

Dr. sc. Ivo Grabovac, professor emeritus,
Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu

„HIMALAYA“ KLAUZULA – AKTUALNA PROBLEMATIKA

Sažetak

Raspravlja se o problematici izvanugovorne odgovornosti osoba koje je pomorski prijevoznik zaposlio u izvršenju ugovora o prijevozu stvari, ali te osobe nisu u radnom odnosu s prijevoznikom. Te se osobe nazivaju nezavisnim ugovarateljima a mogu se zvati i samostalnim poduzetnicima (npr. slagači ili poduzetnici prijevoznih terminala). U slučaju štete na teretu pitanje je može li oštećeni (primatelj tereta) tužiti, osim svog ugovornog partnera – prijevoznika, i nezavisnog ugovaratelja koji je štetu u svom poslovanju izazvao. Ako postoji izvanugovorna odgovornost te osobe, vrijede li za nju načela odgovornosti za pomorskog prijevoznika osobito ograničenje odgovornosti. Te se dvojbe u ovom članku raščlanjuju pozivom na međunarodne konvencije i domaće pravo, a poglavito oslonom na slobodu ugovaranja u korist trećega (poznata «Himalaya» klauzula). Nova presuda Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država (slučaj „Kirby“, 2004.) proširuje primjenu „Himalaya“ klauzule i na osobe koje su izvan konteksta osnovnog ugovora, na podugovaratelje i u kopnenom prijevozu.

Ključne riječi: *Prijevoz stvari morem, nezavisni ugovaratelji, „Himalaya“ klauzula.*

1. UVOD

U svezi s odgovornošću pomorskog prijevoznika u prijevozu stvari i pasivnom legitimacijom u postupku valja izdvojiti određene pravne situacije.

1. Za oštećenje, manjak ili gubitak stvari (tereta) prijevoznik odgovara prema poznatim načelima odgovornosti, pri čemu posebice ističemo povlasticu ograničenja odgovornosti.
2. Prijevoznik jednako odgovara ugovorno i izvanugovorno za oštećenje, manjak ili gubitak tereta. Za zakašnjenje odgovara samo ugovorno. To načelo

u hrvatskom pravu proizlazi iz čl. 573. Pomorskog zakonika.¹ To znači da će se moći koristiti i svim blagodatima iz zakonika (ali se neće primjenjivati posebni uvjeti ugovora o prijevozu) i onda kada bi se zahtjev za naknadu štete zasnivao na izvanugovornoj odgovornosti, tj ako bi oštećeni, vlasnik tereta (korisnik prijevoza, zapravo primatelj) tužio prijevoznika *ex delicto*.

3. U izvršavanju ugovorne prestacije za prijevoznika rade osobe koje su u radnom odnosu s tim prijevoznikom. U Protokolu o izmjeni Međunarodne konvencije za izjednačenje nekih pravila o teretnici, 1968. (Visbyjska pravila) govori se o službenicima ili punomoćnicima prijevoznika, a takav službenik ili punomoćnik nije nezavisni ugovaratelj. Te osobe mogu izazvati štetu na radu ili u svezi s radom (u okviru svog zaposlenja, kako je npr. navedeno u čl. 7. st. 2. Konvencije o prijevozu robe morem, 1978., Hamburška pravila), u izvršavanju svojih radnih poslova i zadataka. Za njihov rad odgovara pomorski prijevoznik. Međutim, ako bi oštećena osoba tužbeni zahtjev upravela protiv prijevoznikovih radnika zbog oštećenja, manjka ili gubitka stvari na osnovi izvanugovorne odgovornosti², ti radnici mogli bi odgovarati za počinjenu štetu. U međunarodnim instrumentima i u našem Pomorskom zakoniku (v. čl. 569.) zapovjednik broda, drugi član posade broda ili druge osobe koje rade za prijevoznika za dokazanu štetu (manjak, gubitak ili oštećenje stvari) prouzročenu na radu ili u svezi s radom, odnosno u obavljanju službe ili u svezi sa službom, imaju pravo na ograničenje odgovornosti. Tako se zaštićuju radnici, ali i prijevoznik koji bi zapravo preko neograničene odgovornosti svojih službenika, radnika i sam neizravno odgovarao neograničeno.

Međutim, čl. 569. st. 1. Pomorskog zakonika proteže primjenu zakonskih propisa o ograničenju odgovornosti na zapovjednika broda, drugog člana posade ili drugih osoba koje rade za prijevoznika uz uvjet da oni odgovaraju prema *općim propisima* za naknadu takve štete prouzročene na radu ili u svezi s radom, odnosno u obavljanju službe ili u svezi sa službom. Prema našem Zakonu o obveznim odnosima (čl. 1061. st. 2.) «oštećenik ima pravo zahijevati popravljavanje štete i neposredno od zaposlenika ako je štetu prouzročio namjerno». Prema tome, zaposlenik, radnik odgovara trećoj oštećenoj osobi samo za *namjeru (dolus)*. A za namjerno prouzročenu štetu prema Pomorskom zakoniku radnici se inače, kao i njihovi poslodavci-prijevoznici, ne mogu pozivati na povlasticu ograničenja odgovornosti (usp. čl. 569. st. 2.). Dakle, ove konstatacije proizvede sljedeće pravno relevantne učinke u našem pravu: a) Pomorski se zakonik poziva na opća načela

¹ Član 573. Pomorskog zakonika glasi: «Odredbe ovog Zakonika o odgovornosti prijevoznika primjenjuju se na sve ugovorne i izvanugovorne zahtjeve koji su na bilo kojoj osnovi postavljeni protiv prijevoznika za oštećenje, manjak ili gubitak tereta.»

² Za zakašnjenje odgovornost može biti samo ugovorna, a odgovara prijevoznik osobi kojoj se obvezao izvršiti prijevoz.

odgovornosti za naknadu štete, a to znači da prilikom gubitka ili oštećenja stvari iz ugovora o prijevozu stvari Zakonik nije statuirao posebna pravila, ne djeluje kao *lex specialis*³ u slučaju izravne, izvanugovorne odgovornosti osoba kojima se pomorski prijevoznik služi; b) odredbe čl. 569. Pomorskog zakonika nemaju praktično pravno značenje u našem pozitivnom pomorskom pravu, jer je prema općim normama (obveznom pravu) radnik, zaposlenik zaštićen propisom o odgovornosti prema trećim osobama, oštećenima, osim za *dolus*; c) naglašavanje za zaposlenike kvalificirane krivnje i izričajem «bezobzirno znajući da će šteta vjerojatno nastati» kao razlog za gubitak prava na ograničenje odgovornosti (v. čl. 569. st. 2.) postoji zbog činjenice što naše pravo prihvaća načela poznatih međunarodnih konvencija.

2. NEZAVISNI UGOVARATELJI – OPĆENITO

Prijevoznik se u izvršavanju ugovora o prijevozu stvari morem služi i trećim osobama koje zapošljava, ali te osobe nisu u radnom odnosu s prijevoznikom, odnosno one same upravljaju svojim radom, nisu u hijerarhijskoj ovisnosti ni pod nadzorom svojeg suugovaratelja, prijevoznika. Te se osobe nazivaju *nezavisni ugovaratelji* (engl. «independent contractors»), a mogu se zvati i samostalni poduzetnici, npr. slagači ili poduzetnici prijevoznih terminala). Prijevoznik svojem ugovaratelju (naručitelju, korisniku prijevoza) odgovara za njihov rad, za njihove propuste, uz pravo povrata (regresa) tog prijevoznika prema takvim osobama. Ta konstatacija ne bi smjela biti sporna, premda je u sudskoj praksi (npr. u Engleskoj) bilo i drugačijih tumačenja (u kontekstu osposobljavanja broda za plovidbu). Međutim, raspraviti se može, a to će biti i glavna tema ovog rada, je li nezavisni ugovaratelji odgovaraju oštećenome, vlasniku tereta zapravo korisniku prijevoza za štetu koju su počinili na svarima (manjak, gubitak, oštećenje) u prijevozu, radeći doduše za prijevoznika, ali i djelujući samostalno u sklopu svoje organizirane poduzetnosti, na temelju *izvanugovorne odgovornosti* (pored prijevoznikove ugovorne odgovornosti), te kakav je pravni položaj tih osoba koje su involvirane u posupku utvrđivanja odgovornosti za štetu.

3. ODGOVARA LI NEZAVISNI UGOVARATELJ I IZVANUGOVORNO?

Ako postoji izvanugovorna odgovornost nezavisnog ugovaratelja (npr. slagača ili poduzetnika poslova kontejnerskog terminala) koji je sudjelovao, poslujući za pomorskog prijevoznika, u izvršenju ugovora o prijevozu stvari, vrijede li za

³ Kada bi odredbe čl. 569. Pomorskog zakonika bile *lex specialis*, značilo bi uvođenje izvanugovorne odgovornosti zaposlenika u svim situacijama kada i prijevoznik odgovara baš zbog propusta i rada tih osoba (a ne samo za namjerno postupanje).

tog nezavisnog ugovaratelja opća načela odgovornosti na temelju činjenice da je prouzročio štetu? U pozitivnom odgovoru ta se osoba ne bi mogla pozivati na (povlaštene) razloge oslobođenja, a posebno na ograničenje odgovornosti brodar-prijevoznika, iako je radila u djelokrugu poslova koji se reguliraju specifičnim normama o prijevozu stvari morem. Naime, nesumnjivo je da je nezavisni (samostalni) ugovaratelj djelovao u okviru sadržaja prijevoznikove obveze, obavljao je radnje koje se uređuju posebnim propisima koji pokrivaju djelatnost prijevoznika u prijevozu stvari morem. U Visbyjskim i Hambuškim pravilima, kao što sam već istakao, ne predviđa se da se obuhvate jednakom odgovornošću i nezavisni ugovaratelji.⁴ Isto tako, to nije bila namjera ni našeg Pomorskog zakonika, čiji su uzor bila Visbyjska pravila, što proizlazi i iz tumačenja jasnog zakonskog teksta (v. čl. 569. st. 1.). To bi značilo da bi odgovornost tih osoba izmicala iz okvira osebujnih odredaba koje uređuju baš djelatnost koju i te osobe poduzimaju, ali ne kao izravni subjekti u ugovornom odnosu s korisnikom prijevoza ili s ovlaštenim imateljem teretnice.⁵ Oštećeni bi se stoga mogli obraćati nezavisnom ugovaratelju s izvanugovornim zahtjevom kako bi izbjegli primjenu povlastica koje bi brodar-prijevoznik, ako bi bio tuženi, imao pravo isticati. Nezavisni ugovaratelji bili bi tako u nepovoljnoj situaciji, iako su izvršavali za prijevoznika ugovorne obveze koje inače potpadaju pod poseban režim odgovornosti. Stoga se u nedostatku odgovarajućih zakonskih regulativa za takve ugovaratelje (npr. za slagače ili stivadore), a u cilju njihove zaštite, pronašlo rješenje u odgovarajućoj klauzuli u ugovoru ili teretnici čiji sadržaj omogućava, ako oštećeni zatraži naknadu štete, da nezavisni ugovaratelj prema takvom oštećenom zahtijeva u postupku primjenu posebnih načela odgovornosti za pomorskog prijevoznika, poglavito *ograničenje odgovornosti*. Iz ovakve prakse izrasta dvojba: je li dopušteno unaprijed ugovoriti ili inkorporirati u teretnicu zaporku prema kojoj se prilikom gubitka ili oštećenja stvari i nezavisni ugovaratelj, koji nije stranka iz ugovora o prijevozu stvari morem niti ima ovlaštenja iz teretnice, ako ga se tuži, može pozivati na osobit sustav odgovornosti brodar-prijevoznika (misli se navlastito na skraćeni zastarni rok i posebice na ograničenje odgovornosti). Tako se susrećemo s poznatom «Himalaya» klauzulom («Himalaya clause») koja je danas često u uporabi.

⁴ Konvencija Ujedinjenih naroda o međunadnom multimodalnom prijevozu robe, 1980., međutim, u čl. 20. st. 2. uključuje i «svaku osobu» čijim se uslugama poduzetnik služi radi izvršenja ugovora o multimodalnom prijevozu, ako ta osoba dokaže da je radila u okviru izvršenja ugovora.

⁵ Još naša davna sudska praksa je to potvrdila za slagača (v. Ivo Grabovac, *Odgovornost prijevoznika*, Split, 1989., str. 103.).

4. PRAVNI UČINCI «HIMALAYA» KLAUZULE

Nastanak «Himalaya» klauzule i njezina uporaba vezuje se uz odluku engleskog Apelacijskog suda u sporu Adler v. Dickson (the Himalaya) 1954. godine. Tužiteljica (Adler), koja se ozlijedila rušenjem plaforme za iskrcaj putnika, tužila je kapetana Dicksona, zapovjednika putničkog broda «Himalaya». Ona je tako postupila s razloga što je putna karta sadržavala klauzulu o isključenju prijevoznikove (brodareve) odgovornosti. Najviša sudska instancija Kuća lordova (House of Lords) presudila je da se u slučaju prijevoza putnika, kao i prijevoza tereta, dopušta pomorskom prijevozniku da izričitim ili prešutnim ugovornim klauzulama zaštićuje sebe ali isto tako i osobe koje zaposli u izvršenju ugovora. U spomenutom slučaju sud je ustanovio da sadržaj putne karte nije ni izričito ni implicitno mogao koristiti prijevoznikovim službenicima ili punomoćnicima. Naime, sud je polazeći od teksta klauzule utvrdio da se nigdje ne spominje zapovjednik broda kao osoba koja bi uživala blagodati uglavka o isključenju odgovornosti. Tako je kapetan Dickson proglašen odgovornim na temelju izvanugovorne odgovornosti. Nakon te odluke u teretnice su se počele unositi posebno sastavljene tzv. «Himalaya» klauzule u korist slagača i drugih.

«Himalaya» klauzula u sažetku glasi u smislu da svako ograničenje odgovornosti i druge odredbe sadržane u tekstu isprave koriste prijevozniku (brodaru), njegovim punomoćnicima, službenicima i drugim predstavnicima, ali isto tako – što ima osobito značenje – i svakom nezavisnom ugovaratelju koji izvršava poslove u svezi s robom.⁶

Reakcija sudova, u usporedbi prava raznih država, nije bila jedinstvena. Ipak, većina država priznale su pravni učinak toj klauzuli. Sudovi nekih država, kao Sjedinjenih Američkih Država i Velike Britanije, tijekom vremena mijenjali su svoja stajališta, u pravilu priznavajući djelovanje te klauzule.⁷ Međutim, osobito je zanimljiva najnovija presuda američkog Vrhovnog suda koja znatno proširuje primjenu «Himalaya» klauzule čak i u slučaju kada se korisnik ne može pozivati na mjerodavni ugovorni odnos. Stoga je tu presudu Vrhovnog suda SAD (Norfolk Southern Railway Company v. James N. Kirby Pty Ltd., u daljem tekstu slučaj Kirby, od 9. studenoga 2004.), zbog svoje aktualnosti u poredbenom pravu, vrijedno u osnovi izložiti i raščlaniti.

Tvrka Kirby je obvezala International Cargo Control (ICC), otpremnika, da preveze strojeve iz Australije u Huntsville, Alabama (USA). ICC je izdao teretnicu koja je označavala Savannah kao luku iskrcaja a Huntsville kao mjesto

⁶ V. sadržaj klauzule u punom tekstu u prijevodu Grabovac, op. cit., str. 104.

⁷ Poblize o sudskoj praksi Grabovac, op. cit., str. 105-107. O stajalištima sudova u SAD i Engleskoj v. poblize Attilio M. Costabel, The «Himalaya» Clause Crosses Privity's Far Frontier. Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Journal of Maritime Law and Commerce, Baltimore, 36, 2, 2005, str. 217-245.

odredišta, zatim ograničenje odgovornosti za naknadu štete od 500 USD po koletu za pomorski prijevoz i viši iznos ograničenja za kopneni put, te je sadržavala i standardnu «Himalaya» klauzulu uz spominjanje svih osoba, uključujući i nezavisnog ugovaratelja, čije su djelatnosti služile u izvršenju ugovora. ICC je zatim ugovorio sa svoje strane, samostalno, ugovor o prijevozu s njemačkim prijevoznikom (brodarom), Hamburg Sudom, koji je izdao teretnicu koja je isto tako predviđala Savannah kao luku iskrcaja i Huntsville kao mjesto odredišta, te isti iznos granica odgovornost prema američkom Carriage of Goods by Sea Act, 1936. (COGSA), 500 USD po koletu, ali i za kopneni prijevoz. Ta je teretnica osim toga sadržavala i posebnu «Himalaya» klauzulu koja se odnosila i na kopnene prijevoznike. Hamburg Sud je potom povjerio prijevoz od Savannaha do Huntsvillu željezničkom prijevozniku – Norfolk Southern Railway. Vlak na kojemu su bili ukrcani kontejneri sa strojevima iskočio je iz tračnica prouzročivši znatne štete strojevima, 1.500.000 u USA dolarima. Kirby i njegov osiguratelj pokrenuli su postupak izvanugovorne odgovornosti prema Norfolk Southern Railway pred jednim prvostupanjnskim sudom (District Court) u Georgiji. Tuženi je zatražio ograničenje odgovornosti od 500 USA dolara po kontejneru i uspio je u sporu, ali je odluka promijenjena u Apelacijskom sudu – Jedanaesti odjeljak. U svojoj odluci Apelacijski sud je presudio da tuženi željeznički prijevoznik Norfolk nije mogao zahtijevati ograničenje koje je predviđeno u teretnici koju je izdao ICC jer je klauzulu u toj teretnici o ograničenju odgovornosti zaštićivala samo osobe koje su bile u ugovornom odnosu (privity of contract, interes u ugovoru, osebujni anglosaksonski institut) s ICC. Odluka je, osim toga, ustvrdila da se ograničenje označeno u teretnici Hamburg Suda (njemačkog pomorskog prijevoznika) ne može primijeniti protiv krcatelja (Kirbya) jer tvrtka ICC nije djelovala kao agent Kirbya kad je sklapala ugovor o prijevozu s pomorskim prijevoznikom. Vrhovni sud SAD, međutim osporio je takvu odluku koja je, po svemu sudeći, imala pravnu utemeljenost.

Obrazloženje odluke Vrhovnog suda je zanimljivo. U odluci se ističe da je ugovor o prijevozu, koji uključuje, obuhvaća pomorsku etapu i mnogo kraću kopnenu, po svojoj naravi pomorski prijevoz utoliko ukoliko je glavni, primarni predmet ugovora prijenos robe morskim putem od mjesta ukrcavanja do iskrcaja s broda (od Australije do istočne obale SAD) i stoga se u potpunosti podvrgava saveznom zakonu (posebna pravila za nadležnost u pomorskim sporovima u SAD, za razliku od kopnenih prijevoza koji se podvrgavaju pravu država). Zbog takve konstatacije u obrazloženju odluke se slikovito ističe da u slučaju Kirby imamo pomorski spor o željezničkom brodolomu («maritime case about a train wreck»). Ako bi se za kopnenu etapu prijevoza primijenilo pravo države, ta bi okolnost zapravo bila suprotna težnji za unifikacijom, ujednačenjem pomorskog prava. Dalje, «Himalaya» klauzula koja proširuje primjenu uvjeta iz teretnice, a

osobito ograničenje naknade štete, na svakog službenika itd. uključujući i nezavisnog ugovaratelja mora se tumačiti tako da i kopneni prijevoznik pripada tom proširenju jer nužnost prijevoza robe i kopnenim putem bijaše poznata strankama. Naime, riječ je danas o čestoj uporabi multimodalnog, mješovitog prijevoza, prijevoza u kojem sudjeluju prijevoznici najmanje dviju grana prometa, u kojem na temelju teretnice za takav prijevoz («through» bill of lading) vlasnik tereta može jednim jedinstvenim poslom ugovoriti prijevoz prekomorskim putem do nekog odredišta u unutrašnjosti. Spomenimo iz sadržaja opširnog obrazloženja ove odluke samo još jednu konstataciju. I Sud smatra da ICC nije agent Kirbya u klasičnom smislu. Međutim, ipak konstatira da je ICC agent Kirbya jedino i isključivo kada je riječ o *ograničenju odgovornosti*, i to onda kada je ICC sklopio ugovor sa sljedećim prijevoznikom (potprijevoznikom) za slučaj ograničenja odgovornosti.⁸

5. HRVATSKO PRAVO I «HIMALAYA» KLAUZULA

Rasprava o valjanosti «Himalaya» klauzule i nastojanje da se pravnoformalno prizna njen učinak, rezultat je činjenice da ne postoje posebne zakonske norme o, poglavito, slagačima (osim u francuskom pravu) ili o poduzetnicima prijevoznih terminala (osim, u pokušaju, na međunarodnom planu⁹). Kako ti poduzetnici potpadaju pod *opća načela odgovornosti*, ne mogu se pozivati na određene povlastice koje u režimu odgovornosti prijevoznika u prijevozu stvari morem postoje (zastarni rok, a osobito ograničenje odgovornosti). Odgovornost slagača i drugih nezavisnih poduzetnika stvarno će biti ograničena ako osoba kojoj odgovaraju za štetu i sama odgovara ograničeno (npr. kada slagač odgovara brodaru-prijevozniku).¹⁰ To znači, u ovom slučaju, da se slagač neizravno služi pomorskopravnim institutom ograničenja odgovornosti, ali npr. nema mogućnosti da se protiv brodara-prijevoznika koristi pomorskopravom zastarom. Kao tužitelj može se pojaviti vlasnik tereta, zapravo korisnik prijevoza. Slagač (a njeega spominjemo kao eklatantan primjer) naravno odgovara ugovorno naručitelju

⁸ Poblize o sadržaju i tumačenju odluke Vrhovnog suda Joseph C. Sweeney, Crossing the Himalaya: Exculpatory Clauses in Global Transport. Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Journal of Maritime Law and Commerce, 36, 2, 2005, Baltimore, str. 155-199; William H. Theis, Third-Party Beneficiaries in Multimodal Contracts of Carriage. Norfolk Southern Railway Co. v. James N. Kirby, Journal of Maritime Law and Commerce, 36, 2, 2005, Baltimore, str. 201-215; Costabel, op., cit.; Supreme Court of the United States 9 novembre 2004, Il diritto marittimo, II, 2005, Genova, str. 650-662.

⁹ V. poblize Velimir Filipović, Nova Konvencija Ujedinjenih naroda o odgovornosti poduzetnika prijevoznih terminala u međunarodnoj trgovini, Uporedno pomorsko pravo (Comparative Maritime Law), Zagreb, 1-2 (133-134), 1992., str.119-131.

¹⁰ Branko Jakaša, Udžbenik plovidbenog prava, Zagreb, 1979., str. 165.

slagačkih operacija. Ako je u pitanju ugovorna odgovornost, dopušta se u našem pravu sporazumno ograničenje odgovornosti uz uvjete iz čl. 345. st. 3. Zakona o obveznim odnosima («Pravovaljana je odredba ugovora kojom se određuje najviši iznos naknade, ako tako određeni iznos nije u očitom nerazmjeru sa štetom i ako za određeni slučaj nije što drugo zakonom određeno»). Ograničenja nema ako je u pitanju kvalificirana krivnja, u našem primjeru slagača (usp. čl. 345. st. 4. Zakona o obveznim odnosima).

Kao što sam istakao, u našem pravu nema formalnih zapreka da nezavisni ugovaratelj za svoju djelatnost odgovara i izvanugovorno oštećenoj osobi. To znači da se u položaju aktivne legitimacije može naći i vlasnik oštećenih stvari, odnosno korisnik prijevoza. Ima li mogućnosti da se nezavisni ugovaratelj (opet u primjeru slagača) zaštititi od (tegotnih) općih načela odgovornosti? Može li npr. «Himalaya» klauzulom zaštititi svoj položaj? Smatram da bi u hrvatskom pravu takva klauzula *mogla* imati učinak ako je između pomorskog prijevoznika i naručitelja (korisnika prijevoza) bilo izričito ugovoreno ili u teretnici izričito klauzulom inkorporirano, a to znači *precizno i jasno*, da će se i tzv. nezavisni ugovaratelji, kao treći, moći koristiti sustavom odgovornosti za prijevoznika-brodara. Nema pravnih razloga da hrvatski sudovi ne priznaju njenu valjanost. Uostalom, u čl. 336. st 3. Zakona o obveznim odnosima naglašava se da se ugovorom može ustanoviti pravo u korist treće osobe. Ovdje bi brodar-prijevoznik u dogovoru s naručiteljem prijevoza mogao u korist trećeg nezavisnog ugovaratelja njemu osigurati pravo na ograničenje odgovornosti u slučaju izvanugovorne tužbe. Naravno, nezavisni ugovaratelj mogao bi se tada pozvati na režim odgovornosti brodara-prijevoznika (odnosno na dogovorom dopuštena, precizirana načela te odgovornosti, npr. ograničenje odgovornosti) samo onda kada je djelovao u poslovima koji spadaju u domenu pomorskopravnog posla prijevoza stvari. U našem pravu prijevoznik odgovara od preuzimanja stvari pa do predaje, a to znači da odgovara i dok čuva stvari na kopnu (usp. čl. 547. Pomorskog zakonika). Prema tome, i kopnene operacije koje izvode slagači ili poduzetnici prijevoznih terminala, ako su u razdoblju odgovornosti prijevoznika, u fazi su izvršenja ugovora o prijevozu.

Kako, u sklopu našega prava, procijeniti najnoviju odluku Vrhovnog suda SAD u slučaju «Kirby»? Mislim da naši sudovi ne bi imali pravnog temelja, uzimajući u obzir činjenično stanje iz citiranog slučaja, presuditi kao američki sud. Međutim, naše bi pravo i sudska praksa mogli priznati ugovornu klauzulu u korist trećih ali samo onda kada bi se ugovaratelji iz osnovnog posla precizno i jasno dogovorili o sadržaju (popularno nazvanom «Himalaya») klauzule koja bi izvanugovorno zaštićivala i treće osobe i iz budućih podugovaranja.

6. UMJESTO ZAKLJUČKA

Nesporno je da se nezavisni ugovaratelj kao štetnik ne može oduprijeti zahtjevu neposredno oštećene osobe s kojom nije u ugovornom odnosu. Stoga se i nastoji konstrukcijom poput «Himalaya» klauzule dovesti u jednaki pravni položaj nezavisnog ugovaratelja kao i broдача-prijevoznika, bez obzira na naslov odgovornosti. Najbolje bi rješenje bilo da se svim sudionicima u određenom pravnom odnosu zakonski pruži jednaki tretman odgovornosti, kao što je to npr. za slugača uradio francuski zakonodavac ili se to pokušavalo međunarodnopravno rješavati konvencijom za poduzetnike prijevoznih terminala. U našem pravu, bez obzira na neke pokušaje iz prošlosti, nema posebnih odredaba u tom pogledu. Stoga ostaje kao prikladno rješenje primjena inačice tzv. «Himalaya» klauzule koja, kada je precizno redigirana, može proizvesti očekivane pravne učinke.

Summary

“HIMALAYA” CLAUSE – CURRENT PROBLEMS

The discussion includes the problems of extra-contractual responsibility of persons that a sea carrier hired to carry out a contract on shipping goods and the persons are not employed by the carrier. These persons are called independent contractors and can also be called self-employed contractors (e.g. stevedores or contractors of transport terminals). In case of damaged goods, the question is whether the damaged party (recipient of the goods) can also sue, other than his contractual partner – carrier, the independent contractor who caused the damage in his running the business. If there is an extra-contractual responsibility of that person, could for this person be applied the principles of responsibility for sea carrier, especially the limitation of responsibility. These doubts are in this article analyzed by calling upon international conventions and domestic law, and especially by relying on the freedom of contracting for the third party (the well-known “Himalaya” clause). The new judgment by the Supreme Court of the United States of America (“Kirby” case, 2004) extends the application of the “Himalaya” clause also on the persons who are outside the context of primary contract, on subcontractors in land transport as well.