imateljem teretnice.⁵

Slijedeći načela prava o vrijednosnim papirima, izdavanjem teretnice za brodara nastaje apstraktna obveza ex scriptura tek kada teretnica dode u ruke treće osobe. Ako je takav treći istodobno i stranka ugovora o prijevozu tereta morem sklopljenog s izdatnikom teretnice - brodarom, za odnose takvih stranaka, po pravu većine pravnih sustava, bit će mjerodavne odredbe ugovora.⁶ Odredbe teretnice koje nisu u skladu s uvjetima i uglavcima ugovora o prijevozu tereta morem mogu eventualno imati utjecaja na međusobne odnose stranaka ugovora samo ako je naručitelj prijevoza odnosno krcatelj takvu teretnicu potpisao jer se u tom slučaju u pravu nekih, ali ne i svih zemalja, uzima da je naručitelj odnosno krcatelj potpisom teretnice pristao na novaciju ranije sklopljenog ugovora o prijevozu tereta morem.⁷

Ovakvo tumačenje odnosa klauzula ugovora o prijevozu tereta morem i klauzula teretnice u odnosu na stranke ugovora uglavnom se iskristaliziralo kroz sudsku praksu. Tako je u sporu između engleskog osiguratelja tereta i turskog brodara radi povrata isplaćene osigurnine na ime odštete za teret koji se prevozio brodom, tuženik istakao prigovor nadležnosti francuskog trgovačkog suda u Marseillesu pozivajući se na zaključnicu ("booking note") koju je supotpisao i naručitelj prijevoza, a u kojoj je bila sadržana klauzula o nadležnosti tzv. prorogacijska klauzula. Trgovački je sud u Marseillesu uvažio prigovor tuženika uz obrazloženje da u konkretnom slučaju zaključnica predstavlja brodarski ugovor, pa je stoga teretnica izdana u okviru brodarskog ugovora na putovanje samo potvrda o primjeku tereta od strane brodara dok se nalazi u posjedu naručitelja prijevoza, koji je u konkretnom slučaju bio i posljednji imatelj teretnice.⁸

U jednom drugom sporu pred engleskim sudom⁹ naručitelj prijevoza je bio ujedno i primatelj tereta, te je u ulozi primatelja tereta tužio brodar na naknadu štete zbog manjka tereta. U ovom slučaju, a što je prilično neuobičajeno, brodar je želio izbjegći arbitražno rješavanje spora te je prigovorio nadležnosti engleskog suda tvrdeći da su se izdavanjem teretnice promijenili odnosi stranaka brodarskog ugovora u skladu s odredbama teretnice, te da je stoga za sadržaj njihovih odnosa sada mjerodavan jedino sadržaj teretnice u kojoj nije bila predvi-

dena arbitraža. Sud je medutim odbio prigovor tuženika - brodara kao neopravdan, pozivajući se na jedan raniji precedent iz 1905. u predmetu TEMPERLY STEAM SHIPPING Co. v. SMYTH & Co.¹⁰ u kojem je engleski sud utvrdio da je za mjerodavnost odredaba brodarskog ugovora u odnosu između naručitelja prijevoza i brodara neodlučno da li je teretnica došla u ruke naručitelja neposredno ili tek posredstvom njegovog prodavatelja - kreatelja. Za odnose brodara i naručitelja prijevoza koji je istovremeno i zakoniti imatelj teretnice mjerodavne su prvenstveno odredbe ugovora o prijevozu tereta, u konkretnom slučaju brodarskog ugovora.

Sličan je stav sudske prakse o tom pitanju i u nekim drugim državama, pa stoga možemo zaključiti da ako se kao ovlašteni imatelj teretnice javi naručitelj prijevoza odnosno kreatelj, tj. stranka ugovora o prijevozu tereta morem, za odnose između takvog imatelja teretnice i brodara bit će mjerodavna arbitražna klauzula sadržana u ugovoru o prijevozu tereta morem bez obzira na valjanost i domaćaj inkorporirajuće klauzule predvidene u teretnici.

Potpuno je, medutim, drugačija situacija kada se radi o sporu između brodara i trećeg zakonitog imatelja teretnice koji nije ujedno i stranka ugovora o prijevozu tereta morem. Za pravne odnose stranaka ovakvog spora bit će isključivo mjerodavan sadržaj same teretnice. U praksi se medutim inkorporirajućom klauzulom sadržaj teretnice proširuje na sve ili samo na neke uvjete i uglavke predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem. Bit će stoga potrebno posebno istražiti da li se sadržaj teretnice može proširiti i na uvjete i uglavke predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem te uz koje pretpostavke. Posebno je pak pitanje može li se i uz koje uvjete sadržaj teretnice proširiti i na uglavak o izbranom sudu predviđen u ugovoru o prijevozu tereta morem s obzirom na specifične zahtjeve koje pojedini pravni poreci predvidaju u pogledu forme sklapanja arbitražnog sporazuma.

Stoga, prije negoli se upustimo u razmatranje valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice na osnovi sudske i arbitražne prakse raznih država, potrebno je istaknuti neke osnovne razlike koje postoje u pravima različitih država u pogledu propisa o obliku sklapanja arbitražnog sporazuma. Pravila o formi arbitražnog

ugovora kreću se između dviju krajnosti: od odsustva bilo kakvih posebnih pravila, što omogućava primjenu bilo kojeg u načelu dopuštenog oblika, pa do krutih pravila o kvalificiranom obliku arbitražnog ugovora.¹¹

Pravila o strogoj formi arbitražnog ugovora kao elementu ad substantiam arbitražnog ugovora rezultat su, po mišljenju nekih, povećane brige nacionalnog zakonodavca da onu stranku privrednopravnog odnosa koja zbog svoje slabije ekonomске pozicije može biti izložena opasnosti da joj drugi partneri nametne arbitražu, zaštiti od takve derogacije nadležnosti državnog pravosuda, osim ako takva stranka ne pristane sama, pokazujući to na nesumnjiv način, na nadležnost izbranog suda. Krutost pravila o formi arbitražnog ugovora u nekim pravnim sustavima (npr. Meksiku, Rumunjskoj, SSSR-u za neke arbitraže, itd) ide dotle da se zahtijeva da je isprava u kojoj je sadržan ugovor o arbitraži sastavljena pred sudom ili da je javna ili bar javno ovjerena. Očito je da u takvim pravnim sustavima krutost pravila o formi arbitražnog ugovora nije samo u funkciji zaštite procesnih subjekata, nego je prvenstveno izraz određenog apriornog animoziteta odnosno pravnog sudstva prema arbitraži koja kao nedržavni organizam izmiče punoj kontroli i utjecaju državne vlasti.¹²

S druge strane znatan je broj pravnih sustava u kojima su pravila o obliku arbitražnog ugovora vrlo liberalna. To su uglavnom oni pravni sustavi u kojima se favorizira arbitražno rješavanje sporova i stoga je moguće da stranke valjano sklope ugovor o arbitraži u bilo kojem obliku u kojem je inače moguće valjano zaključiti imovinskopravni ugovor (npr. SR Njemačka, V. Britanija, SAD, DDR, itd).

Pod utjecajem ovakvih, uvjetno nazvanih "liberalnih" pravnih sustava, ali i pod utjecajem potreba sve intenzivnijeg prometa u nacionalnim i međunarodnim razmjerima, stvorena je vrlo utjecajna i široko rasprostranjena opozicija prema shvaćanjima o opravdanosti krutih pravila o obliku arbitražnog ugovora. Opravdanost primjedaba ovakve opozicije utječe na rastući svjetski trend liberalizacije pravila o obliku arbitražnog ugovora kako u nacionalnim okvirima tako i u međunarodnim unifikacijskim instrumentima o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži.

Prikazom osnovnih zakonskih odredbi o obliku arbitražnog ugovora u nekoliko reprezentativnih pravnih sustava, te prikazom tumačenja domaćaja tih odredbi kroz sudsku praksu i pravnu znanost pokušat ćemo ukazati dokle je stigla liberalizacija krutih pravila o formi arbitražnog ugovora i kako se pravila o formi sklapanja arbitražnog ugovora reflektiraju na problem valjanosti inkorporacije arbitražne klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice prema stavu sudske prakse u odnosnim državama.

Nacionalna prava

Prikaz nacionalnih prava o pitanju oblika arbitražnog ugovora i o valjanosti inkorporacije arbitražne klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice započet ćemo s talijanskim, francuskim i jugoslavenskim pravom koja spadaju među pravne sustave s krutim propisima o obliku arbitražnog ugovora, a to istodobno znači i među pravne sustave u kojima je nemoguće valjano inkorporirati arbitražni uglavak iz ugovora o prijevozu tereta u sadržaj teretnice (od čega stav talijanske sudske prakse donekle odudara). Na primjeru prava SR Njemačke, Velike Britanije i SAD ukazat ćemo kako odsutnost zahtjeva za pismenim oblikom arbitražnog ugovora otvara, uz odredene uvjete, mogućnost valjane inkorporacije arbitražne klauzule iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice.

Talijansko pravo ocjenjuje arbitražnu klauzulu kao izuzetno tegobnu i stoga traži da stranke ugovora u kojem je takva klauzula predvidena na poseban pismeni način pristanu na njenu primjenu.¹³ Medutim, pod utjecajem potreba prakse međunarodnog trgovackog prometa novija talijanska sudska praksa i pravna znanost nastoje ublažiti djelovanje strogih pravila o obliku arbitražnog ugovora kad se radi o međunarodnim trgovackim poslovima.

Presudom u predmetu JAUCH & HUBENER G.m.b.H. v. Sté de NAVIGATION TRANSOCEANIQUE S. A., SOCIETÀ INDUSTRIALE AGRICOLA TREESSE-S.I.A.T. e ALFRED C. TOEPFER (1981)¹⁴ talijanska je Kasacija zauzela stav da nakon što je Italija ratificirala Njujoršku konvenciju o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka (1958), pitanje

oblika arbitražnog ugovora se po talijanskom pravu više ne može ocjenjivati prema odredbi čl. 26 Prethodnih odredaba uz Gradanski zakonik (po kojoj odredbi je za pravovaljanost oblika arbitražnog ugovora bilo potrebno da uviјek bude sastavljen u pismenoj formi i da ga obje stranke potpišu), nego isključivo u skladu s odredbom čl. II (2) Njujorške konvencije, po kojoj vlastoručni potpis stranaka arbitražnog ugovora nije neophodan ako je ugovor sklopljen razmjenom pisama, brzjava ili teleprinterskih saopćenja.

Zanimljiv je stav talijanskog prava i sudske prakse o pitanju forme za valjano sklapanje arbitražnog ugovora na osnovi arbitražne klauzule predvidene u općim uvjetima poslovanja jedne od stranaka osnovnog ugovora. Talijanski gradanski zakonik (čl. 1340, 1341 i 1370) regulira pravni institut općih uvjeta poslovanja. Načelni je stav talijanskog prava da opći uvjeti poslovanja vezuju kontrahenta ako je za njih znao ili je trebao znati u vrijeme zaključenja ugovora upotrebom uobičajene pažljivosti u vodenju poslova ("ordinaria diligenza"). Izloženi načelni stav o važenju općih uvjeta poslovanja ne važi u odnosu na one klauzule koje su po svom sadržaju izuzetno tegobne ("vessatorie") za stranku kojoj se nudi da ih prihvati. Jedna od takšativno nabrojanih tegobnih klauzula prema talijanskom Zakoniku o gradanskom postupku je i arbitražna klauzula, tj. prorogacijska klauzula. Takva će klauzula važiti samo ako je sukcontrahent na specifičan način prihvati. Ovakav prihvat može po mišljenju nekih biti dvojak: eksplicitan - tako da ugovaratelj uneše u tekst ugovora svoj izričiti pristnak na arbitražnu klauzulu i potpiše ga, ili implicitan - tako da se sadržaj arbitražne klauzule u cijelosti reproducira u tekstu osnovnog ugovora.¹⁵ Međutim, ono što je prilikom prihvata arbitražne klauzule bitno, to je da stranka koja prihvaca arbitražnu klauzulu predvidenu u općim uvjetima poslovanja učini to na jasan i određen način ne ostavljajući nikakve sumnje u pogledu svog prishtanka na arbitriranje. Po mišljenju dijela teoretičara nedostatak specifičnog i izričitog prihvata arbitražne klauzule predvidene u općim uvjetima poslovanja od strane sukcontrahenta, koji sklapa ugovor prihvatom općih uvjeta, talijanski sudac nije ovlašten sanirati prosudujući prema okolnostima konkretnog slučaja da li se ima uzeti da je sukcontrahent ipak pristao na arbitražu. Arbi-

tražna klauzula koju sukontrahent posebno i izričito ne prihvati, po mišljenju istih autora je nevaljana već po samom zakonu.¹⁶ S druge strane, po mišljenju drugih, ali i prema jednoj odluci talijanske Kasacije, nema dvojbe da će arbitražna klauzula predviđena u općim uvjetima poslovanja biti valjano inkorporirana u sadržaj osnovnog ugovora ako se stranke osnovnog ugovora na nju izričito pozovu ("Relatio completa") i obje je potpisom prihvate. Međutim, kako je svrha odredbe o obliku arbitražnog ugovora predviđene u čl. II (2) Njujorške konvencije u tome da se na nesumnjiv način stranke arbitražnog sporazuma izjasne o prihvaćanju nadležnosti arbitraže, to po mišljenju odnosnih pisaca i talijanske Kasacije treba priznati valjanost inkorporacije arbitražne klauzule sadržane u općim uvjetima poslovanja u sadržaj osnovnog ugovora uвijek kad sud iz formulacije inkorporirajuće klauzule i iz načina kako je prihvaćena arbitražna klauzula od sukontrahenta, koji prihvatom općih uvjeta poslovanja sklapa osnovni ugovor, može nedvosmisleno zaključiti da su stranke htjele arbitražno rješavanje međusobnih sporova.¹⁷ To bi drugim riječima značilo da bi talijanski sud prihvatio kao valjanu kompromisornu klauzulu predviđenu u općim uvjetima poslovanja i inkorporiranu u sadržaj osnovnog ugovora samo ako se izričito poziva na nju i kad sukontrahent koji sklapa osnovni ugovor prihvatom općih uvjeta takvim prihvatom nedvosmisleno pokaže da pristaje i na arbitražno rješavanje sporova bez obzira što takav prihvat ponudene arbitražne klauzule nije učinjen na način i u obliku kako to talijanski propisi o formi arbitražnog ugovora predviđaju.

Premda se na osnovi izloženog stava talijanske judikature o dopustivosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u općim uvjetima poslovanja u sadržaj ugovora o glavnem pravnom poslu ne može analogijom zaključivati da je takva inkorporacija moguća kad se arbitražni uglavak predviđen u ugovoru o prijevozu tereta želi uvrstiti u sadržaj teretnice koja je jednostrani akt brodara ipak stav dvaju talijanskih nižestepenih sudova o valjanosti arbitražnog ugovora predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem i inkorporiranog u sadržaj teretnice ilustrira blagonaklonost i liberalnost talijanske judikature kad se radi o tom pitanju.

U predmetu S.P.A. ODINO VALPERGA ITALEUROPA i S.P.A.

VIGLIENZONE TIRRENIA v. S.A.S. AMADEO BERTORELLO i DITTA ALFONSO BOCCIA (1966)¹⁸ u teretnici je bila sadržana inkorporirajuća klauzula koja se sasvim općenito pozivala na klauzule iz brodarskog ugovora. U sporu između brodara i primatelja tereta radi plaćanja naknade za prekostojnice, povodom prigovora primatelja tereta o nenadležnosti talijanskog suda zbog postojanja arbitražne klauzule, sud je u Genovi presudio da općenito pozivanje teretnice na brodarski ugovor ne obuhvaća i pozivanje na klauzulu o nadležnosti arbitraže. Po mišljenju talijanskog suda općenitim pozivanjem u inkorporirajućoj klauzuli teretnice proširuje se njen sadržaj samo na uobičajene uvjete o izvršenju prijevoza predvidene u brodarskom ugovoru.

Sličan je bio i stav suda u Napulju povodom spora između primatelja tereta S.N.C. ROCCO GIUSEPPE E FIGLI i brodarevog agenta AGENZIA MARITTIMA C. TOMASOS (1968)¹⁹ radi naknade štete zbog oštećenja tereta za vrijeme pomorskog prijevoza. I u ovom je slučaju u teretnici bilo predvideno samo općenito pozivanje na uvjete i uglavke iz ugovora o prijevozu tereta morem. Sud u Napulju odbio je kao neosnovan prigovor tuženika o nenadležnosti talijanskog suda u korist arbitraže u Londonu predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem stoga što je, kako je sud istakao, inkorporirajuća klauzula u teretnici bila formulirana tako da se u njoj samo općenito pozivalo na primjenu klauzula iz ugovora o prijevozu tereta, a takvo općenito pozivanje teretnice na ugovor nije dostatno da se sadržaj teretnice proširi i na klauzulu o arbitraži. Napuljski je sud smatrao da bi arbitražna klauzula iz ugovora o prijevozu tereta morem mogla valjano obvezivati svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice samo u slučaju da se brodar - izdatnik teretnice u inkorporirajućoj klauzuli teretnice izričito i potpuno na nju pozvao.

Iz toga bi se dalo zaključiti da po talijanskom pravu arbitražna klauzula predvidena u ugovoru o prijevozu tereta važi u odnosu na svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice koja se na nju poziva samo ako izdatnik teretnice reproducira u cijelosti u teretnici tekst arbitražne klauzule ili ako se izričito u teretnici pozove na arbitražnu klauzulu predvidenu u ugovoru o prije-

vozu tereta morem, a svaki treći zakoniti imatelj teretnice u tekstu teretnice izričito na nju pristane i svoj pristanak potpiše.

U francuskom pravu odredbe o formi arbitražnog ugovora sadržane su u Novom zakoniku o gradanskom postupku iz 1981. g. Prema odredbi čl. 1443 Zakonika, kompromisorna klauzula mora biti, pod prijetnjom ništavosti, pismeno ugovorena u glavnom ugovoru ili u ispravi na koju se odnosi. Kad se radi o kompromisu, u čl. 1449 Zakonika predviđeno je da će kompromis biti valjan ako je pismeno potvrđen ("constate par écrit") ili ako su ga stranke i arbitar potpisali u vrijeme postupka. Ove kogentne odredbe francuskog prava neće međutim doći do primjene ako se radi o medunarodnoj trgovачkoj arbitraži, tj. arbitraži koja se tiče medunarodnih trgovачkih interesa čak i kad je takva arbitraža voljom stranaka arbitražnog ugovora podvrgнутa francuskom pravu ako stranke izričito drugačije ugovore (čl. 1492-1497 Novog zakonika o gradanskom postupku). Prema tome, kad se radi o francuskoj arbitraži u francuskom su pravu predviđeni kruti propisi o obliku arbitražnog ugovora, a ako se radi o medunarodnoj arbitraži francuski zakonodavac uvažava vrlo široko slobodnu volju ugovaratelja u pogledu oblika arbitražnog ugovora.

U odnosu na valjanost inkorporacije arbitražne klauzule predviđene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice u francuskom pravu ne postoje posebne zakonske odredbe, a sudska je praksa sve do nedavno bila dosta neujednačena.

Tako je Apelacioni sud u Aixu još 1967. u sporu osiguratelja tereta GUARDIAN ASSURANCE Co. Ltd. protiv brodara TEKIM OSMAN SALEH AND SONS i dr.²⁰ radi naknade isplaćene osigurnine zbog manjka tereta zauzeo stav da je općenito pozivanje teretnice na uglavke i uvjete iz brodarskog ugovora dovoljno da prema trećem zakonitom imatelju teretnice važi arbitražna klauzula predviđena u brodarskom ugovoru. U tom je, naime, sporu u brodarski ugovor bila rukom unesena klauzula o nadležnosti arbitraže u Londonu, a teretnica je sadržavala sasvim općenito formuliranu inkorporirajuću klauzulu o primjeni svih uvjeta i uglavaka iz brodarskog ugovora. Premda je tužitelj, na prigovor tuženika o nenadležnosti francuskog suda, upozoravao da ugovoru o prijevozu tereta morem nije bio priložen uz teretnicu i da zbog toga primatelj tereta nije mogao ni znati za

postojanje arbitražne klauzule u tom ugovoru, Apelacioni sud u Aixu je zaključio da arbitražna klauzula predvidena u brodarskom ugovoru i inkorporirana u sadržaj teretnice općenitom pozivanjem važi i u odnosu na primatelja tereta s obzirom da ostale okolnosti konkretnog slučaja navode sud na zaključak da je primatelj tereta bio upoznat sa sadržajem brodarskog ugovora i da stoga ne može bona fide isticati prigovor da nije znao za postojanje arbitražne klauzule u brodarskom ugovoru.

Medutim, Trgovački sud u Parizu je u presudi povodom spora osiguratelja tereta CIE OVE SKOU protiv brodara CIE LA CONCORDE i naručitelja prijevoza UNION FINANCIÈRE POUR L'EUROPE ET L'AFRIQUE (1976)²¹ radi naknade štete zbog oštećenja tereta zauzeo upravo obratno stajalište, tj. da prema trećem zakonitom imatelju teretnice ne vrijede klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem premda se u teretnici izričito na njih poziva jer treći redovito nema dovoljno vremena da se s tim klauzulama posebno upozna prilikom preuzimanja teretnice. Ovom presudom francuski trgovački sud u Parizu opredijelio se za kruti stav da se sadržaj teretnice ne može proširivati i na uvjete i uglavke iz ugovora o prijevozu tereta osim ako nisu verbatim reproducirani u tekstu teretnice, ali s obrazloženjem koje bi teško izdržalo imalo ozbiljniju kritiku. Ako su naime zakonitom imatelju teretnice prilikom preuzimanja teretnice dostupni uvjeti i uglavci ugovora o prijevozu tereta na koje se u inkorporajućoj klauzuli teretnice izričito poziva, pa on nema vremena upoznati se s njima, onda se takav imatelj teretnice zacijelo neće imati vremena upoznati sa sadržajem takvim uvjeta i uglavaka ni u pretpostavci da su verbatim reproducirani u tekstu teretnice. Prihvatanje i pravno sankcioniranje ovakvog ponašanja imatelja teretnice značilo bi oslobođiti imatelja teretnice bilo kakve, dakle čak i uobičajene pažljivosti u vodenju trgovačkih poslova što je dakako u suprotnosti s općim pravnim načelima francuskog trgovačkog prava. Rizik nesavjesnosti u poslovanju mora pogadati svakog pravnog subjekta pa tako i zakonitog imatelja teretnice.

Stoga ne iznenaduje što je u dvije najnovije presude francuskih nižih sudova bilo ponovno sudeno o pitanju valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta u sadržaj teretnice na isti način kako je presudio Apelacioni sud

u Aixu. U prvom sporu između primatelja tereta OFFICE DU COMMERCE DE LA TUNISIE i osiguratelja tereta STE TUNISIENNE D'ASSURANCES ET DE REASSURANCES protiv naručitelja prijevoza STE FIADORA COMPAGNIA NAVIERA i brodara STE MARSEILLEFRET (1985)²² radi naknade isplaćenog udjela tereta u zajedničkoj havariji, prvostepeni je francuski sud presudio, a Apelacioni sud u Rouenu je potvrdio prvostepenu presudu, da je općenito pozivanje na uglavke i uvjete iz brodarskog ugovora na putovanje u inkorporirajućoj klauzuli sadržanoj u teretnici izdanoj na osnovi takvog ugovora dovoljno da bi arbitražna klauzula predviđena u brodarskom ugovoru važila i u odnosu na svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice, pa tako i u odnosu na osiguratelja tereta koji je isplatom osigurnine primatelju stupio u njegovu pravnu poziciju prema prodaru.

U drugom sporu između primatelja tereta LE COMPTOIR COMMERCIAL ANDRÉ i naručitelja prijevoza STÉ DE DROIT SUISSE AGATRADE (1984)²³ radi naknade za oštećenje tereta prijevoza brodom, Apelacioni sud u Rennesu je presudio da arbitražna klauzula predviđena u ugovoru o prijevozu tereta morem vrijedi i u odnosu na primatelja tereta jer je u teretnici postojala inkorporirajuća klauzula kojom se pozivalo na primjenu svih uvjeta i uglavaka iz ugovora o prijevozu, a sud je tijekom postupka utvrdio da je primatelj znao za sadržaj tog ugovora.

U oba spomenuta spora kao i u sporu koji se rješavao pred Apelacionim sudom u Aixu francuski sudac je valjanost inkorporacije arbitražne klauzule predviđene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice ocjenjivao na osnovi znanja ili dužnosti znanja imatelja teretnice o postojanju i sadržaju ugovora o prijevozu tereta morem. Ako bi sud iz okolnosti konkretnog slučaja utvrdio da je imatelj teretnice ipak znao za sadržaj ugovora o prijevozu tereta premda u zloj vjeri ("mala fides") u odnosu na znanje da je arbitražna klauzula pozivom na uvjete i uglavke iz ugovora o prijevozu tereta morem inkorporirana u sadržaj teretnice, onda bi sud uzeo da arbitražna klauzula veže i trećeg zakonitog imatelja teretnice premda se na nju nije izričito uputilo u klauzuli o pozivanju.

Medutim, u praksi je vrlo komplikirano i teško utvrditi i dokazivati dobru i zlu vjeru primatelja tereta u odnosu na znanje

za sadržaj ugovora o prijevozu tereta. Stoga je u jednoj odluci francuske arbitraže bilo presudeno da ne bi trebalo priznavati valjanost arbitražne klauzula predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem i inkorporirane u sadržaj teretnice ako sadržaj ugovora o prijevozu tereta morem nije javno dostupan osobi koju uglavak o arbitraži treba vezati.²⁴ Ovakav stav Pomorske arbitražne komore u Parizu, inspiriran sadržajem odredbe čl. 1443 Novog zakonika o gradanskom postupku, u kojem je pod prijetnjom ništavosti određeno da ugovor o arbitraži mora biti sklopljen u pismenom obliku, francuski Kasacioni sud je, povodom priziva tužitelja protiv presude Apelacionog suda u Rouenu, a u već spomenutom sporu OFFICE DU COMMERCE DE LA TUNISIE²⁶, ukinuo drugo-stepenu presudu ocijenivši da su prvostepeni i drugostepeni sudovi u tom predmetu pogrešno primijenili pravo proglašivši se nenadležnim za sudenje u sporu. U obrazloženju ukidnog rješenja francuska Kasacija je navela da primatelja tereta (odnosno njegovog osiguratelja) koji nastupa u ulozi trećeg ovlaštenog imatelja teretnice ne obvezuje arbitražna klauzula iz ugovora o prijevozu tereta morem jer takva klauzula nije tekstualno reproducirana u teretnici niti je izričito prihvaćena od strane imatelja teretnice. Prema tome, odluka francuskog Kasacionog suda, koja ima načelno značenje za rješavanje pitanja valjanosti inkorporacije arbitražne klauzule iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice po francuskom pravu, prekinula je započetu praksu francuskih sudova i arbitraža da valjanost arbitražne klauzule iz ugovora o prijevozu tereta morem u odnosu na trećeg zakonitog imatelja teretnice ocjenjuju na osnovi dobre vjere takvog trećeg u odnosu na znanje sadržaja ugovora, a time i arbitražne klauzule. Formulacija obrazloženja Kasacionog suda je da je prema trećem nevaljana arbitražna klauzula iz brodarskog ugovora koja nije tekstualno reproducirana u teretnici (".. une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite...") (potvrđala Lj.M.H.) i koja nije jasno prihvaćena od strane takvog trećeg zakonitog imatelja teretnice. ("...et qui n'a pas fait l'object d'une acceptation certaine de sa part..."). Iako u odluci francuske Kasacije nema šireg obrazloženja zauzetog stajališta, sa dosta se sigurnosti može pretpostaviti da je on uvjetovan tumačenjem odredbe čl. 1443 Novog za-

konika o gradanskom postupku o obvezatnosti pismene forme arbitražnog ugovora. To tim više, što se valjanost arbitražne klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem u odnosu na trećeg zakonitog imatelja teretnice osporava iz istih razloga i u sudskoj praksi nekih drugih država.

Stajalište francuskog Kasacionog suda vrlo je slično stajalištu novijeg jugoslavenskog prava i sudske prakse. Jugoslavenski prinudni propisi o obliku arbitražnog ugovora sadržani su u Zakonu o parničnom postupku. U ranijem Zakonu o parničnom postupku iz 1956. odredbom čl. 439 bilo je predviđeno da stranke mogu sklopiti arbitražni sporazum samo u pismenom obliku i uz potpis. Donošenjem novog Zakona o parničnom postupku 1976. donekle je ublažen kruti stav jugoslavenskog prava prema formi arbitražnog ugovora. Ranija odredba čl. 439 ZPP iz 1956. znatno je ublažena odredbom čl. 470 novog Zakona, kojom je predviđeno da je ugovor o izbranom суду sklopljen u pismenom obliku i kad je sklopljen razmjrenom pisama, brzojava ili teleprinterskih saopćenja. Ovakvo ublaženje stroge odredbe o pismenoj formi arbitražnog ugovora uneseno je u jugoslavenske procesne propise o arbitraži pod utjecajem odredaba o formi predviđenih u Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovачkoj arbitraži iz 1961.²⁷ a s ciljem da se jugoslavensko pravo približi općoj svjetskoj tendenciji za ublažavanjem rigoroznosti pret postavaka za valjanost arbitražne klauzule i tako svrsta u red onih zemalja kojima se ne može prigovoriti da svojim zakonodavstvom, unatoč svečanim deklaracijama o priznavanju arbitraže, još uvjek posredno koče njen razvitak.

S istim ciljem unesena je u novi Zakon o parničnom postupku iz 1976. odredba čl. 471 koja nije postojala u ranijem Zakonu. Prema odredbi tog člana ugovor o izbranom суду je pravovaljano sklopljen i kad je odredba o nadležnosti izbranog suda sadržana u općim uvjetima za sklapanje pravnog posla.

Zanimljivo je napomenuti da je proces postepenog ublažavanja strogih pravila o formi arbitražnog ugovora predviđenih u jugoslavenskom pravu započeo još daleko prije donošenja novog Zakona o parničnom postupku, i da su zapravo odredbe o obliku arbitražnog ugovora predvidene u novom Zakonu iz 1976. samo krajnji rezultat dotadašnjeg razvoja jugoslavenske sudske prakse i pravne znanosti

u pravcu sve veće liberalizacije. Tako je Triva još 1970. isticao da je dopušteno zaključiti da se kao "ugovor u pismenom obliku" može tretirati i arbitražna klauzula sadržana u razmjeni pisama, telegrama ili teleprinterskih saopćenja, iako u to vrijeme u ZPP iz 1956. nije još postojala izričita zakonska odredba u tom smislu.²⁸ Iako je u pogledu forme arbitražnog ugovora u tadašnjem jugoslavenskom pravu postojala samo stroga odredba čl. 439 ZPP iz 1956., i Kalodera i Triva zagovarali su tezu da tadašnji zakonski tekst ne brani mogućnost ugovaranja arbitraže i u kompromisornoj klauzuli sadržanoj u općim uvjetima poslovanja.²⁹ U pretpostavci da se arbitražna klauzula nalazi u općim uvjetima poslovanja otisnutim na poledini osnovnog ugovora koji su stranke potpisale i u čijem se slogu izričito upućuje na te opće uvjete, takvi opći uvjeti su, po mišljenju Trive, nesumnjiv aneks osnovnog ugovora, dostupan stranci kojoj je ponudeno zaključenje ugovora u istoj mjeri kao i sam osnovni ugovor. Kohezija osnovnog ugovora i općih uvjeta ostvarena je u tolikom stupnju, da se s osnovom može govoriti o jedinstvenom tekstu. Stoga stranka koja izražava svoju suglasnost sa sadržajem osnovnog ugovora nesumnjivo se suglašava i sa sadržajem općih uvjeta, a arbitražnu klauzulu prihvatanu na takav način treba tretirati kao punovažnu.³⁰

Medutim, osim jasnih i još uvijek strogih odredaba o formi arbitražnog ugovora, u jugoslavenskom pravu postoje također i izričite odredbe o odnosu klauzula teretnice i klauzula ugovora o prijevozu tereta morem. Prema odredbi čl. 514 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi iz 1977. (u dalnjem tekstu: ZPUP), pismeni uvjeti ugovora o prijevozu i opći uvjeti brodara obvezuju ovlaštenog imatelja teretnice koji nije naručitelj prijevoza ili krcatelj tereta samo ako se teretnica izričito poziva na te uvjete. Dakle, jugoslavenski pomorskopravni propisi dopuštaju proširenje sadržaja teretnice na uglavke i uvjete ugovora o prijevozu tereta morem odnosno na opće uvjete brodara kad za to postoji potreba, a da se istovremeno ne zanemaruje načelo skripturnosti teretnice kao vrijednog papira. Medutim, po jugoslavenskom pravu općenito pozivanje teretnice u inkorporirajućoj klauzu i na uvjete ugovora o prijevozu tereta morem ili na opće uvjete brodara imat će za posljedicu da trećeg zakonitog imatelja teretnice neće obvezivati one odredbe i

uvjeti ugovora ili općih uvjeta koji su teži od uobičajenih uvjeta za takve vrste prijevoza (čl. 514 st. 3 ZPUP), ali će svako posebno pozivanje u inkorporirajućoj klauzuli na neki uvjet iz ugovora o prijevozu ili iz općih uvjeta brodara uvijek obvezivati trećeg zakonitog imatelja teretnice bez obzira da li je takav uvjet za njega teži odnosno neuobičajen. Cilj ograničenja primjene klauzula ugovora o prijevozu tereta morem ili općih uvjeta brodara kad se teretnica samo općenito poziva na ugovor ili opće uvjete je, po mišljenju jugoslavenskih pomorskopravnih teoretičara koji su sudjelovali u izradi ZPUP, u tome da se zaštiti dobra vjeta ("bona fides") zakonitog imatelja teretnice koji je ovlašten pretpostaviti da su stranke ugovora o prijevozu tereta morem prilikom sklapanja posla postupale u skladu s običajima u prometu ako on u teretnici nije izričito drugačije upozoren.³¹ Dakle, kad se teretnica poziva na uvjete ugovora o prijevozu tereta morem tako da je formulacijom inkorporirajuće klauzule svaki treći ovlašteni imatelj teretnice izričito upozoren na pojedine klauzule ugovora koje se preuzimaju u sadržaj teretnice, onda dobra vjera trećeg više nije relevantna jer je on dužan obratiti pažnju na ono što su stranke u sadržaju takvih klauzula ugovora izričito ugovorile, a ako to propusti učiniti, sam snosi štetne pravne posljedice. Prema tome, odredba čl. 514 ZPUP je vrlo jasna u pogledu odnosa klauzula teretnice i klauzula ugovora o prijevozu tereta morem u odnosu na svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice koji nije naručitelj prijevoza ili krcatelj. Nije suvišno upozoriti da je odredba čl. 514 ZPUP preuzeta iz ranijeg Zakona o ugovorima o iskorištavanju pomorskih brodova gdje je bila sadržana u čl. 35 Zakona. Radi se dakle o jasnom i dosljednom stavu jugoslavenskog zakonodavca u pitanju valjanosti inkorporacije klauzula iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice. Iz toga bi se dalo zaključiti da se isti pravni režim primjenjuje i na inkorporaciju arbitražne klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice. Jugoslavenska sudska praksa je početno i pošla tim putem ocjenjujući da će takva inkorporacija biti valjana samo ako se u inkorporirajućoj klauzuli teretnice izričito pozove na arbitražnu klauzulu jer je takva klauzula teži odnosno neuobičajeni uvjet za trećeg zakonitog imatelja teretnice.

Tako je 1968. u sporu između osiguratelja tereta i brodara radi naknade isplaćene osigurnine zbog manjka tereta, povodom tuženikovog prigovora nenadležnosti suda zbog postojanja arbitražne klauzule inkorporirane u sadržaj teretnice izričitim pozivom, Viši privredni sud SR Hrvatske ustvrdio, u obrazloženju presude kojom uvažava prigovor, da trećeg zakonitog imatelja teretnice, u konkretnom slučaju primatelja tereta, obvezuje arbitražna klauzula predviđena u ugovoru o prijevozu tereta morem jer se u teretnici izričito na tu klauzulu poziva.³²

U jednom ranijem sporu između brodara i špeditera - primatelja tereta radi naknade za prekostojnice i isplate dijela vozarine isti je sud odbio prigovor nenadležnosti suda zasnovan na okolnosti da se u inkorporirajućoj klauzuli u teretnici samo općenito pozivalo na primjenu uglavaka i uvjeta iz ugovora o prijevozu tereta morem. Sud je u obrazloženju odluke istakao da općenito pozivanje u teretnici na ugovor o prijevozu tereta morem nije dovoljno da bi arbitražna klauzula predviđena u takvom ugovoru obvezivala i svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice jer je arbitražni uglavak redovito teži uvjet za trećeg negoli redovna nadležnost državnog suda u mjestu izvršenja ugovora. Stoga je, po ocjeni suda, potrebno da u skladu s čl. 35 tadašnjeg Zakona o ugovorima o iskorištavanju pomorskih brodova svaki treći zakoniti imatelj teretnice bude izričito upozoren na takav teži uvjet posebnim pozivanjem u inkorporirajućoj klauzuli.³³ U prilog dužnosti brodara da se u tekstu inkorporirajuće klauzule izričito pozove na primjenu arbitražnog uglavka iz ugovora o prijevozu tereta morem, Viši privredni sud SR Hrvatske naveo je još jedan razlog čiji je značaj u kasnijoj jugoslavenskoj sudske praksi postao odlučujući. Sud je, naime, istakao da je prema odredbi čl. 439 tadašnjeg Zakona o parničnom postupku (1956) ugovor o izbranom sudu pravovaljan samo ako je sklopljen u pismenom obliku i ako su ga strahke potpisale. Iz toga je sud zaključio da se može uzeti da se izdatnik teretnice u inkorporirajućoj klauzuli u teretnici izričito pozove na primjenu arbitražne klauzule sadržane u ugovoru o prijevozu tereta morem u odnosu na svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice ili ako se tekst takve klauzule reproducira u teretnici.

Medutim, značajni zaokret u stavu jugoslavenske sudske prakse

izazvala je presuda Vrhovnog privrednog suda u Beogradu od 6. prosinca 1969.³⁴ povodom spora o nadležnosti jugoslavenskog suda za sudenje o naknadi štete zbog prijevoza tereta od Šangaja do Kopra na temelju izričite klauzule teretnice o izboru inozemnog suda. U obrazloženju ove presude, kojom je Vrhovni privredni sud u Beogradu odbio prigovor tuženika o nenađežnosti jugoslavenskog suda unatoč prorogacijskoj klauzuli sadržanoj u teretnici u korist inozemnog suda, sud je zauzeo načelni stav da je po jugoslavenskom pozitivnom pravu (tadašnjem čl. 64 ZPP iz 1956) sporazum stranaka o nadležnosti moguć samo ako obje stranke na njega pristanu u pismenom obliku i uz potpis. Dakle, nijedna prorogacijska klauzula predviđena u teretnici, koja je jednostrani pravi akt brodara, ne može se tretirati kao sporazum o nadležnosti u odnosu na primatelja tereta koji nije takvu teretnicu potpisao.

Na ovu presudu Vrhovnog privrednog suda jugoslavenski pomorsko-pravni teoretičari su vrlo oštro kritički reagirali, ne toliko zbog načelnog stava koliko zbog neadekvatnog obrazloženja takvog stava. Kineski krcatelj i jugoslavenski brodar unijeli su bili u sadržaj teretnice prorogacijsku klauzulu u korist inozemnog suda. Krcatelj je supotpisao teretnicu. Međutim, tužitelj kao pravni nasljednik primatelja tereta osporio je valjanost prorogacijske klauzule i tužio pred jugoslavenskim sudom. Vrhovni privredni sud u Beogradu preinačio je prvosređeno rješenje Višeg privrednog suda u Ljubljani kojim se ovaj sud oglasio nenađežnim za sudenje u sporu zbog postojanja prorogacijske klauzule u teretnici, navodeći da "prednik tužioca" (primatelj robe) svoja prava i obveze prema tuženom brodaru ne zasniva na ugovoru o prijevozu niti na pravima i obvezama krcateljevim, nego ih zasniva samostalno na teretnicama po naredbi, kojima se, kao na jednostranim aktima - jednostranim pravnim poslovima, nezavisnim od njegovog odnosa prema krcatelju, tuženi brodar obvezao da će izvršiti obvezu iz teretnice, tj. predati robu zakonitom imatelju teretnice. Osnovna pogreška Vrhovnog privrednog suda je, po mišljenju kritičara, u tome što smatra da indosiranjem teretnice sporazum o nadležnosti suda nije prešao na primatelja. Indosatar je, međutim, po načelima o vrijednosnim papirima, nasljednik indosanta u okviru sadržaja navedenog u prenesenom papiru, pa to mora vrijediti i za prorogacijsku klauzulu.³⁵ U kon-

kretnom je dakle slučaju prorogacijska klauzula bila pravovaljana u pogledu forme jer je krcatelj supotpisao teretnicu, pa je trebalo priznati da je valjano zaključeni sporazum o nadležnosti indosamentom prešao na primatelja tereta i potom na tužitelja.

Medutim, unatoč izloženoj kritici, jugoslavenski su sudovi, nakon presude Vrhovnog privrednog suda u Beogradu, nastavili s neprihvaćanjem prorogacijskih klauzula sadržanih u teretnicama, pa tako i s neprihvaćanjem inkorporacije arbitražne klauzule predvidene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice. Tako je Viši privredni sud SR Hrvatske krajem 1972. donio dvije odluke kojima je odbio priznati inkorporaciju arbitražnog uglavka iz brodarskog ugovora u sadržaj teretnice bez obzira što se u inkorporirajućoj klauzuli sadržanoj u teretnici brodar izričito pozvao na primjenu arbitražnog uglavka u odnosu na trećeg zakonitog imatelja teretnice.

U prvom sporu između špeditera - primatelja tereta i agenta brodara radi naknade štete zbog manjka tereta, tuženik je istakao prigovor nenadležnosti suda ukazujući na okolnost da je u teretnici bilo predviđeno kako svi uvjeti, uglavci i izuzeci predviđeni u brodarskom ugovoru tvore sastavni dio teretnice, a da je jedan od tih uglavaka i uglavak o nadležnosti londonske arbitraže u slučaju spora stranaka brodarskog ugovora. Viši privredni sud SRH u presudi od 26. rujna 1972. odbio je prigovor nenadležnosti suda istaknuvši da je u smislu odredbe čl. 439 ZPP iz 1956. ugovor o izbranom sudu punovažan samo ako je zaključen u pismenom obliku i ako je broj sudaca predviđen ugovorn neparan. Kako je ovaj pripis ZPP prinudne naravi, to je, smatra sud, za valjanost ugovora o izbranom sudu u odnosu na trećeg zakonitog imatelja teretnice potrebno da takav treći supotpše ugovor o izbranom sudu. Sud nadalje u obrazloženju ističe da se sam akt preuzimanja teretnice po naredbi održane primatelja tereta ili preuzimanja teretnice na odnositelja od strane donositelja teretnice ne može protumačiti tako da su primatelj tereta odnosno donositelj teretnice prihvatali i arbitražu koja je predviđena ugovorom o arbitraži sadržanim u ugovoru o prijevozu tereta morem na koji se teretnica poziva. Klauzula o arbitraži, kaže Viši privredni sud SRH, obvezuje samo stranke brodarskog ugovora jer su one takav ugovor potpisale, a nikako i ostale ovlaštene imatelje

teretnice.³⁶

U drugom sličnom sporu Viši privredni sud SRH je u presudi od 10. studenog 1972. ³⁷ istakao da je za valjanost klauzule o arbitraži u smislu prinudnih odredaba čl. 439 ZPP iz 1956. potreban pismeni oblik, pa prema tome ovlaštenog imatelja teretnice po naredbi koji je teretnicu stekao indosamentom ne vežu uglavak o izbranom суду predviđen u brodarskom ugovoru i inkorporiran u teretnicu jer je to uglavak koji stvara obvezu samo za stranke koje su ga izričito pismeno prihvatile.

Prema tome, moglo bi se zaključiti da je od 1970. nadalje stav jugoslavenske sudske prakse o valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice negativan. On se temelji na važećim jugoslavenskim propisima o obliku arbitražnog ugovora. Ti su propisi, iako dosta ublaženi nakon donošenja ZPP iz 1976, još uvijek toliko strogi da za punovažnost zaključenja arbitražnog ugovora zahtijevaju pismeni oblik i potpis stranaka, osim ako se ugovor o izbranom суду ne zaključuje putem brzojava, razmjenom pisama ili putem teleprinterskih saopšćenja, odnosno ako je odredba o izbranom суду predviđena u općim uvjetima za sklapanje pravnog posla. Kako se u slučaju kad brodar izdajući teretnicu posebnim ili općim pozivom u inkorporirajućoj klauzuli teretnice predviđi važnost arbitražne klauzule, sadržane u ugovoru o prijevozu tereta morem u odnosu na svakog zakonitog imatelja teretnice, ne radi ni o jednom od slučajeva kad ZPP izričito dopušta odstupanje od strogih propisa o formi za zaključenje arbitražnog ugovora, to je s procesnopravnog aspekta stav jugoslavenske sudske prakse opravдан. Međutim, na taj je način sudska praksa pitanje valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice izuzeala iz primjene pomorskopravnih propisa, posebno čl. 514 ZPUP. Posebno pozivanje brodara u inkorporirajućoj klauzuli teretnice na arbitražni uglavak predviđen u ugovoru o prijevozu tereta morem bilo bi, po mišljenju nekih, dovoljno da u skladu sa čl. 514 ZPUP arbitraža predviđena u ugovoru o prijevozu tereta morem veže i svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice.³⁸

Pravo SR Njemačke poznaje dva režima ugovaranja arbitražne klauzule. Prema općim pravilima njemačkog Zakonika o gradanskom

postupku (1978) (čl. 1027 (1)) arbitražni uglavak mora biti sastavljen u pismenom obliku, ali je moguće da se nedostatak pismenog oblika sanira upuštanjem tuženika u raspravljanje pred arbitražom bez da prethodno istakne prigovor nedostatka arbitražnog ugovora. Međutim, u obostrano trgovačkim poslovima koje zaključuju tzv. "Vollkaufleute" dopušteno je po čl. 1027 (2) istog Zakonika i prešutno ugovaranje arbitraže. Dopuštajući, dakle, konkludentno prihvaćanje kompromisorne klauzule, njemačko je pravo, za razliku od do sada izloženih pravnih sustava, vrlo liberalno u pogledu forme arbitražnog ugovora.

S druge strane njemačko je pravoisto tako vrlo liberalno i u odnosu na mogućnost inkorporacije uvjeta i uglavaka nekog ugovora u sadržaj teretnice. Primjenjujući načelo slobode stranačkog ugovaranja, po njemačkom pravu ugovorne stranke potpuno samostalno odlučuju koje će uglavke iz nekog ugovora prihvatiti bilo tako što će ih u tekstu teretnice izričito stipulirati, bilo tako što će se u teretnici na njih samo pozvati. Po mišljenju nekih njemačkih teoretičara ni nakon donošenja novih zakonskih odredaba o inkorporaciji standardnih uvjeta u sadržaj ugovora stupanjem na snagu Zakona o uređenju prava iz općih uvjeta poslovanja (1976) nije bitno promijenjen stav njemačkog prava prema valjanosti inkorporirajućih klauzula sadržanih u teretnicama.³⁹ Novi je Zakon samo sankcionirao neke općenite pretpostavke koje su dotada bile već utvrđene u njemačkoj sudskoj praksi, a odnose se na valjanost inkorporacije. Tako je Oberlandesgericht u Hamburgu u presudi od 2. prosinca 1971.⁴⁰, rješavajući o valjanosti inkorporacije uglavaka i uvjeta iz brodarskog ugovora u sadržaj teretnice, ustvrdio da se uvjeti i uglavci iz brodarskog ugovora mogu valjano inkorporirati u sadržaj teretnice ako je pozivanje na uvjete i uglavke u inkorporirajućoj klauzuli dovoljno jasno i nedvosmisleno tako da svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice oslobada bilo kakve sumnje da li takvi uvjeti i uglavci čine sastavni dio teretnice. Hamburški je sud također ustvrdio da za valjanost inkorporirajuće klauzule nije relevantno da li se u toj klauzuli navodi datum zaključenja ugovora i ostali podaci za bližu identifikaciju brodarskog ugovora čiji se uvjeti i uglavci inkorporiraju u sadržaj teretnice.

Štoviše, njemačka je sudska praksa opće pravilo o valjanosti inkorporacije uglavaka i uvjeta obično predviđenih u brodarskim ugovorima u sadržaj teretnice protegnula i na arbitražni uglavak. Tako je u jednom sporu koji se vodio pred Landesgerichtom u Hamburgu (1974) primatelj tereta tužio vlasnika tankera za naknadu štete zbog manjka isporučene nafte.^{40a} U brodarskom je ugovoru bila predviđena arbitraža u Londonu za sve eventualne sporove iz tog ugovora. U teretnici je postojala inkorporirajuća klauzula kojom je bilo predviđeno da pomorski prijevoz treba obaviti u skladu s uvjetima predviđenim u brodarskom ugovoru te da se svi uglavci iz tog ugovora, osim visine i načina isplate vozarine, primjenjuju i na odnose stranaka teretnice. U odgovoru na tužbu primatelja tereta vlasnik tankera je prigovorio nadležnosti hamburškog suda zbog postojanja arbitražne klauzule u brodarskom ugovoru. Sud je uvažio prigovor tuženika istaknuvši da iz formulacije inkorporirajuće klauzule jasno proizlazi da se na odnose stranaka teretnice primjenjuju i svi uglavci i uvjeti iz brodarskog ugovora, a to znači i arbitražna klauzula. Ovu je presudu kasnije potvrdio hamburški drugostepeni sud i utoliko je veći njen značaj. Potrebno je ipak imati na umu činjenicu da je drugostepeni sud napomenuo da će inkorporacija arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice biti valjana samo ako se radi o uobičajenoj formulaciji takve klauzule u brodarskim ugovorima te ako sud ocijeni da se takva klauzula može razborito primijeniti kako na odnose između brodovlasnika (brodara) i naručitelja prijevoza odnosno krcatelja, tako i na odnose brodovlasnika (broda) i svakog zakonitog imatelja teretnice.

Već je uvodno rečeno da u engleskom pravu nema strogih propisa o obliku arbitražnog ugovora. Takav će ugovor biti valjan kad ga stranke potpišu, ali i kad stranke na njega pristanu konkludentnim činima. Stoga je u engleskom pravu, pod određenim uvjetima koje je formulirala judikatura, moguće sklapanje arbitražnog ugovora na osnovi arbitražne klauzule sadržane u jednoj pravnoj ispravi i inkorporirane u ugovor pozivom stranaka ugovora na tu ispravu.⁴¹

Kad se radi o valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice, prvo načelno mišljenje za englesko pravo dala je Kuća lordova u

predmetu THOMAS v. PORTSEA (1912)⁴². U tom je sporu Kuća lordova presudila da se općim pozivanjem u teretnici na uvjete i uglavke iz brodarskog ugovora arbitražna klauzula predvidena u brodarskom ugovoru ne može valjano uvrstiti u sadržaj teretnice.

Kasnije odluke nižih engleskih sudova o tom pitanju pokazuju da je po engleskom pravu moguće valjano inkorporirati arbitražnu klauzulu iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice pod uvjetom da to jasno proizlazi bilo iz sadržaja arbitražne klauzule bilo iz sadržaja inkorporirajuće klauzule.⁴³ Pri tome je osnovno pravilo da se u teretnicu mogu inkorporirati samo oni uvjeti iz ugovora o prijevozu tereta koji se mogu primijeniti na primatelja tereta i koji su konzistentni s karakterom teretnice.⁴⁴ Tako je u predmetu THE ANNEFIELD (1971) ⁴⁵ engleski sud istakao da ocjena o tome da li je odredena klauzula iz brodarskog ugovora inkorporirana u sadržaj teretnice ovisi o rezultatu ispitivanja da li se ona sadržajno uklapa u kontekst teretnice. Ako se neka klauzula iz brodarskog ugovora sadržajno neposredno uklapa (...) "directly germane to..." u kontekst teretnice, nju se može i treba je se inkorporirati na temelju poziva u inkorporirajućoj klauzuli teretnice. U obratnom slučaju, međutim, engleski sud u spomenutom predmetu smatra da brodar takvu klauzulu može valjano inkorporirati u sadržaj teretnice samo tako da bilo u inkorporirajućoj klauzuli teretnice bilo u odnosnoj klauzuli brodarskog ugovora izričito predviđi da će takva klauzula važiti i u odnosu na primatelja tereta odnosno svakog zakonitog imatelja teretnice izdane na osnovi brodarskog ugovora.

U predmetu HAMILTON v. MACKIE⁴⁶ u brodarskom je ugovoru bilo predviđeno da će se svi sporovi iz tog ugovora (potertala L.J. M.H.) rješavati arbitražom, a u teretnici izdanoj na osnovi tog ugovora bilo je predviđeno da se primjenjuju i "svi drugi uglavci i uvjeti iz brodarskog ugovora". Engleski je sud, rješavajući o svojoj nadležnosti povodom prigovora tuženika, istakao da je inkorporirajuća klauzula u teretnici tako sročena da se njome ne proširuje sadržaj teretnice i na arbitražnu klauzulu predvidenu u brodarskom ugovoru, i to stoga što, ako se arbitražna klauzula čita in extenso kao dio teretnice, jasno proizlazi da je arbitraža predvidena samo za rješavanje sporova iz brodarskog ugovora, a ne

i sporova na osnovi teretnice.

U jednom drugom predmetu THE MERAK (1964)⁴⁷ engleski apelacioni sud je uvažio arbitražnu klauzulu sadržanu u brodarskom ugovoru i inkorporiranu u teretnicu u odnosu na primatelja tereta. Inkorporirajuća je klauzula bila tako stilizirana da se njome predviđalo da se svi uglavci, uvjeti, klauzule i izuzeci, uključujući i klauzulu 30, koji su bili predviđeni u brodarskom ugovoru, primjenjuju i na teretnicu i da se smatraju njenim sastavnim dijelom. U klauzuli 30 (zapravo se radilo o klauzuli 32 koja je bila zabunom označena kao klauzula 30) stranke brodarskog ugovora su predviđele da se svaki spor koji nastane iz brodarskog ugovora ili iz bilo koje teretnice koja se na temelju tog ugovora izda, rješava arbitražnom. Lord Justice Russell, obrazlažući stav apelacionog suda, istakao je da prigovor nenadležnosti engleskog suda u konkretnom slučaju treba prihvatići jer je arbitražna klauzula tako jasno sročena da se može i bez posebnog pozivanja u inkorporirajućoj klauzuli teretnice uključiti u sadržaj teretnice. Ovom je odlukom engleski apelacioni sud stvorio novi precedent, prema kojem arbitražna klauzula u brodarskom ugovoru, u kojoj je izričito predviđeno da se odnosi i na teretnice i kad nije posebno u inkorporirajućoj klauzuli teretnice naznačeno da se u sadržaj teretnice uvrštava i arbitražna klauzula iz brodarskog ugovora.⁴⁸

Stav američkog prava i sudske prakse o pitanju valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice, nešto je drugačiji od stava engleskog prava. Po američkom pravu i sudskej praksi, brodar može valjano inkorporirati uglavke i uvjete iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice samo ako u inkorporirajućoj klauzuli teretnice što preciznije navede o kojem se ugovoru konkretno radi (npr. oznakom tipa brodarskog ugovora, datuma i mesta zaključenja ugovora, naznakom stranaka ugovora i eventualno drugim podacima potrebnim za što jasniju identifikaciju odnosnog ugovora).⁴⁹

U sporu U.S.A. v. CIA NAVIERA CONTINENTAL (1962)⁵⁰ američki je sud presudio da uglavci i uvjeti iz brodarskog ugovora nisu inkorporirani u sadržaj teretnice i da ne vežu trećeg zakonitog imateљa teretnice jer u inkorporirajućoj klauzuli koja je bila otipkana u teretnici i koja je glasila:..."Svi drugi uvjeti i isključenja kao po

brodarskom ugovoru od ..." nije bio unesen podatak o datumu i mjestu zaključenja brodarskog ugovora, iako je za to bio predviđen prazan prostor.⁵¹ Prema tome, po američkom pravu valjanost inkorporacije uvjeta i uglavaka iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice ovisi o jasnoj identifikaciji takvog ugovora u tekstu inkorporirajuće klauzule teretnice. U tom pogledu je američko pravo znatno strože od npr. engleskog ili njemačkog prava. Po engleskom pravu dovoljno je da se u inkorporirajućoj klauzuli teretnice brodar samo pozove na ugovor o prijevozu tereta morem, pa i kad ga pobliže ne identificira, sudovi će prihvatići da se takvo pozivanje odnosi na bilo koji brodarski ugovor koji je sklopljen radi prijevoza tereta za koji je izdana teretnica. Štoviše, po stavu engleske teorije, i kad se u teretnici poziva na uvjete i uglavke iz ugovora o prijevozu tereta morem koji je proglašen ništavim, sudovi bi trebali priznati da su uvjeti i uglavci inkorporirani u sadržaj teretnice valjani i da vežu stranke teretnice.⁵² Ipak je potrebno napomenuti kako neki engleski pravnici preporučuju poslovnim krugovima da prilikom stiliziranja inkorporirajuće klauzule u teretnici što preciznije identificiraju ugovor o prijevozu tereta morem na čije se uvjete i uglavke proširuje sadržaj teretnice kako bi se izbjegli bilo kakvi kasniji nesporazumi i spori o tome na koji se ugovor konkretno u teretnici poziva.

Vraćajući se na američko pravo u pogledu valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice, učvrstio se stav sudske prakse da, kad je u teretnici koja se poziva na primjenu uglavaka i uvjeta iz ugovora o prijevozu takav ugovor jednom jasno i potpuno identificiran, onda američki sudovi vrlo široko tumače sadržaj i domet inkorporirajuće klauzule u odnosu na trećeg zakonitog imatelja teretnice. To drugim riječima znači da američki sudovi, za razliku od engleskih, priznaju proširenje sadržaja teretnice na cijelokupni sadržaj ugovora o prijevozu tereta morem, a da pri tome ne polažu osobitu pažnju na okolnost da li se sadržaj svakog pojedinog inkorporiranog uglavka iz ugovora o prijevozu može, s obzirom na svoju tekstualnu formulaciju, neposredno uklopiti u sadržaj teretnice. Tako za američku sudsку praksu okolnost što je u arbitražnoj klauzuli predviđenoj u ugovoru o prijevozu tereta morem

stipulirano da će se arbitražno rješavati svi sporovi iz tog ugovora neće imati nikakvih reperkusija na valjanost takve klauzule u odnosu na trećeg zakonitog imatelja teretnice ako su ispunjeni svi ostali uvjeti za inkorporaciju arbitražnog uglavka u sadržaj teretnice (tj. precizno i potpuno određenje ugovora o prijevozu tereta morem i poseban poziv u inkorporirajućoj klauzuli na arbitražni uglavak iz ugovora o prijevozu tereta).

Zaključak

Ovaj kratki usporednopravni prikaz nekih reprezentativnih pravnih sustava o pitanju valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice jasno ukazuje da odgovor na to pitanje ovisi prvenstveno o stavu nacionalnog prava u pogledu strogosti formalnih uvjeta za zaključenje arbitražnog ugovora. U pravima onih zemalja koje imaju liberalne propise o formi arbitražnog ugovora inkorporacija arbitražnog uglavka iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice bit će u načelu moguća (dakako uz odredene druge pretpostavke koje svako pravo predviđa), dok u pravima ostalih država koje za punovažnost zaključenja arbitražnog ugovora predviđaju isključivo pismeni oblik, inkorporacija nije moguća. Nesporno je da utjecaj zemalja s liberalnim propisima o obliku arbitražnog ugovora i rastuće potrebe privrednopravnog poslovanja djeluju da i zemlje sa strogim propisima o obliku arbitražnog ugovora postepeno ublažavaju zakonske odredbe odnosno da sudska praksa takvih zemalja postojeće stroge odredbe sve šire i liberalnije tumači.

Ovaj trend liberalizacije strogih odredbi o obliku arbitražnog ugovora na nacionalnoj razini ima pandan u liberalizaciji odredaba o formi arbitražnog ugovora kroz međunarodne instrumente. Tako je u čl. II Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka iz 1958. bilo predvideno da se pod "pismenim ugovorom" podrazumijeva prije svega arbitražna klauzula unesena u ugovor ili kompromis, potpisana od stranaka ili sadržana u razmijenjenim pismima ili u brzojavima (premda kod brzojava nedostaje potpis pošiljatelja).⁵³ Već 1961. donošenjem Evropske konvencije o međunarodnoj trgovачkoj arbitraži pravilo o pismenom

obliku arbitražnog ugovora još je više liberalizirano. U čl. I toč. 2(a) Evropske konvencije predviđeno je bilo da se pod izrazom "arbitražni sporazum" podrazumijeva kako arbitražna klauzula sadržana u osnovnom ugovoru o pravnom poslu, tako i poseban arbitražni ugovor, s time da su stranke potpisali takav osnovni ili arbitražni ugovor, ili da su oni zaključeni putem razmjene pisama, brzojava ili teleprinterskih saopćenja, a u odnosima između država čiji zakoni ne propisuju pismeni oblik arbitražnog sporazuma, svaki sporazum zaključen u obliku koji dopušta takav zakon.⁵⁴ Na sličan način pismeni oblik arbitražnog ugovora predviđen je i u UNCITRAL-ovim arbitražnim pravilima iz 1976. (čl. 1).⁵⁵ Posebno je značajan doprinos ublaženju pravila o pismenom obliku arbitražnog ugovora ostvaren donošenjem UNCITRAL-ovog model zakona o međunarodnoj trgovачkoj arbitraži iz 1985. Tekst čl. 7(2) ovog Model zakona koji sadrži odredbu o obliku arbitražnog ugovora slijedi stav Njujorške i Evropske konvencije, ustrajući na zahtjevu da ugovor o arbitraži treba biti u pismenom obliku. Međutim, u istom je članu pojašnjen i proširen sadržaj i domet čl. II (2) Njujorške konvencije utoliko, što se kaže da se pod "pismenim oblikom" arbitražnog ugovora podrazumijeva i sljedeće: "-izmjena pisama ili brzojava, teleksa ili drugih sredstava telekomunikacija koje omogućuju zaključenje ugovora, kao i - izmjena pismenih podnesaka (tužbi, odgovora na tužbu) u kojima se bar jedna stranka poziva na ugovor o arbitraži, a druga ga stranka ne poriče, te napokon - pozivanje u ugovoru na arbitražnu klauzulu predviđenu u nekoj ispravi (općim uvjetima poslovanja) u kojoj je arbitražna klauzula predviđena pod uvjetom da je ugovor pisan, a da je poziv takav da je arbitražna klauzula inkorporirana u sadržaj ugovora."⁵⁶ Iako je u svim spomenutim međunarodnim instrumentima očita tendencija liberalizacije odredbi o obliku arbitražnog ugovora, ipak se mora zaključiti da je u svima zadržan kao osnovni postulat - pismeni oblik ugovora o arbitraži. To sigurno stoga što su otpor liberalizaciji i brojnost država koje imaju stroga pravila o obliku arbitražnog ugovora još uvjek toliki da bi svaki pokušaj unifikacije pravila o obliku arbitražnog ugovora na međunarodnoj razini koji bi išao dalje u liberalizaciji formalnih rekvizita arbitražnog ugovora (odustanak od zahtjeva za pismenim oblikom arbitražnog

ugovora kao elementom ad substantiam ugovora) bio promašen. Neki smatraju da je dostignuti stupanj liberalizacije propisa o obliku arbitražnog ugovora na međunarodnoj razini krajnji domet do kojeg se nacionalni zakonodavci i sudska praksa smiju vinuti u želji da udovolje potrebama prakse i ublaže stroge zakonske propise o pismenom obliku arbitražnog ugovora, a da istovremeno potpuno ne odustanu od zahtjeva za pismenim oblikom arbitražnog ugovora kao bitnog elementa ugovora. Kojim će pravcem ići daljnji razvoj teško je predvidjeti, no sigurno je da će budući razvoj ovisiti o stavu država sa strogim propisima o obliku arbitražnog ugovora u odnosu na opravdanost inzistiranja da se isključivo pismenim oblikom može osigurati da nijedna stranka arbitraže ne bude prisiljena protiv svoje volje na derogaciju nadležnosti državnog pravosuda. Smatramo, a to je mišljenje i većine pisaca o obliku arbitražnog ugovora, da je bit pravila o obliku arbitražnog ugovora zajamčiti objema strankama da će se u slučaju spora morati podvrgnuti arbitraži, a ne državnom pravosudnom sustavu, samo ako takvo svoje opredjeljenje iskažu slobodno i na nesumnjiv način. U uvjetima suvremene trgovine i međunarodnog prometa u kojima brzina odvijanja i složenost velikih poslovnih pothvata ionako dosta opterećuje privredne subjekte, čini nam se da prekomjerno inzistiranje na formi pojedinih pravnih poslova čak i kad je inspirirano željom da se subjekti pravnog posla zaštite od mogućih zloupotreba, može značajno štetiti i kočiti odvijanje takve djelatnosti. Premda je rizik mogućih nesporazuma i zloupotreba veći ako se dopusti da stranke konkludentnim činima pristaju na sklapanje arbitražnog ugovora, ipak nam se čini da negativne posljedice takvog rizika nisu ni približne negativnim posljedicama koje pretjerano inzistiranje na strogoj formi arbitražnog ugovora može imati za odvijanje privrednih aktivnosti s jedne strane i na širu primjenu arbitraže u nacionalnim i međunarodnim okvirima s druge strane. Određeni ustupak od strogih pravila o obliku arbitražnog ugovora u korist konkludentnog pristanka na ugovor o arbitraži učinjen je u pravima onih zemalja koje priznaju valjanom i onu arbitražu koja je započeta, a da ne postoji kompromisorna klauzula ili kompromis ako se tuženik upustio u raspravljanje pred arbitražom, a nije istakao prigovor in litis.⁵⁷ Odustankom država sa strogim propisima o obliku arbitražnog ugovora od zahtjeva za

isključivo pismenim oblikom ugovora nestala bi zapreka priznavanju valjanosti inkorporacije arbitražnog uglavka predviđenog u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice. Dosta je raširena praksa da brodari izdajući teretnicu uvrste u sadržaj teretnice sve ili neke uglavke iz ugovora o prijevozu tereta morem, pa tako i arbitražnu klauzulu ne uzimajući u obzir da je pravna sudbina takve inkorporirajuće klauzule u odnosu na inkorporaciju arbitražnog uglavka krajnje nesigurna i ovisi o stavu koji, u odnosu na valjanost forme arbitražnog ugovora, zauzima onaj pravni sustav pred čijim će sudom zakoniti imatelj teretnice tražiti zaštitu svojih imovinskih prava iz teretnice.

Zanimljivo je na kraju spomenuti da je pitanje valjanosti inkorporacije arbitražne klauzule predviđene u ugovoru o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice izričito riješeno jednim pomorsko-pravnim međunarodnim instrumentom - Međunarodnom konvencijom o prijevozu robe morem iz 1978. tzv. Hamburškim pravilima - koja još nije stupila na snagu zbog malobrojnosti država koje su je do sada ratificirale.⁵⁸ Prema odredbi čl. 22(2) Hamburških pravila predviđeno je da, kad je u ugovoru o prijevozu tereta morem sadržan uglavak da će se sporovi na osnovi tog ugovora rješavati arbitražom, a u teretnici izdanoj na temelju takvog ugovora ne postoji posebna bilješka ("special annotation") kojom je predviđeno da će arbitražni uglavak važiti i u odnosu na trećeg, zakonitog imatelja teretnice, vozar se ne može pozivati na takav arbitražni uglavak prema imatelju teretnice koji je teretnicu stekao u dobroj vjeri.⁵⁸ To drugim riječima znači da će prema Hamburškim pravilima arbitražna klauzula predviđena u ugovoru o prijevozu tereta morem obvezivati i svakog trećeg zakonitog imatelja teretnice samo ako je inkorporirana u sadržaj teretnice "posebnom bilješkom" u inkorporirajućoj klauzuli. Izraz "posebna bilješka" trebalo bi vjerojatno shvatiti kao izričiti poziv u inkorporirajućoj klauzuli na primjenu arbitražne klauzule iz ugovora o prijevozu tereta more. Već na prvi pogled je očito da je ova odredba Hamburških pravila neprimjenljiva u zemljama koje imaju stroge propise o obliku arbitražnog ugovora. Ostaje međutim pitanje ne bi li i takve države, nakon eventualne ratifikacije Hamburških pravila, bile prisiljene odustati od strogih pravila o obliku ar-

bitražnog ugovora kad se radi o inkorporaciji arbitražnog uglavka iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice i direktno primijeniti odredbu čl. 22(2) Hamburških pravila ili odgovarajućeg internog propisa donesenog na temelju ratificirane konvencije. Očit je bio interes pomorskih i privrednopravnih krugova da se pitanje inkorporacije arbitražne klauzule iz ugovora o prijevozu tereta morem u sadržaj teretnice riješi na izričit jednoobrazan i pozitivan način, kako bi se utjecalo na promjenu stava sudske prakse onih zemalja u kojima postoje propisi o isključivo pismenom obliku arbitražnog ugovora. No zbog mnogih drugih problematičnih rješenja predviđenih u Hamburškim pravilima vrlo su slabe nade da će ta konvencija u skorije vrijeme pravno zaživjeti.

- 1 Pod tim pojmom podrazumijevamo brodarske ugovore, ugovore o prijevozu pojedinih stvari morem i ugovore o prijevozu stvari morem na temelju zaključnice
- 2 Cf. Bracković, V., Teretnica, Pomorska enciklopedija, Prvo izdanje, Zagreb, 1961, str. 524-528.
- 3 Cf. Davies, D., "Incorporation of Charterparty Terms into Bills of Lading", referat na IV Medunarodnom kongresu pomorskih arbitara, održanom 1979. u Londonu, Lloyd's of London Press Ltd, 1979.
- 4 Cf. Rehmer, E., "Incorporation of Charter Party terms into Bills of Lading with particular reference to Arbitration Clauses", Nadowski, Z. L., "Incorporation of Charterparty Arbitration Clause into Bill of Lading", Davies, D., "Incorporation of Charterparty Terms into Bills of Lading", McMahon, J.P., "Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading - The COGSA Time Bar", sve referati na IV Medunarodnom kongresu pomorskih arbitara, održanom u Londonu 1979, Lloyd's of London Press Ltd, II sv.
- 5 Cf. Jakaša, B., "Teretnica", Udžbenik plovidbenog prava, II izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1983, str. 230-246.
- 6 Tako je po jugoslavenskom pravu - cf. Jakaša, B., "Teretnica", op. cit. supra 5, str. 241-242; po francuskom pravu - cf. Rodière, R., "Coexistence d'un connaissance et d'une charte-partie", Droit Maritime, osmo izdanje, Dalloz, Pariz, 1979, str. 325-326; po američkom pravu - cf. Gilmore, Q., Black, Ch. L., The Law of Admiralty, The Foundation Press, Inc. Brooklyn, 1957, str. 193-194.

- 7 Tako Jakaša za jugoslavensko pravo, cf. J a k a š a, B., "Teretnica", op. cit. supra 5, str. 242. Međutim, suprotno je stajalište Višeg privrednog suda SRH izloženo u presudi od 12. prosinca 1967. po kojem, ako teretnicu potpiše zapovjednik broda, supotpis krečateljev na teretnici nema nikakvog pravnog učinka - cf. "Uporedno pomorsko pravo i pomorska kupoprodaja" (skraćeno UPPPK), br. 36, 1968, str. 49-51.
- 8 Cf. UPPPK, br. 86, 1980, str. 68-69.
- 9 Cf. UPPPK, br. 41, 1969, str. 49-52
- 10 Cf. Lloyd's Law Report, 1969, Part 1, str. 33
- 11 Cf. T r i v a, S., "Arbitražna klauzula u općim uvjetima poslovanja", Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini, Informator, Zagreb, 1970. I svezak str. 183-199.
- 12 Cf. ibidem
- 13 Cf. art. 807 i 808 talijanskog Codice di procedura civile
- 14 Cf. M a r e s c a, M., "Forma della clausola compromissoria secondo l'art. II della Convenzione di New York del 1958 e connessione in materia di arbitrato commerciale internationale", Il Diritto Marittimo, srpanj/rujan 1982, Genova, Str. 391-414.
- 15 Cf. T r i v a, S., "Arbitražna klauzula u općim uvjetima poslovanja", op. cit. supra 11, str. 190-192
- 16 Cf. ibidem
- 17 Cf. M a r e s c a, M., op. cit. supra 14; De G o n z a l o, M. L o p e z, "Criteri di valutazione delle clausole compromissorie per arbitrato estero nella Convenzione di New York del 1958", Il Diritto Marittimo, listopad/prosinac 1982, Genova, str. 655-667.
- 18 Cf. UPPPK, br. 35, 1967, str. 56-60.
- 19 Cf. UPPPK, br. 44, 1969, str. 70-75.
- 20 Cf. UPPPK, br. 39, 1968, str. 45-46. i komentar J a k a š a, B.
- 21 Cf. UPPPK, br. 74, 1977, str. 54-58. i komentar J a k a š a, B.
- 22 Cf. Le Droit Maritime Francais, br. 446, 1986, str. 106-109, te prikaz u ovom broju UPPPK.
- 23 Cf. Le Droit Maritime Francais, br. 446, 1986, str. 117-125 i biljeska A c h a r d, R., te prikaz te presude u ovom broju UPPPK.
- 24 Cf. Le Droit Maritime Francais, 1985, str. 115.

- 25 U odnosu na stajalište Pomorske arbitražne komore u Parizu usporedi B u h l e r, J.C., "Incorporation of Arbitration Clause into Bills of Lading", IV Medunarodni kongres pomorskih arbitara, održan u Londonu 1979, Lloyd's of London Press Ltd, II svezak. Po mišljenju ovog autora Bona fides imatelj teretnice nije vezan uglavcima i uvjetima ugovora o prijevozu tereta morem ako za takav ugovor nije znao jer nije bio uvršten u teretnicu. Takvog imatelja teretnice brodar će moći privoliti na arbitražnog rješavanje spora samo ako mu uspije dokazati da je znao za ugovor o prijevozu tereta morem i za postojanje arbitražne klauzule u takvom ugovoru.
- 26 Cf. supra 22.
- 27 Cf. Službeni list SFRJ, Medunarodni ugovori, br. 12, 1963.
- 28 Cf. T r i v a, S., "Arbitražna klauzula u općim uvjetima poslovanja", op. cit. supra 11.
- 29 Cf. ibidem i K a l o d e r a, M., "Uslovi za punovažnost arbitražne klauzule", Savjetovanje o Spoljnotrgovinskoj arbitraži, Beograd, 1963, prilog IV.
- 30 Cf. T r i v a, S., "Arbitražna klauzula u općim uvjetima poslovanja", op. cit. supra 11.
- 31 Cf. J a k a š a, B., "Teretnica", op. cit. supra 5, str. 241-243.
- 32 Cf. UPPK, br. 42, 1969, str. 32-33., i br. 41, 1969, str. 45-47.
- 33 Cf. UPPK, br. 28, 1965, str. 31-40; Član 35 Zakona o ugovorima o iskorištavanju pomorskih brodova (Sl. list SFRJ 25/59) glasi: "Odredbe ugovora o prijevozu obvezuju imatelja teretnice po naredbi ili na donositelja, koji nije naručitelj ni krcatelj, samo ako se teretnica izričito na njih poziva. Ako se teretnica samo generalno poziva na uvjete ugovora o prijevozu imatelja teretnice iz prethodnog stava ne obvezuju uvjeti ugovora, koji su teži od uvjeta uobičajenih za takve vrste prijevoza."
- 34 Cf. UPPK, br. 44, 1969, str. 33-39, i bilješka J a k a š a, B.
- 35 Cf. Ibidem; također F i l i p o v i č, V., Bilješka uz prikaz presude Saveznog suda SR Njemačke od 21. prosinca 1970, u UPPK, br. 51, 1971, str. 68-69.
- 36 Cf. UPPK, br. 56, 1972, str. 48-53; o stavu jugoslavenske sudske prakse o tom pitanju nakon 1970. cf. G r a b o v a c, I., "Izbor inozemnog suda u pomorskim sporovima", Jugoslavenska revija za medunarodno pravo, br. 1-3, 1973, Beograd, str. 271-285
- 37 Cf.. UPPK, br. 58, 1973, str. 43-48

- 38 Cf. G r a b o v a c, I., "Odredbe ugovora o prijevozu stvari morem kao sastavni dio teretnice", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, Split, 1967, knjiga V, str. 59-79.
- 39 Cf. R i e h m e r, E., "Incorporation of Charter Party Terms into Bills of Lading with Particular Reference to Arbitration Clauses", IV Međunarodni kongres pomorskih arbitara, London, 1979, Lloyd's of London Press Ltd, II svezak.
- 40 Cf. Ibidem, str. 3-4
- 40a Cf. Ibidem, str. 4-6
- 41 Cf. Russel, On the Law of Arbitration, 19. izdanje, London, 1979, str. 72-89; Suprotno stajalište o tome iznosi na osnovi jedne neobjavljene sudske odluke iz 1982. Parris, J., "Arbitration - Principles and Practice", London, 1985, str. 34-36.
- 42 Cf. Davies, D., "Incorporation of Charterparty Terms into Bills of Lading", op. cit. supra 3, str. 5 i dalje
- 43 Cf. ibidem; također tako G r a b o v a c, I., "Odredbe ugovora o prijevozu stvari morem kao sastavni dio teretnice", op. cit. supra 38, str. 75; suprotno stajalište cf. Parris, J., "Arbitration - Principles and Practice", op. cit. supra 41
- 44 Ovo načelo za jugoslavensko pravo ističe G r a b o v a c, I., ibidem, str. 65; za englesko pravo Carver, Carriage by Sea vol. I, London, 1963, str. 352-354; Scrutton, On Charterparties and Bills of Lading, London, 1964, str. 56-60.
- 45 Cf. Lloyd's Law Reports, vol. 1, 1971, str. 1
- 46 Cf. Davies, D., "Incorporation of Charterparty Terms into Bills of Lading", op. cit. supra 3, str. 4-5
- 47 Cf. Lloyd's Law Reports, vol 2, 1964, str. 527; prikaz te presude s bilješkom Palluia, E., u UPPK, br. 25, 1950, str. 63-67
- 48 Više o tome cf. T e t l e y, W., "Arbitration Clauses", Chapter 26, Marine Cargo Claims, II izdanje, Butterworths, Toronto, 1978, str. 295-301.
- 49 Cf. Mc Mahon, J.P., "Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading - The COGSA Time Bar", op. cit. supra 4; T e t l e y, W., "Arbitration Clauses" op. cit. supra 48, str. 297-298.
- 50 Cf. American Maritime Cases, (1962) 2403 u Davies, D., "Incorporation of Charterparty Terms into Bills of Lading", op. cit. supra 3, str. 2-3

- 51 I dentično je stajalište zauzeo i talijanski prvostepeni sud u Napulju u predmetu S.P.A. ITALGRANI v. AGENZIA MARITTIMA MARIO SORRENTINI (1982), Cf. Diritto Marittimo, 1983. str. 809, te prikaz te presude u UPPPK, br. 105/106, 1985. str. 145-146.
- 52 Cf. S c r u t t o n, On Charterparties and Bills of Lading, op. cit. supra 44, str. 63.
- 53 Cf. Konvencija o priznanju i izvršenju inozemnih arbitražnih odluka, donesena 10. lipnja 1958. u New Yorku - Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 11, 1981, str. 608-609.
- 54 Cf. supra 27.
- 55 Cf. S e k o l e c, J., Arbitražna pravila UNCITRAL s komentarjem, Ljubljana, 1983, str. 12-14.
- 56 Cf. "UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration", u International Legal Materials, o tome više: F e r r a n G., "The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration - its salient features and prospects", u International Legal Materials.
- 57 Po Pravilniku Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije (čl. 14) moguće je da tuženik na ovakav konkludentni način pristane na arbitražu, a da ne postoji ugovor o arbitraži. Ovu praksu preter legem smatraju dopustivom po jugoslavenskom procesnom pravu i neki teoretičari. Cr. T r i v a, S., "Arbitražna klausula u općim uvjetima poslovanja", op.cit. supra 11.
- 58 Cf. UPPPK, br. 78, 1978, str. 44.

SUMMARY

INCORPORATION OF CHARTERPARTY ARBITRATION CLAUSE INTO BILLS OF LADING

In this article the author deals with the problem of the validity of an arbitration clause contained in the charterparty and incorporated through the incorporation clause into the bill of lading. Emphasizing that this problem primary arises in relations between the shipowner and the third person the holder of bill of lading, the author gives a review of French, Italian, Yugoslav, German, English and American Court practice and law in this matter. Analysis of various national Court practice

dealing with the problem of validity of incorporation of the charterparty arbitration clause into bill of lading indicates that under some legal systems the incorporation could be validly effected if the wording of the incorporation clause is very clear and explicit in calling upon the arbitration clause (German, English and American law). The situation is, however, quite different in legal systems like Yugoslav, French etc. where the arbitration agreement is validly concluded only if it is made in written form and subscribed to by both parties. After the recent decision rendered by the French Court de cassation (Juin, 4, 1985) on the "Aspilos" the former jurisprudential uncertainty in deciding on the validity of the incorporation of the charterparty arbitration clause into bill of lading has been abolished by the strict position of the Court de cassation that the arbitration clause contained in the charterparty cannot be invoked against a third person, the holder of bill of lading, if such clause was not reproduced verbatim in the bill of lading and if it was not accepted by him. The review of some Yugoslav Court decisions on this subject indicates that in some previous decisions Yugoslav Courts have allowed the incorporation of arbitration clause into the bill of lading in the incorporation clause was so formulated that it clearly called upon the arbitration clause in relation to the third person, the holder of the bill of lading. However, there are a certain number of decisions issued by the same Yugoslav Court (District Commercial Court of the Socialist Republic of Croatia) on this very subject with the contrary reasoning. The main argument for the inadmissibility of incorporation of the charterparty arbitration clause into the bill of lading according to the same Court was that in Yugoslav law the arbitration agreement is binding only between the parties who concluded and subscribed to it.

The author of this article advocates a more liberal interpretation of Yugoslav legal requirements for the valid conclusion of the arbitration agreement in order to meet commercial need that the arbitration agreement contained in the charterparty and incorporated into the bill of lading could be validly invoked against a third person, the holder of the bill of lading.