

MIRJANA GLINTIĆ

## OGRANIČENJA IZBORA NAČELA UGOVORNOG PRAVA REOSIGURANJA KAO MERODAVNOG PRAVA

*Međunarodni karakter ugovora o reosiguranju, njihova podnormiranost u nacionalnim zakonodavstvima i značaj običajnog prava u ovoj oblasti inspirisali su akademsku zajednicu da u saradnji sa UNIDROIT pokrene projekat izrade Načela ugovornog prava reosiguranja – Principles of Reinsurance Contract Law. U ovom trenutku PRICL se nalaze u formi nacрта, a okončanje projekta je predviđeno za 2020. godinu.*

*Kako i srpsko zakonodavstvo ne sadrži detaljne odredbe o ugovoru o reosiguranju, autor je stava da je bliže predstavljanje ovog opt – in instrumenta nužno, a naročito kada se uzme u obzir da su PRICL koncipirani kao pravo koje će biti primenjivo ne samo na međunarodne ugovore, već i na ugovore o reosiguranju bez elementa inostranosti. Ključno pitanje na koje rad pruža odgovor jeste pitanje mogućnosti izbora PRICL kao merodavnog prava usled ograničenja koja pravila međunarodnog privatnog prava postavljaju pred jedno nedržavno pravo.*

*Ključne reči: reosiguranje, nedržavno pravo, međunarodno privatno pravo, arbitražna klauzula, lex mercatoria*

### U V O D

U većini pravnih sistema, uključujući i srpski, ugovor o reosiguranju predstavlja nedovoljno istraženu i regulisanu oblast. Često jedini put kada se ovi ugovori pominju u zakonskim tekstovima bude u normama zakona posvećenih ugovorima o osiguranju, u kojima se navodi da se odredbe konkretnog zakona neće

---

Dr Mirjana Glintić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

primenjivati na ugovore o reosiguranju.<sup>1</sup> Ipak, značaj ovog ugovora za funkcionisanje tržišta osiguranja zahteva detaljnije regulisanje.<sup>2</sup>

Svakako da postoje određeni, nacionalni, propisi koji regulišu ugovore o reosiguranju, tako što određuju uslove za validnost ugovora, da li je zaključen u odgovarajućoj formi i sl.<sup>3</sup> Regulativu ugovornog prava reosiguranja karakteriše i veliki značaj običaja, koji su tokom vremena uspostavljeni u poslovnim odnosima i po čijim pravilima se većina transakcija i obavlja.<sup>4</sup> To je posledica velikog stepena autonomije volja u ovoj oblasti prava, zasnovanoj na jednakoj ekonomskoj snazi ugovornih strana. Zato se za ugovore o reosiguranju kaže da se kod njih ugovorne strane sporazumeju oko osnovnih stvari na početku, a o detaljima kasnije. Ipak, nacionalna prava su ta koja daju odgovor na pitanje da li se i u kojoj meri moraju razmatrati običaji prava reosiguranja.<sup>5</sup>

Pritom, i da većina pravnih sistema prihvati da postoji određeni običaj, to ne znači da će on biti ujednačeno tumačen i potpuno nezavisno od nacionalne pravne tradicije. Radi se o tome da se sporovi oko ugovora o reosiguranju uglavnom završavaju tzv. "džentlmenkim sporazumom"<sup>6</sup>, bez učešća sudija, koje ove

<sup>1</sup> U Engleskoj se Zakon o osiguranju iz 2015. godine i Zakon o pomorskom osiguranju primenjuju i na direktno osiguranje i na reosiguranje, što je izuzetak. Situacija je drugačija u zemljama kontinentalnog pravnog sistema, gde je regulisanje ugovora o reosiguranju eksplicitno stavljeno izvan polja primene zakona posvećenih ugovornom pravu osiguranja: § 209 nemačkog *Versicherungsvertragsgesetz*, *BGBL. I S.* 2631, Article L111-1 francuskog *Code des assurances*, *Décret no 76-667 du 16 juillet 1976*, § 101(1)(1) švajcarskog *Versicherungsvertragsgesetz*, 221.229.1

<sup>2</sup> Zahvaljujući ovom ugovoru, obezbeđuje se solventnost osiguravača i uopšte njegova sposobnost da ispuni svoje obaveze prema osiguraniku. Iz toga proizilaze dalje karakteristike ugovora o reosiguranju, koji se oslanja na ugovor o osiguranju. Tako reosiguravač ne može pružati šire pokriće od onog koje pruža osiguravač, odnose se na isti rizik i imaju istu kauzu. V. Nataša Petrović Tomić, "Reosiguranje – suština, domašaj, značaj", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Beograd, 2015, str. 79–80. Takođe, Colin Edelman, *The Law of Reinsurance*, Oxford University Press, Oxford, 2005, par. 1.06.

<sup>3</sup> V. Klaus Gerathewohl, *Reinsurance: Principles and Practice*, Karlsruhe, 1982, str. 489.

<sup>4</sup> Franc Turgné, *L'arbitrage en matière d'Assurance et de Réassurance*, Paris, 2007, str. 379-380. Takođe, Robert Jerry, *Understanding Insurance Law*, New York 2002, str. 1059.

<sup>5</sup> Jedan od autora PRICL, profesor Heis, navodi primer klauzule "follow – the – settlement" i različite načine njenog tumačenja u različitim pravnim sistemima, što vodi različitom tumačenju obaveze reosiguravača da poštuje i postupa u skladu sa poravnanjem svog reosiguranika. Reč je o klauzuli čiji osnov nastanka je običajno pravo reosiguranja. V. K. Gerathewohl, nav. delo, str. 473, Rolf Nebel, "Internationale Rückversicherungsverträge aus der Perspektive des schweizerischen Rechts", *Schweizerische Versicherungszeitschrift*, vol. 60, 1998, str. 60.

<sup>6</sup> Sumitomo Marine Fire Insurance Co., Ltd. – U. S. Branch v. Cologne Reinsurance Company of America et al., and Buffalo Reinsurance Company et al., 75 NY2d 295 (NY Ct App 1990).

ugovore često posmatraju kao ugovore sastavljene na brzinu bez adekvatne pravne pomoći.<sup>7</sup> To su možda neki od razloga što su sudske odluke i mišljenja o ugovorima o reosiguranju često međusobno različite.<sup>8</sup> Ne treba ispusti iz vida ni razlike koje postoje između dva najveća pravna sistema u pogledu načina tumačenja ugovora, uobičajne terminologije i ovlašćenja sudija u vezi sa tim.<sup>9</sup>

Takođe, donošenje Solvency II apostrofiralo je potrebu za regulisanjem i ugovora o reosiguranju, jer je strategija direktnog osiguravača u vezi sa reosiguranjem sada predmet kvantitativnog i kvalitativnog regulisanja. To dalje podvlači obavezu nadzornih organa da moraju imati sve informacije o sadržini ugovora o reosiguranju, što bi trebalo da bude detaljno regulisano zakonskim ili podzakonskim aktima. Neposedovanje detaljnih informacija o pokriću predstavlja ozbiljan rizik u skladu sa Solvency II, što može imati implikacije na zahteve koje nadzorni organ postavlja direktno osiguravaču u vezi sa njegovim kapitalom.<sup>10</sup>

Potom, ugovori o reosiguranju često podrazumevaju element inostranosti, jer reosiguravači iz razvijenih zemalja imaju mogućnosti da preuzmu višak rizika od osiguravača iz manje razvijenih zemalja. Iako najrasprostranjeniji vid ugovora o reosiguranju, međunarodna reosiguranja nalaze se u potpunosti van fokusa zakonodavaca. Jasno je da nastaju brojni sporovi, počev od toga kako tumačiti zaključeni ugovor, pa nadalje. Naime, međunarodni trgovački ugovori su uglavnom zasnovani na modelu ugovora bliskog anglosaksonskom pravu, koji prepušta ugovornim stranama da regulišu svoje interese u ugovoru, nezavisno od primenjivog merodavnog prava. Opet, s druge strane, na ove ugovore se mogu primenjivati zakoni evrokontinentalnog pravnog sistema, a sastavljace će ih i pravnici obrazovani na osnovama istog tog pravnog sistema. To znači da će ugovore i njihovu

---

<sup>7</sup> Sumitomo Marine Fire Insurance Co., Ltd. – U. S. Branch v. Cologne Reinsurance Company of America et al., and Buffalo Reinsurance Company et al., 75 NY2d 295 (NY Ct App 1990).

<sup>8</sup> U anglosaksonskom pravnom sistemu, iako postoji značajan broj precedenata o ugovornom pravu reosiguranja, za njih ne može reći da su uniformni. Sa druge strane, u kontinentalnom pravu postoje arbitražne odluke o ugovorima o reosiguranju, ali one uglavnom nisu dostupne javnosti. V. Jeffrey Stempel, "Notes from a Quiet Corner: User Concerns about Reinsurance Arbitration and Attendant Lessons for Selection of Dispute Resolution Forums and Methods", *Arbitration Law Review*, no. 9, 2017, str. 25. Takođe, William Hoffman, "On the Use and Abuse of Custom and Usage in Reinsurance Contracts", *Tort & Insurance Law Journal*, 1997, str. 75.

<sup>9</sup> V. Guiditta Cordero Moss, "International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-State Law to be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith", *Global Jurist*, 2007, str. 3 – 13.

<sup>10</sup> Manfred Wandt, Jens Gal, "Solvency II Unexpected Indirect Regulation of the Reinsurance Contract, The Creation of PRICL as a Means to Safeguard a Centuries-Old Tradition of Self-Regulation", *ICIR Annual Report*, 2016-2017, str. 2.

svrhu posmatrati na drugačiji način od modela na kom je ugovor zasnovan. Iako će se možda ti sporovi rešavati pred arbitrima, a ne pred sudijama kao delovima nekog nacionalnog pravnog sistema, time se ne eliminišu svi potencijalni problemi, jer, iako su fleksibilniji od sudija, i arbitri moraju da primene zakone na precizan način.<sup>11</sup>

Uz sve kontradiktornosti sa kojima se suočava jedan ugovor o reosiguranju, javlja se i pitanje koje je pravo merodavno. Rešavanju tih izazova pravnici mogu pristupiti na dva načina: putem pravila o sukobu zakona, ali i putem usvajanja unifikovanih pravnih pravila dobijenih uporednopravnom analizom različitih pravnih sistema. Iako zakonodavne vlasti ponekad ne gledaju blagonaklono na odricanje od dela svojih ovlašćenja, sve više raste značaj unifikovanih pravila u formi mekog prava.<sup>12</sup>

Iz svih napred predstavljenih razloga, a prvenstveno značaja običajnog prava za ugovore o reosiguranju,<sup>13</sup> i u ovoj oblasti je došlo do rada na unifikaciji pravila. Da je ovaj korak bio nužan i neminovan, svedoče i brojni raniji pokušaji uspostavljanja pravila o reosiguranju širom sveta.<sup>14</sup>

Grupa profesora sa fakulteta u Cirihu, Beču i Frankfurtu pokrenula je projekat izrade Principa ugovornog prava reosiguranja (u daljem tekstu, PRICL), sa ciljem objavljivanja i objašnjavanja običaja i već postojećih principa ugovornog prava reosiguranja. Osnovna ideja je njihovo pretvaranje u *opt-in* instrument, koji stranke mogu izabrati kao merodavan za svoj ugovor. Samo neki od očekivanih ciljeva jesu uspostavljanje globalnih standarda u ovoj oblasti prava, nuđenje rešenja za sve vrste sporazuma o reosiguranju ili pojedinačna pravila za posebne vrste ugovora o reosiguranju, ali i ujednačene terminologije koja bi dalje olakšala tumačenje međunarodnih ugovora o reosiguranju.

<sup>11</sup> G. Cordero Moss, nav. delo, str. 38. Mirjana Glintić, "Neophodnost utvrđivanja nacionalne pripadnosti arbitražne odluke", *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Budva, 2012, str. 247–257.

<sup>12</sup> Tako i John Goldring, "Unification and Harmonisation of the Rules of Law", *Federal Law Review*, 1978, str. 284.

<sup>13</sup> U nekim oblastima prava do unifikacije pravila je došlo usled njihovog razvoja iz običajnog prava. Tako su pravila pomorskog prava u većini zemalja slična, jer su ih ustanovili trgovci i pomorci koji su putovali od zemlje do zemlje i sa sobom donosili ta pravila. V. Clive Macmillan Schmitthoff, *The Sources of the Law of the International Trade with Special Reference to East-West Trade*, (ed. Clive Macmillan Schmitthoff), Göteborg, 1964.

<sup>14</sup> O tome svedoče naponi različitih grupa stručnjaka po celom svetu da sastave različite kodekse pravila o ugovoru o reosiguranju. Tako je nastao Code of Practice u London, dok grupe u SAD (Broker & Reinsurance Markets Association) i Singapuru (Contract Certainty Working Group) rade na sličnim nacrtima.

## OSNOVNE KARAKTERISTIKE PRICL-a

Rad na izradi Načela ugovornog prava reosiguranja započeo je 2016. godine.<sup>15</sup> Inicijativa za nastanak PRICL bila je inspirisana projektnom grupom *Restatement of Europe Insurance Contract Law*, koja je dovela i do nastanka Načela ugovornog prava osiguranja, PEICL.<sup>16</sup> Međutim, za razliku PEICL čija je primena ograničena na prostor unutrašnjeg tržišta, PRICL se smatraju podobnim da se primene i na ugovore o reosiguranju bez elementa inostranosti.<sup>17</sup>

Osnovna ideja projekta je bila formulisanje restatementa postojećeg globalnog ugovornog prava reosiguranja, sadržanog uglavnom u međunarodnim običajima, a vrlo retko i u zakonskim tekstovima.<sup>18</sup> Tokom izrade PRICL kao najvažnije iskristalislalo se pitanje njihove forme. Kako osnovnu svrhu Principa predstavlja popunjavanje praznina u slučaju da neko pitanje ugovorne strane nisu regulisale svojim ugovorom o reosiguranju, PRICL su dobili neobavezujući karakter.<sup>19</sup> Naime, ne postoji nikakav javni interes u vezi sa ugovorom o reosiguranju koji bi zahtevao propisivanje imperativnih normi, a naročito kada se uzme u obzir da su ugovorne strane jednake ekonomske snage i pravnog znanja. Takođe, davanjem PRICL neobavezujuće forme, izbegavaju se bilo kakve obaveze nacionalnih zakonodavaca. To bi bilo nužno ako bi PRICL bio u formi npr. Model zakona, koji zahteva implementaciju u nacionalne pravne sisteme.

U skladu sa neobavezujućim karakterom PRICL, članom 1.1.3. je predviđeno da ugovorne strane mogu isključiti primenu neke od odredbi PRICL ili izmeniti njihov efekat. Ipak, određenim normama sadržanim u PRICL morao bi se priznati imperativni karakter, od kog ugovorne strane ne bi mogle da odstupe

---

<sup>15</sup> Detaljnije o organima i načinu rada grupe za izradu PRICL, V. Helmut Heiss, "From Contract Certainty to Legal Certainty for Reinsurance Transactions: The Principles of Reinsurance Contract Law (PRICL)", *Scandinavian Studies in Law*, 2018, str. 101.

<sup>16</sup> Stefan Vogenauer, Stephen Weatherill, *The Harmonisation of European Contract Law- Implications for European Private Laws*, Hart Publications, Oxford, 2006, str. 31. Jürgen Basedow, "Die Gesetzgebung zum Versicherungsvertrag zwischen europäischer Integration und Verbraucherschutzpolitik", *Versicherungsrecht in Europa- Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts* (Hrsg. Fritz Reichert- Facilides, Anton Schnyder), Basel, 2000, str. 13.

<sup>17</sup> Petr Dobiaš, "Group Insurance and Reinsurance Business in the Legal Relations with an International Element", *International and Comparative Law Review*, no. 2, 2016, str. 217.

<sup>18</sup> Detaljnije o projektu, V. <https://www.ius.uzh.ch/de/research/projects/pricl.html>, 31.08.2019.

<sup>19</sup> Kao što u uvodnom delu PICC stoji: "Naponi ka međunarodnoj unifikaciji prava su suštinski u formi obavezujućih instrumenata, kao što su nadnacionalno pravo, međunarodne konvencije ili model zakoni. S obzirom da ovi instrumenti često rizikuju da budu mrtvo slovo na papiru i fragmentisani, apeluje se sve glasnije da se izvrši preusmeravanje na nezakonodavne metode unifikacije i harmonizacije prava."

kada ugovore njihovu primenu. Misli se, u prvom redu, na primenu pravila o zahtevanoj najvećoj savesnosti i poverenju od ugovornih strana (*uberrimae fidei*), predviđenu u članu 2.1.2. U smislu člana 1.1.3, ugovorne strane mogu izmeniti pojedini aspekt ove obaveze tako što će izmeniti pojedinačnu obavezu koja proističe iz primene pravila o *uberrimae fidei*.<sup>20</sup>

Do primene PRICL na ugovor o reosiguranju može doći samo onda kada ga ugovorne strane izaberu, ali i kada ga eksplicitno ne izaberu, o čemu će naknadno biti reči. Kako bi olakšali implementaciju PRICL, radna grupa je sastavila i model klauzulu o izboru prava, koja glasi: "Ovaj ugovor će biti regulisan Principima ugovornog prava reosiguranja (2019)." Ugovornim stranama suštinski stoji na raspolaganju dve opcije ako žele da na svoj ugovor o reosiguranju primene PRICL. Prva opcija je izbor PRICL kao merodavnog prava za ugovor, a druga opcija je unošenje odredbi PRICL u sam ugovor o reosiguranju. Po pravilu, do primene druge opcije će doći onda kada ne postoji mogućnost primene prve opcije, što će biti posebno objašnjeno.

PRICL se sastoji od šest poglavlja (Opšte odredbe, Obaveze reosiguranika i reosiguravača, Obaveze tokom postupka, Pravni lekovi, Podela gubitka, Spajanje gubitaka). U cilju boljeg razumevanja izabranih normi PRICL, u tekst su integrisani i komentari, ilustracije i primeri. Kao posebno značajno dostignuće PRICL ističe se regulisanje obaveza ugovornih strana, ali i posledica njihovih povreda. Naime, autori PRICL su nastojali da uvedu proporcionalni sistem sankcija, u zavisnosti od stepena povrede ugovorne obaveze. Do sada je uglavnom važio princip "sve ili ništa", koji je često odvlačio arbitre od toga da uopšte konstatuju povredu ugovora, jer bi to, po nekim pravnim sistemima, značilo poništaj celog ugovora.<sup>21</sup>

#### ODNOS PRICL SA NAČELIMA UNIDROIT MEĐUNARODNIH TRGOVAČKIH UGOVORA

Razlog za različito tumačenje jednog istog ugovora o reosiguranju od strane različitih sudova i arbitražnih tribunala se može naći ne samo u različitim propisima i običajima ugovornog prava reosiguranja, već i u različitom poimanju opšteg dela ugovornog prava. Iz tog razloga je bilo nužno da se materija PRICL ne ograniči samo na ugovore o reosiguranju. U suprotnom, ne bi se ispunili svi zahtevi koje pred PRICL stavlja sektor reosiguranja. Potreba za određenim pravilima iz opšteg dela ugovornog prava u ovim Načelima je regulisana pozivanjem na primenu UNIDROIT Načela međunarodnih trgovačkih ugovora (u daljem tek-

<sup>20</sup> U vezi sa ovim članom PRICL, pogledati član 1.5 PICC i komentare u vezi sa njim.

<sup>21</sup> J. Stempel, nav. delo, str. 25.

stu, PICC).<sup>22</sup> U slučaju da neko pitanje nije regulisano PRICL, smatraće se da postoji spoljna praznina, na koju će se primeniti odgovarajuće pravilo PICC.<sup>23</sup> Ako je pak reč o pitanju koje je načelno regulisano PRICL, ali neki od aspekata tog pitanja nisu, smatraće se da postoji tzv. unutrašnja praznina, koja se ima popuniti u skladu sa principima ustanovljenim u PRICL.<sup>24</sup>

Iako se primeni PICC “spočitavaju” brojni nedostaci, stava smo da popunjavanje spoljnih praznina putem UNIDROIT Načela predstavlja dobar izbor, i to iz dva razloga.<sup>25</sup> Prvo, jer primena PICC nije teritorijalno ograničena na pojedine delove sveta ili zatvorene zajednice. I drugo, ova Načela se odnose na trgovačke poslove, kod kojih su ugovorne strane jednake ekonomske snage, što je i slučaj kod ugovora o reosiguranju.<sup>26</sup> Pritom se ne sme ispustiti iz vida da će se PICC i dalje primenjivati samo na pitanja iz opšteg dela ugovornog prava, ali ne i na pitanja iz oblasti ugovornog prava reosiguranja.<sup>27</sup> Ako takvo pitanje nije regulisano PRICL i ne može se popuniti primenom analogije, na red će doći primena rešenja iz međunarodnih običaja iz oblasti reosiguranja.<sup>28</sup>

#### MOGUĆNOSTI IZBORA PRICL I NJIHOVA OGRANIČENJA

U trenutku kada su PRICL još uvek u fazi nacрта, vrlo je bitno razmotriti i odgovoriti na pitanje pod kojim uslovima se ova Načela uopšte mogu primeniti kao merodavno pravo. Radi se o tome da PRICL imaju status nedržavnog prava, tako da je neophodno konsultovati pravila međunarodnog privatnog prava o

---

<sup>22</sup> Ralf Michaels, “Umdenken für die UNIDROIT – Prinzipien, Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des internationalen Vertragsrechts”, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, str. 885.

<sup>23</sup> Čl. 1.1.2 PRICL.

<sup>24</sup> Čl. 1.1.6 (2) PRICL.

<sup>25</sup> Često se kao osnovni nedostatak primene UNIDROIT Načela navodi nepostojanje pravila o posebnim ugovorima. Međutim, upravo ovakvim rešenjem iz PRICL eliminisan je i taj nedostatak, jer postoje pravila za poseban ugovor, ugovor o reosiguranju. Tako i H. Heiss, nav. delo, str. 104.

<sup>26</sup> Official Comments to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Preamble; Ralf Michaels, “Preamble I”, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract* (ed. Stefan Vogenauer), Oxford 2005, 26. Detaljnije o UNIDROIT Načelima, V. Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles in Practice*, Nijhoff Publisher, Leiden, 2006. Tako, Jose Angelo Estrella Faria, “The Influence of UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws”, *Uniform Law Review*, No. 2-3, 2016, str. 238-270. Takođe, Klaus Peter Berger, “International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, *The American Journal of Comparative Law*, no. 1/1998, str. 133.

<sup>27</sup> H. Heiss, nav. delo, str. 106.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

sukobu zakona, kako bi se dobio odgovor da li je dozvoljen izbor pravnih pravila koja su nedržavnog, nenacionalnog karaktera, kao i da bi se odredila važnost takvog izbora.<sup>29</sup>

Tako, primera radi, na nivou Evropske unije, pitanje sukoba zakona regulisano je pravilima Rim I Uredbe,<sup>30</sup> koja, kada se pogledaju njeni članovi 3 i 7, pruža veliku autonomiju volja ugovornim stranama kada se radi o ugovorima na reosiguranju.<sup>31</sup> Ipak, to je samo prvi utisak, jer Rim I Uredba ne dozvoljava izbor nedržavnog prava kao merodavnog za jedan ugovor. Međutim, u skladu sa Recitalom 13 Rim I Uredbe, moguće je nedržavno pravo uneti kao odredbe ugovora, ali ne i izabrati ga kao merodavno pravo. To bi značilo da je izbor merodavnog prava ograničen na izvore nacionalnog prava. To dalje znači da izbor PRICL ne bi značio izbor prava u strogom smislu te reči, već da su sve odredbe merodavnog nacionalnog prava koje se odnose na pitanja regulisana PRICL materijalno izmenjene.<sup>32</sup> Ipak, ono o čemu treba voditi računa jeste da većina ugovora o reosiguranju sadrži arbitražnu klauzulu, što znači da se zabrana iz Rim I Uredbe neće ni primenjivati.<sup>33</sup> Osim toga, nacionalni propisi arbitražnog prava u većini slučajeva dozvoljavaju i izbor nedržavnog prava kao merodavnog.

U suštini, sličnu odredbu sadrže i Haški principi o izboru prava u međunarodnim trgovačkim ugovorima, koji samo na prvi pogled daju veće mogućnosti za izbor nedržavnog prava kao merodavnog.<sup>34</sup> Članom 3 Haških principa je predviđeno da merodavno pravo mogu biti pravila opšteprihvaćena na međunarodnom, nadnacionalnom i regionalnom nivou. Međutim, pritom se mora dati prednost svim ograničenjima koja postavljaju nacionalna pravila o sukobu zakona, što opet vodi ograničenoj mogućnosti izbora nedržavnog prava kao merodavnog.<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Maja Stanivuković, "Instrumenti harmonizacije i unifikacije prava i njihov odnos prema kolizionim normama, sa posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava", *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo – prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva* (ur. Radovan Vukadinović), Kragujevac, 2001, str. 90.

<sup>30</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligation (Rome I), Official Journal of the European Union L 177/6.

<sup>31</sup> Isto mišljenje zastupa i profesor Vandt. V. M. Wandt, J. Gal, nav. delo, str. 3.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Čl. 1, st. 2, t. e Rim I Uredbe.

<sup>34</sup> Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, approved 19.03.2015.

<sup>35</sup> Official Comments to Article 3 of the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, no. 3, dostupno na [https://docentes.fd.unl.pt/docentes\\_docs/ma/MHB\\_MA\\_31647.pdf](https://docentes.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MHB_MA_31647.pdf), 05.09.2019.



Iz napred navedenog je jasno da će se mogućnosti za primenu PRICL razlikovati u zavisnosti od toga da li ugovor o reosiguranju sadrži arbitražnu klauzulu ili ne. Zapravo, mogućnost ugovaranja PRICL opredeljene su time da li će se potencijalni spor u vezi sa ugovorom o reosiguranju rešavati pred nacionalnim sudovima, koji moraju da primene načela međunarodnog privatnog prava, ili pred arbitražnom tribunalom. Zavisno od toga, PRICL će moći da ili budu izabrani kao merodavno pravo ili da budu samo inkorporisani u odredbe ugovora o reosiguranju.

Ograničenja po izbor prava mogu poteći i od zakona koji reguliše nadzor nad delatnošću osiguranja, tako što predvide da se ugovori o reosiguranju moraju zaključiti u skladu sa odredbama domaćeg prava. Isti cilj se može postići i propisivanjem odvratajućih ekonomskih posledica u slučaju izbora stranog ili mekog prava.<sup>36</sup> Pored ovih ograničenja, granice primeni PRICL svakako predstavlja obavezna primena pravila koja su deo javnog poretka u pogledu prava reosiguranja.<sup>37</sup>

Stoga, moglo bi se reći da će primena PRICL na ugovore o reosiguranju sa elementom inostranosti biti ograničena sporazumom ugovornih strana, imperativnim normama nacionalnog pravnog poretka, normama neposredne primene, kao i odredbama koje čine sastavni deo domaćeg i međunarodnog javnog poretka.

#### *Primena PRICL na ugovore o reosiguranju koji sadrže arbitražnu klauzulu*

Kao što smo pomenuli, u slučajevima kada ugovorne strane unesu i arbitražnu klauzulu u svoj ugovor, postoji veća šansa za izbor PRICL kao merodavnog prava. Naime, većina zemalja je usvojila UNCITRAL Model zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, u skladu sa čijim članom 28 stranke mogu da izaberu državno pravo ili nedržavne principe kao merodavne za svoj ugovor.<sup>38</sup> Time je otvorena mogućnost za izbor PRICL kao merodavnog prava za jedan ugovor o osiguranju.

Kada ugovorne strane izaberu PRICL kao merodavno pravo, to je po efektu jednako sa izborom nacionalnog prava. To znači da PRICL u potpunosti menja pravila nacionalnog prava koje bi se imalo primeniti u skladu sa pravila me-

---

<sup>36</sup> H. Heiss, nav. delo, fn. 111, 112.

<sup>37</sup> Iz ugla međunarodnog privatnog prava, pravila iz oblasti finansijskog prava će uglavnom biti ta koja će imati prednostu odnosu na PRICL.

<sup>38</sup> Tako se navodi u literaturi da ugovorne strane izaberu kao merodavno pravo principe razmatrane i definisane na nekom međunarodnom forumu, a koji još nisu inkorporisani u nacionalni pravni poredak. Terry O'Neill, Jan Wolonieck, *The Law of Reinsurance in England and Bermuda*, Sweet & Maxwell, London 2010, str. 14–105, navedeno prema: H. Heiss, nav. delo, str. 111.

đunarodnog privatnog prava kada nije izabrano merodavno pravo. S obzirom na objašnjeni efekat izbora PRICL, jasno je da se na taj način isključuje i primena imperativnih normi bilo kog domaćeg prava, čiju primenu ugovorne strane inače ne mogu da isključe svojim ugovorom. Od toga su izuzete samo norme koje čine deo javnog poretka, kao i norme neposredne primene, koje se moraju primeniti nezavisno od merodavnog prava u skladu sa kolizionim normama.

Autori PRICL su u članu 1.1.5 predvideli pravila o imperativnim normama, ali bez razlikovanja da li se radi o uobičajnim domaćim normama ili normama neposredne primene.<sup>39</sup> Navedenim članom je predviđeno da primena PRICL neće “ograničiti primenu imperativnih pravila, bilo nacionalnog, međunarodnog ili supranacionalnog porekla, gde su primenjive.” Relevantna imperativna pravila će se razlikovati u zavisnosti od toga da li ugovor o reosiguranju sadrži arbitražnu klauzulu ili ne. Kako zakoni o arbitraži predviđaju mogućnost izbora i nedržavnog prava kao merodavnog, to se pod relevantnim imperativnim pravilima podrazumevaju norme neposredne primene.

Primena normi neposredne primene države u kojoj se arbitražni postupak vodi ili neke treće zemlje sa kojom je spor povezan na neki drugi način, zavisice od okolnosti konkretnog slučaja. S obzirom da međunarodni arbitražni tribunali nemaju svoj *lex fori*, nisu u obavezi, ali i mogu, da primeni norme neposredne primene države na čijoj teritoriji donose odluku. Može se desiti da tribunal uzme u razmatranje norme neposredne primene zemlje u kojoj će se arbitražna odluka izvršiti, kako bi se izbegle sve prepreke njenom priznanju i izvršenju.

U skladu sa članom 1.1.3. PRICL ugovorne strane mogu isključiti primenu određenih odredbi PRICL, čak iako si ih izabrali kao merodavno pravo. Primena PRICL se neće “mešati” u primenu model klauzula pristunih na tržištu reosiguranja. Naprotiv, ideja je da se pruži referentni okvir za olakšano tumačenje i primenu postojećih klauzula i običaja u ovoj oblasti prava. Prvenstveno, jer je njihovo razumevanje znatno lakše nego što je to slučaj sa nacionalnim zakonima. Tako će ugovorne strane nekad primeniti samo odredbe PRICL, a nekad će ih dopuniti određenim klauzulama koje odgovaraju njihovim poslovnim potrebama.

#### *Primena PRICL na ugovore o reosiguranju koji ne sadrže arbitražnu klauzulu*

U ugovorima koji ne sadrže arbitražnu klauzulu i gde ne postoji mogućnost izbora PRICL kao merodavnog prava, odredba PRICL će biti inkorporisana

<sup>39</sup> S obzirom da su termini na engleskom jeziku “mandatory rules” i “overriding mandatory rules”, jasno je odakle i potiče zabuna.

u sam tekst ugovora.<sup>40</sup> Tada odredbe PRICL ne mogu zameniti u potpunosti nacionalno pravo koje bi se imalo primeniti u skladu sa pravilima međunarodnog privatnog prava.<sup>41</sup> To znači da u navedenim slučajevima PRICL mogu imati svoju primenu ako se unese u ugovor o reosiguranju kao klasične ugovorne klauzule, koje ne smeju biti u sukobu sa imperativnim normama merodavnog nacionalnog ugovornog prava. Već pominjani član 1.1.5 PRICL ne dozvoljava postupanje na drugi način. Naime, rešavanja sporova u vezi sa ovakvim ugovorima o reosiguranju se odvija pred nacionalnim sudovima, koji su svakako vezanim imperativnim pravilima merodavnog prava. Pored toga, imperativna pravila *lex fori*, kao i drugih država se mogu primeniti ako postoji dovoljna povezanost sa konkretnim ugovorom o osiguranju.<sup>42</sup>

Međutim, ne sme se ispustiti iz vida da podregulisanost ugovornog prava reosiguranja znači da gotovo i ne postoje imperativne norme u ovoj oblasti, što značajno olakšava primenu PRICL, a članu 1.1.5 sužava domen primene. Ipak, izbor PRICL u oba gorepredstavljena slučaja ne može isključiti primenu odredbi javnog prava ili onih koji se smatraju delom javnog poretka, a koje mogu imati i eksteritorijalni efekat. Sankcije nepoštovanja tih pravila mogu se veoma razlikovati, počev od odsustva bilo kakvog efekta po važnost ugovora o reosiguranju, preko njegovog delimičnog do potpunog poništaja.

*Primena PRICL kada ugovorne strane nisu izabrale  
nijedno pravo kao merodavno*

Stava smo da će postojati prostor za primenu PRICL ne samo kada ga ugovorne strane izaberu kao merodavno pravo ili inkorporišu u ugovor, već i onda kada ga ne izaberu eksplicitno. To može biti slučaj onda kada ugovorne strane predvide da će merodavno pravo za njihov ugovor biti opšti principi prava, *lex mercatoria* ili slično, kao i kada ugovorne strane nisu izabrale nijedno pravo kao merodavno za njihov ugovor.<sup>43</sup> Do tog zaključka se dolazi kada se pogleda Preambula PICC, za šta postoje dva razloga. Prvo, jer su PICC poslužili kao uzor za donošenje PRICL, a drugo, jer je reč o kodifikaciji *lex mercatoria*.

---

<sup>40</sup> To može biti učinjeno na sledeći način: "PRICL se unose u ugovor o reosiguranju u onoj meri u kojoj nisu u suprotnosti sa ostalim uslovima ugovora."

<sup>41</sup> H. Heiss, nav. delo, str. 110.

<sup>42</sup> V. Article 1.4 Comments 3 and 4 PICC.

<sup>43</sup> Po uzoru na paragraf 4 Preambule PICC, PRICL se može smatrati merodavnim za ugovor o reosiguranju ako ugovorne strane nisu izabrale nijedno pravo kao merodavno. David Oser, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008, str. 49, 61.

Da li će arbitražni tribunal primeniti PRICL na sporni ugovor o reosiguranju, zavisice od kolizionih normi, koje će često dovesti do različitih rezultata. U literaturi se može naići na stavove da se gorenavedena nedoumica može izbeći prepuštanjem u potpunosti odluke arbitru koji treba da postupa kao *amiable compositeurs*.<sup>44</sup> Presuda se onda ima doneti u skladu sa tim šta on smatra pravednim i ispravnim u datom trenutku. Ta odluka se ima odneti bez oslanjanja na neki poseban pravni sistem, već u skladu sa opštim načelima prava i običaja. Ipak, kako je za postupanje arbitara na ovakav način nužno ovlašćenje ugovornih strana, taj stav se ne može u potpunosti prihvatiti kao osnovan. Pre bi se moglo govoriti da je u slučajevima donošenja odluke po osnovu *lex mercatoria*, zapravo reč o odlučivanju po osnovu pravnih normi.<sup>45</sup>

O tome svedoče i slučajevi pred arbitražnim tribunalima, gde su ugovorne strane kao merodavno pravo odredile “principe prirodne pravde”, na osnovu čega su arbitri zaključili da postoji prostor za primenu PICC.<sup>46</sup> U literaturi se navodi da su arbitri bar u jednom od ovih slučajeva do primene PICC došli putem tzv. “negativnog izbora prava”, čime je isključena primena bilo kog nacionalnog prava, što vodi primeni transnacionalnih pravila. Neodređivanje merodavnog nacionalnog prava iz ugla arbitra je značilo savršenu priliku za primenu pravila *lex mercatoria*. Međutim, time se rizikovalo donošenje odluke na osnovu fiktivnog izbora prava, za čim nije imalo potrebe.<sup>47</sup> U navedenim slučajevima su ugovorne strane pozitivno odredile da žele primenu principa prirodne pravde na svoj ugovor, što bi se poklapalo sa idejom iz paragrafa 3 Preambule PICC.<sup>48</sup> Kako se PRICL u velikoj meri oslanja na PICC, može se zaključiti da se i Načela ugovornog prava reosiguranja mogu smatrati novim *lex mercatoria*, koji iako odvojen od nacionalnih

<sup>44</sup> Hanajörg Landolt, *Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid den Schiedsrichter in der privaten internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit: ein Beitrag zum Problem der Vereinheitlichung des Schiedsrechts*, Bern, 1955, str. 136 i dalje.

<sup>45</sup> *Societe Norsolor v. Societe Pabalk Ticaret Limited Sirketi*, 09.10.1984.

<sup>46</sup> To važi i za slučajeve kad je klauzula o izboru prava sadržala pravilo da se na ugovor imaju primeniti principi zajednički i za englesko i francusko pravo, a u slučaju da oni ne postoje, da se imaju primeniti opšti principi međunarodnog trgovinskog prava i to na onaj način na koji ih primeњуju nacionalni i međunarodni tribunali. V. K.P. Berger, nav. delo, str. 144. Takođe, Marc Blessing, “Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law”, *Planning Efficient Arbitration Proceedings, The Law Applicable in International Arbitration* (ed. Albert Jan van den Berg), Kluwer Law International, 1996, str. 402.

<sup>47</sup> Eric Robine, “What Companies expect of International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, no. 2, 1992, str. 31, 36.

<sup>48</sup> Sličnu odredbu sadrže i Načela evropskog ugovornog prava, ali uz dodatak da se ona imaju primeniti i onda kada ugovorne strane nisu izabrale nijedno pravo kao merodavno za svoj ugovor. Čl. 1.101 (3) (v).

pravnih sistema, nije im dijametralno suprotan. Jedan od osnovnih argumenata protiv primene pravila *lex mercatoria* da ona služe izbegavanju pravila i principa koji čine deo javnog poretka, ne može se prihvatiti, jer da je tačan, nacionalni sudovi bi poništili svaku ovakvu arbitražnu odluku pozivajući se na povredu javnog poretka.<sup>49</sup>

## ZAKLJUČAK

Sadržina PRICL je takva da oslikava koncept ugovornog prava reosiguranja koji se može izvući kao zajednički za većinu zemalja i stoga se može reći da ona predstavljaju novo definisanje ugovornog prava.<sup>50</sup> Takođe, onde gde se rešenja različitih pravnih sistema razlikuju, PRICL nude jedinstveno rešenje i to tako što daju prednost rešenju jednog nacionalnog pravnog sistema u odnosu na drugo.<sup>51</sup> To je uglavnom rešenje koje najviše odgovara potrebama međunarodnog poslovanja, zbog čega se ona posmatraju kao *lex mercatoria*.<sup>52</sup> Rešenja iz PRICL su u formi preciznih i konciznih predloga koji se mogu direktno primenjivati u naučnom, zakonodavavnom ili sudskom kontekstu.<sup>53</sup> Mogu služiti kao merodavno pravo kada su izabrana, kao dodatak prilikom tumačenja domaćeg prava, kao dokaz da postoje uniformna pravila ili da posluže kao model za reviziju domaćeg prava.<sup>54</sup>

Verujemo da će najbolji lakmus papir uspeha i primenjivosti PRICL biti arbitražni tribunali, naročito jer su arbitri skloni uporednopravnom pristupu prilikom donošenja odluka.<sup>55</sup> To nije ništa neuobičajno kada se uzme u obzir da se u arbitražnim postupcima sreću kulturne i pravne različitosti. Tako se dešava da arbitri primene tzv. kumulativni pristup, koji podrazumeva ne samo razmtranje

---

<sup>49</sup> Otto Sandrock, "How much Freedom should an International Arbitrator Enjoy? The Desire for Freedom from Law. V. the Promotion of international Arbitration", *American Review of International Law Arbitration*, 1992, str. 30, 54 i dalje.

<sup>50</sup> Nils Jansen, *The Making of Legal Authority*, Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 68–71.

<sup>51</sup> Roz Goode, "International Restatement of Contract and English Contract Law", *Uniform Law Review*, no. 2, 1997, str. 231.

<sup>52</sup> J. Faria, nav. delo, str. 240.

<sup>53</sup> Isto je rečeno i za UNIDROIT principe. V. Arthur Hartkamp, "The Use of the UNIDROIT Principles of International Business Law and Practice", *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria?* (ed. Jean Paul Beraudo), Paris, 1995, str. 253, 259.

<sup>54</sup> O značaju koji su Načela UNIDROIT imala za određene pravne poretke (Kine, zemlje Baltika, Francusku i Rusiju). V. J. Faria, nav. delo, str. 243–268. Tako i K. P. Berger, nav. delo, str. 134–149.

<sup>55</sup> K. P. Berger, nav. delo, str. 130.

jednog pravila o sukobu zakona, već svih koji su povezani sa sporom. Takav uporednoravni pristup rešavanju sukoba se može sresti i onda kada arbitri primenjuju pravila međunarodnog privatnog prava.<sup>56</sup> Krajnji ishod je arbitražna odluka koja je razumljiva i prihvatljiva strankama u sporu pred arbitražnim tribunalom, a koje često potiču iz različitih pravnih sistema. Takođe, time se eliminišu i potencijalni problemi u fazi priznanja i izvršenja arbitražnih odluka. Predstavljeni parametri delovanja arbitara poklapaju se sa idejom PRICL. Nije isključeno da se i nacionalni sudovi jednog dana okrenu primeni PRICL, kao što je postao slučaj sa PICC.<sup>57</sup>

U ovom trenutku je još uvek prerano za licitiranje uspešnosti primene PRICL. Može se samo pretpostaviti da će, kao i PICC svojevremeno, doprineti standardizaciji jezika i terminologije koja se koristi u ugovornom pravu reosiguranja.<sup>58</sup> Moguć scenario je i preuzimanje delova PRICL u nacionalna zakonodavstva. Iako to nisu bili prioritetni ciljevi donošenja Načela, na ovaj način će se sigurno doprineti harmonizaciji ove oblasti prava, ali i poštovanju razvojne linije međunarodne pravne misli. Ostaje da se vidi da li će tekst PRICL imati veću snagu ubeđivanja nego što bi to imale zakonodavne vlasti država, koje bi tekst nametnule formalnim putevima.

MIRJANA GLINTIĆ, Ph.D.,  
Research Associate, Institute of Comparative Law,  
Belgrade

#### LIMITATIONS ON THE CHOICE OF PRINCIPLES OF REINSURANCE CONTRACT LAW AS A GOVERNING LAW

##### Summary

The international character of reinsurance contracts, its underregulation in national legislations and the importance of customary law in this area have inspired the academic community to launch, in collaboration with UNIDROIT, a project to develop Principles of Reinsurance Con-

---

<sup>56</sup> *Ibidem.*, fn. 9.

<sup>57</sup> Prvi zabeleženi slučajevi datiraju još iz 1996. godine. V. M. J. Bonell, nav. delo, str. 154, 295.

<sup>58</sup> To je posledica odluke radne grupe koja je spremala Načela da se koristi neutralna terminologija, koja se ne vezuje ni za jedan konkretan i poseban pravni poredak.

tract Law. At the moment, the PRICL are in draft form and the project is expected to be completed in 2020.

As the Serbian legislation does not contain detailed provisions on reinsurance contracts, the author is of the opinion that closer presentation of this opt-in instrument is necessary, especially considering that PRICLs are conceived as law applicable not only to international contracts but also to reinsurance contracts with no foreign element. A key question that has to be discussed and answered by this paper is the question of the possibility of choosing PRICL as applicable law due to the limitations that the rules of private international law set on non-state law.

*Key words:* reinsurance, non-state law, private international law, arbitration clause, lex mercatoria