

Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВИЛА О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ И ПРАВО СРБИЈЕ*

Сажетак: У раду се разматра проблем хармонизације правила у области електронске трговине, као и њени најзначајнији правни основи на међународном и регионалном плану који се односе на електронску трговину уједињене, а то је Модел закон о електронској трговини и релевантне директиве Европске уније. Анализа обухвата бићне одреднице тог процеса, њихову усмереност, као и резултате на националном плану, уз њихову кријичку оцену. У другом делу рада се разматра актуелно стање правне регулативе у Србији у овој области, како на концептуалном плану, тако и појединосима по одабраним питањима, све у комбинацији са најпред наведеним правним изворима. Такође се проблематизује и њен однос и утицај на постојећи, традиционални систем уговорног права.

Хармонизација правила о електронској трговини се одвијала у врло специфичним условима, које карактерише скоро нејостојање посебних националних закона из ове области, што је довело до паралелног креирања правила на међународном и националном нивоу. У овом процесу круцијалну улогу на глобалном плану је одиграо Модел закон о електронској трговини. И поред шире прихваћености и рејекције његових правила, он није довео до глобалне униформности у овој материји, јер је изван сфере његовог утицаја остала ЕУ и земље које су у процесу прикључања тој интеграцији. С обзиром на своју пионирску улогу, српски Закон о електронској трговини представља задовољавајући искорак у стварању одрживе правне инфраструктуре за ове полове, иако, наравно, не даје решења за сва питања и проблеме у овој области. У садржинском погледу, он је концептуално заснован на праву ЕУ, са сличним нормативним решењима појединачних питања. У том смислу,

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту: „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“, који се реализује на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

ѡрисѡуј и ѡравила Модел закона су имала секундарни значај. Поклањање с њеѡвим ѡравилима ѡсѡјоји само у мери у којој она ѡсѡјоји у ѡраву ЕУ и ѡревасходно се односи на ѡроблем ѡравноѡ ѡризнања електронских уѡвора.

Кључне речи: *електронска ѡрговина, хармонизација, Модел закон о електронској ѡрговини, ѡраво ЕУ, ѡраво Србије.*

УВОД

У модерном свету економске глобализације, унутрашња и међународна трговина се експанзивно шире и преплићу. Њихов учинак и интеграција данас се углавном врши путем електронских трансакција које омогућавају тренутни ток пословања на било ком тржишту. Иако постоје тешкоће у њеном појмовном дефинисању и утврђивању њене садржине,¹ трговина која се одвија на тај начин се назива електронска трговина. Њен значај стално расте и дефинитивно губи своју ауру новитета.² Иако несумњиво значајна за сваку националну економију, њен раст није без ограничења. Један од битних фактора који би могао лимитирати њен развој је правна несигурност у овој области,³ услед непостојања или неадекватности правне регулативе.⁴ Стога електронска трговина све више постаје велики изазов за национално и међународно право. Излазећи у у сусрет таквим потребама, на различитим

¹ У најширем и најчешће коришћеном смислу, електронска трговина једноставно подразумева “производњу, дистрибуцију, маркетинг, продају или испоруку роба или услуга путем електронских средстава.” (Philip M. Nichols, „Electronic uncertainty within the international trade regime,” *Am. U. Int’l L. Rev.*, 15/1999, 1380). Исто тако она се некад екстензивно види као појам који обухвата све трансакције које користе електронска средства на неки начин, или нешто уже, као трансакције обављене у потпуности електронски. (Maureen A. O’Rourke, „Progressing Towards a Uniform Commercial Code for Electronic Commerce or Racing Towards Nonuniformity,” *Berkeley Tech. L.*, 14/1999, 638). Организација за економску сарадњу и развој (OECD) дефинише електронску трговину као трговину која обухвата све облике комерцијалних трансакција који се заснивају на електронској обради и преносу података, укључујући текст, звук и визуелне слике. (Faye Fangfei Wang, *Law of electronic commercial transactions: Contemporary issues in the EU, US and China*, Routledge 2014, 4-5). У Европској иницијативи о електронској трговини она се одређује као било који облик пословне трансакције у којој стране делују електронски, а не путем физичке размене. Упор: Randy R. Sabett, „International Harmonization in Electronic Commerce and Electronic Data Interchange: A Proposed First Step Toward Signing on the Digital Dotted Line,” *Am. UL Rev.*, 46/1996, 526.

² Manuel Alba, „Electronic commerce provisions in the UNCITRAL convention on contracts for the international carriage of goods wholly or partly by sea,” *Tex. Int’l LJ*, 44/2008, 388-390.

³ P. M. Nichols, 1380.

⁴ О проблему модернизације права услед промена у друштву: Сања Радовановић, „Закључивање уговора путем Интернет-а иде ли право у корак са временом”, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад 3/2008, 279-291.

нивоима се чине напори ка креирању одговарајуће правне регулативе у овој области, што отвара проблем њиховог усклађивања, односно хармонизације.

У раду који следи, управо ће бити разматран проблем хармонизације правила у области електронске трговине, као и њени најзначајнији правни основи на међународном и регионалном плану који се односе на електронску трговину уопште, а то је Модел закон о електронској трговини и релевантне директиве Европске уније. Анализа ће обухватити битне одреднице тог процеса, њихову усмереност, као и резултате на националном плану, уз њихову критичку оцену. У другом делу рада се разматра актуелно стање правне регулативе у Србији у овој области, како на концептуалном плану, тако и појединостима по одабраним питањима, све у компарацији са напред наведеним правним изворима. Такође се проблематизује и њен однос и утицај на постојећи, традиционални систем уговорног права.

1. БИТНА ПИТАЊА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ ПРАВИЛА У ОБЛАСТИ ЕЛЕКТРОНСКЕ ТРГОВИНЕ

1.1. Специфичности правне регулације и хармонизације у овој области

Иако потреба за законским регулисањем електронске трговине следи потребу за регулисање трговине уопште, она се у овој области суочила са једinstвеним контекстом, другачијим од оних у другим областима међународне трговине. Новум се пре свега односио на предмет регулације, која се базира пре свега на нерегулисаној природи интернета, које је доминантно технолошка основа електронске трговине.⁵ Њега је пратила и очигледна неспремност да се предвиде брзе промене у технологији и на њих одговори адекватним правилима и у корелацији са пословном праксом која користи ту технологију.⁶

У таквим условима су започети напори за постизање оптималне правне архитектуре за област електронске трговине. Она генерално подразумева усвајање одговарајућих међународних конвенција и доношење хармонизованих националних закона из ове области, које дугорочно прати и адекватна реформа и модернизација трговачког права.

Пракса електронске трговине почела је да се развија у време када државе нису имале специјалне законе прилагођене електронској трговини и када је

⁵ Услед тога, државне границе и физичке препреке које су раније постојале између компанија и купаца, продаваца и купаца, пружалаца услуга и клијената у одређеној мери нестају.

⁶ Henry D. Gabriel, „The United Nations convention on the use of electronic communications in international contracts: an overview and analysis“, *Unif. L. Rev. ns*, 11/2006, 286.

у тој области владала изражена правна несигурност, услед примене неодговарајућих постојећих правних правила. Стога су међународне организације и позвале све државе да преиспитају своја правна правила која утичу на употребу електронских технологија у трговини.⁷ Међутим, стварање различитих националних закона само по себи не решава проблем правне несигурности у овој области.⁸ Конфликтна национална правила, чак и ако су интерно кохерентна, представљају скоро исто тако велики проблем за глобалну електронску трговину као и одсуство правила у потпуности.⁹ Јасно је да експанзивна примена електронске трговине скоро да није могућа без хармонизације националних правних правила у овој области,¹⁰ односно без хармонизованог међународног правног приступа за електронске комерцијалне трансакције. Успостављање што ширег система правне једнообразности је кључно за њихову сигурност.¹¹ Потреба за усклађивањем националних правила је додатно изражена у овој области, с обзиром на глобалне димензије електронске трговине. Стога се приступа од стране више актера, покушајима хармонизације, како на универзалном, тако и на регионалном плану, превасходно у оквиру Европске уније.

Комисија Уједињених нација за међународно трговинско право (UNCITRAL) је основни¹² глобални међународни правни „кишобран“ електронске трговине.¹³ Она је одиграла кључну улогу у процесу не само хармонизације, већ и унификације правила електронске трговине на универзалном плану. Међутим, иако ови процеси имају другачију функционалну усмереност, они свакако нису стриктно одвојени, јер и производи унификације могу бити предмет рецепције у националне правне системе. У таквом процесу тзв. вертикалне интеграције,¹⁴ за кратак период од дванаест година, у овој области

⁷ Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Seventeenth Session, New York, 1984.

⁸ P. M. Nichols, 1406.

⁹ Jeffrey B. Ritter, Judith, Y Gliniecki, „International Electronic Commerce and Administrative Law: The need for harmonized national reforms“, *Harv. JL & Tech*, 6/1992, 271.

¹⁰ R. V. Sabet, 529.

¹¹ F. F. Wang, 7.

¹² У процесу налажења међународног нормативног решења у овој области се ангажују и друге међународне организације. Одређени значај су имали Међународна трговинска комора (ICC eTerms 2004, ICC Guide for eContracting 2004, ICC Global Action Plan for Electronic Business 2002), Организација за економску сарадњу и развој- OECD (Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, 1999). О ангажману Светске трговинске организације у овој области: P. M. Nichols, 1415 и даље. Одређени допринос дају и друга тела УН и регионални програми. Шире: Amelia H. Boss, „The Evolution of Commercial Law Norms: Lessons to be Learned From Electronic Commerce“, *Brooklyn journal of international law*, 34(3), 2009, 677-678.

¹³ То логично произилази из њене мисије да ради на „даљем напретку прогресивне хармонизације и унификацији закона међународне трговине“.

¹⁴ F. F., Wang, 8.

UNCITRAL је креирао три права инструмента (два модел закона¹⁵ и једну конвенцију¹⁶) са сличним, па и идентичним одредбама.¹⁷

Изазов у погледу хармонизације је био фундаментално другачије од онога с којом се UNCITRAL суочавао у другим областима,¹⁸ у којима су већ биле развијена правила на националној основи, а проблем је једино био њихово усклађивање. Електронска трговина је била област у којој, у моменту када је UNCITRAL започео рад на правној регулацији ове области, многе земље тек предузимају прве напоре за решавање истих проблема на националном нивоу или су у најбољем случају парцијално регулисале само неке аспекте електронске трговине.¹⁹ Постојање паралелних регулаторних пројеката у истој области на међународном и националном нивоу је створио процес који би се могао описати као “симбиотски,” где пројекти правне регулације заједно настају и под међусобним су утицајем.²⁰ То илуструју примери земаља које су реципирале у своје законодавство и одредебе Модел закона у настајању и пре његовог званичног усвајања.²¹

1.2. Правни основи хармонизације

Процес хармонизације на глобалном плану је превасходно заснован на UNCITRAL-овом Модел закону о електронској трговини²² из јуна 1996. године. Иако може бити допуна и надоградња међународним конвенцијама и другим инструментима у међународном трговачком праву,²³ његова кључна улога је да уклони препреке које произилазе из неадекватног националног

¹⁵ Донет је Модел закон о електронским потписима из 2001. године. Упор: UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment.

¹⁶ Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима (CUECIC) је донета 2005. године.

¹⁷ Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима заснива се на ранијим инструментима које је израдили Комисија, а посебно на Модел закону о електронској трговини, што је илустративно у њеним кључним одредбама. А. Н. Boss, 702-703.

¹⁸ Нпр. продаја, превоз робе, хартије од вредности.

¹⁹ А. Н. Boss, 683.

²⁰ А. Н., Boss, 684.

²¹ Такав случај имамо са правом Канаде, али и правом Сингапура.

²² И Конвенција УН о употреби електронских комуникација у међународним уговорима у мањој мери може бити узор националним правима, што показује пример Сингапура. Он није само прва азијска држава која је приступила овој конвенцији, већ и прва држава која је имплементирала неке од њених одредби на националном нивоу. Вид: Eliza Mik, „Evaluating the Impact of the Un Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on Domestic Contract Law-The Singapore Example,” *Y.B. Int'l L. & Aff.* 43 / 2010, 44.

²³ Ту се пре свега мисли на Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе (CISG), која је донета 1980. године.

законодавства о електронској трговини²⁴ и олакша његово усклађивање. Стога је он, за разлику од других UNCITRAL-ових инструмената који су креирани за међународну употребу, он превасходно донет као модел за домаће законодавство.²⁵ Намењен је да националним законодавцима понуди сет међународно прихватљивих правила из области електронске трговине²⁶ и на тај начин креира национално законодавство које је исто или слично по приступу, али не нужно у детаљима регулације.²⁷ Као такав, Модел закона је инструмент “превентивне” хармонизације, засноване на принципима, где се национални закони заснивају на универзално прихватљивим решењима и дотадашњој пословној пракси у тој области²⁸ уместо да да она буде резултат преговарања на основу постојећих националних закона.²⁹

Осим на глобалном плану, хармонизација правила о електронској трговини се одвија и на другим нивоима, са различитим значајем и обухватом. На регионалном плану, ту су од примарног значаја релевантна правила ЕУ, где најважнију улогу у регулисању електронских трансакција на унутрашњем тржишту између земаља чланица има Директива о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту (“Директива о електронској трговини”) из 2000. године.³⁰ Она превасходно има за циљ да допринесе правилном функционисању овог тржишта осигурањем слободног кретања услуга информационог друштва између држава чланица, ради осигурања правне сигурности и поверења потрошача.

Сагласно својој функцији, Директива о електронској трговини је усмерена према појединим конкретним питањима који изазивају проблеме на унутарашњем тржишту, уз битну промоцију и заштиту јавних интереса везаних за слободу пружања информационих услуга,³¹ као и за заштиту личних података и поверљивости комуникација. У том оквиру посебно се

²⁴ Tana Pistorius, „Contract formation: a comparative perspective on the Model Law on Electronic Commerce“, *Comp. & Int'l LJS Afr.*, 35/2002, 131.

²⁵ P. M. Nichols, 1405.

²⁶ United Nations Commission on International Trade Law. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce: With Guide to Enactment, 1996: with Additional Article 5 Bis as Adopted in 1998. UN, 1999. 16.

²⁷ M. A. O'Rourke, 642.

²⁸ A. H. Boss, 700.

²⁹ A. H. Boss, 687,700.

³⁰ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (“Directive on electronic commerce”), *Official Journal of the European Communities (OJ) L 178*, 17. 07. 2000.

³¹ Слободно кретање услуга информационог друштва је у праву ЕУ често исказано општим начелом слободе изражавања у складу са чл. 10. ст. 1. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

бави питањима пословног настана даваоца услуга, комерцијалним саопштењима, електронским уговорима, одговорности посредника, кодексом понашања, извансудским нагодбама, могућностима тужбе и сарадњи између држава чланица. Са оваквом садржином и усмереношћу, Директива се битно разликује од приступа Модел закона о електронској трговини, а тиме и од националних кодификација које имају узор у њему.

Видљиво је да се Модел закон о електронској трговини и Директива о електронској трговини разликују по свом приступу и садржинској усмерености, што је определило и њихов међусобни однос и у процесу хармонизације права у овој области. Наиме, проток времена је показао да је циљ UNCITRAL-а да утиче на национална законодавства доношењем Модел закона реално остварив³² у релативно широкој мери, и то код земаља “дивергентних економских могућности, правног наслеђа и телекомуникационе инфраструктуре.”³³ У том погледу право Европске уније о овој материји, међутим, је логично, значајан изузетак.³⁴ Не само да је ово право генерално било имуно на јачи утицај Модел закона како у погледу концепта, тако и у погледу садржаја, већ је у том погледу определило и понашање не само земаља чланица, већ и других земаља које су у процесу придруживања овој интеграцији.

Једно од објашњења шире прихваћености Модел закона би се могло пронаћи у његовој природи, која није ишла за тим да везује и диктира државама правила у целости. Напротив, остављена је значајна флексибилност у рецепцији његових одредби, при чему државе имају могућност преузимања целог текста закона или партикаларног уграђивања појединих правила Модел закона у своје законодавство. И његова садржинска усмереност је такође била таква, да је олакшавала његову већу међународну употребу. У том погледу он је функционисао као “оквирни” закон који не садржи сва могућа и потребна правила, нити регулише сва питања из ове области.³⁵ Он подразумева међународну регулацију са оквирним принципима и правилима, која омогућава државама да њену садржину прилагоде својим националним захтевима. Циљ је био постизање оптималне равнотеже између униформности и флексибилности, што није лако оствариво.³⁶

³² А. Н. Boss, 698.

³³ Недуго након доношења, Модел закон су као основу свог законодавства прихватиле тридесетак земаља укључујући САД (Electronic Transactions Act из 1999.године), Канаду, Аустралију. Упор: Jennifer E. Hill, „The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and National Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2/2003, 30-31.

³⁴ Упор: Christina Hultmark Ramberg, „The e-commerce directive and formation of contract in a comparative perspective“, *26 European Law Review*, 2001, 429 – 431; T. Pistorius, 132.

³⁵ Модел закон се бави питањима као што је коришћење модерних средства електронских комуникација и чување информација, формирање и валидност електронских уговора, правно признање електронских порука, као и електронским комуникацијама и превоз робе.

³⁶ М. А. О’Rourke, 642-643.

Наравно, све оно што је на први поглед позитивно у Модел закону, може имати и своју другу страну. Другачије, критичко посматрање овог документа с правом нису изостала, без обзира на позитиван утицај у погледу хармонизације правила у области електронске трговине. Његова уопштеност и парцијалност се може видети и као недостатак, као његова недовољност и непрецизност. Оквирни приступ у погледу садржине, неретко се оправдано види и као његова слабост, посебно са аспекта правне сигурности. Даље, нарочито у области закључења уговора, Модел закон се сматра недостатним потребама.³⁷ Исто тако, необавезност његових правила одводи и до недовољне униформности у рецепцији његових правила,³⁸ иако је то у природи овако „меких“ правила.

2. ПРАВО СРБИЈЕ О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ

2.1. Концептуални приступ

И Србија, је желећи да задржи корак са међународним технолошким трендовима, приступила регулисању области електронске трговине. То је учињено Законом о електронској трговини из 2009. године,³⁹ са циљем стварања сигурног правног окружења за електронску трговину.⁴⁰ До тог момента смо имали неизвесну правну ситуацију која је манифестовала кашењењем правне рекације на нове појаве у друштву и истовремено некритичку примену постојећих неадекватних правила на ситуације створене новим технологијама, што утиче на правну сигурност и предвидљивост.⁴¹ Наравно електронска трговина се одвијала и може одвијати без правне регулативе, али се са њом сигурно ојачава њен развој. Без правних правила она неће стати, али је та ситуација чини мање ефикасном и спречава њен напредак.⁴²

У методолошком погледу наше право већ преузима уобичајену, скоро опште прихваћену праксу⁴³ да се посебно систематизују општа правила о електронској трговини, а засебно, због свог значаја и особености, правила о електронском потпису.

³⁷ P. M. Nichols, 1406.

³⁸ Некима од њих он је послужио само као општи оквир, као што је нпр. право Шведске.

³⁹ Закон о електронској трговини – ЗОТ, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009 и 95/2013.

⁴⁰ Без одговарајуће правне инфраструктуре у овој области, правна сигурност није могућа. Упор: J. B Ritter, J., Y. Gliniecki, 263.

⁴¹ P. M. Nichols, 1403.

⁴² Често је случај да закон заостаје за пословном праксом. У том случај он има ефекат рђе на покретној траци. Н. D Gabriel.,, 303.

⁴³ Препоручено је да се Модел закон посматра као уравнотежен скуп правила, која се могу имплементирати, на различите начине, било путем једног или више законских аката. T. Pistorius, 133.

У погледу нормативног приступа, законом се може ићи методом путем широке и детаљне регулације, или путем креирања основне правне инфраструктуре у датој области. Наш Закон о електронској трговини засигурно спада у другу групу, односно групу основних закона, заснованим на општим дефиницијама и минималним правилима неопходним за ефикасну електронску трговину.⁴⁴

У погледу садржине се и генерално сматра да пожељна основна регулаторна шема за електронску трговину треба да буде једноставна и да мора садржати само основна правила или концепте, као и неопходне дефиниције. То у првом реду подразумева законско признање електронских уговора, као и електронских потписа уз инаугурацију технолошке и медијске неутралности,⁴⁵ што је у највећем делу испоштовано у нашем праву. Иако Модел закон није намењен покривању свих аспеката коришћења електронске трговине,⁴⁶ он је ипак концепцијски шире постављен од нашег закона, јер се бави не само електронском трговином уопште, већ и електронском трговином у одређеним областима,⁴⁷ што није предмет регулације нашег закона. Наиме, њиме се уређују услови и начин пружања услуга информационог друштва, обавезе информисања корисника услуга, комерцијалне поруке, правила у вези са закључењем уговора у електронском облику, одговорност пружаоца услуга информационог друштва, надзор и прекршаји.⁴⁸

Читав концепт нашег закона је везан за дефинисање и утврђивања правила везаних за пружање услуга информационог друштва, што је концепт преузет од права ЕУ.⁴⁹ И услуга информационог друштва се дефинише најшире могуће, слично праву ЕУ,⁵⁰ као услуга која се пружа на даљину, уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, на лични захтев корисника услуга, а посебно обухвата продају робе и услуга путем Интернета, нуђење података и рекламирање путем Интернета, електронске претраживаче, као и омогућавање тражења података и услуга које

⁴⁴ H. D. Gabriel, 287.

⁴⁵ *Ibid*, 303.

⁴⁶ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis adopted in 1998, 19.

⁴⁷ Други део Модел закона који се бави електронском трговином у одређеним областима односи се засад само превоз робе. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis adopted in 1998, 19.

⁴⁸ Чл.1. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁴⁹ Чл.2. Директиве о неким правним аспектима услуга информационог друштва, а нарочито о електронској трговини на унутрашњем тржишту. Скоро идентичан концептје прухваћен и у праву Црне Горе у Закону о електронској трговини („Сл.лист РСГ“,бр.80/04).

⁵⁰ Тако појам “услуге информационог друштва” у праву ЕУ обухвата сваку услугу која се уобичајено пружа уз накнаду и “на раздаљину” што значи лицима која нису присутна на истом месту, путем електронске опреме за обраду и складиштење података, а на лични захтев примаоца услуге.

се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга.⁵¹

За разлику од наведеног концепта, у Модел закону се правна регулатива заснива на електронској трговини, као кључној категорији, иако се не прецизира значење тог појма, за разлику од дефинисања електронске размене података (EDI). Међутим, садржински се ова два појма у битноме поклапају, иако је дефинисање учињено на различите методолошке начине. У Модел закону о електронској трговини истакнуто је да се он примењује на све информације у облику поруке, који се користи у контексту трговачких активности. Под таквом поруком се подразумева порука генерисана, послата, примљена или сачувана електронским, оптичким или другим начином, обухватајући, али и не ограничајући се на електронску размену података (EDI), електронску пошту, телеграм, телекс или телекопију.⁵²

2.2. Правни третман електронских уговора у праву Србије

Електронски уговор је један од најважнијих и фундаменталних института електронских комерцијалних трансакција у области електронске трговине. Такав му значај придаје и наше право, као и Модел закон и право ЕУ. У нашем праву се терминолошки он назива уговор у електронској форми и дефинише као уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, коме приступају и који приказују електронским путем уз коришћење електронских средстава.⁵³

У Закону о електронској трговини је стриктно утвђено да уговор може бити закључен електронским путем, односно у електронској форми. Тиме је овој области у праву Србије учињен најважнији правни искорак, правним легитимисањем и признањем електронских уговора, на методолошки начин сличан праву ЕУ.⁵⁴ Исто тако, и понуда и прихват понуде могу се дати електронским путем, односно у електронској форми. Када се електронска порука, односно електронска форма користи приликом закључења уговора, таквом уговору се не може оспорити пуноважност само због тога што је сачињен у електронској форми.⁵⁵ Законом се не предвиђа да се све комуникације на папиру могу заменити електронским комуникацијама, али се јасно предвиђа

⁵¹ Чл. 3. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁵² Чл.2. Модел закона о електронској трговини.

⁵³ Чл. 1. ст. 7. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁵⁴ Право ЕУ тражи од државе чланица да морају осигурати да њихов правни систем дозвољава закључење склапање електронским путем, као и да правни захтеви који се примењују на уговорни процес не стварају препреке коришћењу електронских уговора. Посебно је важно да такви уговори не буду правно оспорени због тога што се закључују електронским путем.

⁵⁵ Чл. 9. Закона о електронској трговини из 2009. године.

да чињеница да је комуникација електронска, сама по себи, није основа за његову правну неважност, јер постоје можда и друге основе правне инвалидности.⁵⁶ Овакав приступ у себи укључује примену принципа технолошке неутралности и забрану недискриминације. Они имају за циљ да обезбеде исти правни третман уговору независно од технологије или медија који се користе у његовом настанку или реализацији, односно да забрани дискриминацију или фаворизовање уговора само по наведеном основу.⁵⁷ Без принципа технолошке неутралности широко распрострањена комерцијална употреба нових технологија у унутрашњој и међународној трговини није извесна.⁵⁸

Овако правило у нашем праву је и варијација истог начела, са истоветним дејством које садржи и Модел закон. У њему је утврђено да се информацији неће ускратити правно дејство, ваљаност или извршност само на основу тога што је дата у облику поруке. Исто тако, информацији неће бити ускраћено правно дејство, ваљаност или извршност само на основу тога што није садржана у поруци која има такво правно дејство, већ се само позива на ту поруку.⁵⁹

Међутим, принцип правног признања електронских уговора није апсолутан, што је логично и оправдано. Листа изузетака у нашем праву се скоро поклапа са правом праву ЕУ. Тако су предвиђени изузеци у следећим случајевима: за правне послове којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима; изјаве странака и других учесника у поступку за расправљање заоставштине; форму завештања; уговоре о уступању и расподели имовине за живота; уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем; као и друге уговоре из области наследног права; уговоре о утврђивању имовинских односа између брачних другова; уговоре о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност; уговоре о поклону, јемству и залози; друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.⁶⁰

У позитивном праву Србије, у области електронских уговора, специфицирана су и нека друга питања. Прво, ту су утврђена правила о обавезним подацима и обавештењима, по којима је пружалац услуга дужан да потенцијалном кориснику услуга, пре закључења уговора о пружању услуга, обезбеди

⁵⁶ H. D. Gabriel, 296.

⁵⁷ Упор: Francesco G. Mazzotta, „Notes on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts and Its Effects on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods“, *Rutgers Computer & Tech. LJ*, 33/2006, 257.

⁵⁸ Упор: T.Pistorius, 135.

⁵⁹ Чл. 5. Модел закона о електронској трговини.

⁶⁰ Чл. 10. Закона о електронској трговини из 2009. године.

на јасан, разумљив и недвосмислен начин податке и обавештења о: поступку који се примењује код закључивања уговора; уговорним одредбама; општим условима пословања, ако су саставни део уговора; језицима на којима уговор може бити закључен; кодексима понашања у складу са којима поступају пружаоци услуга и како се ти кодекси могу прегледати електронским путем.⁶¹

Друго, регулисано је питање доступности уговора, на начин да је пружалац услуга дужан да обезбеди да текст уговора и одредбе општих услова пословања, које су саставни део уговора закључених у електронском облику, буду доступни корисницима услуга на начин који омогућава њихово складиштење, поновно коришћење и репродуковање.⁶²

Треће, додатно правилима се утврђује када се сматра да електронски уговор закључен, па се тако он сматра закљученим оног часа када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеног да прихвата понуду. Понуда и прихват понуде, као и друге изјаве воље учињене електронским путем, сматрају се примљеним када им лице коме су упућене може приступити.⁶³

Битно правило, у рангу начелног става је и да се на сва остала питања и правне односе настале из или у вези са уговорима закљученим електронским путем или у електронској форми, примењују прописи којима се уређују облигациони односи.⁶⁴ Стога се и овде намеће питање и дилема, колико напред наведена правила о електронским уговорима утичу на постојећи систем трговачких уговора у Србији,⁶⁵ односно да ли се ради о о реинтерпретацији постојећег концепта или и његовој редефиницији, како се ово питање некад у теорији језгровито предствала.⁶⁶

Стриктно гледано, увођење било које одредбе која омета или мења класичне принципе уговорног права може потенцијално створити дуални правни режим. „Двојност” је реално изражена када се ради о одребама која регулишу значајна питања или када је одступање од постојећег права садржано у већем броју законских правила. Анализом односних законских одредби о електронским уговорима у нашем праву, видимо да су ту превасходно садржана правила која су инхерентна примени електронске технологије у

⁶¹ Чл. 12. Закона о електронској трговини из 2009. године. Ова обавеза се може изричито искључити код непотрошачких уговора.

⁶² Чл. 13. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁶³ Чл. 15. Закона о електронској трговини из 2009. године. С друге стране питање тренутка закључења уговора је Директива оставила државама чланицама да регулишу у складу са својим општим правилима облигационог права.

⁶⁴ Чл. 4 ст. 4. Закона о електронској трговини из 2009. године.

⁶⁵ О неким битним концептуалним питањима уговорног права Србије: Атила Дудах, „Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад 1/2010, 145-169.

⁶⁶ Patricia Brumfield, Fry, „X Marks the Spot: New Technologies Compel New Concepts for Commercial Law“, *Loy. LAL Rev.*, 26/1992, 614.

овој области, а да се једино правила о признању и времену закључења ових уговора могу третирати као специјална правила, којим се интервенише у постојећи систем уговора у нашој земљи. Овакав приступ можемо окарактерисати као приступ где се задржава постојећи класични концепт уговорних правила, при чему се он у мањој мери допуњује правилима која иду у корак са технолошким развојем. Он се може оценити као добар, јер је начелно решио проблем правног признања и регулације електронских уговора, а опет није значајније угрозио или искривио постојећи концепт трговинских уговора.⁶⁷

У односу на наше право, приступ Модел закона у погледу ширине интервенције у традиционални концепт трговинских уговора је другачији. У њему су таква правила екстензивније постављена и систематизована су у другом и трећем поглављу првог дела Модел закона.⁶⁸ У том погледу, од посебног значаја је део који се односи на закључење и пуноважност уговора из чл. 11. Модела закона о електронској трговини. У том оквиру је креиран нови приступ, који се најчешће назива као “еквивалентно-функционални приступ”, који се успоставља као решење проблема даљне и паралелне употребе традиционалних докумената заснованих на папиру, што се оцењује као главна препрека развоју савремених средстава комуникације и трговине.⁶⁹ Он се односи на писмени облик информације, потписа и оригинала, а његов циљ није увођење компјутерских еквивалената у односу на папирне документе. Уместо тога, “она издваја основне функције захтева за формуларе на папиру, с намером да обезбеди критеријуме који, када их задовољи порука података, омогућавају таквим порукама да уживају исти ниво правног препознавања као одговарајући папирни документи који обављају исте функција,⁷⁰ односно имају исте правне последице.⁷¹

Без обзира на могућу оправданост таквог приступа Модел закона, он је истовремено подразумевао даље, шире задирање у постојећи концепт традиционалних уговора. Стога, нису без основа тумачења да се оваквим приступом, који је још израженији у Конвенцији Уједињених нација о употреби електронских комуникација у међународним уговорима, фактички, значајније мењају класична правила уговорног права и ствара засебни правни режим. Тиме се уводи додатна неизвесност у већ уређену правну област, и то све супротно декларативној утврђеној намери да Модел закон треба да омогући државама да прилагоде домаће трговинско законодавство развоју

⁶⁷ T. Pistorius, 134.

⁶⁸ Ова правила покривају следећа питања: закључење уговора и његову пуноважност, признање пуноважности порука, утврђивање субјекта слање поруке, потврду о пријему поруке и место и време слања и пријема поруке.

⁶⁹ T. Pistorius, 134.

⁷⁰ Упоп: J. E. Hill, 28; E. Mik, 44-45.

⁷¹ F. G. Mazzotta, 257.

комуникационих технологија, без потребе за уклањањем папирних документа и без угрожавања постојећег законског концепта и приступа.⁷² На овај начин створени паралелни уговорни режим за електронске уговоре може довести у питање и реално функционисање раније споменутог принципа технолошке неутралности.

ЗАКЉУЧАК

Хармонизација правила о електронској трговини се одвијала у врло специфичним условима, које карактерише скоро непостојање посебних националних закона из ове области, што је довело до паралелног креирања правила на међународном и националном нивоу. У том погледу круцијалну улогу на глобалном плану је одиграо Модел закон о електронској трговини. И поред шире прихваћности и рецепције његових правила, он није довео до глобалне униформности у овој материји, јер је изван сфере његовог утицаја остала земље ЕУ и земље које су у процесу приступања тој интеграцији.

Као и друге земље, Србија настоји да створи одговарајуће правно окружење погодно за електронску трговину, свесна да се без доступности одговарајуће правне инфраструктуре није могуће олакшати и поспешити њен преко потребан развој. С обзиром нас своју пионирску улогу, наш Закон о електронској трговини, је у основи на задовољавајући начин постигао дати циљ. Наравно, датим законом се не дају решења за сва питања и проблеме у овој области, али се њиме чини искорак у стварању одрживе правне инфраструктуре за ове послове, као једне од битних елемената у укупној стратегији развоја и раста у Србији. Исто тако, без обзира на све, то је, иако у ограниченом опсегу, значило и модернизацију постојећег трговачког законодавства, али опет без угрожавања његових темеља и основних концепата.

С друге стране, у процесу његовог доношења имали само обавезу да као и друге земље чланице и земље процеса приступања, одредбе споменутог Закона хармонизујемо са правом ЕУ, тј. практично ускладимо са споменутом Директивом о електронској трговини. Зато је у садржинском погледу, наше односно право концептуално засновано на праву ЕУ, са сличним нормативним решењима појединачних питања. У том смислу, приступ и правила Модел закона су имала секундарни значај. Поклапање с његовим правилима постоји само у мери у којој она постоји у праву ЕУ и превасходно се односи на проблем признања електронских уговора.

У нормативно-техничком погледу наше позитивно право је минималистичко и флексибилно устројено, што је кључно за област у сталним проме-

⁷² UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, 20.

нама и развоју, као што је електронска трговина. Такав приступ може помоћи и у попуњавању постојећих правних празнина, али у примени може доћи до неизвесности и непредвидивости, посебно у ситуацији када пословна и судска пракса нису још развили униформност у разумевању текста закона. Иако релативно техницистичка, што произилази из предмета регулације, његова правила у основи су једноставна и јасна.

*Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

Harmonisation of the Rules on Electronic Commerce and Serbian Law

***Abstract:** The paper analyses the problem of harmonisation of rules in the field of electronic commerce, as well as its most important legal basis at the international and regional level related to electronic commerce in general, namely the Model Law on Electronic Commerce and the relevant European Union Directives. The analysis includes important determinants of this process, their focus, as well as the results at the national level, with their critical evaluation. The second part of the paper discusses the current state of the valid legislation in Serbia in this field, both at the conceptual level and in details per selected issues, all in comparison with the above-mentioned legal sources. Its relationship and impact on the existing, traditional contract law system is considered.*

Harmonisation of the rules on electronic commerce has been in progress in very specific conditions, characterised by the almost non-existent special national laws in this field, which led to a parallel creating of the rules at the international and national level. In this process, the crucial role at the global level was played by the Model Law on Electronic Commerce. Despite the wider acceptance and reception of its rules, it has not resulted with global uniformity in this matter, because the EU and the countries that are in the process of accession to that integration remained beyond the sphere of its influence.

Considering its pioneering role, the Serbian Law on Electronic Commerce represents a satisfactory step forward in creating a sustainable legal infrastructure for these matters, although, naturally, it does not provide solutions to all the issues and problems in this field. In terms of content, it is conceptually based on the EU law, with similar normative solutions to individual issues. In this sense, the approach and rules of the Model Law have had the secondary significance. The compliance with its rules exists only to the extent that it exists in the EU law and this refers primarily to the issue of legal recognition of electronic contracts.

***Keywords:** electronic commerce, harmonisation, Model Law on Electronic Commerce, EU law, Serbian law.*

Датум пријема рада: 06.09.2018.