

## УГОВОРИ У ЕЛЕКТРОНСКОМ ОБЛИКУ

doi: 10.7251/SPM1346167R

***Апстракт:** Овај рад за циљ има упознавање са начином на који се обавља електронски пословни и правни промет и уговорним односима на Интернету. Описани су појавни облици потрошачких и привредноправних уговора са освртом на специфичности које се појављују приликом закључења у зависности од технолошке основе (протокола). Такође, компаративно су представљене карактеристике уговора у електронској форми у односу на папирну, као и специфичне одредбе Закона о електронском пословању и односу на Закон о облигационим односима.*

***Кључне ријечи:** електронско пословање, правна сигурност, уговори, интернет*

### 1. Увод

Под појмом уговора у електронском облику подразумевамо све уговоре закључене примјеном електронских технологија и пратећих средстава електронске комуникације. У овом раду ћемо разматрати подјеле по критеријуму информационе технологије која се користи при закључењу.

Питања и дилеме везане за уговоре у електронском облику се код трговаца јављају већ више од тридесет година, тачније, од појаве првих електронских средстава за обављање пословног промета. Ова питања се односе на пуноважност и правно одређење према њиховој електронској форми, те на њихову доказну снагу у судским споровима.

---

\* Мр Срђан Рајчевић, директор Агенције за информационо друштво Републике Српске

Данас се може сматрати да је правна теорија и пракса на та питања мање или више дала одговор, како на међународном, тако и на националном нивоу. Кључни фактор у рјешавању проблема произашлих из претходно наведених дилема је рад Комисије за међународно трговинско право Уједињених нација (УНЦИТРАЛ) и усвајање Модел закона о електронској трговини 1996. године.<sup>1</sup>

Комисија је још током 1985. године упутила позив националним владама да сагледају све правне и административне баријере које се односе на електронску трговину. Констатујући да је обавезност папирне форме и недостатак хармонизације при изради прописа који се односе на електронску трговину главна препрека за ступање у односе такве врсте, комисија је преузела све неопходне активности у циљу припреме регулаторног оквира током 1992. године. Стога се Модел закон о електронској трговини може посматрати као прва фаза прилагођавања правних правила захтјевима електронског тржишта. Сачињен како би уклонио постојеће правне препреке на технолошки неутралан начин, одредбе овог закона и њему комплементарног Модел закона о електронском потпису<sup>2</sup> чине основни темељ за признавање пуноважности уговора у електронском облику.

Рад на правном уобличењу електронског уговарања и електронског облика уговора довео је до појаве нових питања и дилема које нису стриктно везане за електронску трговину, али су круцијална за развој електронског тржишта у ширем смислу<sup>3</sup>. Ова питања се односе на неколико кључних области.

Прва дилема је везана за сагласност страна, односно изјаву воље, иако је јасно да се воља може исказати и електронским путем. Међутим, још увијек постоје нејасноће у вези правила која се

---

<sup>1</sup> United Nations, UNCITRAL Model law on electronic commerce with guide to enactment, New York, 1999, доступно на адреси: [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf), 13.07.2010., p. 17.

<sup>2</sup> United Nations, UNCITRAL Model law on electronic signatures with guide to enactment, New York, 2002, доступно на адреси: [www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf), 22.4.2011.

<sup>3</sup> Quinten Kroes, *E-business law of the European Union*, 2nd edition, Detroit, 2010, p. 78.

примјењују у различитим случајевима гдје се сагласност за ступање у уговорни однос даје како би се закључио уговор. Вриједи напоменути да се сагласност даје у зависности од коришћења одређеног технолошког модела и одговарајућег протокола за електронску комуникацију. У том смислу, поставља се питање валидности клаузула у резултирајућем уговору.

Други сет дилема се односи на степен заштите крајњих потрошача у електронском окружењу. Иако је ово питање везано за уговоре са грађанскоправном основом, од изузетне је важности за развој цјелокупне електронске трговине адресирати га благовремено и на одговарајући начин, јер се у супротном ствара привид правне несигурности што ће за крајњи резултат имати и негативан тренд учешћа привредних субјеката у електронској трговини. Треће питање је везано за могућност појаве техничких грешака приликом закључења уговора, док се четврто односи на начин на који се национална законодавства односе према самом процесу електронског уговарања и размјени електронских докумената.

Електронско уговарање је, дакле, процес чији је крајњи циљ закључење уговора коришћењем електронских средстава комуникације<sup>4</sup>. Начин на који се електронско уговарање врши зависи од одабира технолошке основе, односно комуникационог канала и пратећег сета активности који се сходно одабраној технологији спроводе. У наставку овог рада покушаћемо сагледати неке од могућих начина закључења уговора, те пратеће правне недоумице и питања која се у вези са тим активностима јављају.

## **2. Појавни облици уговора у електронском окружењу**

### **2.1 Веб странице**

Иако се детаљна елаборација закључења уговора путем веб страница може учинити сувишним, вриједи анализирати и постојеће облике електронских уговора који се закључују између крајњих потрошача (C2C) или између друштава и физичких лица

---

<sup>4</sup> Martien Schaub, *European legal aspects of E-Commerce*, 1st edition, Amsterdam, 2004, str. 41.

(B2C) путем веб страница<sup>5</sup>, јер је то на одређен начин предуслов за развој уговорних односа у склопу обављања дјелатности привредних субјеката. Разумијевањем начина на који се закључују веб-базирани потрошачки уговори, у прилици смо да сагледамо та питања и недоумице правне природе које се при томе јављају, те сагледамо све проблеме који би морали бити ријешени приликом закључења привредних уговора. Сходно коришћењу одређене технолошке основице за презентацију уговорних одредби, срећемо три појавна облика уговора у електронској форми.

У тзв. **shrink wrap**<sup>6</sup> начину уговарања, купац који је претходно наручио робу путем веб портала прима одређени производ физичким путем (нпр. испоруком на кућну адресу брзом поштом), те се накнадно упознаје са уговорним клаузулама читањем уговора у паприној форми који је дошао у пакету са производом или у оквиру пратеће документације. Овај начин уговарања није својствен само електронској трговини, па се среће и у «класичној» купопродаји.

**Click wrap** уговор је закључен приликом или прије саме наруџбе путем веб сајта. Од купца се захтијева сагласност кликом на дугме са интуитивним насловом<sup>7</sup>, како би се трансакција обавила. У супротном, купац се преусмјерава на другу интернет локацију без извршења трансакције.

Трећи облик, односно **browse wrap** уговор подразумева купчеву посјету одређеном веб сајту. На некој од страница сајта су изложене уговорне клаузуле, те се оне са аспекта пружаоца одређених услуга или продавца одређених производа сматрају обавезујућим за сваког посјетиоца који користи тај сајт или његове електронске услуге.

<sup>5</sup> Веб (странице су документи у електронском облику који се крајњем кориснику презентују путем WWW протокола. Ради се о екранском испису мултимедијалних страница креираних HTML (енг. *Hypertext Markup Language*) језиком. Логички повезан скуп веб страница се назива веб сајт (енг. *web site*), а приступа им се путем јединствене адресе.

<sup>6</sup> У домаћој литератури као и у практичној употреби ових назива не постоји адекватан превод на српски језик. Стога ћемо у наставку овог рада користити енглеску терминологију за све појмове за које не постоји увријежен назив или превод.

<sup>7</sup> Обично се ради о енг. “*I agree*”, односно “Сагласан” или “Слажем се” дугмету.

Сва три облика изискују додатну правну анализу и елаборацију у погледу сагласности. Наиме, поставља се питање које активности крајњег потрошача узрокују изјаву воље. Такође, недоумице у вези клаузула које нису предочене прије сагласности (и након што је трансакција извршена) изазивају посебну пажњу. Нарочито је упитно да ли је сагласност уопште дата - ако јесте када, и да ли се она односи само на клаузуле којих је страна била свјесна или обухвата и оне са којима није упозната у тренутку давања сагласности.

Не постоји јединствен сет правила која се односе на ова питања. У погледу судске праксе, њу чине појединачни случајеви у оквиру различитих националних правних система са различитим исходима, сходно прописима или прецедентним случајевима (уколико се ради о *Common Law* законодавствима) који се односе на ову материју. Нека законодавства су ове проблеме покушала да ријеше прописима који се тичу заштите крајњих потрошача<sup>8</sup>, док су се друга руководила правилима која постоје у прописима који се тичу уговорних односа, односно начина изјаве воље.

У праву Сједињених Америчких Држава, пресуде по одређеним споровима резултирале су извјесном неуједначености у погледу третирања сагласности која се даје електронским путем. Тако се у случају *ProCD Inc. v. Zeidenberg*<sup>9</sup> одлучивало о *shrink wrap* уговору као обавезујећем за крајњег потрошача. Страна је купила софтвер који је био предмет уговора о коришћењу (лиценци уговор) испорученог у папирној форми заједно са софтвером и који се приказивао у вријеме коришћења софтвера. Суд је овом приликом био на становишту да је купац био обавезан на поштовање уговорних клаузула које су испоручене са софтвером, без обзира што исте нису биле видљиве приликом куповине. Суд је образложио да, иако је купац платио пуну цијену за софтверски производ, исти

---

<sup>8</sup> Нпр. Европска унија. Види: European Commission, Unfair Terms Directive, Council Directive 93-13-EEC, OJ (L. 95) 29

<sup>9</sup> *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447, 1449 (United States, 7th Circuit Court, 1996), доступно на адреси: <http://www.bitlaw.com/source/cases/copyright/procd.html>, 14.2.2012.

није комплетирао прихват уговорних одредби све док није дата сагласност на уговор о коришћењу. Немогућност сагледавања одредби уговора о коришћењу од стране суда није сматрана за препреку јер су купци који куповину обављају електронским начином комуникације често у ситуацији да не могу сагледати садржај и обим производа унапријед.

Иако је пресуда у овом случају наишла на одобравање од стране појединих судова у САД, многи судови су одбили да се сагласе са образложењем које је суд у овом случају изнио. Такође, правна литература је у већини случајева ову пресуду посматрала крајње критички, што потврђује употребу *shrink wrap* уговора као крајње ризичну по купца, првенствено због немогућности упознавања са уговорним одредбама прије саме куповине.

Неколико судова су пресуђивали и у случајевима *click wrap* уговора. Тако нпр. у случају *In re RealNetworks, Inc. Privacy Litigation*<sup>10</sup>, суд одлучује да су интернет корисници сервиса компаније пристали на уговор о коришћењу који дефинише арбитражно рјешавање спора. У случају *Hotmail Corp. v. Van \$ Money Pie, Inc.* суд пресуђује у користи тужиоца правдајући валидност клаузула о коришћењу бесплатних налога електронске поште за слање рекламних порука које су чиниле *click wrap* уговор.

Како видимо, *click wrap* уговори су мање контроверзни у односу на *shrink wrap*, прије свега због њихове технолошке поставке, односно постојања недвосмисленог механизма за давање сагласности и могућности да купац или корисник услуга сагледа све клаузуле уговора прије него што се изврши било каква новчана трансакција.

У случајевима у којима се одлучивало о *browse wrap* уговорима, судска пракса САД-а је опет подијељена у погледу питања давања сагласности. Тако је у случају *Specht v. Netscape Communications Corp.*<sup>11</sup> корисник преузео софтвер са интернет сајта који је садр-

<sup>10</sup> *In re RealNetworks, Inc. Privacy Litigation*, 2000 WL 631341, 4(N.D. 111.), доступно на адреси: <http://www.internetlibrary.com/pdf/In-re-RealNetworks-N.D.-Ill.-May-8-2000.pdf>, 14.2.2012.

<sup>11</sup> *Specht v. Netscape Communications Corp.*, 150 F.Supp.2d 585,593-94 (S.D.N.Y. 2001), *aff'd* 306 F.3d 17 (2nd Cir. 2002.), доступно на адреси: [http://en.wikipedia.org/wiki/Specht\\_v.\\_Netscape\\_Communications\\_Corp](http://en.wikipedia.org/wiki/Specht_v._Netscape_Communications_Corp), 14.2.2012.

жао поруку која је гласила «Молимо Вас да се упознате и сагласите са условима и одредбама Уговора о коришћењу Netscape Smart Download софтвера прије преузимања и коришћења». Суд је стао на становиште да у овом случају постојање овакве поруке није било довољно за закључење уговора, јер није постојала недвосмислена сагласност од стране корисника, без обзира што је софтвер преузет и сачуван на корисников рачунар.

Међутим, у случају *Pollstar v. Gigmania Ltd.*<sup>12</sup>, интернет сајт који је садржао одређене информација о одржавању музичких концерата је на својој страници садржао и одредбе уговора и услове под којима се подаци објављени на сајту смију копирати. Како није постојао технички механизам давања сагласности (нпр. дугме као у случају *click wrap* уговора), корисник је сматрао да би се тужба требала одбацити јер сагласност није експлицитно дата, нити је постојала препрека да се информације копирају. Ипак, суд је пресудио у корист тужиоца сматрајући да је уговор био јасно изражен, те као такав валидан, а лице које га је сачинило подложно судској заштити.

Како би се отклониле постојеће недоумице у вези са давањем сагласности на *browse wrap* уговоре, комисија Америчке адвокатске коморе је извршила анализу са приједлозима који би обезбиједили пуноважност истих<sup>13</sup>. Ти се приједлози односе на испуњавање четири услова:

- а) да је кориснику пружена недвосмислена назнака постојања уговора и пратећих клаузула,
- б) да је кориснику пружена могућност да сагледа уговорне клаузуле,
- в) да је кориснику предочено јасно упозорење да предузимање одређене активности (као што је само коришћење сајта) представља давање сагласности на одредбе уговора,

---

<sup>12</sup> *Pollstar v. Gigmania, Ltd.*, 170 F.2d 974 (E.D.Cal. 2000), доступно на адреси: <http://www.internetlibrary.com/pdf/Pollstar-Gigmania-ED-Ca.pdf>, 14.2.2012.

<sup>13</sup> *Browse-wrap agreements: validity of implied assent in electronic form agreements*, <http://business.highbeam.com/127/article-1G1-112797815/browsewrap-agreements-validity-implied-assent-electronic>, 13.11.2012.

г) да је корисник предузео претходно назначене активности.

Иако смо се у овом поглављу осврнули на питања и недоумице у вези са потрошачким уговорима који се закључују путем веб протокола, иста се односе и на друге технолошке методе као што су електронска пошта те разне комерцијалне платформе за електронско уговарање. Други аспекти који су битни за закључење уговора у електронском облику, као што су вријеме закључења и утврђивање идентитета уговорних страна се, поред материјалног упоришта у одговарајућим законским рјешењима, огледају у правилној употреби технолошких производа произашлих из нормативног усклађивања електронске трговине и електронског пословања.

## 2.2 ЕДИ мреже

Динамичан развој пословања почетком седамдесетих година прошлог вијека наметнуо је потребу за ефективнијим начином комуникације и стварањем правних односа између пословних субјеката. Закључивање уговора са географски удаљеним пословним субјектима захтијевало је усвајање неопходних стандарда, технолошки напредну структуру комуникационе мреже те правно признање на тај начин склопљених послова.

ЕДИ (енг. *EDI – Electronic Data Interchange*) стандард коријене вуче из економске блокаде Берлина од стране Совјетског Савеза 1948. године када су послови око ваздушне испоруке залиха хране и лијекова од стране добављача америчкој влади адресирани у истовјетном облику када се и рађа идеја о усвајању јединственог стандарда за испоставу фактура у погледу форме и начина испоруке. Електронска размјена таквих рачуна је био логичан наставак рада на убрзању њихове испоставе и као таква се појавила у пословима везаним за жељезнички и друмски транспорт у Сједињеним Америчким Државама, а доцније и у Европи те Аустралији. До развоја Интернета и његовог омасовљења, ЕДИ мреже су представљале комуникациону основу у пословном окружењу.



ЕДИ се у најкраћим цртама може дефинисати као електронска замјена за купопродајне налоге базиране на папирној форми. Ефективне посљедице примјене овог стандарда су много шире у односу на аутоматизацију цјелокупног процеса набавки. ЕДИ пружа могућност једноставног и јефтиног трансфера структурираних података у оквиру пословне заједнице, у исти вријеме спајајући удаљене пословне субјекте. Прецизнија дефиниција ЕДИ стандарда се односи на «размјену докумената у стандардизованој електронској форми, између организација, на аутоматизован начин, директно између рачунарске апликације из једне организације и апликације у другој организацији»<sup>14</sup>.

У поређењу са технологијама модерног доба, ЕДИ је по својим основним карактеристикама сличан електронској пошти. Електронска пошта омогућава електронску размјену текстуалних и мултимедијалних порука између лица, односно корисника Интернета - власника одговарајућег сандучета електронске поште. ЕДИ, на другу страну, подржава размјену структурираних и унифицираних пословних порука (које имају своју папирну форму) које се размјењују између рачунарских апликација. ЕДИ комуникација се заснива на коришћењу електронског трансмисионог медијума (у почетку су то биле посебне мреже затвореног типа а у посљедње вријеме је то Интернет), преформатираних порука заснованих на претходно договореном стандарду (како би се поруке могле валидирати у складу са предодређеним сетом правила), релативно брзој испоруци електронских докумената између пошиљаоца и примаоца (подразумијевајући испоставу фактура у року од неколико сати или минута) те директној комуникацији између апликација.

У новије вријеме ЕДИ мреже за трансмисију порука користе Интернет. Најчешће се ради о VPN (енг. Virtual Private Network - виртуелне затворене мреже) мрежама али и РТР (енг. Point to Point - од тачке до тачке) протоколу. Разлог су знатно мањи трошкови у односу на изградњу сопствене инфраструктуре, те већа доступност учесника, односно пословних субјеката који у оваквим размјенама података учествују.

---

<sup>14</sup> Electronic data interchange, [http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic\\_Data\\_Interchange](http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_Data_Interchange), 10.11.2012.

Коначно, сасвим је оправдано тврдити да су ЕДИ мреже, иако више не представљају физички одвојене мреже (у односу на Интернет), и пратећи ЕДИ стандарди који прописују структуру порука које се размјењују, и даље примарни начин закључења електронских уговора између привредних друштава.

### 2.3 Електронска пошта

Електронска пошта (енг. *e-mail*) је по својим технолошким карактеристикама облик асинхроне комуникације. Једна страна у комуникацији саставља текстуалну или мултимедијалну поруку у оквиру клијентске или веб апликације, означава адресу сандучета електронске поште примаоца која се потом преноси на сервер примаоца. Прималац у одређеном тренутку по запримању поруке прегледа њен садржај са могућношћу преноса исте на сопствени рачунар.

Питања у вези валидности поруке електронске поште као медијума за трансфер уговора појављују се већ од зачетка оваквог вида комуникације. Како се оно сматра базичним Интернет сервисом који је у посљедње вријеме и бесплатан, изостаје потреба за креирањем посебне инфраструктуре или комуникационог канала за електронско закључење уговора. Недостатак електронске поште и пратећег техничког протокола се односи на безбједност порука које су од момента одашиљања подложне увиду од стране трећих лица, а узевши у обзир и ниже нивое протокола којима се остварује пренос података путем Интернета, не може се гарантовати да ће послана порука стићи на одредиште. Стога се у сврху заштите електронске поште користе и посебна софтверска рјешења којима се поруке шифрују криптографским методама.

Ипак, и поред побројаних недостатака, уговарање путем електронске поште је значајан чинилац у цјелокупном процесу закључења привредноправних електронских уговора.

### 3. Закључење уговора у електронској форми

#### 3.1 Увид у одредбе уговора као услов пуноважности

Специфичност европске нормативе у вези са закључењем уговора у електронском облику огледа се у наизглед техничком али у исто вријеме и револуционарном концепту претходног стављања предложених одредби на увид како би се исти сматрао пуноважним. Овакво рјешење није својствено ни домаћем ни упоредном праву, посебно прописима којима се регулишу облигациони односи. При томе морамо нагласити да је законодавац ову обавезу прописао само у оним случајевима када се ради о потрошачким или једностраним трговачким уговорима, док су те обавезе ослобођени привредни субјекти у међусобним уговорним односима, чиме до изражаја долази специфичност привредноправних послова који се склапају електронским путем.

Закон о електронском пословању Републике Српске<sup>15</sup> овај концепт европског законодавца транспонира у члану 10. на сљедећи начин:

„Давалац услуга информационог друштва дужан је да кориснику услуга прије закључења уговора о пружању услуга информационог друштва осигура на јасан и разумљив начин сљедеће податке и информације:

- а) процедуре које слиједи у поступку закључења уговора,
- б) уговорне одредбе,
- в) општи услови пословања ако су саставни дио уговора,
- г) језици понуђени за закључивање уговора и
- д) кодекси поступања у складу са којима поступају даваоци услуга и информације о томе како се ти кодекси могу прегледати електронским путем.“

Питање које се овом приликом поставља је везано за начин којим се обезбјеђује примјена овог члана. Конкретно – шта се сматра за „јасан и разумљив начин“. Пружање одговора на ово питање, чини се, препуштено је судској пракси, дијелом због недостатка

---

<sup>15</sup> Закон о електронском пословању – ЗЕП, *Службени гласник Републике Српске*, 59/09

прецизне материјалноправне дефиниције, дијелом због разноликости случајева и њихових специфичности које су зависне од саме технолошке инфраструктуре.

Обавеза даваоца услуге информационог друштва се ту не завршава. У ставу 2. истог члана наводи се да је у циљу закључења пуноважног електронског уговора потребно да давалац услуге обезбиједи и „техничка средства за препознавање и исправке погрешног уноса података у поруку прије њене предаје или слања“. Могућност отклањања евентуалних техничких грешака приликом уноса података односи се на уговоре који се нуде путем веб страница, тачније на формуларе којима се врши наведена кореспонденција, што је у пракси нериједак случај и као такав представља оправдану обавезу која се намеће лицу које нуди наведене услуге.

Упориште за наметање ових обавеза законодавац налази у чињеници да су потрошачки уговори који се закључују путем Интернета и рачунарских мрежа у константној потреби повећања степена правне сигурности, па се чини логичним и штавише, пожељним, да уговорна страна буде информисана о уговорним одредбама како би се потписом на документ који исте садржи манифестовала воља за ступање у облигационоправни однос. Међутим, пракса и динамика електронског пословања налаже крајње убрзање читавог процеса што се практично огледа у чину плаћања за одређену робу или услуге, без претходног упознавања купца са одредбама или начином уговарања.

Друго питање које се јавља у поступку закључења уговора у електронском облику је везано за његову пуноважност. Уколико имамо у виду да позитивноправни оквир у дијелу који се односи на обавезе давалаца услуга информационог друштва, између осталих и на обавезу из цитираног члана 10. ЗЕП, прописује кривичноправну али не и грађанскоправну одговорност за кршење ових одредби, намеће се логична дилема о пуноважности уговора и његовом правном дејству. Како текст закона не садржи такве одредбе, непридржавање прописаних услова на први поглед не повлачи и ништавост на тај начин закључених уговора. Али ту би се могла

примијенити правила грађанског права о рушљивости таквих уговора због нпр. заблуде или преваре, јер су закључени супротно закону.

### 3.2 Понуда

Када говоримо о понуди за закључење уговора у електронској форми, треба напоменути да се по *lex generalis*<sup>16</sup> прописима у погледу њеног правног дејства, иста изједначава са понудом израженом у писменој форми<sup>17</sup>, што се да закључити и из одредби ЗЕП које се односе на складиштење, поновно коришћење и репродукцију.

Како смо претходно нагласили, понуда за закључење уговора може се упутити одређеном лицу или неодређеном броју лица. Понуда послана електронским путем, у електронском облику није изузетак, па се слање и достава понуде усмјерене ка одређеном лицу обавља углавном путем електронске поште као средства индивидуалне електронске комуникације<sup>18</sup>. Понуда која се шаље неодређеном броју лица има ограничени карактер, те се у електронском облику среће у случајевима објаве понуде путем веб странице привредног субјекта. Разликују се, међутим, понуда која садржи све битне елементе, укључујући и цијену за наведену робу или услуге, од понуде која ове елементе не садржи. У потоњем случају ради се о позиву на достављање понуде која се обично детаљније специфицира на начин да се понуђени обраћа понуђачу са захтјевом за додатно појашњење, или, уколико је садржина тог захтјева битно другачија у односу на сам садржај објављене понуде, на доставу контрапонуде како је то прописано Законом о облигационим односима. Треба имати у виду и да се објава понуде за закључење уговора другом привредном друштву врши преко специјализова-

---

<sup>16</sup> Закон о облигационим односима - ЗОО, *Службени гласник СФРЈ*, 29/78, 39/85, 57/89

<sup>17</sup> *Ibid.* чл. 40.

<sup>18</sup> Јелена Вилус, *Електронско трговачко право*, Прво издање, Београд, 2000, стр. 87.

них веб портала за чији се приступ захтијева унос креденцијала<sup>19</sup> и који логички представља затворену цјелину у смислу јавности.

У погледу правног дејства понуде учињене електронским путем, потребно је нагласити да се на исту примјењују идентична правила позитивног уговорног права<sup>20</sup>. Стога је понуду могуће опозвати на идентичан начин као и понуду која је одаслана средствима комуникације када се ради о уговарању између одсутних лица (уколико је опозив стигао до понуђеног прије или истовремено са понудом). Исто важи и за опозив прихвата понуде, с тим да се и понуда и прихват понуде сматрају примљеним оног тренутка када им понуђени, односно понуђач, може приступити.<sup>21</sup>

### 3.3 Прихват понуде

Прихват понуде у електронској форми најчешће се чини експлицитном изјавом воље, путем електронске поште када понуђени то чини на директан начин, слањем одговора на адресу са које је понуда стигла. Такође, прихват понуде могућ је и чињењем фактичке радње, као и нечињењем (ћутањем). У првом случају то би подразумевјавало да понуђени нпр. на одређену физичку локацију достави извјесну количину робе и испостави фактуру, док је други вид прихвата понуде на својеврстан начин изузетак од правила прописаног у ЗОО, тачније чл. 42. да се ћутање или друго нечињење не може прихватити као прихват понуде. У истом члану се тај изузетак дефинише на начин да се ради о сталној пословној вези и утврђеним односима у погледу одређене робе. Аналогно се да закључити да би се примјена овог изузетка односила на ЕДИ комуникацију између једног или више субјеката, што подразумије-

<sup>19</sup> Под појмом „креденцијали“ (енг. *Credentials*) се подразумијевају кориснички приступни параметри за одређени информациони систем. Уобичајено се креденцијали састоје од корисничког имена и лозинке, иако се у посљедње вријеме користе и други видови аутентикације (дигитални сертификат, отисак прста и сл.).

<sup>20</sup> Слободан Ненадовић, “Понуда преко Интернета”, *Право и привреда*, 1-4/2004, стр. 41.

<sup>21</sup> ЗЕП, чл. 13, ст. 2

ва извјестан степен аутоматизације, а самим тим и нечињење од стране људског фактора - лица овлашћеног за закључење уговора. Исти принцип важи и у случају постојања уговора о налогу, гдје налогопримац извршава серију задатих налога од стране налогодавца, а у оквиру својих пословних дјелатности.

Од посебног је значаја за правилну елаборацију прихвата понуде у условима електронског преноса података разликовати непосредни прихват понуде и прихват понуде између одсутних лица. Дистинкција је битна утолико што се у досадашњим теоријским разматрањима непосредни прихват понуде у електронској форми везао за постојеће норме уговорног права које регулишу тренутни контакт између одсутних лица као што су употреба телефона, телепринтера и радио везе. Стога се коришћењем ових средстава комуникације чини понуда присутном лицу. На другој страни, употреба електронске поште за слање понуде, без обзира на готово тренутни пренос порука између најудаљенијих географских тачака, сматра се пунудом учињеном одсутном лицу. Напомињемо да ЗОО у овим случајевима прописује одређени временски период у којем понуђени може одговорити на достављену му понуду, док се код понуде према присутном лицу изостанак тренутног прихвата сматра одбијањем, па таква ситуација не ствара правно дејство.

Пажљивом анализом европске Директиве о електронској трговини да се закључити да су редакторови напори пренствено усмјерени у циљу заштите крајњих потрошача. Поред тога, ова област детаљно је регулисана и Директивом о продаји на даљину<sup>22</sup> гдје се прописује потрошачево право да у одређеном временском периоду након закључења уговора који му је давалац услуга информационог друштва дужан пружити, без икакве санкције, повуче сагласност на закључење и тражи поврат новца што је рудиментарно супротно постојећим правилима уговорног права гдје се у таквим случајевима од стране продавца може тражити накнада штете. Ове

---

<sup>22</sup> Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, *Official Journal L 271*, 09/10/2002

одредбе, дакле, дерогирају одредбе *lex generalis* прописа и у том смислу може се рећи да је ово специфичност нормативне регулације закључења уговора у електронској форми. На другој страни, примјена ових одредби је искључена уколико се ради о привредноправним уговорима, што је и логично уколико у обзир узмемо да се уговорни односи између привредних субјеката стварају на трајној основи уз постојање извјесног степена повјерења, као и поштовања начела *pacta sunt servanda*.

### 3.4 Потврда пријема прихвата понуде

У претходним поглављима смо уочили поједине специфичности процеса закључења уговора у електронској форми. Увидом у садржај прописа који се баве овом материјом, могуће је сагледати и друге особености појединих одредби. Посебно се чини занимљивим члан члан 12. став 1. ЗЕП који гласи:

„Давалац услуга информационог друштва мора без одгађања електронским путем, посебно електронском поштом, потврдити пријем електронске поруке која садржи понуду или прихват понуде за закључење уговора.“

Иста одредба се може пронаћи и у члану 11. ставу 1. Директиве о електронској трговини Европске уније:

„Државе чланице морају осигурати, осим ако се странке другачије не договоре и те странке нису потрошачи, да се у случајевима када прималац услуге доставља своју наруџбу технолошким путем примјењују слjedeћа начела:

- давалац услуга треба потврдити пријем наруџбе примаоца без непотребног одлагања електронским путем,
- наруџба и потврда пријема се сматрају примљенима када им странке на које су насловљени могу приступити.“

Основна правила уговорног права налажу кораке који имају бити предузети како би се закључио пуноважан уговор, а то су чињење понуде и прихват понуде. Међутим, у претходно цитираним одредбама Директиве и одговарајућој транспозицији истих у



домаће законодавство, уочавамо постојање додатне обавезе даваоца услуге информационог друштва код закључења потрошачких уговора. Опет наглашавамо да је ова обавеза прописана искључиво за потрошачке уговоре, док се за привредноправне уговоре примењује диспозитивна норма као и за случајеве гдје се ради о индивидуалној комуникацији (нпр. електронска пошта).

Иако се ово може сматрати за још један оправдан напор редактора Директиве у циљу заштите крајњих потрошача, битно је додатно елаборирати ове одредбе, првенствено због чињенице да се истима фундаментално мијењају основе уговорног права када се ради о поступку закључења уговора. Наизглед се истима број потребних корака повећава, са постојећа два на три. Међутим, имајући у виду цјелокупан процес израде нормативних рјешења садржаних у Директиви, долази се до закључка да предложени трећи корак није услов за закључење уговора, она има карактер прихвата опште понуде истакнуте на интернет презентацији понуђача, а у пракси се исказује као потврда примљене наруџбе.

И поред разумијевања за исказане најбоље намјере редактора, постојање ове одредбе се са теоријскоправног становишта чини проблематичним. Прво, поставља се питање правног дејства потврде пријема прихвата понуде, а затим и правне последице непоштовања ове обавезе. Став правне теорије по питању правног дејства је да се пријем прихвата понуде не може сматрати завршним чином у поступку закључења јер би у супротном то представљало радикалну измјену основних постулата постојећег правног оквира који се односи на пуноважност уговора. Друго, питање грађанскоправне одговорности у случају неиспуњења ове обавезе, као и питање грађанскоправног дејства испуњења, имајући у виду да Директива не даје никакве одговоре је од посебног значаја. Овом приликом морамо истаћи да је постојање ове одредбе специфичност европског законодавства и да се слична рјешење не могу наћи ни у УНЦИТРАЛ Модел закону о електронској трговини, нити у праву САД-а, што доводи до закључка да је она усмјерена ка остваривању већег степена правне сигурности унутар европског тржишта,

а истовремено узрокује и добру пословну праксу, бар када се ради о уговорима који се склапају путем веб сајта давалаца услуга информационог друштва.

### 3.5 Вријеме закључења

Питање времена закључења је од круцијалне важности за све уговорне форме, па и за електронску, првенствено из разлога што од тог момента теку сва права и обавезе уговорних страна. Анализирајући електронску форму као специфичност модерног пословања, као и потребу да се пословни промет одвија брже а истовремено и ефикасније, стиче се утисак да је питање тренутка закључења уговора више изражен у односу на класични пословни промет и уговорне односе који се унутар њега јављају.

На почетку елаборираћемо неке од усвојених теорија које се тичу тренутка настанка уговорног односа унутар правних система који чине јединствен, међународни оквир за електронску трговину. Познат је став домаћег законодавца који у погледу момента закључења уговора усваја теорију пријема. Европски законодавац у Директиви о електронској трговини ово питање не регулише, дајући слободу државама имплементаторима да ово подручје уреде поштујући своје системске прописе. Ипак, како наведена директива експлицитно наводи да се прихват понуде и пратећа потврда пријема исте сматрају примљеним оног тренутка када им лица којима су намијењене могу приступити, чини се да је, на једном апстрактном нивоу, теорија пријема фаворизована. У упоредном праву, ово питање се разрађује детаљније у смислу техничких критеријума, иако је јасно да се теорија пријема сматра за најпогоднију када је ријеч о електронским уговорима.<sup>23</sup> Исто важи и за право европских

---

<sup>23</sup> Тако Закон о електронским трансакцијама САД-а у члану 15., ставу 1. и 2. прописује да „уколико није другачије договорено између пошиљаоца и примаоца, електронски документ се има сматрати посланим када је прописно адресиран или је на други одговарајући начин прописно упућен у систем за процесирање информација који је прималац одредио ... је у форми у којој може бити обрађен од стране датог информационог система ... уђе у систем за процесирање информација који је ван контроле пошиљаоца ... или уђе у рејон система за

континенталних држава попут Њемачке<sup>24</sup>, док се примјена „правила поштанског сандучета“ (енг. *mailbox rule*) налази у праву Енглеске<sup>25</sup>, што представља на својеврстан начин адаптацију теорије отпремања прихвата понуде. Извјесно је, међутим, да ће се у циљу хармонизације националних прописа будућа материјалноправна рјешења кретати у правцу усвајања јединственог модела, односно адаптације једне од теорија које се односе на тренутак закључења, што је у овом моменту, чини се, теорија пријема.

### 3.6 Мјесто закључења

У погледу мјеста закључења уговора у електронском облику, Директива о електронској трговини не утврђује никаква правила препуштајући рјешавање тог питања националним законодавцима. Иако је ово питање од изузетне важности због саме природе електронске трговине као глобалног пословног феномена у чијем се оквиру развијају пословноправни односи између субјеката који су географски дисперзирани и који потпадају под јурисдикцију више националних правних система, разумљиво је да је судској пракси препуштена евалуација појединачних случајева у погледу одређивања примјене материјалног права. У нашем праву питање мјеста закључења уговора спада у она правна подручја која су регулисана ЗОО. Овом приликом напоменућемо да се за мјесто закључења уговора сматра оно мјесто у којем је понуђач у тренутку закључења имао своје сједиште односно пребивалиште.

Упоредни правни системи усвајају слична рјешења. Изузетак је Закон о пружању услуга информационог друштва и електронској трговини Шпаније<sup>26</sup>, гдје је императивном нормом пропи-

---

процесирање информација који је одређен или редовно употребљаван од стране примаоца и који је под контролом примаоца“. Вид. Raymond T. Nimmer, Holly Towle, *The Law of Electronic Commercial Transactions*, Thomson Pratt, 2003, 5-33

<sup>24</sup> Чл. 130. Њемачког грађанског законика

<sup>25</sup> *Adams & Ors v Lindsell & Ors* [1818] EWHC KB J59 (05 June 1818), доступно на адреси: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1818/J59.html>, 5.11.2012.

<sup>26</sup> Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, *Boletín Oficial del Estado*, 12/02

сано да се за мјесто закључења потрошачких електронских уговора сматра мјесто у којем се у тренутку закључења налазило пребивалиште потрошача. У случајевима закључења привредноправних уговора, за мјесто закључења сматра се оно мјесто у којем се у тренутку закључења уговора налазило сједиште уговорне стране која дугује престацију<sup>27</sup>.

#### 4. Закључак

Обављање пословног и правног промета путем модерних средстава комуникације, првенствено Интернета, одликује се одређеним специфичностима које се јављају приликом ступања у уговорни однос. Уговори који се закључују коришћењем технолошких протокола као што су електронска пошта, веб сајт или ЕДИ мреже подложни су правилима који су садржани у европским директивама и које су преузете и имплементирани у оквиру правног система Републике Српске. Како је циљ регулације повећање степена правне сигурности, од изнимног је значаја сагледати све аспекте ових специфичности, у првом реду због константног повећања субјекта који се упуштају у комуникацију и пословање путем Интернета. Они се односе на све битне елементе уговора као што су вријеме и мјесто закључења те начин на који се изјављује воља уговорне стране.

Како је Република Српска у протекле четири године усвојила низ прописа из области развоја информационог друштва, од интереса је за ширу правну јавност благовремено упознавање са овим прописима, прије свега са ЗЕП као кровном пропису којим се уређују уговорни односи у електронском окружењу. Такође, битно је упоредити све елементе ове нормативне надоградње у смислу примјене ЗОО, што ће у крајњем случају резултирати повећаним интересом домаћих привредних субјеката и предузетника за овај вид пословања.

---

<sup>27</sup> Kinsella N. Stephan, Simpson F. Andrew, *Online contract formation*, 1st Edition, London, 2004., p. 242.

**Srdjan Rajčević LL.M**

## **CONTRACTS IN ELECTRONIC FORM**

### *Summary*

*This paper aims at exploring the way in which business is conducted electronically with regards to legal transactions and contractual relationships on the Internet. It describes the forms of consumer and commercial legal agreements with regard to the specifics that appear at the conclusion depending on technological grounds (protocol). The comparative characteristics of the contracts are presented in electronic form in relation to the paper form, as well as specific provisions of the Law on Electronic Commerce in comparison to the Law of Obligations.*

**Keywords:** *e-business, legal, security, contracts, internet*

## **ЛИТЕРАТУРА**

### **КЊИГЕ**

- Quinten Kroes, *E-business law of the European Union*, 2nd edition, Detroit, 2010
- Martien Schaub, *European legal aspects of E-Commerce*, 1st edition, Amsterdam, 2004
- Kinsella N. Stephan, Simpson F. Andrew, *Online contract formation*, 1st Edition, London, 2004
- Јелена Вилус, *Електронско трговачко право*, Прво издање, Београд, 2000

### **ЧЛАНЦИ**

- Слободан Ненадовић, «Понуда преко Интернета», *Право и привреда*, 1-4/2004

## ПРОПИСИ

European Comission, Unfair Terms Directive, Council Directive 93-13-ЕЕС, OJ (L. 95) 29

Закон о електронском пословању Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, 59/09

## СУДСКА ПРАКСА

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1449 (United States, 7th Circuit Court, 1996.)

In re RealNetworks, Inc. Privacy Litigation, 2000 WL 631341, 4(N.D. 111.)

Speecht v. Netscape Communications Corp., 150 F.Supp.2d 585,593-94 (S.D.N.Y. 2001), affd 306 F.3d 17 (2nd Cir. 2002.)

Pollstar v. Gigmania, Ltd., 170 F.2d 974 (E.D.Cal. 2000).