

Др Светислав Ђ. ЈАНКОВИЋ*

ПУНОВАЖНОСТ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА У ТЕРЕТНИЦИ**

Резиме

У раду се разматра пуноважност арбитражног споразума закљученог у оквиру уговора о превозу, а за који се сматра да чини јединство са теретницом. С обзиром да уговор о превозу и теретница чине јединство преко позивајуће норме у теретници, поставља се питање да ли је арбитражни споразум обавезујући и за доцнијег законитог стицаоца теретнице (који није изворни закључилац уговора о превозу, где се арбитражна клаузула и налази). Долази се до закључка да арбитражни споразум из уговора о превозу може да буде обавезујући за доцнијег стицаоца теретнице само ако је, као такав, унесен у теретницу, тј. ако га она, у барем основним елементима, садржи. У супротном, може се оспорити његова пуноважност како са становишта начина закључења уговора (тј. да потоњи ималац теретнице уопште није био присутан приликом закључења, па сходно томе ни не зна његову садржину), тако и са становишта форме, јер је недостаје писмени уговор, него постоји само теретница која се позива на уговор (а чију садржину доцнији стицалац теретнице не познаје до краја).

У првом делу рада, аутор појмовно одређује теретницу, те њен однос са уговором о превозу поводом кога је издата, сматрајући важним да се установи у којој мери је теретница подударна са уговором. Након тога, у другом делу рада, појмовно се одређује арбитражни споразум, те услови за његову пуноважност, посебно, у погледу форме. Анализира се задовољеност његове форме у теретници, а нарочити осврт се прави у односу на имаоца теретнице који није и закључилац уговора о превозу.

* Доцент Правног факултета Универзитета у Београду

** Чланак је настао као резултат на истраживању на пројекту „Идентитетски преображај Србије (2018)“, Правног факултета Универзитета у Београду.

На крају, у закључку се предлаже *de lege ferenda* решење о садржинском присуству арбитражне клаузуле у теретници, насупрот тренутном упућивању на уговор о превозу у оквиру кога се налази.

Кључне речи: теретница, однос теретнице и уговора о превозу, арбитражни споразум, форма арбитражног споразума, законици ималац теретнице.

І Појам теретнице

Теретница је исправа коју превозилац издаје крцатељу поводом робе која је предата (укрцана) на превоз а у вези уговора о превозу.¹ У том смислу, постоје два основна састојка на које се теретница односи. Прво, она је доказ о примљеној роби на превоз и у том смислу обавези превозиоца (бродара) да изврши превоз, сачува робу у току превоза и преда је законитом имаоцу теретнице. Друго, она је писмена потврда о закљученом уговору о превозу из кога, као правног основа, и произлази.²

Теретница се сматра хартијом од вредности што се потврђује могућношћу њеног преноса са једног имаоца на другог чиме се, заправо, отклањају све негативне последице физичког одсуства робе са тржишта за време пловидбе.³ За разлику од ње, која је везана по правилу за поморску пловидбу, остале превозне исправе (пре свега товарни лист) нису хартије од вредности, односно није могућ пренос права поводом предмета превоза, а за време његовог трајања. Остале превозне исправе су везаније за пошиљаоца него за саму робу, те се зато издају на име, и у једном примерку који најчешће прати робу на превозном средству и служи да се ималац права из исправе легитимише у одредишном месту. Насупрот томе, теретница се издаје у, по правилу, три оригинална примерка, од којих по један имају превозилац, крцатељ (пошиљалац) и лице на које ће се теретница у току превоза пренети. Теретница, као и свака друга хартија од вредности, представља једнострану изјаву воље њеног издаваоца (превозиоца) која постаје правно важна у тренутку када ју је превозилац потписао и предао крцатељу. У том погледу, чини се важним разликова-

1 Напомена: у даљем току рада као синоними ће се сматрати следећи изрази – превозилац, бродар, издавалац теретнице, а са друге стране крцатељ, пошиљалац, прималац, законити ималац теретнице, корисник превоза. Такође, за исте ће се сматрати теретница, коносман, превозна исправа. Иако наведени изрази имају своје особености, оне се не испољавају приликом разматрања арбитражног споразума као саставног дела превозне исправе.

2 Herbert Holamn, *A Handy Book for Shipowners and Masters*, London, 1964, 71. и даље.

3 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Нови Сад, 2000, 349.

ти две радње везане за теретницу – попуњавање и издавање. Теретницу попуњава (уписује податке, нем. *ausfüllen*) крцатељ подацима о роби, док је превозилац издаје (нем. *austehen*), обавезујући се на чинидбу која је у њој означена.⁴ Због тога је важно да превозилац буде упознат са робом и са наводима о роби који су уписани у теретницу, па ако између њих постоји неслагање, неподударање, има право да стави резерву, примедбу о томе, ограничавајући своју обавезу, а тиме и одговорност, само на оно што је уписано у теретницу (тзв. нечиста, прљава теретница, енг. *Dirty Bill of Lading*). Уписани садржај у теретници представља једину правну основу за везу између превозиоца и законитог имаоца теретнице који није крцатељ (лице на кога је теретница пренесена) и у том смислу чини необориву претпоставку о тачности садржаја теретнице, односно да је роба у време предаје превозиоцу (пре превоза) имала својства која су у теретници и уписана. С обзиром на класично разврставање хартија од вредности према одређивању имаоца права из њих, теретница може да буде на име, по наредби и на доносица. Но, необориву претпоставку тачности, подударности уписаног у њој и робе примљене на превоз носи са собом једино теретница по наредби због нарочитог правног дејства индосамента које се састоји у самосталности сваког законитог стицаоца теретнице, односно у привиду непосредности између таквог, каснијег, стицаоца и превозиоца (као издаваоца теретнице).

II Теретница као традициона исправа

Према критеријуму права које је садржано у теретници, југословенска правна мисао ју је деценијама сврставала у ред стварноправних хартија од вредности.⁵ Овакав став је био заснован на чињеници да она, истина, служи преносу права поводом робе на коју се односи и да, сходно томе, истоветно дејство као физичка предаја ствари, има и предаја теретнице (заправо, њен пренос у правном смислу). Међутим, то је недовољно да би се она одредила као стварноправна хартија од вредности, с обзиром да у себи не садржи стварно право. Управо, супротно, она у себи носи облигационо право које стиче и њен законити стицалац, из једноставног разлога што се превозилац путем издавања само обавезује да ће робу предати законитом имаоцу у месту опредељења. Он се, дакле, само обавезује (отуда облигационоправна природа теретнице) и у теретницу садржински уноси

4 Dorit Oefelke, *Speditionsbetriebslehre und Logistik*, Wiesbaden, 2005, 83.

5 Славко Царић, Ивица Јанковец, Предраг Шулејић, Миодраг Трајковић, *Саобраћајно право*, Нови Сад, 1998. 131; Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд, 1996, 30; Драгољуб Д. Стојановић, Оливер Б. Антић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, 394.

само обавезу, као облигационоправну установу, а не и стварно (својинско, заложно) право. Штавише, превозилац и да изричито хоће, не би могао у теретницу да унесе стварно право, с обзиром да га он, као такав и нема. Он у исправу уноси само ону чинидбу коју „има“, тј. коју једино и може да испуни, а то је обавеза да превезе, сачува и преда ствар у месту опредељења у теретници. Због тога се чини погрешним схватање раније југословенске правне мисли о теретници као стварноправној хартији од вредности, јер она, очито је, у себи не садржи стварно право. Чињеница, да се њеним преносом, ипак, преносе одређена права на роби, не може је учинити стварноправном исправом, него само традиционом у смислу да њеном предајом (која прати индосамент) преноси и право на роби. Прецизније, преноси се правна моћ, која овлашћује сваког законитог имаоца теретнице да захтева предају робе од стране превозиоца.⁶ Зато је правилније теретницу сматрати само традиционом (а никако стварноправном) хартијом од вредности.⁷ У том смислу, охрабрује савременија српска правна мисао која у преносу теретнице, заправо, види пренос права потраживања робе према издаваоцу, а које је до преноса имао преносилац.⁸ Тиме се и коначно напушта анахроно размишљање да се преносом теретнице преноси право својине на роби, што је било очигледно погрешно, с обзиром да се теретницом не може пренети стварно право, јер оно у њој није ни садржано.

Са друге стране, управо, установка преноса теретнице отвара питање обухватности свога дејства, тј. која права, правни односи, су обухваћени (и тиме пренесени) преносом теретнице. У том погледу, поставља се питање да ли арбитражни споразум, који је саставни део уговора о превозу (па и теретнице?), чињеницом преноса теретнице по аутоматизму прелази на доцнијег стицаоца. Прецизније, да ли се традиционо својство теретнице односи и на арбитражни споразум који постоји, као упућујућа норма за случај евентуалног спора који би могао да настане поводом превоза робе? Да би се на ово питање одговорило, претходно је потребно размотрити однос и везаност теретнице са уговором о превозу поводом кога ју је превозилац и издао.

6 E. R. Hardy Ivamy, *Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, London, 1976, 65. и даље.

7 Мирјана Радовић, „Традиционо својство тзв. стварноправних хартија од вредности“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду*, 1/2011, 299; Иво Грабовац, *Пловидбено право Републике Хрватске*, Сплит, 2003, 193.

8 Небојша Јовановић, *Саобраћајно право*, Београд, 2017, 194. и даље. Истоветан став се искристалисао и у савременој мисли у окружењу. Вид. Драго Павић, *Поморско имовинско право*, Сплит, 2006, 186; Драган Боланча, *Прметно право Републике Хрватске*, Сплит, 2016, 196, фн. 845.

III Однос теретнице и уговора о превозу

С обзиром да се уговор о превозу и теретница поводом тог уговора односе на исто, тј. на јединствени предмет превоза – робу, у начелу не би требало доводити, уопште, у питање њихову садржинску истоветност. Штавише, теретница се сматра доказом о закљученом уговору о превозу (ако није закључен у писаној форми), јер он и представља основ (узрок, каузу) издавања теретнице.⁹ Не обазирјући се, при томе, на (не)могућност доказивања супротне садржине уговора у односу на теретницу, потребно је уочити да се теретница у својој садржини, ипак, највише ограничава на терет (отуда и назив) који је предмет превоза, а не и на уговор. Насупрот уговору о превозу чија је пуноважност условљена сагласношћу обеју страна (превозиоца и пошиљаоца) стоји теретница, као једностран правни акт, за чије је потпуно правно постојање потребна (уско правно гледано) само воља једног уговорника (превозиоца).¹⁰ Због тога, ако би садржина теретнице била различита у односу на садржину уговора о превозу који јој је претходио и због кога је издата, онда то не би утицало на постојање и пуноважност ни теретнице, ни уговора о превозу. У том смислу, оваква ситуација се у саобраћајном праву посматра као одговорност *ex recepto* и *ex scriptura*, према коме се прва одговорност заснива на односу из уговора о превозу, тј. између превозиоца и пошиљаоца, а друга на основу теретнице, тј. између превозиоца и овлашћеног имаоца теретнице. Оваква два односа (одговорности) постоје узимајући у обзир све превозне исправе. Међутим, они добијају на нарочитом значају само код теретнице и то само у случају њеног преноса.

9 Потребно је имати у виду да теретница није форма уговора о превозу, као и то да њено издавање или губљење има било какав утицај на сам уговор о превозу, односно на његово постојање и састав. Н. Јовановић, *Саобраћајно право*, 194.

10 Оваква правна ситуација, прецизније распоред, постоји и код документарног акредитива где акредитивна банка на основу уговора о отварању акредитива (закљученог са налогодавцем – купцем робе), издаје акредитив у корист продавца из основног посла, једнострано му се обавезујући према садржини акредитивне исправе. Дакле, иако једнострано издати акредитив има за свој основ издавања претходно закључени уговор о продаји, коме би садржински требало да одговара, да га у погледу чинидби „преслика“ и претвори у једностран акт (тј. две чинидбе из дистанционе купопродаје да сажме у једну из акредитива – додуше условљену), ипак је акредитив формалноправно независан у односу на претходни уговор. У том смислу, ако је дошло до садржинског одступања акредитива у односу на претходни уговор, банку и корисника акредитива ће обавезивати само акредитив. Исти начин размишљања се може применити и на однос уговора о превозу и теретнице.

Док се теретница не пренесе на треће лице, у њеном односу остају иста она лица која су закључила и уговор о превозу.¹¹ Преносом, пошиљалац излази из односа по основу теретнице и на његово место ступа треће лице као стицалац теретнице. Посебно је важно истаћи да треће лице, радњом преноса – индосаментом, стиче права из теретнице оригинално, а не деривативно.¹² Оно своја права стиче независно од права која је преносилац имао по основу уговора о превозу, јер уговор о превозу на њега и није пренесен, него стиче само права по основу теретнице.¹³ Додуше, права из теретнице садржински прате права из уговора о превозу, али ако постоје одступања, стицалац теретнице ће имати само права из ње, а не и из уговора поводом кога је издата. Супротно је са товарним листом. Иако садржи врло сличне састојке као и теретница у погледу одређивања и представљања терета као предмета превоза, товарни лист одређује више уговор о превозу, него сам предмет превоза, те у том смислу не поседује самосталност (отуђивост) у односу на сам уговор.¹⁴

Постоје схватања да законити, трећи, стицалац теретнице не може да стекне више права него што је имао преносилац (а по основу уговора о превозу). Ако је, преносилац имао, на пример, неваљан правни основ на предмету превоза, онда савесни трећи стицалац теретнице неће стећи ваљан правни основ, иако је она пренесена индосаментом. Оваква схватања су посебно изражена у англосаксонском правном подручју у коме се теретница не изједначава у потпуности са меницом у погледу свих својстава хартије од вредности, него просто представља робу. У том смислу, онај ко нема ни посредна права на роби (државину), не може преносом учинити да их треће савесно лице има. Зато се сматра да је теретница у, пре свега, Енглеској приближнија по својствима товарном листу конти-

11 Штавише, одређени правни режими изричито и предвиђају да у односу између превозника и крцатеља, одредбе из уговора о превозу су јаче правне снаге у односу на оне из теретнице. Вид. *Handelsgesetzbuch* - HGB (доступно на: https://www.brennecke-partner.de/656-HGB_108589, 10.4.2018), пар. 656, ст. 4; CMNI (енг. *Budapest Convention on the Contract for the Carriage of Goods by Inland Waterways*), чл. 11.

12 Насупрот оваквом ставу, у Енглеској доцнији, законити, стицалац теретници има иста права поводом уговора о превозу „као да га је он, лично, и закључио“. Simon Baughen, *Shipping Law*, London, 2004, 43.

13 Превозилац се, дакле, не може позивати на права из уговора о превозу према савесном (законитом) имаоцу теретнице. Мирослав Павличић, „Поморска теретница – савремене тенденције развоја“, *Проблематика нових уговора у међународном транспортном праву* (ур. Милорад Јосиповић), Београд, 1996, 25.

14 Ана Кумпан, Јасенко Марин, „Teretni list u kopnenom, pomorskom i zračnom prijevozu“, *Poredbeno pomorsko pravo*, 163/2009, 61, 68.

неталног типа, него што је хартија од вредности.¹⁵ Због тога се чини да је теретница у том правном подручју ближа уговору о превозу, а што може да има даљу последицу на ништавост арбитражног споразума који би постојао само у теретници, а не и у уговору о превозу.

Са друге стране, у континенталном, па и у америчком праву, теретница се сматра хартијом од вредности у свом класичном поимању, па сходно томе и савесни стицалац теретнице може да стекне више права него преносилац (ако је потоњи имао правно неваљан основ на предмету превоза који теретница представља).¹⁶ Тиме се теретница у овим правним подручјима удаљава од уговора о превозу поводом кога је и издата, стварајући независтан однос њеног потоњег стицаоца и првобитног издаваоца. То даље може да има последицу и на пуноважност арбитражног споразума који је садржан у њој, али не и у уговору о превозу и обратно.

IV Позивање у теретници на уговор о превозу

С обзиром на јасно изражену разлику теретнице у односу на уговор о превозу која се испољава, пре свега, у самосталном положају њеног савесног имаоца према превозиоцу као издаваоцу, поставља се питања правног значаја који има позивајућа норма у теретници, а којом се упућује на одредбе уговора о превозу. Наиме, неретко се у привредној пракси дешава да се у теретницу уноси правило да ће се све одредбе уговора о превозу примењивати и на стицаоца теретнице који није, иницијално, ни закључио уговор о превозу поводом кога је теретница издата.¹⁷ Оваква норма може да има нарочито велики значај ако је у уговору о превозу садржана арбитражна клаузула, а у самој теретници је нема. Важност одговора на ово питање постаје израженије ако се схвати важност саме

15 У Енглеској се теретница, упркос томе што се означава као хартија од вредности, суштински не сматра хартијом од вредности што је посебно уочљиво приликом њеног преноса. Делује заводљиво и обмањујуће за континенталне правнике да купац права на роби стиче када је на њега пренесена теретница и да их је стекао, управо, због дејстава преноса теретнице као хартије од вредности, а што је нетачно. Купац и продавац, заправо имају слободу да у уговору одреде када ће права на роби да пређу на купца, па ако (што је, иначе, најчешће) одреде да ће се то догодити преносом теретнице, до преноса права на роби није дошло због чињенице индосирања теретнице, него због тога што је у самом уговору о продаји било предвиђено да ће у том тренутку доћи до преноса права. Дакле, уговорници су могли да предвиде и неки други (ранији или каснији) чин који ће за последицу имати пренос права на роби. Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, fourth edition, London, 2010, 981.

16 Časlav Pejović, „Documents of Title in Carriage of Goods by Sea under English Law“, *Poredbeno pomorsko pravo*, 158/2004, 48, 49.

17 Heiko A. Giermann, *Die Haftung des Verfrachters für Konnossementsangaben*, Hamburg, 2000, 63.

арбитражне клазуле, прецизније њена „моћ“, која се састоји у одређивању меродавног права и арбитражне (а не судске) надлежности.

Имајући у виду озбиљност последице коју би позивајућа норма у теретници могла да створи, годинама се трагало за мерилом које би послужило да се на известан начин установи да ли садржина уговора о превозу обавезује имаоца теретнице, ако у њој постоји правило да се све одредбе уговора о превозу протежу и на трећег, законитог, имаоца теретнице. Како би се овом проблему ближе пришло, проучаване су различите врсте позивајућих норми у теретници и дошло се до правно значајног разврставања у две групе – опште и изричите (конкретне). Опште позивајуће норме су оне путем којих се једном реченицом, на једноставан, прост начин установљава да ће се сва правила која постоје у уговору о превозу применити и на теретницу. За разлику од њих, изричитим (конкретним) позивајућим нормама се правила из уговора о превозу уносе у саму теретницу, чинећи, у ствари, након уношења, заправо правила из теретнице, а не из уговора, чиме се не угрожава схватање о теретници као једностраном правном акту превозиоца.¹⁸ Јасно је да потоња, изричита, врста позивајућих норми делује праведније, јер се њеним постојањем правни однос чини сасвим извесним, без потоњег, сувишног и непотребног тумачења када настане спор.¹⁹ Посебно је то уочљиво код арбитражних клазула које утичу не само на меродавно право, него пре свега на место где ће се спор решавати, а што није занемарљиво имајући у виду да је поморска трговина универзална категорија и није ограничена на простор једне државе (јурисдикције). Због тога је, свакако, препоручљиво да се садржина арбитражног споразума налази на самој теретници, јер се једино тако неспорно може тврдити да арбитражна клазула везује сваког будућег законитог имаоца теретнице из простог разлога што ју је он могао директно из садржине теретнице сазнати.²⁰

18 Иво Грабовац, „Одредбе уговора о пријевозу ствари морем као саставни дио теретнице“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, V/1967, 61.

19 Српски Закон о трговачком бродарству, такође, предвиђа да ће се правила из уговора о превозу а на која се теретница *изричито* позива сматрати неодвојивим делом теретнице и обавезивати овлашћеног имаоца теретнице који није крцатељ. Остаје само нејасно шта ће се сматрати *изричитим* позивањем – да ли само то да у теретници постоји општа одредба да ће се сва правила из уговора о превозу применити и на доцнијег имаоца теретнице или, пак, таксативно навођење правила из уговора о превозу а која ће имаоца теретнице обавезивати. У погледу арбитражне клазуле, делује, да би потоње решење било праведније, јер је извесније. Закон о трговачком бродарству – ЗТБ, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015, чл. 311.

20 Yvonne Baatz, „The Conflict of Laws“, *Maritime Law* (editor Yvonne Baatz), second edition, London, 2001, 5.

V Појам арбитражног споразума

Арбитражни споразум представља сагласност субјеката из одређеног правног односа да сваки спор који би из њега произашао реше пред арбитражом, а не пред судом где би се, у недостатку таквог споразума, иначе, решавао. Арбитражно решавање спорова у саобраћајном, а поготову у поморском праву, је прилично често из разлога што је ова грана права нужно најуједначенија, јер са собом незаобилазно носи елемент иностраности с обзиром особину делатности саобраћаја да у току само једног превоза најчешће долази у додир са неколико јурисдикција.²¹ Из тог разлога, не само што се тежило да се на међународном нивоу национална права што више приближе, него и да се самим субјектима који учествују у саобраћају омогући да на приступачнији и процедурално једноставнији начин решавају своје спорове пред арбитражом, уместо пред судом. У том смислу, арбитражни споразум се чини веома распрострањеним у поморском праву, а своје највеће присуство показује у уговору о превозу робе (те теретници издатој поводом њега).²² Насупрот томе, у одређеним областима арбитражно решавање спорова није дозвољено из разлога појачано изражених јавних интереса, а који се у поморском праву везују, пре свега, за статусна – стварна права на броду.²³

-
- 21 Glenn R. Bauer, „Maritime Arbitration in New York“, *International Business Lawyer*, 8/1980, 306.
- 22 Када се говори о распрострањености арбитражног споразума у поморском праву, мисли се на широк опсег односа у којима се он јавља. Мимо већ наведених уговора о превозу, те уговора о искоришћавању бродова на други начин (теглење, спасавање, заједничка хаварија итд.), арбитражни споразум се јавља и у радноправним споровима између бродарских компанија и помораца (укључујући у њих не само професионална лица која припадају посади брода, него и помоћна лица и остале запослене – посебно на туристичким бродовима, тзв. крузерима). Онолико колико се арбитражни начин решавања спорова у области уговорног искоришћавања бродова чини подесним, толико се он чини неподесним за решавање односа између бродарских компанија и осталих, обичних запослених, с обзиром да им најчешће не гарантује пуно остварење радних права, имајући у виду чињеницу да се арбитража уговара са местом које је знатно удаљено од сталног боравишта запосленог или конкретни брод туда ни близу не пролази (примера ради, постоје бродарске компаније из Европе које запошљавају помоћно особље из југоисточне Европе, а у уговорима о раду се предвиђа арбитражна клаузула која одређује арбитражу у Бермуди као надлежну за решавање евентуалног спорног односа. Јасно је да оваква клаузула има одвраћајуће дејство на упуштање у евентуални спор пред арбитражом, јер само пут дотле, обесправљеном раднику из југоисточне Европе обесмишљава задовољавајућу заштиту радног права). Уговор бр. 451424 бродарске компаније *Princess Cruise Lines, Ltd.*
- 23 С обзиром да се брод у правном смислу сматра непокретношћу, отуда долази и оправдање за схватање да поводом спорова из тих односа није могуће уговорити арбитражу, јер већ постоји искључива надлежност суда оне државе у чији уписник бродова је конкретни брод

У погледу дејства арбитражни споразум показује основну особину да предвиђа да ће се спор решавати пред арбитражом, а не пред судом. У том смислу, уочљиво је његово позитивно (арбитражно) и негативно дејство (вансудско решавање спора).²⁴ Но, да би арбитражни споразум, уопште, могао да испољи своје дејство, неопходно је да је пуноважан, односно да га је таквим оквалификовала конкретна арбитража пред којом се његово постојање и разматра. Поред арбитрабилности, те способности за његово закључење, као један од основних, али и највише дискутованих услова за пуноважност, јесте форма арбитражног споразума.

VI Формални услов за пуноважност арбитражног споразума у теретници

Формални услов пуноважности арбитражног споразума се састоји у томе да он мора да буде закључен у писаној форми. Као разлог обавезности форме се најчешће наводи да се путем арбитражног споразума искључује судско решавање спора као гарантовани и уобичајени начин решавања спорова, па се у том смислу позивање на арбитражно решавање спора треба учинити уочљивијим путем писмена у коме је договор о арбитражи садржан. Такође, олакшано доказивање оваквог избора решавања спора је, такође, један од разлога за његову писану форму.²⁵ Иако постоје и критике схватања о нужности форме арбитражног споразума, те захтеви за њено ублажавање, писана форма и даље остаје основа арбитраже, односно први знак сигурне воље страна у питању да су свој спор желеле да реше, управо, пред арбитражом.²⁶ Дакле, да би арбитражни споразум био пуноважан, неопходно је да буде у писаној форми и да је заиста споразум страна у питању. У том смислу, поставља се питање да ли постоји арбитражни споразум који је садржан у уговору о превозу, а на који се теретница позива, односно да ли су лица која су га закључила, овлашћена на његово закључивање и још важније, која су лица обухваћена њиме.

VII Арбитражна клаузула у теретници

Издвојено разматрање теретнице, те њеног односа, уопште повезаности са уговором о превозу, имало је за циљ да пружи основу за

уписан. О искључивој надлежности вид. Александар Јакшић, *Међународно грађанско процесно право*, Београд, 2016, 160. и даље.

24 Миодраг Трајковић, *Међународно арбитражно право*, Београд, 2000, 288.

25 Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Арбитража и ADR*, Београд, 2009, 47.

26 Јелена Перовић, „Пуноважност уговора о арбитражи“, *Међународна привредна арбитража – стања и перспективе* (уредник Мирко Васиљевић, Београд, 1997, 134.

закључак да ли је арбитражни споразум из теретнице (или онај из уговора, а на који се теретница позива) једнако обавезујући за сва лица која су приликом њеног преноса постали законити имаоци. У погледу форме, ако је арбитражни споразум саставни део уговора о превозу, а у теретници постоји позивајућа норма на тај уговор чини се да не постоји препрека да се арбитражни споразум сматра обавезујућим за бродара и првог имаоца теретнице. Наиме, иако теретница представља једностранни правни акт бродара, те у том смислу, уско посматрано, само његову вољу, ипак се не би могао да одрекне пристанак на арбитражну клаузулу (и уопште на сву осталу садржину теретнице) њеног првог имаоца. Основни разлог за овакво схватање се састоји у томе да је први ималац теретнице (крцатељ, пошиљалац) имао пред собом садржину теретнице пре него што ју је бродар издао, обавезавши се радњом издавања. Своју вољу да се обавезе по теретници бродар је демонстрирао њеним потписивањем (и следствено томе предајом крцатељу), али је то учинио тек након што ју је фактички крцатељ попунио (у смислу робе која је предмет превоза).²⁷ Чињеница да крцатељ није сам унео клаузулу о арбитражи (као што је то учинио са подацима везаним за предмет превоза), не одузима на значају изнесеној тврдњи, јер је крцатељ већ био упознат са целокупном садржином теретнице пре него што је она, у правном смислу, издата. Зато се у

27 ЗТБ, чл. 306, ст. 3. Теретницу у име бродара потписује заповедник брода који има улогу пуномоћника по запослењу. Обим овлашћења заповедника брода је, свакако, ограничен, његовим радњама везаним за пловидбу брода и предмет превоза. Но, да ли је заповедник овлашћен и да закључи арбитражни споразум, односно споразум о избраном суду? Чини се да нема препрека да пословни пуномоћник такав споразум закључи, али да такав споразум, ипак, излази из круга послова заповедника брода. Уопште, пуномоћници по запослењу најчешће имају овлашћење да склапају и извршавају оне послове који се уско везани за њихово радно место. У том смислу, заповедник је само представник бродара на броду за време пловидбе, а арбитражни поступак би се, у случају да спор настане, свакако водио на копну, дакле, изван брода, где заступничка овлашћења заповедника престају. Међутим, када се ради у позивајућој одредби у теретници, у којој се одређује да ће се правила из уговора о превозу примењивати и на имаоца теретнице, а међу којима је и арбитражни споразум, делује да заповедник брода такав споразум није ни закључио (него бродар). То произлази из чињенице да заповедник потписује само теретницу која се позива на неку одредбу уговора о превозу (конкретно арбитражну клаузулу), а који он није закључио, па се стога ни не доводи у питање његово право да га закључи. Са друге стране, делује да заповеднику не би требало ускратити право да самостално закључи арбитражни споразум, мимо садржине уговора га уносећи у теретницу, с обзиром да би таква, евентуална, арбитража расправљала само спор који произађе из превоза робе, а поводом те чинидбе (превоза), заповедник неспорно има улогу бродаревог пуномоћника по запослењу. Јакша Барбић, „Zapovjednik broda – punomoćnik brodara po zaposlenju“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1-2/2008, 30; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, седмо издање, Београд, 2012, 107.

немачкој правној терминологији јасно и разликују радња попуне теретнице и радња њеног издавања.²⁸ Зато, иако на теретници постоји само један потпис, потпис њеног издаваоца, бродара, којим потврђује своју радњу издавања, не одриче овој исправи захтевану писану форму у погледу арбитражног споразума, јер је јасно да су поводом ње изражене воље обе стране из уговора о превозу.

Овакво схватање је, уопште, у савременом арбитражном праву прихваћено тако што је ублажена строгост форме арбитражног споразума у смислу да ће се сматрати да је испуњена писана форма и ако се у писаном уговору странке позову на друго писмено у коме је арбитражни споразум садржан.²⁹ Међутим, дословно, језички тумачено произлази да се такво позивање у теретници на уговор о превозу у погледу арбитражне клаузуле не би сматрало ваљаним у смислу пуноважности, јер је предвиђено да се уговор (као двострани акт) позива на писмено, а не и теретница као једнострани акт. Дакле, по правилу Модел закона и српског Закона о арбитражи, форма арбитражног споразума би постојала само ако би он, као такав, постојао, у теретници, а уговор о превозу (који су обе стране потписале) се позива на њу, али не и обрнуто, ако би он (споразум) постојао у уговору о превозу, а у теретници се само позива на њега. Ако би се овакво правило о ублаженој форми сматрало изузетком, произлази да га треба тумачити уско, односно сматрати да услов писане форме није испуњен ако је арбитражни споразум садржан у уговору о превозу, а теретница се на њега позива. Међутим, има оправдања сматрати и супротно, а посебно зато што је предвиђено правило да ће се сматрати садржином теретнице и читава садржина уговора о превозу, ако у теретници постоји изричито правило о позивању на уговор.³⁰ Како је већ однос теретнице и уговора разматран, може се закључити да би неспорно прихватљиво било ако би се у самој теретници поновила арбитражна клаузула из уговора о превозу. Но, чини се једнако прихватљивим и изричито позивање у теретници на уговор о превозу, с обзиром да су и једно и друго имају за предмет истоветну чинидбу која се тиче превоза, па у том смислу, истоветна врста спора може из оба и да произађе. Једи-

28 Нем. *ausfüllen, austehen*.

29 Закон о арбитражи – ЗА, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 12, ст. 4. Овакво правило је, заправо, преузето из Модела закона о међународној трговачкој арбитражи – МЗ, донесеног под окриљем UNCITRAL-а 1985. године, са ревизијом 2006. године. Вид. МЗ, чл. 7, ст. 6. МЗ доступан на адреси: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf, 9.4.2018.

30 ЗТБ, чл. 311.

но што би могло да буде спорно јесте да ли ће увек арбитри у оваквим случајевима прихватати пуноважност арбитражног споразума, јер је за то неопходно, ипак, познавање ширег контекста и везе поморског и арбитражног права. Делује да би овакав арбитражни споразум увек требало да буде прихваћен као пуноважан, јер се до његове пуноважности долази, ако не у првом кораку, онда извесно увек у другом. Први корак указује на језичко тумачење из посебног арбитражног закона, а други на циљно и систематско, тумачењем поморског закона у коме је предвиђено да је уговор о превозу неодвојиви део теретнице када се она на њега позива. Овакво размишљање арбитра о установљавању пуноважности арбитражног споразума се чини смисленим посебно јер су и арбитражно и поморском право у овом делу прилично уједначени како на државном, тако и на међународном нивоу.³¹ Због тога се и очекује да арбитри сазнају садржинску *lex specialis*-а у коме је предвиђена садржинска истоветност уговора о превозу и теретнице. Управо је и циљ арбитраже, уопште, да лица која су верзирана, упућена у одређену правну област, не само брже, него и стручније расправе спор који је изнесен пред њих.³²

VIII Обавезност арбитражног споразума према законитом (трећем) имаоцу теретнице

С обзиром да теретница путем преноса на треће лице показује у пуној мери својство апстрактности, тј. чини положај трећег законитог имаоца потпуно самосталним у односу на уговор о превозу (одговорност на основу написаног у теретници – *ex scriptura*), поставља се питање да ли арбитражна клаузула која је садржана у уговору (о превозу) обавезује и доцнијег стицаоца теретнице. Како сама теретница има свој основ (каузу) у, временски раније закљученом, уговору о превозу, тако и сама чинидба која се дугује из теретнице, представља суштински исту ону и из уговора о превозу – обавезу чувања, превоза и предаје ствари.

Но, упркос том, условно реченом, садржинском идентитету, за обавезност арбитражног споразума из уговора о превозу на имаоца теретнице је важно, пре свега, да ли се теретница позива на уговор или не. Чини се неспорним, да арбитражна клаузула не би требала да буде обавезујућа за трећег, законитог имаоца теретнице, ако у њој не постоји

31 Упор. МЗ, лк. 7, ст. 6 и Хамбуршка правила (енг. *United Nation Convention on the Carriage of Goods by Sea*, доступно на адреси: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/hamburg/XI_d_3_e.pdf, 10.4.2018.), чл. 2, ст. 3.

32 Г. Кнежевић, В. Павић, 20.

позивање на уговор у коме је и садржана арбитражна клаузула. С обзиром на нужност писане форме арбитражног споразума (која је, делује, све више у смеру битне (*ad solemnitatem*), а не само доказне (*ad probationem*)),³³ а која између осталог треба да буде потврда присутности и будућности (трезвености, појачане пажње) уговорника при закључењу уговора, јасно је да њој није удовољено када треће лице стекло теретницу, а у њој нема позивајуће одредбе на уговор. Такав трећи, савесни, законити ималац није био ни „присутан, ни будан“ приликом закључивања уговора о превозу (те тиме и арбитражне клаузуле), а најчешће није ни имао прилику да се доцније упозна са уговором и арбитражном клаузулом.³⁴ Због тога, оправдано је сматрати да таква арбитражна клаузула не би требала да обавезује потоњег законитог имаоца теретнице.

Са друге стране, ако у самој теретници постоји позивајућа одредба на уговор о превозу (у коме је садржана арбитражна клаузула), онда постоји могућност да се арбитражна клаузула примени и на трећег, законитог имаоца теретнице. Међутим, то зависи и од начина „позивања“. Ако је оно опште, чини се да нема места проширеном дејству арбитражног споразума и на трећег,³⁵ а ако је оно изричито, посебно, онда би се могло размишљати о њеној обавезности.³⁶ Изричито позивање у теретници на арбитражни споразум из уговора о превозу чини извесним правни положај потоњем имаоцу теретнице.³⁷ Простим увидом (читањем) у теретницу, сваком имаоцу је јасно да ће се, евентуални, спор поводом односа из ње расправљати пред арбитражом. Додуше, и даље се може приговарати да се, упркос таквој упућујућој одредби, ималац теретнице није могао до краја да упозна

33 Ј. Перовић,

34 Arjya B. Majudmar, „Incorporation by reference in maritime arbitration“, *Transportation Law Journal*, 91/2013, 20.

35 Abdelhak Attalah, „Incorporation of Arbitration Clause by Reference into Bill of Lading: Dubai’s “Onshore & Offshore” Perspectives“, *UAE Specialized Maritime Magazine*, 6/2014, 4. Сматра се да се општим позивањем, заправо, у теретницу инкорпорирају само одредбе уговора које су уско везане за чинилбу превоза, а не и остале одредбе које су у даљој вези са превозом, попут начина решавања спорова који би произашли из њега. А. В. Majudmar, 20.

36 Како је, већ, наведено опште позивање је оно према коме је у теретници предвиђено само да ће се све одредбе уговора о превозу примењивати и на правни однос у који ступа ималац теретнице, док је посебни, изричитим позивањем то учињено на конкретан начин, наводећи тачно појединости уговора.

37 Као пример за овакву врсту теретнице са изричитим позивањем, између осталог, на арбитражну клаузулу представља тзв. CONGENBILL креирана под окриљем BIMCO организације. У њој се, већ у првом члану тзв. У слова превоза на њеној полеђини налази клаузула којом се позива изричито (и) на арбитражну клаузулу у уговору о превозу. Узорак ове теретнице је доступан на адреси: http://shipsforsale.su/en/pro_forma_documents/bills_of_lading/dry_cargo/172/, 11.4.2018.

са садржином арбитражне клаузуле (уопште уговора о превозу), јер он зна само за њено постојање, али не и за садржину.³⁸ Уговор о превозу му је и даље недоступан, с обзиром да њега није ни закључио, нити је, сходно томе, уговорник. Из тог разлога се најизвеснијим чини потпуно инкорпорирање арбитражне клаузуле из уговора у теретницу а које би се састојало у томе да се арбитражни споразум укратко, али у битноме, у целости опише на полеђини теретнице. То би, пре свега, обухватало место и врсту (институционална или *ad hoc*) арбитраже. Оваква арбитражна клаузула би, несумњиво, задовољила и услов писане форме, али и услов сагласности свих потоњих ималаца теретнице, јер би они пре него што би је уопште примили, имали прилику да сазнају њену садржину коју би, *de facto*, пријемом теретнице, прихватили. На тај начин би била уочљива и аутономност арбитражног споразума, јер би и фактички био одвојен од осталих одредаба уговора о превозу на које се теретница позива, па би се, сходно томе, одвојено могао и да тумачи и примењује.

IX Закључак

Имајући у виду однос теретнице и уговора о превозу поводом кога је она издата, може се закључити да уговор о превозу чини интегрални део теретнице само под условом да се теретница на њега позива. При томе, различито је дејство уопштеног, са једне стране, и конкретизованог позивања са друге стране. Што се тиче услова превоза из уговора и, уопште, чинидбе везане за робу, чини се да је довољно уопштено позивање у теретници на уговор да би се сматрало да они у том погледу чине јединство. Међутим, у погледу арбитражне клаузуле, делује да уопштавајуће позивање није довољно да би се уговор (у коме постоји арбитражни споразум) и теретница сматрала да имају јединствени садржај. Због услова форме арбитражног споразума, закључује се да је неопходно да у теретници постоји одредба путем које се на изричит начин инкорпоришу правила из уговора о превозу. Штавише, чини се да у погледу потоњег законитог имаоца теретнице (који није крцатељ и није учествовао у закључењу уговора) ни овакво, изричито позивање није довољно, јер му правни положај не чини извесним.

Он, наиме, не зна (а питање је може ли и да зна) да ли је и какав је арбитражни споразум закључен у оквиру основног уговора о превозу.

38 То може створити непријатно изненађење имаоцу теретнице, јер он не зна пред којом арбитражом и по којим правилима ће се спор решавати, већ зна само да се спор неће решавати пред судом као, иначе, очекиваним начином решавања.

Потоњи ималац теретнице у таквом случају има само теретницу на којој постоји позивајућа одредба на уговор о превозу, али не и сам уговор о превозу, односно његову садржину. Због тога, за њега је неизвесно да ли је у оквиру таквог уговора садржана и арбитражна клаузула, а најчешће он то и не може да сазна, јер он као лице које није закључило уговор нема приступ уговору између крцатеља и превозиоца. Да би се оваква правно несигурна ситуација избегла, предлаже се, а што поједине теретнице, већ, и садрже, да се приликом позивања у уговор наведе да се, дејство конкретног позивања састоји, између осталог, и у томе што ће се сматрати да арбитражна клаузула из уговора о превозу представља интегрални, неодвојиви део теретнице. Но, чини се да се о оваква, сада делимично постојећа пословна пракса може унапредити, тако што би се приликом укључивања арбитражне клаузуле у теретницу, наводило не само њено постојање, него и садржина што је, заправо, од кључног значаја за имаоца теретнице, јер из тога извесно може да сазна пред којом арбитражом и у ком месту ће се евентуални спор расправљати.

Дакле, као коначно и најсигурније решење би требало предложити да свака теретница у себи садржи тачно описану арбитражну клаузулу чиме ће се правни положај трећег стицаоца теретнице учинити потпуно извесним. Тада ће он поводом ње (а приликом преноса теретнице) моћи да изрази и своју правоваљану вољу, с обзиром да му је простим увидом у теретницу омогућено да тачно сазна садржину арбитражне клаузуле те да се поводом ње и одреди, тј. да ли је прихвата или не, а самтраће се да је прихвата и ако теретницу као такву (у целости) прихвати.

Svetislav Đ. JANKOVIĆ, PhD,
Teaching Assistant at University of Belgrade, Faculty of Law

VALIDITY OF THE ARBITRATION AGREEMENT IN BILL OF LADING

Summary

In this article, the author considers validity of arbitration agreement in bill of lading, taking into account that arbitral clause is, actually, contained in contract of carriage. It is assumed that contract of carriage has become integral part of bill of lading, by only printing standard terms and conditions of it on the reverse of bill of lading. That is so regarding the relation between carrier and consignor (shipper, or even consignee), but in the occasion when bill of lading is transferred to the third person who was not initially in contract of carriage, the problems may occur. Indorsee of a bill of lading (as a holder in due course) has not derived his rights from contract of carriage, neither from legal position of its indorser (predecessor) or consignor, but only from bill of lading as documented obligation of carrier. Because of that it's questionable does arbitral clause from contract of carriage may have obligatory effect to indorsee of bill of lading. It is concluded it is possible only when arbitral clause is expressly contained in bill of lading with regard to contract of carriage. To be obligatory for indorsee, it is necessary that arbitral clause would be completely (its content) printed in bill of lading or at least type and place of arbitration.

In the first part of article, author analyzes the legal notion and function of bill of lading and its relation to contract of carriage. Afterwards, it is considered arbitration agreement and conditions for its validity, generally and in relationship with contract of carriage and bill of lading. In that part, author tries to highlight problem of legal position of indorsee who is not initially contractor and accordingly has not accepted the arbitral clause. Finally, in the concluding remarks author proposes legally certain solution which consist in request that arbitral clause would be completely contained in bill of lading.

Keywords: *Bill of Lading, Contract of carriage, Arbitration agreement, Holder in due course, Indorsee.*