

ZAKLJUČENJE, PUNOVAŽNOST I DOKAZIVANJE ELEKTRONSKIH UGOVORA: KOMPARATIVNA ANALIZA^{1*}

Dr. Genc Trnavci, redoviti profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću

UDK: 347.441:004.78
Ur.: 29. listopada 2008.
Pr.: 15. prosinca 2008.
Pregledni znanstveni članak

Pravna regulacija transakcija elektronskim putem doživjela je pravi procvat u posljednje vrijeme. Usporedna zakonodavstva posebnu pažnju su posvetila problemima u vezi sa zaključivanjem elektronskih ugovora, odnosno postizanjem pravno relevantne suglasnosti prilikom njihovog zaključenja, dokazivanju postojanja i tumačenju sadržaja elektronskih ugovora i elektronskoj formi kao uvjetu punovažnosti ugovora. Zahtjevom primjene sigurnog (naprednog, kvalificiranog) elektronskog potpisa pravni propisi posvećeni ovoj problematici normirali su i pitanje zaštite integriteta elektronskog dokumenta i identiteta elektronskog potpisa. Također, rasvijetljena je i problematika zaključivanja ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu, zaključivanje ugovora posredstvom e-pošte i zaključivanje ugovora o licenci posredstvom Interneta. Usporedno-pravni propisi posvećeni elektronskim ugovorima mahom sadrže propise posvećene zaštiti potrošača, pogotovo u situacijama kada ovi, prilikom zaključenja ugovora, počine nenamjerne greške. Kako bi se zaštitili potrošači, u pojedinim usporednim zakonodavstvima elektronski ugovori, čiji predmet prelazi određeni iznos, odnosno vrijednost, mogu proizvesti pravni učinak samo pod uvjetom da su elektronski zapisi pisane redakcije ugovora i potpisi autentificirani.

Ključne riječi: *zaključenje elektronskog ugovora, tumačenje elektronskog ugovora, dokazivanje elektronskog ugovora, elektronski potpis.*

^{1*} Rad je pisan na bosanskom jeziku kao izvornom jeziku autora.

1. Uvod

Krajem devedesetih godina prethodnog stoljeća i početkom 21. stoljeća pojava trgovine i financijskih transakcija preko Interneta,² takozvane internetske trgovine (e-commerce), prvo u Sjedinjenim Američkim Državama, a onda i diljem svijeta, dobila je nezapamćene razmjere. Veliki i mali poslovni subjekti počeli su prodavati robe i pružati usluge preko web stranica (*web sites*) i registriranih domenskih imena (*domain names*).³ U zapadnim zemljama, a u sve većoj mjeri i kod nas, potrošači i trgovci mogu kupiti gotovo bilo koju robu ili uslugu preko web stranica kao što su *Amazon.com*, *eBay*, *eToys*, i dr.

Drugim riječima, sada se ugovori mogu zaključiti elektronskim putem, kako između osoba koje se poznaju, tako i između odsutnih osoba, pa i onih koje nikada prije toga nisu kontaktirale. Isto tako, prava intelektualnog vlasništva na kompjuterskim programima (*software*) i druge elektronske informacije mogu se ustupiti, bilo kupoprodajom fizičkog nosača informacija (npr. CD, *floppy disk* itd.) te njihovim licenciranjem i instaliranjem na kompjuter, bilo tzv. skidanjem (*downloading*, *downloadiranjem*) sa Interneta na kompjuter.

Zahvaljujući fenomenu Interneta i drugih informacionih sistema koji su mu prethodili, te njihovom snažnom utjecaju na razvoj globalnog društva i ekonomije, pa i pravnih odnosa koji tim povodom nastaju, 21. stoljeće dobilo je naziv "Informatičko doba" kao opću kulturološku, sociološku i historijsku odrednicu.⁴ Elektronska trgovina dobila je takve razmjere u međunarodnoj trgovini da je već krajem 90-tih godina privukla zanimanje od strane Svjetske trgovačke organizacije (WTO).⁵ Pojava Interneta i pravnih odnosa koji nastaju

² Internet predstavlja mrežu nekoliko stotina milijuna računara povezanih elektronskim putem preko programa koji naziva: *Hypertext Transfer Protocol (HTTP)*. Dokumenti koji nastaju i razmjenjuju se ovim putem, formatiraju se na temelju zajedničkih računarskih kodnih jezika kao što su *Hypertext Markup Language (HTML)* i *Java*. Ova mreža stvorena je 1969. godine od strane američkog Ministarstva odbrane za potrebe uspostavljanja vojno-obrambenih komunikacija. 80-tih godina prethodnog stoljeća, Internet dat je na korištenje akademskim centrima i univerzitetima prvo u SAD, a kasnije i cijelom svijetu. (Vidjeti opširno u: Wendell, K. *Internet History*, 1997.; <http://en.wikipedia.org/wiki/Internet>, posljednji put posjećena 19. septembra 2008. godine.

³ "To su takozvane dot-com kompanija koje pružaju usluge MAP-a (*Merchant Account Provider*) Radi se o poduzećima koja nude uslugu autorizacije kreditnih kartica radi naplaćivanja naručene robe pod različitim uvjetima i uz različitu naknadu. Vlasnici Internet trgovina, kao korisnici MAP usluga, pristupaju MAP sustavu koji omogućava pregled izvršenih transakcija. Novac od narudžbi pristiže na korisnički račun kod MAP poduzeća. Korisnici MAP usluga u pravilu plaćaju mjesečnu ili godišnju članarinu, a također plaćaju i naknadu za svaku transakciju napravljenu preko MAP sustava. Problem sa stranim MAP uslugama je što se zaobilazi domaći porezni sistem" (<http://www.poslovniforum.hr/tp/ecommerce.asp>, u odjeljku: "Plaćanje kreditnim karticama").

⁴ Početkom 2000-ih, ekonomska vrijednost kompjuterske tehnologije i elektronske trgovine premašila je vrijednost proizvodnog sektora u SAD. Vidjeti u: Henry Cheeseman, *Bussines Law: Etrhical, International & E-Commerce Environment*, 4th Edition, New Jersey, 2001, str. 182.

⁵ Vidjeti o tome opširno u: Marc Bacchetta, PatrickLow, Aaditya Mattoo, Ludger Schuknecht, Hannu Wagerand, Madelon Wehrens, *Electronic Commerce and the Role of the WTO*, WTO Publications, 1998, Geneva; Rosa Pérez-Estevé and Ludger Schuknecht, *A Quantitative Assessment*

tim posredstvom, stoga, nije mogla ostati nezamijećena od strane zakonodavaca, kako u usporednom pravu, tako od strane međunarodne pravničke javnosti na razinama međunarodnih organizacija.

Implikacije Interneta na razvitak i promjenu pravnih odnosa među pravnim subjektima su mnogostruke i dalekosežne. U praksi se pokazalo da je pojava Interneta imala do sada snažan utjecaj ne samo na problematiku zaključenja ugovora elektronskim putem, koje je u žiži interesiranja ove studije, već i na različite aspekte zaštite prava na slobodu izražavanja (slobodu govora) i njegove zloupotrebe,⁶ prava na privatnost,⁷ te na zaštitu pojedinih prava intelektualnog vlasništva, kao što je prava na patent, žig⁸ i autorskih prava.

Ova studija, međutim, razmatranje sužava na tri pitanja, koja su se morala riješiti u usporednom zakonodavstvu u vezi sa elektronskim ugovorima. To su:

- zaključivanje elektronskog ugovora, odnosno postizanje pravno relevantne suglasnosti prilikom zaključenja elektronskih ugovora;
- dokazivanje postojanja i tumačenje sadržaja elektronskih ugovora i
- elektronska forma kao uvjet punovažnosti ugovora.

2. Normiranje elektronskih ugovora u međunarodnim izvorima i usporednom zakonodavstvu

2.1. UNCITRAL-ovi Modeli zakona

Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovačko pravo (*United Nations Commission on International Trade Law* – u daljem tekstu UNCITRAL)⁹

of Electronic Commerce, World Trade Organization, Economic Research and Analysis Division, Staff Working Paper ERAD-99-01, 1999, Geneva.

⁶ Implikacije Interneta na zaštitu prava na slobodu izražavanja (slobodu govora) i njegove zloupotrebe po prvi put su razmatrane i razriješene u slučaju pred američkim pravosuđem *Reno v. American Civil Liberties Union* 521 U.S: 844, 117 S.C.Ct. 2329, 1997).

⁷ Problem zaštite prava na privatnost, kao i poslovne tajne, koje se veoma lako može narušiti provaljivanjem elektronskih kodova preko Interneta, u američkom pravnom sistemu riješene su donošenjem Zakona o privatnosti elektronskih komunikacija (*Electronic Communications Privacy Act*) 1999. godine.

⁸ Novembra 1999. godine u SAD donijet je Zakon o zaštiti potrošača od zloupotrebe trgovačkih imena i žigova (*Anticybersquatting Consumer Protection Act*) kao odgovor na rastući problem neovlaštenog registriranja firmi i žigova poznatih kompanija i pojedinaca kao domenskih imena na Internetu.

⁹ UNCITRAL je osnovan Rezolucijom 2205 (XXI) od 17. decembra 1966. sa mandatom da unaprijedi progresivnu harmonizaciju i unifikaciju međunarodnog trgovačkog prava. Najveći neprijeporni uspjesi ove Komisije su usvajanje i ratifikacija Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe (*Vienna Convention on Contracts for International Sales of Goods*), Model zakona o međunarodnim transferima kredita (*Model Law on International Credit Transfers*), Model zakon o međunarodnim trgovačkim arbitražama (*Model Law on International Commercial Arbitration*) i Arbitražna pravila (*Arbitration Rules*). Usporedi: Richard Hill and Ian Walden, *The Draft UNCITRAL Model Law for electronic commerce: issues and solutions*, The Computer Lawyer, mart 1996.

1996. godine predložila je Model zakon za elektronsku trgovinu. Generalna skupština UN je ovaj prijedlog usvojila u formi rezolucije i ponudila ga je članicama UN za svoje nacionalne kodifikacije elektronske trgovine kao alternativu tradicionalnom načinu obavljanja elektronske trgovine putem papira i mastila.¹⁰ Cilj ovog Modela zakona jeste ponuditi nacionalnim zakonodavcima širom svijeta funkcionalan set pravila prilagođenih potrebama nesmetanog obavljanja međunarodne trgovine i stvaranje pravne sigurnosti i pogodnog pravnog ambijenta za razvoj elektronske trgovine, te nesmetano zaključenje elektronskih ugovora.¹¹

Ovaj Model zakon izvršio je veliki utjecaj na nacionalna i regionalna zakonodavstva diljem svijeta.¹² Njime se ponudio odgovor na sljedeće probleme u vezi sa zaključenjem i punovažnošću elektronskog ugovora:

- Da li je pisana forma, tj. pisana redakcija ugovora (samo pismeno) neophodna i, u vezi s tim da li je elektronska transmisija ekvivalentna pisanoj formi?¹³
- Da li je kod ovih ugovora neophodan potpis i što se smatra potpisom kod elektronske transmisije?
- Da li su elektronske transmisije priznate kao dokazno sredstvo prema pozitivnim propisima zemalja članica?

Kao što se može vidjeti, ovaj Model zakon bavi se mahom pitanjima iz oblasti zaključivanja i punovažnosti elektronskih ugovora. Ponuđenim zakonskim rješenjima normirana je problematika priznavanja pravnih učinaka razmjene elektronskih informacija u članu 5, Glavi II (*Legal Recognition of Data Messages*) i zaključenja (formiranja) i punovažnosti ugovora u članu 11, Glavi III (*Formation and Validity of Contracts*). Time su sva ostala pitanja iz oblasti ugovornog prava i drugih grana prava u vezi sa elektronskom trgovinom prepuštena pravnoj regulaciji već postojećeg ili budućeg zakonodavstva država članica UN.

¹⁰ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996 with additional article 5 bis as adopted in 1998, GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 51/162 OF 16 DECEMBER 1996, UNCITRAL MODEL LAW ON ELECTRONIC COMMERCE. Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Sixth Committee (A/51/628)] 51/162 Model Law on Electronic Commerce adopted by the United Nations Commission on International Trade Law.

¹¹ Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, Ženeva, 1996. godine, str. 1.

¹² U kojim zemljama je usvojen, a u kojim je izvršio veliki utjecaj vidjeti u: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html

¹³ O procesu razmatranja ove problematike na različitim razinama, koji je prethodio donošenju UNCITRAL-ovog Modela zakona vidjeti opširno u: Commission of European Communities' TEDIS report, *Legal Position of the Member States with respect to Electronic Data Interchange* (September, 1989), and *Legal Position in the EFTA Member States with respect to Electronic Data Interchange* (July, 1991); and UNCITRAL report *Electronic Data Interchange: Preliminary Study of Legal Issues Related to the Formation of Contracts by Electronic Means* (18 May, 1990; A/CN.9/333).

UNCITRAL je, isto tako, ponudila svojim članicama Model zakona o elektronskom potpisu iz 2001. godine. Ovaj model zakona zabranjuje primjenu takozvanog sistema prethodne dozvole, koji obavezuje privredne subjekte pribaviti prethodnu dozvolu za uspostavljanje i distribuciju sistema elektronskog potpisa.¹⁴ Također, ovim izvorom naglašava se načelo tehnološke neutralnosti elektronskog potpisa, koji isključuje mogućnost nacionalnim zakonodavstvima da favoriziraju bilo koju konkretnu tehnologiju za stvaranje elektronskih potpisa.¹⁵

2.2 Sjedinjene Američke Države

Prije svih u svijetu, u Sjedinjenim Američkim Državama, u domenu ugovora zaključenih preko Interneta, uvidjelo se da pravo sadržano ne samo u okvirima *common law-a*, već i ono u članovima 2 (*Sales* – Kupoprodaje) i 2A (*Leases* – zakupi) Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD (*Uniform Commercial Code* – *UCC*) iz 1952. godine, sa izmjenama, nije odgovaralo potrebama pravne regulacije domaćih i međunarodnih transakcija u elektronskoj trgovini. To je iz razloga što su pri tim transakcijama nastajali problemi u vezi sa skoro svim aspektima ugovora zaključenog preko Interneta: zaključenjem ugovora, ispunjavanjem ugovornih obaveza i osiguravanjem pravne zaštite potrošača.¹⁶

Kako bi razriješili navedene probleme, grupa pravnika, sudaca, advokata i sveučilišnih profesora sazvanih u Nacionalnoj konferenciji povjerenika za jednoobrazne državne zakone (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) sastavila je 1999. godine model Jednoobraznog zakona o transakcijama računarskih informacija (*Uniform Computer Information Transactions Act* – *UCITA*).¹⁷ Slično kao i članovi 2 i 2A *UCC*, *UCITA* je propisala pravila koja se odnose na zaključenje i ispunjavanje elektronskih ugovora. Ovim pravilima odgovoreno je na mnoge probleme koji se mogu pojaviti prilikom trgovanja preko Interneta. Kao i gore analizirani *UNCITRAL*-ov dokument, te *UCC*, *UCITA* spada u kategoriju modela zakona koji, zbog

¹⁴ Ovaj standard prenijet u članak 5. Zakona o elektroničkoj trgovini RH.

¹⁵ Usporedi: James X. Dempsey, *Stvaranje pravnog okvira za razvoj IKT, Primer regulisanja elektronskog potpisa u zemljama u razvoju*, <http://www.e-trgovina.co.yu/pravo/gipi4.html>, str. 4 (posljednji put posjećeno 23. septembra 2008. godine).

¹⁶ U sudskoj praksi SAD čuvena su dva sudska slučaja koji su se odnosili na prodaju kompjuterskih hardvera i softvera preko Interneta. To su slučajevi *ProCD, Incorporated v. Ziedenberg* (86 F.3d 1447, 1996) i *Hill v. Gateway 2000, Inc* (105 F.3d 1147, 1997) u kojima su potrošači nabavili kompjutersku opremu preko Interneta, a dobavljač im je dostavio u paketu ugovore o licenci i prodaji u pisanoj formi, koje ovi nisu pročitali, sa klauzulom da mogu odustati od ugovora u roku od 30 dana. Prvostepeni sudovi su zaključili da ovi ugovori nisu proizveli pravni učinak, a drugostepeni je našao da su potrošači vezani ovim ugovorima, budući da to zahtijevaju potrebe modernih tržišnih transakcija, a potrošači su imali priliku pročitati ugovore i odustati od pravnog posla.

¹⁷ Prije ove kodifikacije, država Utah prva u svijetu donijela je Zakon o digitalnom potpisu (*Digital Signature Act*, Utah Code Ann. § 46-3-101 et seq.).

podjele ustavnih nadležnosti u federalnoj strukturi SAD, ne može stupiti na snagu dok ga u svojim zakonodavnim procedurama ne usvoje države članice američke Federacije. Od 1999. godine upravo to se mahom i desilo: veliki broj država inkorporirao je UCITA u svoje zakonodavstvo. Zahvaljujući uspjehu na planu postizanja uniformnosti u američkom zakonodavstvu, UCITA se u toj zemlji smatra temeljem internetskog ugovornog prava i jednim od najvažnijih izvora trgovačkog prava.

Za razliku od ostalih izvora prava u usporednom zakonodavstvu, UCITA predstavlja potpunu i sveobuhvatnu kodifikaciju prava elektronske trgovine, koja je u potpunosti prilagođena potrebama elektronskog poslovanja. Dok se ostale kodifikacije uglavnom bave problemima zaključenja elektronskih ugovora i dokazivanja njihovog sadržaja, UCITA kao *lex specialis* u trgovačkom pravu SAD normira skoro sve aspekte elektronskog ugovornog prava i to: trajanje ugovora (*Duration*),¹⁸ pravo na kopiju softvera (*Title to Copy*),¹⁹ ispunjavanje elektronskog ugovora (*Performance*),²⁰ promijenjene okolnosti i višu silu (*Excuse of Performance*),²¹ nesavjesne elektronske ugovore (*Unconscionable Contracts*),²² prava i obaveze ugovornih strana (*Warranties*),²³ povrede ugovornih obaveza (*Breach of Licence Agreements*),²⁴ prigrivore (*Remedies*),²⁵ raskid elektronskog ugovora (*Cancellation*),²⁶ pravo na naknadu štete (*Damages*),²⁷ pravo dužnika da otkloni skrivene nedostatke (*Right up Cure a Contract*), pravo povjerioca na kupovinu radi pokrića (*Cover*),²⁸ klauzule o ograničavanju odgovornosti (*Limitations of Remedies*),²⁹ itd.

Komplementaran UCITA donijet je i model Zakon o jednoobraznim elektronskim transakcijama (*Uniform Electronic Transactions Act –UETA*), kojem je cilj donošenje jednoobraznih propisa o elektronskim zapisima (tekstu) ugovora i elektronskim potpisima. Ovim propisom, uspostavljena su dva principa: 1. elektronski zapis (*electronic record*) zadovoljava zahtjeve pisane redakcije sporazuma; i 2. elektronski potpis ekvivalentan je pisanom potpisu na

¹⁸ Ukoliko se ugovorom izričito ne odredi njegovo trajanje, smatrat će se da će ugovor trajati razumno vrijeme, uzimajući u obzir prirodu predmeta ugovora i okolnosti nastanka i ispunjenja ugovora (§ 308 UCITA).

¹⁹ § 502(a) UCITA.

²⁰ § 601 UCITA.

²¹ § 615 UCITA.

²² § 111 UCITA.

²³ § 401-406 UCITA.

²⁴ § 701-710 UCITA.

²⁵ § 805 UCITA.

²⁶ § 802 UCITA.

²⁷ § 808 UCITA.

²⁸ § 809 UCITA.

²⁹ § 803 UCITA. Vidjeti slučaj *M.A. Mortenson Company, Inc. V. Timberline Software Corporation* (970 P.2d 803, 1999), koji se odnosi na dozvoljenost klauzule o ograničavanju odgovornosti koja se uobičajeno unosi u ugovor o licenciranju kompjuterskog programa.

papiru, čak i kada se zahtijeva notarska forma,³⁰ pod uvjetom da je ugovor elektronski ovjeren od ovlaštene osobe (notara).³¹

2.3. Europska unija

U pravnom sistemu Europske unije donijete su dvije direktive: Direktiva o elektronskom potpisu iz 1999. godine (*Directive on Electronic Signatures*)³² i Direktiva o elektronskoj trgovini Europske unije iz 2000. godine (*Electronic Commerce Directive*).³³

Cilj ovih direktiva jeste stvaranje jedinstvenog pravnog okvira za elektronsku trgovinu unutar zajedničkog tržišta, kako bi se osigurala pravna sigurnost, kako za poslovne subjekte, tako i za potrošače. U skladu sa članom 5. Rimskog sporazuma, koji uspostavlja takozvani princip supsidijarnosti prava EU,³⁴ ovaj cilj postiže se tehnikom harmonizacije nacionalnih propisa u domeni zaključenja i pravnih učinaka elektronskih ugovora. Direktive se pozivaju i na princip klauzule unutarnjeg tržišta (*Internal Market clause*) koja podrazumijeva da, ukoliko privredni subjekt započne djelatnost elektronske trgovine u skladu sa propisima zemlje članice u kojoj je registriran, zemlja članica u kojoj se usluga ili proizvod putem elektronske trgovine distribuira ne može na bilo koji način zabraniti ili ograničiti takvu distribuciju.³⁵ Ovim direktivama pokriven je čitav niz djelatnosti distribucije roba i usluga elektronskim putem kao što je: *online* kupovina knjiga, naručivanje turističkih usluga, pružanje bankarskih usluga, pristup novinama, skidanje muzike itd. Cilj Direktive o elektronskom potpisu jeste priznavanje punovažnosti ugovora sačinjenih u elektronskoj formi i izjednačavanje njihove dokazne snage sa onima sačinjenim u tradicionalnoj pisanoj formi.³⁶ Važno je napomenuti da Direktiva o elektronskoj trgovini obuhvata, kako tzv. darovne (dobročine) ugovore, tako i teretne ugovore,

³⁰ § 2 UETA.

³¹ § 11 UETA.

³² *Direktive*, 1999/93/EC. Europska komisija 2003. godine donijela je Odluku o standardima proizvoda elektronskih potpisa koji su u skladu sa Direktivom 1999/93/EC. To su: 1. CWA 14167-1 (March 2003): security requirements for trustworthy systems managing certificates for electronic signatures – Part 1: System Security Requirements i 2. CWA 14167-2 (March 2002): security requirements for trustworthy systems managing certificates for electronic signatures — Part 2: cryptographic module for CSP signing operations — Protection Profile (MCSO-PP). Prema zajedničkom Izvještaju Europskog parlamenta i Vijeća EU korištenje digitalnih propisa nije bilo na odgovarajućem nivou (European Parliament and the Council August-2006 report, http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=1920). Objašnjenje tome nađeno je u ekonomskim i tehnološkim razlozima, a ne u neodgovarajućoj pravnoj regulaciji.

³³ *Direktive*, 2000/31/EC.

³⁴ Član 5 Sporazuma kojim se uspostavlja Europska ekonomska zajednica koji je potpisan 25. marta 1957. godine u Rimu.

³⁵ Član 5 Direktive o elektronskoj trgovini.

³⁶ O značaju ove Direktive za usporedna zakonodavstva vidjeti opširno u: Matias M. Siems, *The EU Directive on Electronic Signatures - A World Wide Model or a Fruitless Attempt to Regulate the Future?*, *International Review of Law, Computer and Technology*, 16 (2002): 7-22.

odnosno kao one zaključene između građansko-pravnih subjekata, tako i one zaključene između privredno-pravnih subjekata.³⁷ Slično UNCITRAL-ovom Modelu zakona o elektronskom potpisu, Direktiva o elektronskom potpisu zahtijeva od zemalja članica EU da ne primjenjuju princip prethodne dozvole i naglašava načelo tehnološke neutralnosti propisa posvećenim elektronskom potpisu.³⁸ Redaktori ovih izvora na stanovištu su da princip tehnološke neutralnosti bolje potiče rast elektronske trgovine i razmjenu na pravno reguliranom tržištu, od pristupa koji favorizira jednu ili nekoliko tehnologija digitalnog potpisa koji, doduše, pruža veću sigurnost i pouzdanost elektronskih transakcija.³⁹

Pravila obje direktive su okvirne naravi, budući da cilj direktive u pravu EU nije unifikacija zakonodavstava zemalja članica, već njihovo približavanje (aproximacija) i harmonizacija. Stoga, ovim direktivama, posebno Direktivi o elektronskoj trgovini, nedostaju brojna konkretna pravila, koja su posvećena materiji ugovora zaključenih elektronskom poštom, zaključivanje ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu (*Click-Wrap Licences*), zaključivanje ugovora o licenci preko Interneta (*Licencing Agreement*) i dr., koja su inače sadržana u UCITA-i drugim nacionalnim kodifikacijama elektronske trgovine.

2.4. Pravna regulacija elektronske trgovine u pojedinim europskim zakonodavstvima

Njemačka je među prvima, odmah nakon američke savezne države Utah, 1997. godine donijela Zakon o tele-uslugama.⁴⁰ Ovaj Zakon izvršio je veliki utjecaj na donošenje gore analiziranih direktiva EU. Ove direktive su, međutim, naknadno izvršile povratni utjecaj na njemačko zakonodavstvo tokom prve dekade 2000-tih godina.⁴¹ Tako, donijet je Zakon o elektronskoj trgovini, kojim

³⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/e-commerce/directive_en.htm (posljednji put posjećena 9. septembra 2008. godine).

³⁸ Član 5 Direktive o elektronskom potpisu. Suprotan princip usvojen je u zakonodavstvu ruskim Zakonom o elektronskom potpisu iz 2002. godine i argentinskim Zakonom o elektronskom potpisu (prema James X. Dempsey, op. cit., str. 4, fusnota 16).

³⁹ Vidjeti o tome u: Andrew Barofsky, *THE EUROPEAN COMMISSION'S DIRECTIVE ON ELECTRONIC SIGNATURES: TECHNOLOGICAL "FAVORITISM" TOWARDS DIGITAL SIGNATURES*, http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bciclr/24_1/04_FMS.htm, abstract i zaključak, str. 1 (posljednji put posjećena 24. septembra 2008. godine).

⁴⁰ *Signatur Gesetz vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870, 1872)*. Italija je skoro usporedo sa Njemačkom donijela vlastiti Zakon o elektronskom potpisu 1997. godine (Decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513, Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59) *Gazzetta Ufficiale* 13. 3. 1998, n. 60.

⁴¹ Ulrich Wuermeling, *E-Commerce — Germany, E-COMMERCE — GERMANY IMPLEMENTATION OF THE E-COMMERCE-DIRECTIVE IN GERMANY*, *Computer Law & Security Report*, Volume 17, Issue 3, 1 May 2001, Pages 168-169.

se primjenjuje gore razmatrana Direktiva o elektronskoj trgovini.⁴² Ovim aktom pojačan je pravni položaj potrošača i dodatno osigurano njihovo pravo na privatnost kada su ovi strana prilikom zaključenja i ispunjenja elektronskih ugovora. 2007. godine donijet je i Zakon o elektronskim medijima kojim je dalje unaprijeđena regulacija u domenu pružanja *online* usluga i elektronske trgovine.⁴³

Velika Britanija je 2000. godine donijela Zakon o Elektronskoj trgovini (*Electronic Commerce Act*) koji je po strukturi veoma sličan Modelu zakona UNCITRAL-a, koji se uglavnom bavi aspektima zaključenja elektronskih ugovora i njihove ekvivalencije ugovorima tradicionalnog tipa.⁴⁴ U tom duhu, čitav odjeljak ovog Zakona posvećen je pravilima o funkcionalnoj ekvivalentnosti navedenih ugovora (*Functional Equivalency Rules*). Iste godine donijet je Zakon o elektronskim komunikacijama (*Electronic Communications Act 2000*),⁴⁵ koji se bavi s dva poglavlja: osobama koje se bave pružanjem usluga elektronskih potpisa i kriptografijom (*Part I, Cryptography Service Providers*;) i poticanjem elektronske trgovine, pohranjivanjem informacija itd. (*Part II, Facilitation of electronic commerce, data storage, etc.*) i odgovarajuću Uredbu o elektronskim komunikacijama 2002. godine (*The Electronic Signatures Regulations*).⁴⁶

Francuska je 13. marta 2000. godine donijela Zakon o elektronskom potpisu kojim je priznata ekvivalentnost elektronskog potpisa onome naznačenom na tradicionalan način.⁴⁷ Izraz "*de sa main*" (potpisivanje vlastitom rukom) u članu 1326. *Code de Napoleon* zamijenjen je riječima "*par lui-même*" (osobno potpisivanje), koji je sadržan u članu 5. ovog Zakona. 2004. godine u Francuskoj je donijet Zakon o povjerenju u digitalnu ekonomiju (*Loi pour la confiance dans l'économie numérique*) u daljem tekstu LCEN),⁴⁸ koji se bazira na gore analiziranoj Direktivi EU. LCEN normira elektronske ugovore u odjeljku II,⁴⁹ u glavi III.⁵⁰ Ostali aspekti elektronskih ugovora regulirani su Ordonansom koja se odnosi na određene formalnosti kod elektronskih ugovora⁵¹ i Dekretom od 16. februara 2005. godine.⁵² Ovim propisima primijenjena je tehnika reforme

⁴² Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BGBl. I 2001 S. 3721.

⁴³ Telemediengesetz, BGBl. I 2007 S. 179.

⁴⁴ Electronic Commerce Act, 2000 S.O. 2000, CHAPTER 17, UK.

⁴⁵ Electronic Communications Act 2000 2000 CHAPTER 7.

⁴⁶ The Electronic Signatures Regulations 2002, 2002 No. 318.

⁴⁷ Loi no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaption du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (JO no 62 du 14 mars 2000, p. 3968).

⁴⁸ "*Loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*" (LCEN). Objavljen je 21. juna 2004. godine i odmah je stupio na snagu.

⁴⁹ Članovi 14-28 LCEN.

⁵⁰ Članovi 25-28 LCEN.

⁵¹ Ordonnance no 2005-674 du juin 2005 relative a l'accoplissement de certaines formalites contractuelles par voie electronique, JORF 17 juin 20005.

⁵² Decret no 2005-137 du 16 fevrier 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation.

zakonodavstva putem amandmana, koja je svojstvena francuskom pravnom sistemu. Gdje god je to bilo moguće, ovi propisi interpolirani su u postojeće zakonodavstvo i to u: francuski Građanski zakonik (u daljem tekstu CC) njegov odjeljak III, knjiga III, posvećenom općoj teoriji ugovora, gdje je unijeta nova glava VII sa nazivom Ugovori o elektronskoj formi. Također donijeti su i Zakonik o pošti i elektronskim komunikacijama i Zakonik o potrošnji.⁵³

Republika Hrvatska donijela je Zakon o elektroničkom potpisu 2002. godine,⁵⁴ a Zakon o elektroničkoj trgovini 2003. godine.⁵⁵ Nešto kasnije, **Bosna i Hercegovina** donijela je Zakon o elektronskom potpisu 2006. godine⁵⁶ i Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu 2007. godine.⁵⁷ Propisi ove dvije zemlje bit će analizirani u kontekstu komparacije ustanova elektronskih ugovora, iskristaliziranih u ne tako dugogodišnjoj poslovnoj praksi transakcija elektronskim putem. U Bosni i Hercegovini donijet je i Okvirni zakon o založima.⁵⁸ Ovaj izvor prava jeste još jedan *lex specialis* u odnosu na važeće entitetske verzije Zakona o obligacionim odnosima, čija je domena isključivo zaključivanje ugovora o registriranoj zalozi na visoko-individualiziranim pokretnim stvarima (automobilima, građevinskim mašinama i dr.) i to elektronskim putem, najčešće posredstvom Interneta. Sličan zakon nešto kasnije donijela je i RH, kao i sve zemlje u bližem okruženju.⁵⁹ Naravno, primjena ovih zakona ne bi mogla biti moguća, bez priznavanja punovažnosti ugovora zaključenih elektronskim putem.

3. Punovažnost elektronskih ugovora

Elektronski ugovor se u različitim zakonodavstvima različito naziva, pa i definira. Uobičajeno je da postojeće zakonske definicije dozvoljavaju zaključenje elektronskog ugovora, ne samo preko Interneta, već i preko drugih informacionih sistema. Za ovaj ugovor, UCITA koristi termin “transakcija računarske

⁵³ Usporedi: Dragan Pavić, *Elektronski ugovori u usporednom zakonodavstvu*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6, Mostar 2008., str. 543.

⁵⁴ Zakon o elektroničkom potpisu od 17. siječnja 2002. godine (Narodne novine, 10/02).

⁵⁵ Zakon o elektroničkoj trgovini od 15. listopada 2003. godine (Narodne novine 173/03) i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o elektroničkoj trgovini od 30. svibnja 2008. godine (Narodne novine, 67/08).

⁵⁶ Zakon o elektronskom potpisu od 14. novembra 2006. godine (Službeni glasnik BiH br. 91/06).

⁵⁷ Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu od 20. novembra 2007. godine (Službeni glasnik BiH br. 88/07).

⁵⁸ Okvirni zakon o založima (Službeni glasnik BiH 28/04).

⁵⁹ Zakon o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima (Narodne novine 121/05). O analizi ovih zakonskih tekstova detaljnije vidjeti u: M. Povlakić, *Registrirana zaloga u BiH*, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 6, Mostar 2008., str. 366-381.

informacije” (*Computer Information Transaction*).⁶⁰ UNCITRAL-ov Model zakon isti pravni pojam definira kao aktivnosti komercijalnog karaktera poduzete putem razmjene informacija koje su nastale, spremljene ili otposlane putem elektronskih, optičkih ili analognih sredstava uključujući EDI,⁶¹ elektronskom poštom, telegram, telex, telekopiju itd.⁶² U upotrijebljenim terminima, očito, preteže ekonomsko i informatičko značenje i konotacija.

U skladu sa načelom slobode ugovaranja i načelom konsesualizma, UNCITRAL-ov Model zakon i sva usporedna zakonodavstva i međunarodni izvori nedvosmisleno priznaju punovažnost ugovora zaključenih elektronskim putem.⁶³ Direktivom o elektronskom potpisu zahtijeva se od članica da naprednom elektronskom potpisu daju isti pravni učinak kao i tradicionalnom svojeručnom potpisu.⁶⁴ Otuda, u francuskom pravu,⁶⁵ njemačkom pravu⁶⁶, hrvatskom pravu,⁶⁷ bosanskohercegovačkom pravu⁶⁸ i drugim usporednim zakonodavstvima, elektronska forma izjednačena je sa tradicionalnom pisanom formom, kada je ova uvjet punovažnosti ugovora, pa čak i u situacijama kada se zahtijeva svojeručni potpis.⁶⁹

Izuzetak od ovog principa najčešće jesu pojedini ugovori i drugi pravni poslovi koji se i dalje moraju zaključiti na tradicionalan način i koji se najčešće odnose na: ugovore kojima se prenose stvarna prava na nekretninama (osim prava zakupa),⁷⁰ ugovore kod kojih objektivno pravo izričito zahtijeva formu

⁶⁰ § 102(a)(11) UCITA, ovaj ugovor definira se riječima: “transakcija računarske informacije jeste ugovor kojim se stvaraju, prenose ili licenciraju računarske informacije ili prava na informacije”.

⁶¹ EDI jeste akronim za pojam elektronska razmjena podataka (*electronic data interchange*). Vidjeti u: Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, op. cit., str. 1.

⁶² Član 1 i 2 UNCITRAL-ovog Modela zakona. Član 1. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu BiH elektronsku trgovinu, odnosno elektronski pravni i poslovni promet, kao svoj *ratione materiae*, definira kao “... poduzimanje i pružanje usluga informacionog društva, obaveze davaoca usluga u vezi sa informiranjem, zaključivanje ugovora i odgovornost davaoca usluga.” Slična je odredba u članku 1. Zakona o elektroničkoj trgovini RH.

⁶³ UNCITRAL-ov Model Zakon u članu 5 i Direktiva o elektronskoj trgovini u članu 9 izričito propisuju punovažnost elektronskih ugovora. Načelo dispozitivnosti odredbi posvećenih elektronskim ugovorima dosljedno je istaknuto u članu 4. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH.

⁶⁴ Član 5 Direktive o elektronskom potpisu. To je predviđeno članom 5, stavu (1) Zakona o elektronskom potpisu BiH, članak 2., točka 2. i članka 4. Zakona o elektroničkom potpisu RH.

⁶⁵ Član 25. francuskog Zakona o povjerenju u digitalnu ekonomiju.

⁶⁶ § 126(a)(1) njemačkog Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB).

⁶⁷ Članak 5. Zakona o elektroničkom potpisu RH.

⁶⁸ Prema članu 4, stavu 2. Zakona o elektronskom potpisu BiH: “Pravno djelovanje elektronskog potpisa i njegova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da je elektronski potpis dostupan jedino u elektronskoj formi ili zbog toga što nije zasnovan na kvalificiranoj potvrdi, ili kvalificiranoj potvrdi akreditiranog ovjerioca,”

⁶⁹ Ovim članom interpoliralo se u član 1108-1 CC.

⁷⁰ Član 9 (a) Direktive o elektronskoj trgovini.

sudske ovjere, notarsku formu ili formu javne isprave,⁷¹ pravo zaloge i jamstva, kada ga daju lica kojima to nije registrirana djelatnost,⁷² i ugovori i pravni poslovi iz oblasti obiteljskog i nasljednog prava.⁷³ Na primjer, u skladu sa ovim standardom, koji je izričito stipuliran Direktivom o elektronskom potpisu, u Njemačkoj je 2001. godine donijet Zakon o izmjenama pravila o pravnoj formi i ostalih pravila građanskog prava u vezi sa novim poslovno-pravnim komunikacijama, kojim je isključena mogućnost zaključenja u elektronskoj formi sljedećih pravnih poslova: poduzimati izjave u vezi sa ugovorom o radu,⁷⁴ izdavati uvjerenja iz radnog odnosa,⁷⁵ zaključivati ugovor o osiguranju,⁷⁶ izjaviti obećanje o činidbi,⁷⁷ priznanje duga,⁷⁸ zaključiti ugovor o potrošačkom kreditu.⁷⁹ Slični propisi sadržani su i u pravu Hrvatske⁸⁰ i Bosne i Hercegovine,⁸¹ kojima je zajedničko izuzimanje od mogućnosti zaključivanja u elektronskoj formi svih pravnih poslova zaključenih u notarskoj formi. Izuzetak je spomenuti § 11 američkog UETA, koji dozvoljava zaključivanje notarskih ugovora elektronskim putem.

Potpuno isključivanje mogućnosti da notarski ugovori mogu biti zaključeni u elektronskoj formi čini se pretjerano prohibitivnim i neusklađenim sa tendencijama reforme ovog aspekta zakonodavstva u skladu sa potrebama tržišnog poslovanja elektronskim putem.⁸²

⁷¹ Član 9 (b) Direktive o elektronskoj trgovini.

⁷² Član 9 (c) Direktive o elektronskoj trgovini.

⁷³ Član 9 (d) Direktive o elektronskoj trgovini.

⁷⁴ § 623. BGB.

⁷⁵ § 630. BGB.

⁷⁶ § 766. BGB.

⁷⁷ § 780. BGB.

⁷⁸ § 781. BGB.

⁷⁹ § 4. st. 1. *Das Verbraucherkreditgesetz* (29. 6. 2000., BGBl. I S. 940).

⁸⁰ Prema članku 6., stavu 2. hrvatskog Zakona o elektroničkom potpisu, sljedeći pravni propisi se ne mogu zaključiti u elektronskoj formi: 1. pravni poslovi kojima se vrši prijenos vlasništva na nekretninama ili se uspostavljaju druga stvarna prava na nekretninama; 2. oporučni poslovi; 3. imovinski predbračni, odnosno bračni ugovori; 4. opterećenje i otuđenje imovine za koje je potrebno odobrenje centra za socijalnu skrb; 5. ugovori o predaji i raspolaganju s imovinom za života; 6. ugovori o doživotnom uzdržavanju i sporazume u svezi s nasljeđivanjem; 7. darovni ugovori; 8. drugi pravni poslovi za koje je posebnim zakonom propisano da se sastavljaju u obliku javnobilježničkog akta, odnosno isprave i 9. drugi pravni poslovi ili radnje za koje je posebnim zakonom ili na temelju zakona donesenim propisom izričito određena uporaba vlastoručnog potpisa u dokumentima na papiru ili ovjera vlastoručnog potpisa. Slična je odredba i u članu 5, stavu (2) Zakona o elektronskom potpisu BiH.

⁸¹ Član 2, stav 1, točka 2. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu BiH.

⁸² Na primjer, i Italiji između Privredne komore kod koje je se vodi registar privrednih subjekata i Notarske komore, kojim je omogućeno dostavljanje Komori notarskih akata u elektronskoj formi. Vidjeti o tome u: Consiglio Nazionale del notariato: Collaborazione tra Consiglio Nazionale del notariato e Camere di commercio, comunicato stampa, Milano, 10 ottobre 2002. (<http://www.interlex.it/segnal/notai.htm>).

4. Zaključivanje elektronskog ugovora

Prema stanovištu koje prevladava u međunarodnim izvorima⁸³ i usporednom zakonodavstvu, elektronski ugovor može biti zaključen na bilo koji način koji očituje sporazum, odnosno eksplicitnu ponudu i eksplicitnog prihvata, ponašanje pregovaračkih strana (konkludentne radnje, *conduct of both parties*) ili funkcioniranje elektronskih posrednika.⁸⁴

Većina europskih zakonodavstva insistira na primjeni člana 9 Direktive o elektronskoj trgovini kojim se stranke štite od neželjenog ili slučajnog zaključivanja ugovora. Najčešće, kako bi ovako zaključen ugovor proizveo pravni učinak, strane moraju jedna drugoj pružiti mogućnost provjere svih točaka ugovora, posebno cijenu i mogućnost ispravljanja grešaka, nakon čega se može postići suglasnost koja proizvodi ugovorne učinke. Po pravilu, potrebna su najmanje dva "klika", kako bi se zaključio ovakav ugovor, prvi za inicijalnu porudžbinu, a drugi za njenu potvrdu.⁸⁵ Kod potrošačkih ugovora (vidjeti odjeljak niže), pak, ponegdje je neophodno razmijeniti čak sedam poruka.⁸⁶

Ukoliko je ponuda odasлана i primljena, ona može biti prihvaćena ili obećanjem da će kopija biti poslana ili samim slanjem kopije. **U svakom slučaju, u većini pravnih sistema, pa čak i u američkom pravu, ponuda je prihvaćena kada elektronski prihvrat bude primljen od strane ponuđača (teorija prijema).**⁸⁷ Prihvrat koji sadrži izmijenjene točke među privredno-pravnim subjektima, tj. trgovcima, dovest će do nastanka elektronskog ugovora, osim ako ponuđač u razumnom roku obavijesti ponuđenog da ne želi biti vezan tim ugovorom.⁸⁸ Ukoliko ponuđač uvjetuje da prihvat ponude mora biti potpun, tj. odnositi se na sve točke ponude, kako one bitne, tako i one sporedne, prihvat koji sadrži izmijenjene točke neće dovesti do nastanka elektronskog ugovora, već će predstavljati protu-ponudu.⁸⁹

Poseban problem predstavlja zaključivanje ugovora preko takozvanih elektronskih posrednika, koji se danas trgovačke kuće široko koriste radi ubrzanja i pojednostavljanja prodaje roba i usluga. Naime, radi se o prodaji posredstvom

⁸³ Glava III, članovi 11.-15. UNCITRALOV-og Modela zakona.

⁸⁴ § 114 UCITA.

⁸⁵ J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, Paris, 2005, str. 139.

⁸⁶ X. Linant de Bellefond, *Le droit du commerce électronique*, PUF, Paris, 2005, str. 40.

⁸⁷ § 203 UCITA. U angloameričkoj pravnoj tradiciji, momenat postizanja suglasnosti zasniva se na teoriji odašiljanja (teoriji ekspedicije ili teoriji otpravljanja), prema kojoj je mjerodavan moment odašiljanja prihvata ponuđaču, a to je po pravilu trenutak kada je ponuđeni prihvat predao pošti ili ga ubacio u poštansko sanduče. Najvažnija stvar za ponuđenog je dokazati da je prihvat odaslao. Problem kod ove teorije je što će se ugovor smatrati zaključenim i kada izjava o prijehu uopće ne stigne do ponuđača, tako da ovaj i nije svjestan da je ugovor nastao. Smisao ove koncepcije je da skрати vrijeme ponuđaču za opoziv svoje ponude. Da podsjetimo, ponuda je u *common law*-u u načelu opoziva izjava volje. Vidjeti o ovome opširnije u: Gene Trnavci, *Obligaciono pravo, knjiga I*, Univerzitet u Bihacu, 2002. godine, str. 177-178.

⁸⁸ § 204 UCITA.

⁸⁹ § 205 UCITA.

telefonskog ili računarskog sistema koje uspostavljaju prodavatelji radi prihvaćanja narudžbi. Ukoliko bi potrošač naručio proizvod putem tog sistema, a njegova ponuda bi sadržavala drukčije točke ugovora od općih uvjeta prodavatelja, takav ugovor bi nastao, ali ne bi sadržavao takve točke. Drugim riječima, protu-ponude nisu učinkovite ukoliko se izjave putem elektronskih posrednika-agenata.⁹⁰

Interesantno je da je Zakon o elektronskom potpisu BiH svoj djelokrug primjene ograničio na **zatvorene sisteme** (sic!), "... koji su u potpunosti uređeni ugovorima između poznatog broja ugovornih strana, ako je njihova primjena ugovorena (sic!)". Ova odredba je apsurdna, nije usklađena sa potrebama modernog elektronskog poslovnog prometa, pogotovu ako se u obzir uzme činjenica da svi međunarodni izvori i referentna usporedna zakonodavstva svojim pozitivnim propisima uređuju kako zatvorene, tako i otvorene sisteme, a posebno akcentiraju načelo punovažnosti ugovora zaključenih elektronskim putem među licima koja se ne poznaju.⁹¹ Iz ovog, naravno, ne proistječe zaključak prema kojem se nepunovažnim smatraju elektronski ugovori zaključeni u Bosni i Hercegovini preko Interneta ili drugih otvorenih informacionih sistema, kao i oni zaključeni između lica koja se ne poznaju. Naprotiv, i ovi ugovori su punovažni u skladu sa načelom konsensualizma sadržanim u važećim entitetskim verzijama Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, ovakvim pristupom u bosanskohercegovačkom zakonodavstvu problem i dalje nije riješen, jer i dalje nije ostvarena svrha reforme zakonodavstva koja bi trebalo regulirati elektronske ugovore i internetsko pravo u skladu sa direktivama Europske unije i pozitivnim iskustvima paradigmatičkih usporednih zakonodavstava. Stoga, bosanskohercegovački zakonodavac bi citiranu odredbu posvećenu djelokrugu primijene Zakona elektronskom potpisu što prije trebalo promijeniti i njegovu primjenu proširiti na ugovore zaključene posredstvom otvorenih informacionih sustava, pa i među licima koja se ne poznaju.⁹²

5. Zaštita integriteta elektronskog dokumenta i identiteta elektronskog potpisa

Pitanje zaštite integriteta elektronskog dokumenta i identiteta elektronskog potpisa riješeno je zahtjevom primjene sigurnog (naprednog, kvalificiranog) elektronskog potpisa.⁹³ Prema Direktivi o elektronskom potpisu, napredni elektronski potpis mora ispunjavati sljedeće kriterije:

⁹⁰ § 206 UCITA.

⁹¹ Član 2., stav 1. Zakona o elektronskom potpisu BiH.

⁹² Suprotno ovom pristupu, prema Zakonu o elektroničkom potpisu RH propisano je: "Ovim se Zakonom uređuje pravo fizičkih i pravnih osoba na uporabu elektroničkog potpisa u upravnim, sudskim i drugim postupcima, poslovnim i drugim radnjama, te prava, obveze i odgovornosti fizičkih i pravnih osoba u svezi s davanjem usluga certifikiranja elektroničkog potpisa, ako posebnim zakonom nije drukčije određeno."

⁹³ J. Huet, *Le Code civil et les contrats électroniques*, contributions a l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Universite de Paris II, Dalloz, Paris, N. 5.

- vezuje se isključivo za potpisnika;
- podesan je za identificiranje potpisnika;
- kreiran je na način i sredstvima koji su pod kontrolom potpisnika i
- odnosi se na podatke čije se naknadne izmjene mogu otkriti (detektirati).⁹⁴

Ukoliko bi elektronski potpis posjedovao sve nabrojane karakteristike, Direktiva o elektronskom potpisu obvezuje članice EU da u svojim zakonodavstvima ugrade propise koji izjednačavaju ovakav elektronski potpis sa tradicionalnim svojeručnim potpisom.⁹⁵ Njemačko pravo poznaje tri kategorije elektronskih potpisa. To su: prosti, kvalificiran i akreditiran od strane države.⁹⁶ Njemačka Savezna agencija za mreže ovlaštena je provjeriti infrastrukturu informatičke tehnologije i kvalificiranost kadrova privrednog subjekta koji aplicira za dobivanje akreditacije elektronskog potpisa od strane države.⁹⁷

Važno je napomenuti da poreski propisi kojima se zahtijeva ispunjavanje fiskalnih obaveza prema državi, kao i drugi imperativni propisi (npr., koji se odnose na proceduru registracije vozila) neće oduzeti punovažnost ugovorima zaključenim u elektronskoj formi, iako će stvarati praktične probleme administrativne naravi za ugovorne strane.⁹⁸ Ovim problemima veoma se lako mogu otkloniti donošenjem odgovarajućih podzakonskih propisa u vezi sa reformom administracije i odgovarajućom edukacijom državnih službenika i državnih namještenika.

6. Zaključivanje ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu (Click-Wrap Licences, Click to Agree Contract)

U svim usporednim zakonodavstvima klasična pravila posvećena ugovoru o licenci prava intelektualnog vlasništva zahtijevaju njegovo zaključivanje u pisanoj formi, to jest potpisivanje pisane redakcije teksta ugovora od ugovornih strana. Pojavom i razvojem Interneta, licenciranje kompjuterskih programa više nije efikasno obavljati na klasičan način, već se to čini putem tzv. *click-wrap* licenciranja. Ovaj način licenciranja koriste mnoge kompanije radi prodaje

⁹⁴ Član 2. Direktive o elektronskom potpisu. Ova odredba preuzeta je u Zakonu o elektronskom potpisu BiH (član 3, stav c) i koristi termin "siguran elektronski potpis". Sličan propis stipuliran je i članom 8. UNCITRALOV-og Modela zakona.

⁹⁵ Član 5. Direktive o elektronskom potpisu.

⁹⁶ Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, BGBl. I 2001 S. 876.

⁹⁷ Ibidem. Prema članku 7, stavu 2. Zakona o elektroničkom potpisu RH, Ministarstvu gospodarstva povjerena je nadležnost donošenja pravilnika radi propisivanja mjera "... zaštite elektroničkog potpisa i naprednoga elektroničkog potpisa te mjere provjere identiteta potpisnika moraju poduzeti ...".

⁹⁸ U talijanskom pravu poznat je problem registracije ugovora poreskim organima radi stavljanja pečata o plaćenom porezu. Vidjeti u: S. Brescia, *In tema di firma digitale e di documento informatico* (d.p.r. 10 novembre 1997, 513), *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXIII, n. 1-2, gennaio-aprile 2000, str. 19.-20.

513), *Le nuove leggi civili commentate*, anno XXIII, n. 1-2, gennaio-aprile 2000, str. 19.-20.

softvera preko Interneta ili, pak, u odgovarajućoj fizičkoj ambalaži (npr. u formatu CD-a), koji se kasnije instalira na računar.

Program se instalira putem interaktivnog prikazivanja na ekranu serije prozora za dijalog u kojem se pojavljuje tekst ugovora o licenci prije nego se program definitivno instalira na računar. Ovakvi ugovori su po pravilu adhezionog karaktera, tako da korisnici, odnosno potrošači ne mogu pregovarati o uvjetima i točkama ugovora. Zaključivanje ugovora od strane korisnika licence po pravilu se postiže klikom miša na dio prozora za dijalog na kojem piše "prihvaćam" ("I accept", "I agree").

Ovako zaključeni ugovori o licenci u elektronskoj formi sadrže sve klauzule, uvjete i točke punovažnog ugovora, uključujući i odredbe posvećene trgovačkim znacima i poslovnim tajnama, s tim da im nedostaje klasična pisana redakcija i potpisi na listovima papira, to jest u tzv. tvrdoj kopiji (*hard copy*). *Click-wrap* ugovori, kako se popularno nazivaju u informatičkoj terminologiji, a sada i u pravnoj, omogućavaju brz, jeftin i pogodan način za davanje licenci da svoj softver masovno distribuiraju na globalnom tržištu, bez potrebe sastavljanja ugovora o licenci na papiru i njegovog potpisivanja.

Pitanje punovažnosti ovako zaključenih ugovora postavilo se prije svih u pravu SAD, čiji su sudovi u početku priznavali punovažnost ovakvih ugovora primjenjujući opći princip sadržan u članu 2 UCC-a, koji se odnosi na ugovor o prodaji i koji propisuje da ugovor o kupoprodaji roba mora biti sačinjen na način dovoljan za postizanje sporazuma, uključujući i ponašanje stranaka koje upućuje na postojanje ugovora.⁹⁹ Isto tako, sudovi su se pozivali na § 19 *Restatement (Second) of Contracts* koje je posvećeno tumačenju ugovora. Ovaj paragraf stipulira sljedeće: "suglasnost se može manifestirati pisano, usmeno ili na drugi način".¹⁰⁰

Dilema vezana za zaključivanje i tumačenje ugovora o licenci pritiskom dugmeta na mišu sada je definitivno razriješena § 210(a) UCITA, koji izričito propisuje da je korisnik licence vezan ugovorom zaključenim na gore opisan način, ukoliko mu je dana mogućnost uvida u uvjete tog ugovora prije nego "manifestira suglasnost" ("*manifests assent*"). Isto tako, pitanje punovažnosti ovako zaključenih ugovora riješeno je članom 6 UNCITRAL-og modela zakona

⁹⁹ U sudskoj praksi SAD poznat je slučaj *Hotmail Corporation v. Van\$ Money Pie, Inc.*, 47 U.S.P.Q: 1020 (N.D.Cal. 1998), koji se odnosio upravo na povredu *click-wrap* ugovora od strane korisnika usluga Internetske kompanije *The Hotmai Corporation*. Tužena strana je kao korisnik ovog internetskog pretraživača potpisala sa tom kompanijom *click-wrap* ugovor kojim se obvezala, između ostalog, da neće slati reklamni materijal u elektronskoj formi (tzv. *spam*) i poruke pornografskog karaktera, što je kasnije *Hotmail* kompanija utvrdila da je korisnik činio, uslijed čega je pokrenuta parnica. U gore citiranoj presudi sud je uvažio postojanje i punovažnost tog ugovora, te je usvojio tužbeni zahtjev.

¹⁰⁰ "*Manifestation of assent may be made by written or spoken words or by other action*" (§ 19 *Restatement (Second) of Contracts*). *Nota bene* da *Restatement of Contracts* predstavlja pravnu kompilaciju, koju je 1932. godine sastavio Američki pravni institut. U pravnom sistemu SAD ova kompilacija ne predstavlja izvor prava, već se, zahvaljujući autoritetu koji uživa, suci i drugi pravnici praktičari rado pozivaju na njegova tumačenja pozitivnog prava.

i svim drugim izvorima usporednog prava kojima se regulira elektronska trgovina. Elektronska forma listom je izjednačena sa pisanom formom sačinjenom na tradicionalan način. Ostala zakonodavstva nemaju posebne odredbe posvećene ugovorima o licenci pritiskom dugmeta na mišu.

7. Ugovori zaključeni posredstvom elektronske pošte (E-Mail Contracts)

Zahvaljujući trenutnoj i pouzdanoj razmjeni informacija koje omogućava, upotreba e-pošte u svakodnevnoj poslovnoj i privatnoj komunikaciji postala je neizostavni dio svakodnevnice, tako da polako potiskuje pisanu korespondenciju, uporabu telefona i faks mašina. Svakoj osobi omogućeno je korištenje vlastite i jedinstvene e-mail adrese, koja može pouzdano identificirati korisnika, tj. pošiljaoca elektronskog pisma.¹⁰¹

Zaključenje neformalnih ugovora posredstvom e-pošte nikada se nije postavljalo kao problem u poslovnoj praksi i sudskoj praksi. Međutim, pitanje se postavljalo kod zaključenja formalnih ugovora: da li je punovažan ugovor zaključen korespondencijom putem e-pošte, za koji objektivno pravo, inače, zahtijeva zaključenje u pisanoj formi? Kao što je već istaknuto, ako se ne radi o ugovorima za koje je propisana notarska forma, odnosno o ugovorima kod kojih se prilikom zaključenja zahtijeva učešće sudskog ili nekog drugog organa (npr. ugovor o doživotnom izdržavanju), pravni sistemi većine referentnih usporednih zakonodavstva na stanovištu su da ugovori zaključeni posredstvom e-pošte sadrže pisanu formu kao objektivno bitan element ugovora.¹⁰²

Dakle, smatra se da printana kopija elektronske pošte koja sadržava ugovorne odredbe ima isti pravni značaj kao i ugovor potpisan mastilom, pod uvjetom da je da je takva kopija reproducirana sa elektronske poruke čiji je integritet očuvan korištenjem imena, simbola i kodova, kao i ostalih informacija pomoću kojih je moguće identificirati pošiljaoca, te utvrditi njegovu ugovornu volju u vrijeme nastanka ugovora.¹⁰³ Drugim riječima, smatra se da ovakav ugovor ne mora

¹⁰¹ Ugovori zaključeni elektronskom poštom normirani su u I odjeljku LCEN. U članu 3., točka c) Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, elektronskom porukom smatra se niz podataka koji su poslani i primljeni na elektronski način, što uključuje prije svega elektronsku razmjenu podataka i elektronsku poštu. Ovom odredbom dosljedno je primijenjeno načelo tehnološke neutralnosti propisa posvećenih elektronskoj trgovini. Interesantno je da u Zakonu o elektroničkoj trgovini RH nema eksplicitne odredbe koja je posvećena zaključivanju ugovora posredstvom elektronske pošte, mada se njegovoj dozvoljenosti može zaključiti sistematskim tumačenjem odredbe članka 2. ovog zakona koja normira značenje izraza upotrijebljenih u Zakonu.

¹⁰² Vidjeti slučaj pred talijanskim pravosuđem koji se odnosi na punovažnost ugovora zaključenog preko e-pošte: <<http://www.interlex.it/docdigit/ricorsocuneo.htm>>.

¹⁰³ Prema Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, ako nije drugačije dogovoreno, smatra se da je poruka poslana u vrijeme kada uđe u informacijski sistem koji nije pod kontrolom pošiljaoca i u skladu s voljom pošiljaoca (član 9.), a momentom prijema smatra se moment kada poruka uđe u informacijski sistem primaoca (član 10.).

sadržati potpis mastilom ili kemijskom olovkom, budući da u sebi sadrži elektronski potpis koji predstavlja elektronski ekvivalent klasičnom potpisu.¹⁰⁴

8. Zaštita potrošača prilikom zaključenja elektronskog ugovora

Usporedno-pravni propisi posvećeni elektronskim ugovorima mahom sadrže propise posvećene zaštiti potrošača,¹⁰⁵ pogotovo u situacijama kada ovi, prilikom zaključenja ugovora, počine nenamjerne greške, pod uvjetom da:

- odmah (promptno) nakon saznanja o grešci, potrošač obavijesti drugu ugovornu stranu o tome;
- nije koristio predmet ugovora ili ostvario kakvu dobit po osnovi korištenja informacije ili je pružio takvu dobit trećoj strani;
- dostavi sve kopije informacije drugoj strani ili uništi sve kopije u skladu sa instrukcijama druge strane i
- plati sve troškove isporuke i obrade drugoj strani.¹⁰⁶

Ova pravila se neće primijeniti, ukoliko je distributer omogućio potrošačima zadovoljavajući program za izbjegavanje grešaka ili verificiranje informacija vezanih za prodaju najmanje po drugi put (klikom miša po drugi put), prije nego je elektronska porudžbina procesuirana. To je upravo slučaj sa autentifikacijom elektronskog potpisa ugovora.

U njemačkom pravu potrošači su dodatno zaštićeni mogućnošću da odustanu od elektronskog ugovora u roku od 14 dana od dana zaključenja, osim kod ugovora čiji su predmet isporuka hrane ili putničke usluge.¹⁰⁷

9. Potvrđivanje (autentifikacija) elektronskog potpisa ugovora

U pojedinim usporednim zakonodavstvima elektronski ugovori čiji predmet prelazi određeni iznos,¹⁰⁸ odnosno vrijednost, mogu proizvesti pravni učinak samo pod uvjetom da su elektronski zapisi pisane redakcije ugovora i potpisi autentificirani. Autentifikacija se može obaviti i primjenom tzv. procedure atribucije (*attribution procedure*) u cilju verifikacije podataka i eventualnog otklanjanja grešaka ili promjena u podacima. Ova procedura zahtijeva korištenje kodova, algoritama, riječi i brojeva za šifru, povratne pozive i druge vrste potvrđivanja.¹⁰⁹

¹⁰⁴ Član 7. UNCITRAL-ovog Modela zakona pokriva materiju ugovora zaključenih putem e-pošte. Član 10 Direktive o elektronskoj trgovini, normirajući materiju *click-wrap* ugovora, indirektno spominje zaključivanje ugovora putem e-pošte.

¹⁰⁵ Prema članu 3, točka k) Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, potrošačem se smatra svako lice koje djeluje u svrhu koja ne spada u njegovu ili njenu trgovinsku, poslovnu ili profesionalnu aktivnost.

¹⁰⁶ § 217 UCITA. Usporedi član 19. i 20. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH.

¹⁰⁷ Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr, BGBl. I 2001 S. 3721.

¹⁰⁸ 5000 dolara ili više prema § 201 UCITA.

¹⁰⁹ § 102(a)(5) UCITA.

U praksi, procedura autentifikacije najčešće nalazi primjenu kada potrošač kupuje softver preko Interneta na *web-cite*-u koji funkcionira putem elektronskog sistema naručivanja. Od potrošača se zahtijeva da unese podatke o njegovom imenu, prezimenu, adresi, telefonskom broju, informacijama iz kreditne kartice, informacije vezane za računar sa kojeg se naručuje i PIN broj. Elektronski agent zatim zahtijeva da potrošač potvrdi (verificira) sve informacije po drugi put, prije no što potrošač prihvati ponudu klikom na odgovarajućem mjestu u aplikaciji *web-cite*-a. Kod ugovora ovakvog tipa, samo pod navedenim uvjetima, distributer će dozvoliti potrošaču da softver "skine" (downloadira) sa Interneta na svoj računar.

Dakle, autentificirati (*authenticate*) ugovor podrazumijeva da on mora imati dodatnu elektronsku formu, a to je, ustvari, potpisivanje pisane redakcije elektronskog ugovora putem primjene elektronskog simbola, zvuka ili poruke koja joj se pridodaje, koja je sastavni dio pisane redakcije ili koja je povezana sa pisanom redakcijom ugovora.¹¹⁰ Drugim riječima, elektronska autentifikacija ovog ugovora osigurava lakoću identificiranja jedne od ugovornih strana, na taj način da se sa sigurnošću može zaključiti da podatke nije mogao bilo tko drugi unijeti, osim osobe koja je tu radnju poduzela osobno ili preko njenog elektronskog agenta.¹¹¹

10. Zaključivanje ugovora o licenci preko Interneta (Licencing Agreement)

Zaključivanje ugovora o licenci jeste jedan od najčešće zaključivanih ugovora preko Interneta kojima se, na neodređen rok ili za određeni period, prenose sva ili pojedina imovinska ovlaštenja iz subjektivnih prava intelektualnog vlasništva. Važnost ovog ugovora koji se zaključuje preko Interneta priznata je i od strane redaktora UCITA, koji su mu u nekoliko odredbi posvetili posebnu pažnju, posebno u domenu prenošenja prava korištenja informacija,¹¹² uključujući i takozvanu isključivu licencu.¹¹³

Poseban slučaj predstavljaju takozvani ugovori o pristupu softveru i informacijama (*Software and Information Access Contracts*) koji, umjesto ustupanja same informacije, bilo fizičkim nosačem, bilo downloadiranjem, podrazumijeva prenošenje stjecatelju od strane prenositelja ovlaštenja pristupa bankama podataka za određeno vrijeme ili određeni broj puta, koje su pod

¹¹⁰ § 102(a)(6) UCITA.

¹¹¹ § 108 i § 213 UCITA.

¹¹² § 102(40) UCITA izričito definira ugovor o licenci informacija ili prava na informacije sljedećim riječima (u prijevodu autora): "*Licenca podrazumijeva ugovor koji ovlašćuje pristup ili upotrebu, distribuciju, izvođenje, promjenu ili reprodukciju informacije ili prava na informaciju, ali izričito ograničava pristup ili upotrebljava autorizaciju ili izričito prenosi manje od punog obima prava na informaciju, bez obzira na to da li stjecatelj ima pravo na kopiju ili nema to pravo. Ovaj pojam podrazumijeva sporazum o pristupu, zakup računarskog programa i isporuku kopije*".

¹¹³ § 102(a)(41)(42) UCITA.

kontrolom prenositelja. Pristup bankama podataka mora biti omogućen stjecatelju u skladu sa odredbama zaključenog elektronskog ugovora. Ukoliko što drugo nije ugovoreno, pristup će biti omogućen u razumno vrijeme i na razuman način koji je prilagođen tipu ugovora i uobičajenim standardima poslovanja, trgovine i date industrije. Periodično obnavljanje, dopunjavanje (*updating*) i promjene informacija u bazi podataka se neće smatrati povredom ovog ugovora, osim ako je takav postupak u suprotnosti sa njegovim izričitim odredbama. Sporadični padovi sistema i nemogućnost pristupa bankama podataka se, također, neće smatrati kršenjem ugovora ako su ovi događaji: 1. normalni u danoj djelatnosti, trgovini ili industriji; ili 2. su uzrokovani planiranom neaktivnošću; normalnim periodima otkazivanja opreme komunikacije ili programa; ili razumnim potrebama za održavanjem.¹¹⁴ Ostali pravni sustavi ne sadrže posebne odredbe posvećene zaključivanju ugovora o licenci posredstvom Interneta.

11. Dokazivanje i tumačenje elektronskog ugovora

U skoro svim referentnim usporednim zakonodavstvima u domenu građanskog procesnog prava usvojen je princip slobodne ocjene dokaza.¹¹⁵ Otuda se postojanje i sadržaj ugovora mogu dokazivati svim dokaznim sredstvima, uključujući i podatke u elektronskoj formi. UNCITRAL-ovim Modelom zakona i Direktivom o elektronskom potpisu EU izričito se traži od članica da u svojim zakonodavstvima ne isključe mogućnost dokazivanja elektronskog potpisa u pravnim procedurama samo zbog toga što je dan u elektronskoj formi.¹¹⁶

Problem dokazivanja naročito dolazi do izražaja po pitanju čuvanja elektronskih podataka pomoću kojih se dokazuje postojanje i sadržaj ovih ugovora. U francuskom pravu profesionalci (trgovci, privrednici) dužni su arhivirati sve podatke u periodu od 10 godina od momenta zaključenja, odnosno izvršenja ugovora sa trenutnim izvršenjem prestacija. Ove osobe dužne su omogućiti pristup ovim podacima na zahtjev druge strane, ako vrijednost ugovora prelazi iznos od 120 eura.¹¹⁷ Budući da se u francuskom pravu zahtijeva pisana forma za dokazivanje ugovora (dokazna forma) čija vrijednost prelazi 1500 eura, gore spomenutim Zakonom o elektronskom potpisu od 13. marta 2000. godine, ugovorima zaključenim u elektronskoj formi dana je ista dokazna snaga kao i onima zaključenim na tradicionalan način, u pisanoj formi.

U američkom pravu, izričito je propisano da, ukoliko elektronski zapis ugovora predstavlja konačni izraz ugovorne volje potpisnika, uvjeti i točke tog ugovora ne mogu se izmijeniti ili derogirati tumačenjem nekog prethodnog sporazuma ili istovremenog usmenog dogovora (*Parole evidence*).¹¹⁸ Međutim,

¹¹⁴ § 611 UCITA.

¹¹⁵ *Pravna enciklopedija*, knjiga druga, Savremena administracija, Beograd, 1989, str. 973-974.

¹¹⁶ Član 9 UNCITRALOV-og Modela zakona i član 5 Direktive o elektronskom potpisu.

¹¹⁷ Član 27. LCEN, članovi 1.-2. Dekreta od 16. februara 2005. godine.

¹¹⁸ §301 UCITA.

tumačenje cilja ugovora sadržanog u elektronskom zapisu ugovora može se postići istraživanjem ranijeg ponašanja ugovornih stranaka u poslovanju i prilikom ispunjavanja ugovornih obaveza, i primjenom trgovačkih uzusa (običaja, *usage of trade*).¹¹⁹

12. Zaključak

Svi izvori prava elektronske trgovine, kako međunarodni izvori, tako i nacionalni izvori, nedvosmisleno priznaju punovažnost ugovora zaključenih elektronskim putem. U skladu sa načelom konsensualizma, ovaj princip jednako se primjenjuje, kako na zaključivanje neformalnih ugovora prostom suglasnošću koja je postignuta elektronskim putem, tako i u slučaju ugovora za koje se, do ere Interneta, tradicionalno zahtijevala pisana forma u takozvanoj “tvrdoj formi”, to jest pisana redakcija ugovora sa potpisom ugovornih strana na kraju teksta “putem mastila”.

Najveći broj referentnih usporednih zakonodavstva držao se uputa UNCITRAL-ovih modela zakona i direktiva EU. Ova dva paradigmatska modela pristupili su metodi fragmentarnog normiranja materije ugovora zaključenih elektronskim putem, baveći se samo pitanjima izjednačavanja pisane forme ugovora sa elektronskom formom i potpisa mastilom sa elektronskim potpisom, kao i pitanjem dokazivanja postojanja i sadržaja elektronskog ugovora. Samo je američko pravo elektronsku trgovinu kodificiralo na sveobuhvatan način, precizirajući smisao, sadržaj i strukturu svih pravnih pojmova od značaja za ugovor. Pristup američkih kodifikatora očito je mnogo uspješniji od pristupa drugih usporednih zakonodavaca. Uspjeh američke kodifikacije prava elektronske trgovine odraz je razvijenosti obima i intenziteta elektronskih transakcija na američkom tržištu, kao i razvijenosti pravne svijesti o neophodnosti adekvatne pravne regulacije tih transakcija.

U većini usporednih zakonodavstava, osim američkog, elektronskim putem nije dozvoljeno zaključiti ugovor za koji se zahtijeva notarska forma ili neka druga pojačana forma koja zahtijeva aktivno učešće sudskog tijela, ispunjavanje uvjeta prethodne dozvole ili naknadne suglasnosti. Ponovo, pristup američkog zakonodavstva koji dozvoljava ispunjavanje svih poznatih formi ugovora na elektronski način daleko je bolje prilagođen potrebama modernog i ubrzanog pravno reguliranog prometa na suvremenim tržištima roba, usluga, novca i kapitala.

Svi pravni sustavi, osim argentinskog i ruskog, ne favoriziraju bilo koju tehnologiju koja je namijenjena procesu komunikacije prilikom zaključivanja elektronskih ugovora. Time je u ovoj materiji istaknuto načelo tehnološke neutralnosti propisa posvećenih elektronskoj trgovini. Dakako, ovaj pristup velike većine zakonodavaca smatra se prilagođenim uvjetima ubrzanog tehnološkog razvoja i inventivnosti u ovoj oblasti komunikacija, čime se otklanja mogućnost

¹¹⁹ Ibidem.

favoriziranja bilo koje tehnologije i isključivanja novih, uspješnijih tehnologija koje mogu nastati nakon donošenja ovih propisa. Selektivni pristup argentinskog zakonodavaca i ruskog zakonodavaca, međutim, doprinosi većoj sigurnosti i pouzdanosti obavljenih transakcija.

U usporednim zakonodavstvima jednodušno je stanovište da elektronski ugovori mogu biti zaključeni na bilo koji način kojim se očituje sporazum, bilo putem izjavljivanja eksplicitne ponude i eksplicitnog prihvata, bilo ponašanjem pregovaračkih strana (konkludentnim radnjama, *conduct of both parties*) ili funkcioniranjem elektronskih posrednika. Međutim, ugovorne stranke, posebno potrošači, štite se od neželjenog ili slučajnog zaključivanja ugovora, tako što strane moraju jedna drugoj pružiti mogućnost provjere svih točaka ugovora, posebno cijenu, kao i mogućnost ispravljanja grešaka. U proceduri zaključivanja *click wrap* ugovora i drugih vrsta elektronskih ugovora, moraju se u ovu svrhu razmijeniti od dva do čak sedam klikova mišem.

Printana kopija elektronske pošte koja sadržava ugovorne odredbe ima isti pravni značaj kao i ugovor potpisan mastilom, pod uvjetom da je da je takva kopija reproducirana sa elektronske poruke čiji je integritet očuvan korištenjem imena, simbola i kodova, kao i ostalih informacija pomoću kojih je moguće identificirati pošiljaoca, te utvrditi njegovu ugovornu volju u vrijeme nastanka ugovora. Međutim, prilikom zaključivanja ugovora preko takozvanih elektronskih posrednika, protu-ponude od strane potrošača i drugih pregovarača nemaju pravni učinak.

U svim usporednim zakonodavstvima, osim u BiH, izvori prava kojima se pravno regulira elektronska trgovina primjenjuju se na otvorene sisteme, tako da ti pravni izvori predstavljaju *lex specialis* u odnosu na opća pravila ugovornog prava. Posebne pravne norme posvećene elektronskoj trgovini doista su bolje prilagođene normiranju svih aspekata zaključivanja ugovora elektronskim putem i to u svim fazama: od momenta pregovaranja, nastanka ugovora i njegovog pravnog učinka, do momenta dokazivanja integriteta njegovog sadržaja, potpisa i eventualnih izmjena ugovora. Bosanskohercegovački zakonodavac bi stoga trebao čim prije izmijeniti odredbe svog Zakona o elektronskom potpisu, tako što će oblast njegove primjene proširiti i na otvorene računarske sisteme, pa i onda kada ugovor zaključuju lica koja se do tada nisu poznavala.

Propisi upravnog prava, poreski propisi kojima se zahtijeva ispunjavanje fiskalnih obaveza prema državi i drugi imperativni propisi (npr., koji se odnose na proceduru registracije vozila) neće oduzeti punovažnost ugovorima zaključenim u elektronskoj formi, iako će stvarati praktične probleme administrativne naravi za ugovorne strane. Problemi administrativne naravi veoma se lako mogu otkloniti donošenjem odgovarajućih podzakonskih propisa u vezi sa reformom administracije i odgovarajućom edukacijom državnih službenika i državnih namještenika, kao bi se ovi osposobili da svoj upravni rad vrše tako da ne ometaju transakcije putem elektronskih ugovora.

Summary

MEANING AND VALIDITY OF AN ELECTRONIC CONTRACT AND PROVIDING EVIDENCE FOR IT: THE COMPARATIVE ANALYSIS

The legal regulation governing electronic transactions in comparative legal systems has been flourishing recently. International model laws and directives have paid a special attention to issues concerning the electronic contracts stipulation (i.e. a manifestation of relevant legal assent to conclude a contract), providing evidence on contract existence and interpretation of their content in civil procedures and electronic form as a requirement for contract to be valid and legally binding. By introducing the requirement of applying the advanced (secure, qualified) electronic signature, the legal regulations governing the above mentioned issues have also introduced norms on protection of electronic document integrity and electronic signature identity. Furthermore, completely new legal concepts have been developed in a domain of electronic commerce, i.e. electronic signature, secure (advanced) electronic signature, click-wrap licenses (click to agree contract), e-mail contracts, Internet licensing agreements etc. Comparative legal regulations on electronic contracts have introduced special and explicit rules governing the consumer protection, especially in cases when consumers enter into a contract by unintentional mistake. In addition, if the price indicated in the Internet contract is above a certain limit, some national legal systems require that signatures affixed to the electronic contract have to be authenticated.

Key words: *electronic contracts stipulation, electronic contracts interpretation, providing evidence on electronic contracts, electronic signature.*

Riassunto

**CONCLUSIONE, VALIDITA' E PROVA DEI CONTRATTI
ELETTRONICI: ANALISI COMPARATA**

La disciplina giuridica delle transazioni a mezzo canali elettronici ha subito letteralmente una proliferazione negli ultimi tempi. Le legislazioni comparate hanno dedicato particolare attenzione alle questioni relative alla conclusione dei contratti elettronici, ovvero al raggiungimento di un accordo giuridicamente rilevante all'atto della conclusione, alla prova dell'esistenza ed all'interpretazione del contenuto dei contratti elettronici, come pure alla forma elettronica, quale condizione ai fini della validità del contratto. Attraverso la pretesa dell'utilizzo della firma elettronica sicura (avanzata, qualificata), le norme giuridiche, dedicate a questa materia hanno disciplinato anche la questione della tutela dell'integrità del documento elettronico e dell'autenticità della firma elettronica. Altresì, è chiarita la questione della conclusione del contratto di licenza, cliccando sul *mouse*, della conclusione del contratto via *e-mail* e della conclusione del contratto di licenza a mezzo *internet*. Le previsioni normative comparate, che si occupano dei contratti elettronici, contengono norme dedicate alla tutela del consumatore, specie nelle situazioni in cui costoro, all'atto della conclusione del contratto, commettono errori involontari. Al fine di proteggere i consumatori, in alcuni ordinamenti comparati i contratti elettronici, il cui valore supera un certo importo, danno luogo a conseguenze giuridiche solo a condizione che le annotazioni elettroniche della redazione scritta del contratto, così come la firma, siano autenticati.

Parole chiave: *conclusione di un contratto elettronico, interpretazione del contratto elettronico, prova del contratto elettronico, firma elettronica.*