

UDK: 347.74:004.3/.4 (497.6)

pregledni članak

10. veljače 2014

mr. sc. Tin MATIĆ¹

PRIMJENA PROPISA O ELEKTRONIČKOM POSLOVANJU I SKLAPANJE UGOVORA U ELEKTRONIČKOJ TRGOVINI PREMA PROPISIMA BOSNE I HERCEGOVINE

U radu se razmatraju područje i opseg primjene propisa specifičnih za elektroničku trgovinu. Posebno se razmatra položaj i značenje bosanskohercegovačkog Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu u okvirima pravnog poretka BiH. Zakon se uspoređuje s Direktivom o elektroničkoj trgovini Europske unije te drugim međunarodnim *soft law* izvorima za ovo područje. Ukazuje se na mogućnosti definiranja elektroničke obrade podataka kao objekta reguliranja navedenog zakona. Također se razmatra rok vezanosti ponudom pri uporabi e-maila. Ističu se različitosti reguliranja istog predmeta u okvirima navedenog zakona, a posebno u odnosu na vrijeme trenutka primitka elektroničke poruke. Pokušava se pronaći tumačenje, koje će ovaj bosanskohercegovački propis prikazati kao onaj, koji usvaja suvremena rješenja, koja su u ovom području prihvatili međunarodni propisi - Konvencija Ujedinjenih naroda o uporabi elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima - te istovrsni propisi velikih pravnih područja Europske unije i Sjedinjenih Američkih Država.

Ključne riječi: elektronička trgovina, primitak elektroničke poruke, elektronička razmjena podataka, sklapanje ugovora elektroničkim putem

¹ mr. sc. Tin Matić, odvjetnik u Zagrebu; Tin Matić i partneri – odvjetničko društvo d.o.o., Zagreb, Vlaška 95, RH

1. Uvod

Kao pojava novijeg doba, elektronička trgovina nije bila izravno regulirana u tradicionalnim pravnim izvorima obveznog prava iz jednostavnog razloga što nije ni postojala u vrijeme donošenja propisa. Njezinim razvojem ubrzo se uočilo da se tradicionalni propisi mogu djelomično prilagoditi novonastalim tehnološkim procesima i odnosima, ali i da novonastale situacije traže izravnu novu regulaciju specifičnu za te odnose.

Informatička tehnologija je temelj gospodarskog razvoja i nesporno je da ona danas uvjetuje brzi razvoj društva. Glavni je pokretač promjena i rješavanja gospodarskih, socijalnih i svih drugih problema i sredstvo povezivanja s međunarodnom zajednicom. Elektroničko poslovanje, koje je uzelo maha zahvaljujući internetu, danas otvara vrata novom tipu komuniciranja s partnerima, potrošačima i konkurentima. Ignoriranje i nespремnost uključivanja u ovaj novi oblik nastupanja na tržištu znatno umanjuju konkurentske prednosti svakog poslovanja. Takva situacija bezuvjetno utječe na nužnu prilagodbu novim informacijsko-tehnološkim trendovima te stvara potrebu za zakonskom osnovom i regulacijskim okvirom dugoročnog plana razvoja ovog područja.

Potreba za pravnom regulacijom tih odnosa uočena je u okvirima UNCITRAL-a² te je u njemu stvoren opsežni pravni dokument - prvi koji pokušava regulirati područje elektroničke trgovine - Model zakon o elektroničkoj trgovini iz 1996. godine,³ s dopunama iz 1998. godine.⁴ Nakon njega donose se prve nacionalne kodifikacije prava elektroničke trgovine u Europi, a uglavnom u okvirima i pod utjecajem Direktive Europske unije o elektroničkoj trgovini.⁵ Kako je elektronička trgovina fenomen na globalnoj razini, u praksi je prisutna jaka tendencija unificiranog rješavanja istih pravnih pitanja i problema. Prateći razvoj svjetskih i europskih trendova kodifikacije prava elektroničke trgovine, BiH donosi svoj Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu,⁶ koji predstavlja značajan kodifikacijski pokušaj s obzirom na to da su mu uzori Model zakon o elektroničkoj trgovini i kumulativno, a ne alternativno, Direktiva Europske unije o

²The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Komisija UN za međunarodno trgovačko pravo, osnovala ju je Glavna skupština UN 17. prosinca 1966. godine. Glavni cilj joj je modernizacija i usklađivanje pravnih pravila koja vrijede na području međunarodne trgovine.

³Model zakon ima samo 12 članaka. Već njegov obujam ukazuje na relativnu nedorečenost u regulaciji te pionirsko obrađivanje područja.

⁴UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, www.un.or.at/uncitral/english/texts/electcom/ml-ec.htm, posljednji pristup 4.3.2014.

⁵Vidjeti detaljno Trnavci, Genc: „Zaključenje i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza“ Zbornik pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1, 2009., str. 449-472.

⁶Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu od 20. novembra 2007. godine, Službeni glasnik BiH, br. 88/07.

elektroničkoj trgovini. U ovom radu pokušat će se dati prikaz opsega primjene bosanskohercegovačkih propisa iz područja elektroničke trgovine te popuniti pravne praznine kod identifikacije elektroničke razmjene podatka u okvirima bosanskohercegovačkog prava, kao i analizirati odredbe Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu oko sklapanja ugovora elektroničkim putem.

2. Definicija elektroničke (elektronske)⁷ trgovine

Elektronička trgovina (engleski naziv i svjetski poznat termin u svim jezicima je *electronic commerce* ili *e-commerce*) definira se kao trgovina, koja obuhvaća sve trgovačke transakcije, bilo da je riječ o onima između individualnih, fizičkih osoba ili trgovačkih društava ili s njima izjednačenih subjekata, koja se provodi kroz elektroničke mreže.⁸ Isto tako se elektronička trgovina određuje kao ona u kojoj se koriste elektronički sustavi za provedbu trgovačkih aktivnosti.⁹

Predmetom takvih pravnih poslova mogu biti usluge i druge nematerijalne ili netjelesne stvari (engl. *intangible goods*), podaci ili informacije, tzv. *data products*, ili roba u tradicionalnom smislu kao *tangible goods*.¹⁰

3. Pravo elektroničke trgovine – opseg primjene

Pravo elektroničke trgovine dio je trgovačkog (ugovornog) ili građanskog (ugovornog) prava, koje regulira specifičnosti pravnih poslova nastalih elektroničkim načinima komuniciranja.¹¹

⁷ Iako se termini 'elektronički' i 'elektronski' često koriste kao sinonimi, odnosno 'elektronički' prevladava u hrvatskom jeziku u Hrvatskoj, dok 'elektronski' prevladava u hrvatskom jeziku u BiH, prama shvaćanjima jezikoslovaca radi se o pridjevima različitih značenja. Naime, *elektronski* znači 'koji se odnosi na elektrone', a *elektronički* 'koji se odnosi na elektroniku'. Prema definiciji Instituta za hrvatski jezik i jezikoslovje; <http://savjetnik.ihjj.hr/savjet.php?id=59>, posljednji pristup 3.9.2014. U radu se, poštujući pozitivnopravni pristup ovi termini ipak koriste kao sinonimi.

⁸ Mullerat, Ramon u ABA Annual meeting: Lost in Cyberspace: Jurisdiction and the World Wide Web, Atlanta, August 9, 1999; naziv rada: E-commerce: Jurisdictional Issues - The European Perspective - str. 2.

⁹ Geist, Michael: A Guide to Global E-commerce Law, str. 1, www.itu.int/ITU-T/special-projects/ip-policy/final/Attach04.doc, posljednji pristup 4.7.2014.

¹⁰ Mullerat, Ramon u ABA Annual meeting: Lost in Cyberspace: Jurisdiction and the World Wide Web, Atlanta, August 9, 1999; naziv rada: E-commerce: Jurisdictional Issues - The European Perspective - str. 2.

¹¹ tako Heyden, J. Truyen u knjizi - E commerce and the Law of Digital Signatures, urednik Dennis Cambell, Oceana Publications, Inc, New York, 2005., na str. 224, navodi da se prema sekciji 312e njemačkog Građanskog zakonika termin „ugovor elektroničke trgovine“ (*Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr*) određuje kao ugovor o pružanju usluga ili nabavljanju roba, u kojem sudionici koriste telekomunikacijske ili medijske usluge za sklapanje ugovora. Na taj način posredno određuje i sadržaj i objekt reguliranja elektroničke trgovine.

Osnova definicije elektroničkog trgovanja jest prijenos pravno relevantnih poruka i informacija kroz elektroničke mreže.

S pravnog stajališta postoje pravi ili čisti oblici elektroničke trgovine, a to su EDI¹²; e-mail, te mješoviti, koji mogu biti kombinirani s tradicionalnim papirnatim, primitivnim elektroničkim oblicima. Međutim, i kod njih se poruke prenose kroz elektroničke komunikacijske mreže (telefon, telefaks). Pritom je nužno istaknuti da se kao poseban oblik elektroničke trgovine, i to nesumnjivo kao njezin čisti oblik, pojavljuje tzv. elektronički agent, odnosno sustav automatskih poruka, koji nije spomenut u Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH¹³ ni u drugim drugih zemalja zakonima donesenim temeljem Direktive EU-a o elektroničkoj trgovini. Elektronički agent,¹⁴ odnosno sustav automatskih poruka¹⁵ predstavlja računalni softver (i računalo), koji komunicira - za račun i u ime, odnosno prema nalogu fizičke ili pravne osobe s drugim fizičkim ili pravnim osobama, izravno ili interakcijom dvaju ili više sustava automatskih poruka, u kojima nije sudjelovala fizička osoba u bilo kojoj pojedinačnoj radnji poduzetoj putem sustava automatskih poruka ili u konačnom ugovoru.¹⁶ S obzirom na složenost i specifičnost tematike elektroničkog agenta napominje se da ona prelazi opseg ovog rada te se neće dalje razmatrati, uz napomenu da osnovna pravila, koja vrijede za čiste oblike elektroničke trgovine, vrijede i za elektroničkog agenta.

Naime, iznimno je bitno odrediti na koji dio i na koji način komuniciranja se odnose specijalni propisi, primjenjivi na elektroničku trgovinu.

Prvi opsežniji pravni dokument, koji pokušava regulirati područje elektroničke trgovine kao opći pojam jest UNCITRAL-ov Model zakon o elektroničkoj trgovini iz 1996.

¹² općeprihvaćena engleska skraćenica za Electronic data interchange, elektroničku razmjenu podataka, biti će detaljno objašnjena i prikazana nešto kasnije

¹³, Službeni glasnik BiH 88/07, u daljnjem radu koristi se kratica ZEPPP

¹⁴ Vidjeti detaljno kod Kis, Sabrina. "Contracts and Electronic Agents" (2004). *LLM Theses and Essays*. Paper 25. http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/25, posljednji pristup 14.7.2014. te Wettig, Steffen i Zehendner, Eberhardt: The Electronic Agent: A Legal Personality under German law, www.wettig.info/biometrie_uni_jena-s/el_agent_legal_personality_under_german_law20030624.pdf, posljednji pristup 4.12.2014.

¹⁵ Definicija se izvodi iz čl. 12. Konvencije o sklapanju ugovora elektroničkim putem (United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts with explanatory note by the UNCITRAL secretariat, United Nations, New York, 2007., publication no. E.07.V.2) koji glasi: Ugovoru sklopljenom putem sustava automatskih poruka i fizičke osobe, ili interakcijom između sustava automatskih poruka, neće biti osporena valjanost ni izvršivost isključivo na temelju činjenice da fizička osoba nije sudjelovala (intervenirala) u bilo kojoj od pojedinačnih radnji poduzetih putem sustava automatskih poruka ili u konačnom ugovoru.

¹⁶ Regulaciju elektroničkog agenta, odnosno valjanost ugovora sklopljenih putem elektroničkog agenta regulira čl. 12. Konvencije o sklapanju ugovora elektroničkim putem. UNCITRAL-ov Model zakon o elektroničkoj trgovini iz 1996. također ne spominje elektroničkog agenta.

godine, s dopunama iz 1998. godine.¹⁷ Prema čl. 2 Model zakona, u elektroničkim oblicima trgovanja poruke se izmjenjuju i čuvaju u elektroničkom obliku te predstavljaju EDI, odnosno elektroničku poštu, teleks, telegram i telefaks.¹⁸

Čak niti Konvencija Ujedinjenih naroda o uporabi elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima¹⁹ iz 2007. godine ne daje drugačiju definiciju elektroničkih načina komuniciranja, osim što u čl. 4 navodi da se elektroničkom komunikacijom smatra svaka komunikacija koju strane obavljaju uporabom elektroničkih poruka (čl. 4, st. 1, toč. b).²⁰ Prema toč. c, u elektroničke poruke spadaju EDI, elektronička pošta, telegram, teleks i telefaks (*teletype*).

Slijedeći razradu navedenog UNCITRAL-ova Model zakona²¹ te Konvencije UN-a, mora se primijetiti da su 'primitivni' oblici elektroničkog komuniciranja, poput telegrama i teleksa,²² obrađeni u zakonodavstvu i u praksi pa ne zahtijevaju posebnu novu regulaciju. Kao takvi su uklopljeni u tradicionalno 'papirno orijentiranu' okolinu s nekoliko specifičnih regulacija. Stoga je taj oblik elektroničkog trgovanja zapravo uredno reguliran tradicionalnim pravnim propisima i upitno je li ga trebalo uvrstiti na popis takvog načina trgovanja. U eventualnoj prihvaćenosti navedenog zakona u domaćem zakonodavstvu vjerojatno bi bilo bolje ne navesti da se ti oblici trgovanja smatraju elektroničkim trgovanjima da ne dođe do moguće, nepotrebne zabune po pitanju primjene novih pravnih rješenja (ako ih ima) i analize problema kod elektroničke pošte, teleksa i elektroničke razmjene podataka.

¹⁷ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, www.un.or.at/uncitral/english/texts/electcom/ml-ec.htm, posljednji pristup 4.3.2014.

¹⁸ Članak 2. st. 1 toč. 2. ovog Model zakona glasi u izvorniku na engleskom jeziku: *Article 2. Definitions*

for the purposes of this Law:

(a) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or teletype.

¹⁹ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, United Nations, New York, 2007., publication no. E.07.V.2

²⁰ (b) "Electronic communication" means any communication that the parties make by means of data message.

(c) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange, electronic mail, telex or teletype.

²¹ Detaljnije o Model zakonu te njegovoj recepciji u nacionalnim zakonodavstvima vidjeti kod Geist, Michael: *A Guide to Global E-commerce Law*, str. 13-17., www.itu.int/ITU-T/special-projects/ip-policy/final/Attach04.doc, posljednji pristup 4.7.2014.

²² Npr. specifičnu regulaciju za telegram sadržava čl. 37., a za teleprinter čl. 72. i 40. Zakona o obveznim odnosima 1978., te su oni obrađeni i u pravnoj literaturi. Isto tako specifičnu regulaciju za telefon sadrži hrvatski Zakon o obveznim odnosima 2005. (Narodne novine RH br. 35/05, 41/08, 125/11) u čl. 258 st. 2., čl. 261., čl. 263. st. 2. i čl. 406. te za teleprinter u čl. 261. i u 292.

Međutim, osim što ni u ovom Model zakonu nije definirana elektronička trgovina, to nije učinjeno ni u Direktivi Europske unije o elektroničkoj trgovini,²³ niti u hrvatskom Zakonu o elektroničkoj trgovini,²⁴ a niti u Zakonu o elektronskom poslovanju i poslovnom prometu BiH. Stoga je kazuistički prikaz iz ovog Modela zakona i Konvencije UN-a praktički jedino izvorište, iako se, u odnosu na BiH, radi o *soft law* izvorima za utvrđenje pravog pojma elektroničke trgovine. Također, Konvencija UN-a stupila je na snagu 2013. godine, ali ne u odnosu na BiH, pa je zapravo u odnosu na BiH u statusu *soft law* izvora. Naime, posredno definirajući elektroničku poruku, UNCITRAL-ov model definira i elektroničku trgovinu ili elektronički oblik trgovanja i komuniciranja te vlastiti opseg regulacije. Taj model zakon definira elektroničku poruku kao onu koja sadrži informacije ili podatke stvorene, poslane, primljene ili pohranjene elektroničkim, optičkim ili sličnim napravama, u koje se ubrajaju EDI, elektronička pošta, telegram, teleks ili telefaks, ali se na ne ograničavaju na te načine komuniciranja²⁵. Gotovo na isti način elektroničku poruku definira i Konvencija UN-a o uporabi elektroničkih komunikacija u međunarodnim ugovorima.²⁶

Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH iznimno je dobro u čl. 3 definirao elektroničku poruku – kao niz podataka, koji su poslani ili primljeni na elektronički način, što, prije svega, uključuje elektroničku razmjenu podataka i elektroničku poštu. Dakle, bosanskohercegovački zakonodavac prihvatio je čiste oblike elektroničkog komuniciranja kao objekt svoje regulacije, izostavljajući jedino potencijalno čisti oblik elektroničkog komuniciranja telefaks – *telecopy*. S obzirom na to da nije korišten *numerus clausus* u nabranju oblika, za zaključiti je da se u taj oblik elektroničkog komuniciranja pod određenim uvjetima ubraja i telefaks.

Poslovna praksa prihvatila je telefaks poruku (koja je odasлана s telefaks aparata ili računala na telefaks aparat i time dana na papiru kao nosaču informacije) kao pisani oblik ugovora, odnosno ponude ili prihvata, a sve u skladu sa čl. 72. st. 4. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) iz 1978.²⁷ Da bi se izbjegle sve nedoumice, u BiH je Republika Srpska

²³ Directive 2003/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market /Direktiva o elektroničkoj trgovini/ Official Journal L 178, 17/07/2000 p. 0001 – 0016, iz 2000. godine.

²⁴ Narodne novine RH 173/03, 67/08, 36/09, 130/11, 30/14.

²⁵ UN članak 2. (a) "Data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy – UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, 1996. with additional article 5 bis as adopted in 1998, UN Publication Sales no. 99.V.4, UJN, New York 1999., str. 4.

²⁶ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, United Nations, New York, 2007., publication no. E.07.V.2

²⁷ Zahtjev pismene forme ispunjen je kao strane izmijenjaju pisma ili se sporazumiju teleprinterom ili nekim drugim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i davalac izjave. Telefaks je dakle to „neko drugo sredstvo“.

donijela izmjene i dopune ZOO-a iz 1978. iz kojih je izričito vidljivo da se telefaks smatra tradicionalnim pisanim dokumentom²⁸ te se tako uklapa u postojeću regulaciju, ne zahtijevajući novu elektroničku regulaciju.

Dakle, očito je da postoji razlikovanje i u skupini elektroničkog načina komuniciranja. Naime, na jednoj strani nalaze se telegram, teleks i telefaks,²⁹ a na drugoj EDI i e-mail³⁰ gledano iz perspektive međunarodnih pravnih izvora. Međutim, Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH svoju je primjenu definirao jasnije od navedenih međunarodnih izvora.

Prema Zakonu o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH, posebna pravila koja bi obuhvaćala pravila važeća za elektroničku trgovinu bila bi ona koja se odnose na komunikaciju putem EDI-ja, elektroničke pošte i telefaksa, kad telefaks komunikacijsko tehnološki odgovara elektroničkoj komunikaciji poput elektroničke pošte. Nužno je zaključiti da se odredbe *lex specialis* Zakona o elektronskom pravu i poslovnom prometu uvijek odnose na čiste oblike elektroničkog komuniciranja – e-mail i EDI.³¹

Njegova primjenjivost na telefaks poruke ovisi o činjeničnom obliku uporabe računala i pohrane podataka, s tim da je moguća komunikacija – tradicionalni papirni telefaks na računalo, računalo na papirni telefaks i, konačno, računalo na računalo. Treća varijanta identična je e-mailu i tada se telefaks komunikacija može smatrati pravim elektroničkim oblikom komuniciranja. U preostala dva slučaja radi se o kombinaciji tehnologija pa posljedično tome i kombinaciji pravnih pravila, koja se primjenjuju. Ukoliko je primatelj poruke računalo, a pošiljalatelj je tradicionalni papirni telefaks aparat, tada se na primatelja mora primjenjivati pravilo *lex specialis*, važeće uz čisti elektronički oblik, a na pošiljalatelja tradicionalna regulacija. Ukoliko je primatelj tradicionalni papirni telefaks (koji poruku prima izravno ispisom na papir), a pošiljalatelj računalo, tada se radi o situaciji u kojoj na pošiljalatelja treba primijeniti propise, koji važe za čistu elektroničku

²⁸ Zakon o dopunama Zakona o obligacionim odnosima, Službeni glasnik Republike Srpske br. 74/2004

Član 1.

U članu 40. Zakona o obligacionim odnosima ("Službeni list SFRJ", broj 27/78 i "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 17/93), iza stava 2. dodaje se novi stav 3. koji glasi:

"Narudžbenica poslana faksom smatraće se pisanom ponudom."

²⁹ Koji su očito regulirani kroz članke 72. st. 4. i čl. 40. st. 2 ZOO-a 1978., dakle općim propisima.

³⁰ Koje regulira pravo elektroničke trgovine – kao sadržaj normi koje su *lex specialis* u odnosu na norme ZOO-a.

³¹ Isto tako Picheler, Marie Helen; Rupp-Gufler Melanie i Koenig Ribert, Truyen u knjizi – E commerce nad the Law of Digital Signatures, urednik Dennis Cambell, Oceana Publications, Inc, New York, 2005., na str. 90, komentirajući austrijski Zakon o elektroničkoj trgovini (koji je donesen implementirajući Direktivu o elektroničkoj trgovini) navode: *The following services are not considered as information services and are outside the scope of the Electronic Commerce Act:*

1. Voice telephony services
2. Telecopy and telex services or services provided via telephony or telecopy.

komunikaciju, a na primatelja treba primijeniti tradicionalne propise za komuniciranje kada je nositelj informacije papir.

Isto tako je nužno poći od pretpostavke da su posebna pravila, sadržana u specifičnoj regulativi, koja se odnosi na elektroničko poslovanje, primjenjiva samo ukoliko se ugovori sklapaju kroz elektroničke mreže, dakle ukoliko se izmjenjuje poruka elektroničkog zapisa elektroničkim putem kroz elektroničke mreže. U slučaju da se, primjerice, ugovori sklapaju u elektroničkom obliku, ali se ponuda prenosi ručno ili poštom u elektroničkom obliku zapisana kao elektronički zapis na bilo kojem nosaču podataka od jedne strane drugoj, o trenutku sklapanja ugovora primjenjivat će se tradicionalna pravila, a ona iz elektroničkog područja samo kada se odnose na oblik ugovora. Takav zaključak proizlazi i iz formulacije Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu kada definira elektroničku poruku kao niz podataka „koji su poslani ili primljeni na elektronski način, što uključuje prije svega elektronsku razmjenu podataka i elektronsku poštu,^{32,33} a što znači prijenos poruka kroz elektroničke mreže („na elektronski način“), a ne bilo kakvom razmjenom elektroničkih zapisa.

Elektronička pošta definira se kao svaka (unaprijed nestrukturirana) tekstovna,³⁴ glasovna, zvučna ili slikovna poruka odasлана javnom komunikacijskom mrežom, koja se može pohraniti u mreži ili u terminalnoj opremi primatelja poruke, sve dok je primatelj ne preuzme.³⁵

Ugovori bilo koje vrste, sklopljeni elektroničkim načinom komuniciranja, po svojoj pravnoj prirodi ostaju ono što jesu; na njih se primjenjuju isti propisi i oni se zapravo ni po čemu ne razlikuju od ugovora iste vrste sklopljenih na tradicionalan način. Jedina je specifičnost u načinu njihova nastanka i sklapanja na koje se primjenjuju specifični propisi važeći za elektroničko poslovanje, dok nakon trenutka nastanka ti ugovori bivaju podređeni jednakoj pravnoj regulativi kao i svaki drugi ugovor tog tipa.³⁶

³² Isto tako Heyden, J. Truyken u knjizi – E commerce nad the Law of Digital Signatures, urednik Dennis Cambell, Oceana Publications, Inc, New York, 2005., na str. 227, komentirajući njemački zakon o telekomunikacijama (koji je donesen implementirajući Direktivu o elektroničkoj trgovini) navodi da „*teleservices*“ must be interpreted as to include only information and communication that makes use of „new“ technologies, such as electronic data interchange, electronic mail, and the internet. The German legislator did not intend to include „old“ technology, such as telegrams, telexes, or telecopies.“

³³ Čl. 3. st. 1. b) ZEPPP-a :elektronskaporuka: niz podataka, kojisu poslani iliprimljenina elektronski način, štouključuje prijesvega elektronsku razmjenu podataka ielektronsku poštu;

³⁴ U engleskom govornom području uobičajeno se kaže da sadrži *free text* – slobodni tekst.

³⁵ Vidjeti detaljno kod Matić, Tin: Internet – pravo na komunikaciju i informaciju u odnosu na sigurnosnu mjeru zabrane pristupa Internetu iz Kaznenog zakona RH, Hrvatska pravna revija, Zagreb, 2013, br. 1, str. 29.

³⁶ Vidjeti dio ovog rada o hijerarhiji pravnih propisa.

4. Definiranje EDI-ja

Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu³⁷ u čl. 3. st. 1. toč. b.³⁸ spominje EDI kao elektroničku poruku i objekt njegove regulacije, iako isti pravni pojam (EDI) nije pozitivnopravno definiran u tom propisu, a niti u bilo kojem drugom. Stoga je zbog određivanja opsega i područja primjene ZEPPP-a nužno definirati EDI.

Ista je situacija u Republici Hrvatskoj. Članak 80. Zakona o porezu na dodanu vrijednost³⁹ spominje EDI u st. 3., ali ga ne definira. No, EDI ne definira niti jedan drugi hrvatski pozitivnopravni izvor, iako se Zakon o PDV-u na njega, kako je opisano, poziva. Iz tog razloga i postoji pravna praznina po pitanju interpretacije i definiranja ovog termina i nakon donošenja navedenih zakona, jednako kao i ranije i u Hrvatskoj i u Bosni i Hercegovini.

Doktrinarno se elektronička razmjena podataka (EDI) najkraće određuje kao izravni prijenos strukturiranih poslovnih podataka i poruka između računala elektroničkim putem, tj. kao prijenos poslovne i pravno relevantne 'dokumentacije' bez uporabe papira.⁴⁰ Elektronička poruka, odnosno dokument, razmijenjen je izravno između računala, pri čemu računala sama poduzimaju odgovarajuće radnje na temelju sadržaja prethodno utvrđenih područja u samim porukama.⁴¹ Engleski termin *Electronic Data Interchange* (EDI) u doslovnom prijevodu na hrvatski jezik označava elektroničku razmjenu podataka. Elektronička razmjena podataka također se koristi kao sinonim za

³⁷ U daljnjem tekstu koristiti će se skraćenica: ZEPPP

³⁸ Vidi napomenu br. 33.

³⁹ Zakon o PDV-u RH, Narodne novine, br. 73/13, 148/13; Rješenje USRH 99/13, 153/13) - članak 80. naziva: Računi na papiru i računi u elektroničkom obliku:

Članak 80.

(1) Računom se smatra i račun izdan i poslan u elektroničkom obliku ako postoji suglasnost primatelja za prihvrat takvog računa.

(2) Vjerodostojnost podrijetla, cjelovitost sadržaja i čitljivost računa mora biti osigurana od trenutka izdavanja do kraja razdoblja za pohranu računa neovisno o tome je li račun izdan na papiru ili u elektroničkom obliku.

(3) Porezni obveznik obvezan je utvrditi na koji će način osigurati vjerodostojnost podrijetla, cjelovitost sadržaja i čitljivost računa. Navedeno se može ostvariti pomoću elektroničke razmjene podataka (EDI), naprednog elektroničkog potpisa te bilo koje metode poslovne kontrole koja omogućuje povezivanje računa sa isporukama dobara i usluga.

(4) Vjerodostojnost podrijetla se osigurava na način da se može nedvojbeno utvrditi identitet izdavatelja računa, a cjelovitost sadržaja podrazumijeva da sadržaj računa nije izmijenjen do kraja razdoblja za pohranu računa.

(5) Kada se istom primatelju elektroničkim putem pošalje ili da na raspolaganje skupina računa, podaci koji su zajednički svim računima mogu se navesti samo jednom ako su za svaki račun dostupni svi podaci.

(6) Ministar financija pravilnikom propisuje detaljne odredbe u vezi računa na papiru i računa u elektroničkom obliku.

⁴⁰ UNCID - Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Tele-transmission, MTK, Pariz, 1988, str. 7.

⁴¹ Baum, S. Michael i Perri, H. Henry, Jr: Electronic Contracting, Publishing, and EDI Law, Wiley Law Publications, John Wiley & Sons, INC, New York, Chichester, Brisbane, Toronto, Singapore, 1991, str. 6.

elektroničko sklapanje ugovora (engl. *electronic contracting*),⁴² i kao takva predstavlja poseban način sklapanja ugovora. Optimalnu definiciju elektroničke razmjene podataka dali su Michael Baum i Henry Perritt, Jr. u kapitalnom djelu *Electronic Contracting, Publishing, and EDI Law*,⁴³ definirajući ju kao razmjenu poruka između prodavatelja i kupca (ili između pošiljatelja i primatelja, odnosno sukontrahenata, jer EDI nije nužno vezan uz ugovor o prodaji - op. T.M.), pri čemu su poruke strukturirane prema prethodno dogovorenim i utvrđenim formatima (oblicima i sadržajima) tako da je sadržaj poruke podoban za strojnu, kompjutorsku obradu i automatski stvara valjanu ugovornu obvezu.⁴⁴

S obzirom na to da je Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH donesen(i) u cilju harmoniziranja zakonodavstva BiH sa zakonodavstvom Europske unije, i to Direktive o elektroničkoj trgovini,⁴⁵ pravo Europske unije postaje neizbježnim utočištem interpretacije ovog termina.

Jedini pravni izvor za EDI u sustavu EU-a na koji upućuje i *Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax*⁴⁶ u čl. 233 jest Preporuka Europske komisije br. 1994/820/EC u kojoj stoji:

(b) *by means of electronic data interchange (EDI), as defined in Article 2 of Commission Recommendation 1994/820/EC.*⁴⁷

Upućujući na identičan tekst iste Preporuke Europske komisije doduše nešto preciznije, u Direktivi 2010/45/EU od 13.7.2010. koja se naziva Direktivom⁴⁸ koja nadopunjuje Direktivu 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax u novom članku 233, dana je sljedeća formulacija istog sadržaja:

(b) *electronic data interchange (EDI), as defined in Article 2 of Annex 1 to Commission Recommendation 1994/820/EC of 19 October 1994 relating to the legal aspects of electronic*

⁴² Tako Baum, S. Michael i Perritt, H. Henry, Jr. kao prethodna napomena.

⁴³ Baum, S. Michael and Perritt, H. Henry Jr., *Electronic Contracting, Publishing and EDI Law*, Wiely Law Publications, New York i dr., SAD, 1991.str. 6-7.

⁴⁴ Detaljno o samom EDI-ju i posebno ugovoru o EDI-ju (za zatvoreni EDI) vidjeti kod: Boss, H. Amelia i Ritter, B. Jeffrey: *Electronic Data Interchange Agreements*, International Chamber of Commerce, ICC Publishing S.A., Paris, Francuska, 1993. str., 43.-91.

⁴⁵ Directive 2003/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market /Direktiva o elektroničkoj trgovini/ Official Journal L 178, 17/07/2000 p. 0001 – 0016, iz 2000. godine objavljena u hrvatskom prijevodu u knjizi: Tin Matić: *Osnove prava elektroničke trgovine*, MEP Consult, Zagreb, 2008., str.171-195.

⁴⁶ Direktiva o porezu na dodanu vrijedost, Official Journal of EU L 347/ od 11.12.2006.

⁴⁷ (b) pomoću elektroničke razmjene podataka (EDI), kao što je definirano u čl. 2. Preporuke Komisije 1994/820/EC

⁴⁸ Direktiva koja nadopunjuje direktivu o PDV-u, Official Journal L 189, 22.7.2010, p. 1-8 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV), Special edition in croatian Chapter 09 Volume 001 P. 335-342.

data interchange (**), where the agreement relating to the exchange provides for the use of procedures guaranteeing the authenticity of the origin and integrity of the data.⁴⁹

U članku 2 Commission Recommendation of 19 October 1994 relating to the legal aspects of electronic data interchange (Text with EEA relevance) (94/820/EC)⁵⁰ EDI je definiran kako slijedi⁵¹:

Article 2

Definitions

2.1. For the purpose of the Agreement, the following terms are defined as follows;

2.2. EDI:

Electronic data interchange is the electronic transfer, from computer to computer, of commercial and administrative data using an agreed standard to structure an EDI message.

2.3. EDI message:

An EDI message consists of a set of segments, structured using an agreed standard, prepared in a computer readable format and capable of being automatically and unambiguously processed.

2.4. UN/Edifact:

As defined by the UN/ECE (1), the United Nations rules for electronic data interchange for administration, commerce and transport, comprise a set of internationally agreed standards, directories and guidelines for the electronic interchange of structured data, and in particular, interchange related to trade in goods and services, between independent computerized information systems.

2.5. Acknowledgement of receipt:

The acknowledgement of receipt of an EDI message is the procedure by which, on receipt of the EDI message, the syntax and semantics are checked, and a corresponding acknowledgement is sent by the receiver.⁵²

⁴⁹b) elektronička razmjena podataka (EDI), kao što je definirano člankom 2. dodatka Preporuci Komisije 1994/820/EZ od 19. listopada 1994. koja se odnosi na pravne aspekte elektroničke razmjene podataka (**), ako sporazum koji se odnosi na razmjenu omogućuje korištenje postupaka koji jamče autentičnost izvora i cjelovitost podataka.

⁵⁰Službeni list L 338, 28/12/1994

⁵¹Preporuka se navodi u izvorniku na engleskom jeziku jer, nažalost do danas nije objavljen njezin prijevod na hrvatski jezik. Prijevod dan u napomenama je autorov.

⁵²Članak 2.

Definicije

2.1. Za potrebe ovog Ugovora, značenje sljedećih pojmova je kako slijedi;

2.2. EDI:

Elektronička razmjena podataka je elektronički prijenos s računala na računalo trgovačkih i administrativnih podataka uz korištenje ugovorenog standarda za strukturiranje EDI poruka.

Naime, bez obzira što se u konkretnom slučaju radi o provedbi direktive o PDV-u, koja upućuje na točno određeni (neobvezujući) propis za tumačenje termina, korištenog u direktivi, a koji na taj način zapravo treba postati obvezujući za države članice Europske unije, smatram da je isti takav propis primjenjiv i u ovom slučaju s obzirom na to da se odnosi na isti korpus (EDI), mada ga Direktiva o elektroničkoj trgovini ne spominje. Bez toga zapravo ne možemo pozitivnopravno odrediti što je to EDI te što taj pojam mora s potrebnom pravnom sigurnošću nužno sadržavati.

UNCITRAL – ov Nacrt Model zakona o EDI-ju - *UNCITRAL Draft Model Law on Legal Aspects of Electronic data Interchange (EDI) and Related Means of Communication* (1994)⁵³ – kao čisti *soft law* izvor definira EDI kao „elektronički prijenos poruke od jednog računala na drugo time da je poruka strukturirana prema unaprijed dogovorenom standardu i značenju.“⁵⁴ Napominjem da ni ovaj izvor ni u čemu ne odstupa od sadržaja navedene preporuke EU.

Ostaje otvorenim pitanjem je li konkretni slučaj iz čl. 3., st. 1., toč. b Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu primjenjiv na otvoreni EDI⁵⁵ ili zatvoreni EDI⁵⁶ ili na oboje.

2.3. EDI poruka:

EDI poruka sadrži set segmenata strukturiranih koristeći ugovoreni standard i pripremljenih u računalno čitljivom formatu koji se mogu automatski i nedvojbeno obraditi.

2.4. UN/Edifact:

Kao što je definirano u UN/ECE-u (1), Pravila UN-a za elektroničku razmjenu podataka za administraciju, trgovinu i transport sadrže set međunarodno ugovorenih standarda, naredbi i smjernica za elektroničku razmjenu strukturiranih podataka, a posebice, razmjenu koja se odnosi na trgovinu dobara i usluga između neovisnih računalnih informacijskih sustava.

2.5. Potvrda o primitku:

Potvrda o primitku EDI poruke je postupak kojim, po primitku EDI poruke, primatelj provjerava sintaksu i semantiku te šalje odgovarajuću potvrdu o primitku.⁵²

⁵³ Nacrt Model zakona objavljen je u Matić, Tin: Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva RH, Zagreb, 2010., str. 144-150.

⁵⁴ Članak 2. toč. b. definicija EDI-ja glasi: „Electronic data interchange (EDI) means electronic transfer from computer to computer of information using an agreed standard to structure the information“.

⁵⁵ Open EDI definira se kao elektronička razmjena podataka, odnosno kao razmjena poruka između korisnika EDI-ja (između pošiljatelja i primatelja, odnosno sukontraheanta, jer EDI nije nužno vezan isključivo uz ugovaranje), pri čemu su poruke strukturirane prema prethodno utvrđenim open EDI formatima, odnosno standardima (oblicima i sadržajima) tako da je sadržaj poruke podoban za strojnu, kompjutorsku obradu i automatski stvara valjanu ugovornu obvezu, odnosno za tipove poslova koji se odnose na B2E, B2G, C2G znači ostvarenje željenog pravnog učinka time da su ti formati u pravilu unaprijed utvrđeni po standardizacijskim agencijama bilo kojeg ustrojbenog oblika, i nazivaju se otvorenim normama ili standardima – vidi detaljno kod Matić, Tin: Pravo virtualnih pravnih odnosa: elektronička trgovina, Narodne novine, Zagreb, str. 99, te detaljno Mitrakis, Andreas: Open EDI and Law in Europe, Kulwer Law International, Hag-Boston-London 1997.

⁵⁶ Koji nastaje temeljem unaprijed sklopljenog ugovora o EDI-ju, vidjeti detaljno Matić, Tin: Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, RH, Ministarstvo gospodarstvo, rada i poduzetništva, Zagreb, 2010.

Analizom ZEPPP-a proizlazi da se ne spominje ugovor o EDI-ju,⁵⁷ čime se pretpostavlja postojanje zatvorenog EDI-ja,⁵⁸ ali se jasno govori o unaprijed utvrđenom standardu poruka, koje se razmjenjuju. To znači da bi bili prihvatljivi i otvoreni i zatvoreni EDI-ji te da se stoga ZEPPP odnosi na oboje.

Isto tako, postavlja se pitanje može li sporazum o EDI-ju, ako se radi o zatvorenom EDI-ju, biti sastavnim dijelom općeg ili okvirnog ugovora o kupnji roba i usluga ili ugovora o elektroničkom poslovanju? Na navedeno pitanje nema odgovora niti u Direktivi o PDV-u niti u preporuci.

Smatram da za to nema prepreke te bi tada taj članak ili poglavlje ugovora o poslovanju morao sadržavati naslov o korištenju EDI standarda u međusobnom poslovanju.

Postavlja se pitanje je li to moguće postaviti općim uvjetima poslovanja. Čini se da da, jer nema razloga da se taj tip ugovornih klauzula ne primjenjuje i kod takvog tipa normi, s obzirom na to da su opći uvjeti poslovanja sastavni dio ugovora.

S obzirom na to da je postojanje prethodnog sporazuma ili ugovora o korištenju EDI formata uvjet za korištenje i primjenu zatvorenog EDI-ja, čini se da je upitna mogućnost korištenja zatvorenog EDI-ja u svim oblicima korištenja EDI-ja.

Naime, nerealno je očekivati da se takav sporazum, koji mora prethoditi razmjeni EDI formata, sklapa kod tipa⁵⁹ B(usiness)2C(itizen) i B(usiness)2E(mployee) kao i kod B(usiness)2G(overnment) i C(itizen)2G(overnment). Može se očekivati da se takav prethodni sporazum pojavljuje redovno i isključivo kod B(usiness)2B(usiness) odnosa.

No, s obzirom na to da članak 2.2. navedene preporuke definira EDI kao:

*Electronic data interchange is the electronic transfer, from computer to computer, of commercial and administrative data using an agreed standard to structure an EDI message,*⁶⁰ jasno je da se on može primijeniti i kod svih tipova EDI-ja. Naime, u navedenoj definiciji ne traži se nužno dvosmjerna razmjena EDI poruka, jer ona može biti i jednosmjerna, samo od jednog subjekta prema drugome (*"...electronic transfer, from*

⁵⁷ Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka jest dvostrano obvezni konsenzualni ugovor kojim se ugovorne strane obvezuju koristiti u međusobnom poslovanju i sklapanju ugovora, odnosno u određenom dijelu svojega poslovanja i sklapanju određenih tipova ugovora (npr. prodaji i dr.) suglasno utvrđene EDI standardizirane poruke (formate), te kojim utvrđuju pravila za međusobno korištenje elektroničke razmjene podataka, odnosno pravila za poslovanje i sklapanje ugovora kroz EDI, kao i standarde poruka koje će ugovorne strane koristiti u toj elektroničkoj razmjeni podataka. – vidjeti detaljno kod Matić, Tin: Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Zagreb, 2010.

⁵⁸ Ugovor ili sporazum o EDI-ju neimenovani je ugovor.

⁵⁹ Tipovi EDI-ja, vidjeti detaljno kod Matić, Tin: Ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka, RH, Ministarstvo gospodarstva, rada i poduzetništva, Zagreb, 2010. str. 14-15.

⁶⁰ 2.2. EDI: Elektronička razmjena podataka je elektronički prijenos s računala na računalo trgovačkih i administrativnih podataka uz korištenje ugovorenog standarda za strukturiranje EDI poruka.

*computer to computer, of commercial and administrative data using an agreed standard...*⁶¹). Navedeno znači da bi bilo moguće zamisliti i sporazum o EDI-ju u pisanom obliku, koji se nalazi u općim uvjetima poslovanja kao pisanom dijelu ugovora između ugovornih strana, a koji bi se mogao primijeniti i kod ostalih tipova EDI-ja.

Sukladno tome, moglo bi se zaključiti da bi za potrebe prakse bilo udovoljeno uvjetima za primjenu pravila o elektroničkoj trgovini u odnosu na korištenje EDI-ja u svakom od sljedećih načina ugovaranja, odnosno prethodnog utvrđivanja načina njegove primjene:

- a) sklapanjem ugovora o EDI-ju u pisanom obliku s utvrđivanjem standarda poruka;
- b) sklapanjem ugovora o EDI-ju u pisanom obliku s pozivanjem na javno dostupne standarde poruka;
- c) (dovoljno detaljnom) klauzulom o korištenju EDI-ja ili barem EDI formata unutar okvirnog ugovora o poslovanju ili ugovora o elektroničkom poslovanju između ugovornih strana sklopljenog u pisanom obliku - s utvrđivanjem standarda poruka;
- d) (dovoljno detaljnom) klauzulom o korištenju EDI-ja ili barem EDI formata unutar okvirnog ugovora o poslovanju ili elektroničkom poslovanju između ugovornih strana sklopljenog u pisanom obliku - s pozivanjem na javno dostupne standarde poruka;
- e) (dovoljno detaljnom) klauzulom o korištenju EDI-ja ili barem EDI formata unutar pisanih općih uvjeta poslovanja, koji su sastavni dio okvirnog ugovora o poslovanju ili ugovora o elektroničkom poslovanju između ugovornih strana sklopljenog u pisanom obliku ili ugovora o prodaji ili nekog drugog međusobnog ugovora, koji je sklopljen u pisanom obliku - s utvrđivanjem standarda poruka;
- f) (dovoljno detaljnom) klauzulom o korištenju EDI-ja ili barem EDI formata unutar pisanih općih uvjeta poslovanja koji su sastavni dio okvirnog ugovora o poslovanju ili ugovora o elektroničkom poslovanju između ugovornih strana sklopljenog u pisanom obliku ili ugovora o prodaji ili nekog drugog međusobnog ugovora, koji je sklopljen u pisanom obliku - s pozivanjem na javno dostupne standarde poruka;
- g) (dovoljno detaljnom) klauzulom o korištenju EDI-ja ili barem EDI formata unutar općih uvjeta poslovanja, koji su u pisanom obliku i sastavni su dio ugovora sklopljenog na neformalan način - s utvrđivanjem standarda poruka;
- h) (dovoljno detaljnom) klauzulom o korištenju EDI-ja ili barem EDI formata unutar općih uvjeta poslovanja, koji su u pisanom obliku i sastavni su dio ugovora sklopljenog na neformalan način - s pozivanjem na javno dostupne standarde poruka;
- i) općim propisima zakonske ili podzakonske razine, koji sadrže standarde poruka te utvrđuju pravne učinke tih poruka.

⁶¹ Čl. 2.2. navedene Preporuke EK od 19-10-1994.

Kad se usporede navedeni načini primjene, vidjet će se da oblici pod a) i b) predstavljaju oblik zatvorenog EDI-ja, koji nastaje na temelju tradicionalnog samostalnog ugovora o EDI-ju. Oblici pod c), d), e) i f) također predstavljaju oblik zatvorenog EDI-ja, s obzirom na to da je EDI ugovoren temeljem (nesamostalnog) ugovora o EDI-ju, koji je sastavni dio drugog pisanog ugovora. Kategorije pod g/ i h/ predstavljaju zapravo otvoreni EDI (*open EDI*), jer onaj koji posluje pod određenim općim uvjetima ugovora prethodno daje u njima suglasnost na primanje i slanje tih EDI poruka, upućenih neodređenoj osobi. To se odnosi i na osobu, koja jednostrano odlučuje pristupiti ugovoru i općim uvjetima poslovanja te na taj način i iskoristiti mogućnosti upućivanja i/ili primanja EDI poruke od osobe, koja je utvrdila opće uvjete poslovanja. Kategorija pod i) odnosi se zapravo na *open EDI*, koji se koristi u odnosima B2G i C2G i u pravilu je jednosmjernan, usmjeren isključivo prema tijelima državne vlasti kada poslovni subjekti ili građani koriste standarde poruka propisane općim državnim aktom (zakonom ili, u pravilu, podzakonskim propisom) i kao takvi su njima, dakle građanima i poslovnim subjektima, ali i državnim tijelima, unaprijed poznati, s ciljem ostvarenja određenog pravnog učinka.⁶²

Na sličan je način definiran pojam i odnos elektroničke poruke iz čl. 3., st. 1., toč. b)⁶³ Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu kao i objekt njegove primjene i regulacije.

5. Međunarodni pravni izvori za elektroničku trgovinu⁶⁴ - Europska unija⁶⁵

1) Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community Framework for Electronic Signatures, Document 399L0093, Official Journal L013, 19/01/2000 p. 0012 – 0020 – Direktiva o elektroničkom potpisu.

2) Directive 2003/31/ec of the European Parliament and of the Council of 8 June on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market / Direktiva o elektroničkoj trgovini / Official Journal L 178, 17/07/2000 p. 0001 – 0016, iz 2000. godine. Direktive⁶⁶ Europske unije su, u pravilu, posredan izvor prava, jer obvezuju države članice na implementaciju njihova sadržaja u vlastiti pravni

⁶² Npr. prijava PDV-a ili godišnja porezna prijava u elektronskom obliku itd.

⁶³ Vidi napomenu 33.

⁶⁴ Vidjeti pregled - summary of existing electronic commerce regulations – Model Laws u Salli A. Swartz: Towards "Cyber-Justice", Jurist no. 2005-3, International Association of Lawyers, str. 47.

⁶⁵ Iako se radi o izvorima koji nisu međunarodni po porijeklu zbog utjecaja na ostale navode se i:

UETA – Uniform Electronic Transactions Act (USA)

UCITA – Uniform Computer Information Transactions Act (USA)

⁶⁶ O vertikalnom i horizontalnom učinku direktiva EU vidjeti kod Čapeta, Tamara i Rodin, Siniša: Osnove prava Europske unije na temelju Lisabonskog ugovora, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 65.

sustav, odnosno prema čl. 249 (prije 189) Ugovora o Europskoj uniji obvezuju svaku državu članicu na određeni rezultat, ali odabir oblika i metoda za njihovo ostvarenje prepušta državnim vlastima.⁶⁷

3) Preporuka Komisije (Europske unije) od 19.10.1994. vezana uz pravne aspekte elektroničke razmjene podataka – Službeni list L 338, 28/12/1994 P.0098-0117 – *Commission Recommendation of 10 October 1994 relating to the legal aspects of electronic data interchange (Text with EEA relevance)*⁶⁸

4) *United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contract*⁶⁹ prihvaćena na Skupštini UN-a 23.11.2005. godine.⁷⁰

5) Uredba EU br. 910/2014 Europskog parlamenta i vijeća od 23.7.2014. o elektroničkoj identifikaciji i uslugama povjerenja za elektroničke transakcije na unutarnjem tržištu i stavljanju izvan snage Direktive 1999/93/EZ (Direktive o elektroničkom potpisu),⁷¹ koja stupa na snagu i primjenjuje se od 1.7.2016.⁷²

⁶⁷ Vidjeti detaljnije Paul Craig i Grainne De Burca: *EU Law*, Oxford University Press, Oxford, Velika Britanija, 2003. – str. 202-203.

⁶⁸ *Commission Recommendation 1994/820/EC of 19 October 1994, br. 94/820/EC: Commission Recommendation of 19 October 1994 relating to the legal aspects of electronic data interchange (Text with EEA relevance), Official Journal L 338, 28/12/1994 P. 0098 - 0117.* Preporuka, nažalost do danas nije objavljena u prijevodu na hrvatski jezik.

⁶⁹ *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*, United Nations, New York 2007. UNITED NATIONS PUBLICATIONS Sales No. E.07.V.2, dostupno i na http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf, posljednji pristup 5.12.2014.

⁷⁰ Stupila na snagu 1.3.2013. godine. Konvencija ima 18 država potpisnica (Centralnoafrička Republika, Kina, Kolumbija, Dominikanska Republika, Honduras, Iran, Libanon, Madagaskar, Crna Gora, Panama, Paragvaj, Filipini, Republika Koreja, Ruska Federacija, Saudijska Arabija, Senegal, Sierra Leone, Singapur i Sri Lanka). Do danas ju je ratificiralo 6 država (Dominikanska Republika, Centralnoafrička Republika, Honduras, Iran, Ruska Federacija, Singapur, Crna Gora – od 23.9.2014.), na dan 25.11.2014., prema UN Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-18&chapter=10&lang=en, posljednji pristup 20.11.2014.

⁷¹ Službeni list EU-a (L 257/73), tekst Uredbe dostupan je na: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=OJ:L_2014_257_R_0002&from=EN, posljednji pristup 5.12.2014.

⁷² S obzirom na tu činjenicu te specifičnost ove odredbe u odnosu na do sada postojeću regulaciju elektroničkog potpisa unutar EU, a koju problematiku ne obrađujemo u ovom radu, ovaj izvor se ovdje samo navodi ali se ne, s obzirom da prelazi područje ovog rada, obrađuje.

6. Soft Law izvori

Izvori ovog tipa su brojni, a ovdje se navode oni koji su u pravilu imali (i imaju) najveći utjecaj na pravnu praksu i legislativu. To su:

- *UNCITRAL Draft Model Law on Legal Aspects of Electronic data Interchange (EDI) and Related Means of Communication (1994)*⁷³ - UNCITRAL Nacrt Model zakona o pravnim aspektima elektroničke razmjene podataka i sličnih metoda komunikacije.
- *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996, 1998)*⁷⁴ - UNCITRAL Model zakon o elektroničkoj trgovini.
- *UNCITRAL Electronic Commerce Agreement (2000)*⁷⁵ - UNCITRAL Ugovor o elektroničkoj trgovini.
- *WTO Declaration on Global Electronic Commerce usvojena 20.5.1998.* - Deklaracija o globalnoj elektroničkoj trgovini STO.⁷⁶
- *UNCITRAL Recommendation of UNCITRAL on legal value of computer records iz 1985.* - Preporuka UNCITRAL-a o pravnoj valjanosti računalnih zapisa⁷⁷
- *UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures (2001)* - UNCITRAL Model zakon o elektroničkim potpisima⁷⁸
- *ICC eTerms 2004.*⁷⁹

⁷³ UNCITRAL Draft Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Legal Aspects of Electronic Data Interchange (EDI) and Related Means of Communication (1994), A/CN.9/WG.IV/WP.64 <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1995-e/vol26-p157-171-e.pdf>, posljednji pristup 5.12.2014.

⁷⁴ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce Guide to Enactment with 1996 with additional article 5bis as adopted in 1998, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf, posljednji pristup 25.11.2014.

⁷⁵ RECOMMENDATION No. 31 (2000.) first edition, adopted by the United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business (UN/CEFACT) : ELECTRONIC COMMERCE AGREEMENT, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/cefact/recommendations/rec31/rec31_ecetrd257e.pdf, posljednji pristup 5.12.2014.

⁷⁶ http://r0.unctad.org/ecommerce/event_docs/colombo_wto.pdf, posljednji pristup 25.11.2014.

⁷⁷ Vidjeti tekst na WEB adresi: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/computerrecords-e.pdf>, posljednji pristup 5.12.2014.

⁷⁸ UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001., United Nations, New York 2002., United Nations Publication Sales No. E.02.V.8, dostupno i na <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ml-elecsig-e.pdf>, posljednji pristup 6.12.2014.

⁷⁹ Objavljeno u ICC Guide for eContracting, MTK, 2004, <http://www.google.hr/url?sa=t&rc=t=j&q=&csrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.iccwbo.org%2FData%2FDocuments%2FCommercial-Law-and-Practice%2FICC-Guide-for-e-contracting%2F&ei=wY2DVIn4AaLMYAOA8IHQDw&usq=AFQjCNEox4txJghWZ2rCbEKvw0z6LagWg&bvm=bv.80642063,d.bGQ>, posljednji pristup 5.12.2014.

7. Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH⁸⁰

Kad se razmotri njegov sadržaj, ovaj Zakon⁸¹ predstavlja (i) implementaciju Direktive o elektroničkoj trgovini⁸² iz 2000. godine. Uostalom, sam naziv poglavlja II. glasi: „Određeni pravni aspekti elektroničkog pravnog i poslovnog prometa (Elektronička trgovina).“ Niti je postupak neočekivan niti neracionalan. Dapače, navedena direktiva unificirala je pravo elektroničke trgovine na cijelom kontinentu, jer su je implementirale sve članice EU-a, a u vlastiti pravni sustav inkorporiraju je i druge ne-članice iz okružja: Srbija⁸³, Crna Gora⁸⁴ itd. Stoga, uvoditi neki drugi ili drugačiji sustav od onog, koji je inauguriran na cijelom kontinentu nije samo nepoželjno, već je takvo što zapravo nemoguće ostvariti s realnim učinkom, a vodeći računa o globalnosti pojave elektroničke trgovine. Iz tog je razloga postupak zakonodavca potpuno logičan i opravdan.

ZEPPP je utvrdio da je sklapanje ugovora moguće elektroničkim putem, odnosno u elektroničkom obliku. Tako se ponuda i prihvata ponude mogu dati elektroničkim putem, odnosno u elektroničkom obliku. Kada se elektronička poruka, odnosno elektronički oblik, koristi kao oblik u sklapanju ugovora, takvom ugovoru neće se osporiti pravna valjanost samo na temelju činjenice što je sastavljen u obliku elektroničke poruke, odnosno u elektroničkom obliku.⁸⁵ Na taj je način stvorena pravna infrastruktura, koja je omogućila elektroničko sklapanje ugovora te time otklonila pravnu nesigurnosti potrebu sklapanja ugovora o elektroničkoj trgovini između potencijalnih sukontrahtenata.⁸⁶

Pravni izvori, koji bi se primjenjivali u bosanskohercegovačkom pravu o tematici nastanka ugovora u elektroničkom obliku jesu, kao *lex specialis*, prvenstveno Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu, a potom Zakon o elektroničkom potpisu te Zakon o obveznim odnosima kao općeniti propis.⁸⁷

⁸⁰ Službeni glasnik BiH broj 88/07

⁸¹ U radu se ne ulazi u potencijalnu problematiku primjene propisa unutar konstitutivnih dijelova BiH niti se razmatra problematika interlokalnog prava te polazi od pretpostavke pune primjene propisa koji se navode ili spominju kao propisi BiH.

⁸² 2003/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market / Official Journal L 178, 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

⁸³ Zakon o elektronskoj trgovini - Sl. glasnik RS br. 41/2009 i 95/2013

⁸⁴ Zakon o elektronskoj trgovini - Sl. list RCG br. 80/04

⁸⁵ Što proizlazi iz čl. 12. – Pravno djelovanje podataka u elektroničkom obliku:

Pravno djelovanje podataka u elektronskoj formi i njihova upotreba kao dokaznog sredstva ne može se isključiti zbog činjenice da su u elektroničkoj formi.

⁸⁶ O punovažnosti elektroničkih ugovora vidjeti kod Trnavci, Genc: Zaključivanje, punovažnost i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1., 2009., str. 449-472.

⁸⁷ Službeni list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; Službeni list BiH 2/92, 13/93, 13/94; Službeni glasnik Republike Srpske 17/93, 3/96

Odredbe Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu sadrže zapravo samo četiri članka, koji se mogu odnositi na tematiku sklapanja ugovora elektroničkim putem. To su čl. 19. naziva „Informacije za zaključivanje ugovora“, čl. 20. „Davanje ugovorene izjave volje“, čl. 21. „Ugovorne odredbe i opći uvjeti poslovanja“ te čl. 22. „Prijem elektronske izjave volje.“⁸⁸

Za općenitu problematiku najznačajniji je čl. 22., dok ostala dva članka nameću određene obveze davateljima usluga informacijskog društva. Međutim, odredba čl. 22. mora se dovesti u vezu sa čl. 10., odnosno vremenom prijema elektroničke poruke.⁸⁹

⁸⁸ Ovi članci glase:

Odjeljak C. Zaključivanje ugovora

Član 19.

(Informacije za zaključivanje ugovora)

(1) Davalac usluga dužan je korisnika, prije davanja njegove ugovorne izjave volje (ponuda za zaključivanje ugovora ili izjava o prihvatanju ponude), jasno, razumljivo i nedvosmisleno informirati o:

a) različitim tehničkim koracima koji slijede u postupku davanja njegove ugovorne izjave volje i zaključivanja ugovora;

b) podatku, da li će tekst ugovora koji se zaključuje biti, od davaoca usluga, pohranjen, kao i mogućnost pristupa takvom tekstu ugovora;

c) tehničkim sredstvima za prepoznavanje i ispravljanje unesenih grešaka prije davanja ugovorne izjave volje;

d) jezicima na kojima se ugovor može zaključiti.

(2) Davalac usluga dužan je naznačiti dobrovoljne kodekse poslovanja koje primjenjuje i osigurati informacije o elektronskom pristupu ovim kodeksima.

(3) Obaveze informiranja iz st. (1) i (2) ovog člana ne mogu se isključiti na štetu potrošača. One ne važe za ugovore koji se zaključuju isključivo putem elektronske pošte ili njoj jednake individualne komunikacije.

(4) Ostale obaveze informiranja davaoca usluga ostaju nepromijenjene.

Član 20.

(Davanje ugovorne izjave volje)

(1) Davalac usluga dužan je korisniku staviti na raspolaganje adekvatna, efikasna i dostupna tehnička sredstva, pomoću kojih može, prije davanja svoje ugovorne izjave volje, prepoznati i ispraviti unesene greške.

(2) Davalac usluga dužan je, bez odgađanja, elektronskim putem, potvrditi korisniku prijem elektronske ugovorne izjave volje.

(3) Obaveze davaoca usluga iz st. (1) i (2) ovog člana ne mogu se isključiti na štetu potrošača. One ne važe za ugovore zaključene isključivo putem elektronske pošte ili njoj jednake individualne komunikacije.

Član 21.

(Ugovorne odredbe i opći uvjeti poslovanja)

Davalac usluga dužan je staviti korisniku na raspolaganje ugovorne odredbe i opće uvjete poslovanja, tako da ih može sačuvati i reproducirati. Ove obaveze ne mogu se isključiti na štetu potrošača.

Član 22. (Prijem elektronske izjave volje)

Elektronske ugovorne izjave volje, druge pravno značajne elektronske izjave i elektronske potvrde o prijemu, smatraju se primljenim, kada ih strana kojoj su određene, pod uobičajenim okolnostima, može primiti. Ove odredbe ne mogu se isključiti na štetu potrošača.

⁸⁹ Članak 10. glasi:

(Vrijeme prijema elektronske poruke)

(1) Ako nije drugačije dogovoreno, momentom prijema elektronske poruke smatra se momenat kada elektronska poruka uđe u informacijski sistem primaoca.

(2) Ako je primalac odredio poseban informacijski sistem za prijem elektronskih poruka, bez obzira na odredbu

Naime, ZOO iz 1978. Prihvatio je teoriju prijema, koja je bila prihvaćena u doktrini i praksi ugovaranja. S obzirom na regulativu tog Zakona, koji se odnosi na područje elektroničke trgovine, ostaje nejasnim je li ova teorija prihvaćena i u tom pravnom području. Ovakve se problem detaljno razmotriti nešto kasnije.

8. Rok vezanosti ponudom u elektroničkoj trgovini

Kod elektroničkog načina komuniciranja, koji je iznimno brz, upitno je mogu li se i do kojeg stupnja primijeniti tradicionalna shvaćanja o vezanosti ponudom, koja se primjenjuju u tradicionalnom, a posebno poslovnom okružju.

Osnovno pravilo o vremenu u kojem obvezuje ponuda, dakle i ona dobivena elektroničkim načinom komuniciranja, odnosno e-mailom, sadržano je u čl. 37. (st. 4.) Zakona o obveznim odnosima, s obzirom da Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu ne sadrži regulaciju ovog područja.⁹⁰ Činjenica jest da u ovakvoj regulaciji uistinu nije izvjesno koliko je to vremena zbog brzine putovanja elektroničkih poruka. Problem je uočen još 2000. Godine u okvirima UNCITRAL-a. Stoga je u Preporuci br. 31⁹¹ Ekonomske komisije UN-a za Europu u prijedlogu ugovora o elektroničkoj trgovini u poglavlju A sugerirano da ponuda obvezuje u roku 24 sata od trenutka kada ju je primatelj (ponuđenik) zaprimio, ukoliko u ponudi nije drugačije navedeno. Ta je preporuka nastala paralelno s direktivama EU-a o elektroničkoj trgovini i elektroničkom potpisu, no europske direktive naočigled ju nisu prihvale zadržavajući koncept prisutan u Zakonu o obveznim odnosima. S obzirom na prirodu elektroničke komunikacije, njezinu brzinu,

stava (1) ovog člana, ako nije drugačije dogovoreno, momenat prijema elektronske poruke je momenat:

a) kada elektronska poruka uđe u taj informacijski sistem, ili

b) ako je elektronska poruka poslana na drugi informacijski sistem, momenat kada primalac preuzme elektronsku poruku.

(3) Odredbe stava (2) ovog člana primjenjuju se i u slučaju kada se informacijski sistem nalazi u mjestu koje nije mjesto koje se, prema odredbama ovog zakona, smatra mjestom prijema elektronske poruke.

⁹⁰Do kad ponuda obvezuje prema ZOO 1978.

Članak 37.

(1) Ponuda u kojoj je određen rok za njezino prihvaćanje obvezuje ponudioca do isteka tog roka.

(2) Ako je ponudilac u pismu ili telegramu odredio rok za prihvaćanje, smatrat će se da je taj rok počeo teći od datuma naznačenog u pismu; odnosno od dana kad je telegram predan pošti.

(3) Ako pismo nije datirano, rok za prihvaćanje ponude teče od dana kad je pismo predano pošti.

(4) Ponuda učinjena odsutnoj osobi u kojoj nije određen rok za prihvaćanje vezuje ponudioca za vrijeme koje je redovno potrebno da ponuda stigne ponuđenom, da je on razmotri, o njoj odluči da odgovor o prihvaćanju stigne ponudocu.

⁹¹United Nations – Economic Commission for Europe – Electronic Commerce Agreement, Recommendation no 31, first edition adopted by the United Nations Centre for Trade Facilitation and Electronic Business (UN/CEFACT), Geneva, May 200, ECE/TRADE/257, posljednji pristup 4.3.2014.

posebno kod e-mail komunikacije, mišljenja sam da je postojala osnova za prijedlog takva stajališta. S obzirom na to da ni europska ni bosanskohercegovačka regulativa nije prihvatila to stajalište, smatram da bi bilo oportuno u svaku ponudu koja se šalje elektroničkim načinom komuniciranja, pri čemu se dominantno misli na e-mail, odrediti rok vezanosti ponudom. Sama uporaba e-maila, naime, implicira očekivanje brzog odgovora. Rok koji se navodi u preporuci u praksi bi vjerojatno, da je regulativno prihvaćen, i zaživio. U svakom slučaju, ukoliko se sklapa ugovor o elektroničkom poslovanju,⁹² zakonodavcu ili strankama se preporučuje da u njemu utvrde točan rok vezanosti ponudom.

9. Trenutak sklapanja ugovora elektroničkim putem

9.1. Općenito

U pogledu utvrđivanja trenutka sklapanja ugovora postoje različite teorije:

1. teorija izjave ili očitovanja – prema kojoj je dovoljno da adresat ponude očituje svoj prihvati napravljene ponude;
2. teorija prijema – prema kojoj je ugovor sklopljen onog trenutka kad ponuditelj dobije izjavu ponuđenoga da prihvata ponudu;
3. teorija saznanja – prema kojoj je ugovor sklopljen u trenutku kad je ponuditelj saznao za sadržaj primljene izjave o prihvatu ponude;
4. teorija otposljanja – prema kojoj je trenutku nastanka ugovora mjerodavan trenutak odašiljanja izjave o prihvatu.⁹³

Zakon o obveznim odnosima iz 1978. Prihvatio je teoriju prijema.⁹⁴ Stoga je u pravu BiH, kao i nizu drugih prava⁹⁵, prihvaćena teorija prijema ili primitka.⁹⁶ Ova teorija

⁹² To je zapravo okvirni ugovor kojim bi stranke predvidjele neka pravila za sklapanje međusobnih ugovora elektroničkim putem, koji je posebno preporučivan za korištenje prije nego li su usvojene promjene i dopune u regulativi svih zemlja glede elektroničke trgovine, kada praktički prestaje potreba za njime iako detaljnija regulativa od one zakonske i heteronomne između stranaka u pogledu ovakvog načina sklapanja ugovora zasigurno ne bi bila i danas suvišna jer bi mogla pojednostaviti neke stvari u poslovanju, posebno kod korištenja elektroničkog potpisa. Posebna podvrsta takvog ugovora je ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka.

⁹³ O svim teorijama i njihovoj primjeni u praksi vidjeti u Barbić, Jakša: Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima, Informator, Zagreb, 1980. i Goldštajn, Aleksandar: Trgovačko ugovorno pravo - međunarodno i komparativno, Narodne novine, Zagreb, 1991, str. 239-244.

⁹⁴ Članak 31. st. 1. Zakona o obveznim odnosima 1978. glasi: Ugovor je sklopljen onog časa kad ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu.

⁹⁵ Tako npr. u njemačkom pravu, vidjeti Gorenc, V., Belanić L., Momčinović, H., Perkušić A., Pešutić, A., Slakoper, Z., Vukelić, M., Vukmir, B: Komentar Zakona o obveznim odnosima, Narodne novine, Zagreb, 2014. str. 379.

⁹⁶ Tako Vedriš, Martin i Klarić, Petar: Građansko pravo, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 393.

smatra se prihvaćenim u većini modernih prava.⁹⁷ Ugovor među odsutnima sklopljen je u trenutku kad ponuditelj primi izjavu ponuđenoga da prihvaća ponudu. Nije važno je li ponuditelj saznao za prihvrat. On poruku, primjerice, može primiti pismeno i ostaviti ju nepročitanu nekoliko dana. Usprkos tome, ugovor je sklopljen.⁹⁸ ZOO iz 1978. Primijenio je teoriju prijema, koja je bila usvojena i u Općim uzancama za promet roba.⁹⁹ Ugovor između odsutnih stranaka smatra se zaključenim kad ponuditelj primi izjavu ponuđenoga o prihvatu ponude.¹⁰⁰ ZOO iz 1978. Nema posebnih odredbi o sklapanju ugovora elektroničkim putem, što, s obzirom na vrijeme njegova nastanka, nije nikakvo čudo.

9.2. Direktiva o elektroničkoj trgovini i Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu

Direktiva Europske unije o elektroničkoj trgovini u čl. 11 sadrži odredbu: „Države članice moraju osigurati, osim ako se stranke drugačije ne dogovore i te stranke nisu potrošači, da se u slučajevima kada primatelj usluge dostavlja svoju narudžbu tehnološkim putem primjenjuju sljedeća načela:

- davatelj usluga treba potvrditi prijem narudžbe primatelja bez nepotrebnog odlaganja elektroničkim putem
- narudžba i potvrda prijema smatraju se primljenima kada im stranke na koje su naslovljene mogu pristupiti.“

U izvorniku na engleskom jeziku tekst glasi:

Article 11

Placing of the order

1. Member States shall ensure, except when otherwise agreed by parties who are not consumers, that in cases where the recipient of the service places his order through technological means, the following principles apply:

- the service provider has to acknowledge the receipt of the recipient's order without undue delay and by electronic means,
- the order and the acknowledgement of receipt are deemed to be received when the parties to whom they are addressed are able to access them.

⁹⁷ Tako Gorenc, Vilim: Trgovačko pravo – ugovori, Školska knjiga, Zagreb, 1993., str. 14.

⁹⁸ Kao prethodna bilješka, str. 393.

⁹⁹ Službeni list FNRJ br. 15/1954

¹⁰⁰ Goldštajn, Aleksandar: Trgovačko međunarodno ugovorno pravo, međunarodno i komparativno, Narodne novine, Zagreb, 1991., str. 239. Na istom mjestu vidjeti i komparativni pregled primjene teorija sklapanja ugovora.

Ovaj članak direktive prenesen je u Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu u čl. 22.¹⁰¹

Razlika je u nešto drugačijem prijevodu Direktive, tj. fraze *are able to access them* njegove inkorporacije u ZEPPP. Naime, može se postaviti pitanje jeli prijevod ove fraze, inkorporiran u čl. 22. ZEPPP-a, sadržajno identičan gornjem prijevodu na hrvatski jezik, u kojem slučaju nesumnjivo ne bi postojala razlika u sadržaju direktive i ZEPPP-a. Smatram dasu hrvatski izrazi "može pristupiti" (iz prijevoda korištenog kod inkorporiranja u tekst hrvatskog Zakona o elektroničkoj trgovini) i "može primiti" (iz ZEPPP-a) sadržajno istoznačni. Stoga se i može zaključiti da se u konkretnom slučaju radi o nesumnjivoj recepciji teorije prijema kod e-maila i e-trgovine u ZEPPP-u.

Stoga treba zaključiti da Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu BiH u čl. 22. sadrži odrednicu da je ugovor u elektroničkom obliku sklopljen onog trenutka kada ponuditelj primi elektroničku poruku (u pravilu e-mail), koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvaća ponudu, a ponuda i prihvata te druga očitovanja volje poduzeta elektroničkim putem primljeni su kada im osoba, kojoj su upućeni, može pristupiti, odnosno kada ih može faktički primiti.

Prevedeno na jezik elektroničkog komuniciranja, ugovor je sklopljen kada je prihvata ponude primljen u *mailbox* primateljevog (ponuditelj) *providera*, kojem ponuditelj može pristupiti odnosno faktički ga primiti, tj. pročitati i primiti (*downloadati*) poruku na svoje računalo u svako doba.

Odredba očigledno prihvaća ustaljeni red stvari. Naime, odredba također očito prihvaća teoriju prijema s tim da ju prilagođava elektroničkom načinu poslovanja i rada te korištenja računala u komuniciranju.¹⁰²

Razlika u odnosu na dosadašnje regulativno stanje nakon donošenja Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu jest da odredba čl. 22., koja sadrži osnovno pravilo o trenutku nastanka ugovora, uvodi određeni oblik dualiteta u potrošačkim i nepotrošačkim (trgovačkim i opće građanskim) transakcijama. U odnosu na nepotrošačke transakcije, takva je norma dispozitivna, a u odnosu na potrošačke kognitivna. Očigledno je da se takvom regulacijom teži zaštititi potrošača.¹⁰³

¹⁰¹ Članak 22.: Elektronske ugovorne izjave volje, druge pravno značajne elektronske izjave i elektronske potvrde o prijemu, smatraju se primljenim, kada ih strana kojoj su određene, pod uobičajenim okolnostima, može primiti. Ove odredbe ne mogu se isključiti na štetu potrošača.

¹⁰² Prednost teorije prijema je i u tom što ona vrši podjelu rizika između ponudioaca i prihvatilaca. Svaka strana snosi rizik prenosa svoje vlastite izjave: ponudilac – ponude, prihvatilac – prihvata. – tako Blagojević, T. Borislav i Krulj, Vrleta (redaktori): Komentar Zakona o obligacionim odnosima I, drugo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1983. str. 121.

¹⁰³ Isto proizlazi iz čl. 20. i čl. 21. ZEPPP-a.

Ugovor je, dakle, sklopljen u trenutku kad je ponuditelj primio prihvata ponude, s tim da je prihvata primljen tog trenutka kada ga primi računalo, odnosno *provider* ili server ponuditelja, kada poruka prihvatata postaje dostupna, odnosno 'primljiva' onome kojemu je upućena.¹⁰⁴ Pritom nije bitno kad je primatelj pročitao poruku, već kad mu je ona bila dostupna.

S obzirom na to da je to načelo prihvaćeno i ranije u općem pravnom pa tako i u elektroničkom prometu, Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu zapravo je samo kodificirao općenito prihvaćenu normu kao *lex specialis* za područje elektroničke trgovine.

Naime, dok je nekad, u nedostatku ovakve izričite odredbe, primjerice ugovor o elektroničkoj razmjeni podataka ili ugovor o elektroničkoj trgovini davao pravnu infrastrukturu za određivanje kad se poslane poruke (ponuda i prihvata) smatraju primljenima (ili se to pravilo moralo izvoditi iz općih odredbi ZOO-a), sada to čini ZEPPP. Na taj je način nesumnjivo pravna sigurnost uporabe elektroničkih načina komuniciranja podignuta na znatno višu razinu.

Uzimajući u obzir bosanskohercegovačko pravo, treba voditi računa da ZOO, kako je rečeno, usvaja teoriju prijema. Ne traži se da je ponuditelj saznao za sadržaj prihvatata, već je dovoljno da je imao mogućnost takva saznanja. Prema tome, i kod strana ugovora, koji se sklapa elektroničkim putem, rizik prijenosa poruka podijeljen je između ponuditelja i ponuđenoga. Svaka strana snosi rizik prijenosa svoje vlastite poruke: ponuditelj ponude, a ponuđeni prihvatata.

S obzirom na regulaciju čl. 22. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu može se zaključiti:

- A) pretpostavka je da je ugovor elektroničkim putem sklopljen u trenutku kada ponuditelj primi elektroničkuporuku, koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvatata ponudu, a to je trenutakkada primatelj toj poruci može pristupiti, odnosno faktički je primiti;
- B) u potrošačkim transakcijama prethodni zaključak pod A) je kogentne prirode, znači da ugovorne strane ne mogu odstupiti od pravila;
- C) u trgovačkopравnim i općegrađanskim nepotrošačkim transakcijama pretpostavka je da je ugovor sklopljen elektroničkim putem u trenutku kada ponuditelj primi elektroničku poruku, koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvatata ponudu, a to je onda kada primatelj toj poruci može pristupiti odnosno faktički je primiti, ali stranke mogu drugačije ugovoriti;
- D) u potrošačkim transakcijama davatelj usluge informacijskog društva mora posebnom porukom potvrditi primitak ponude ili prihvatata za sklapanje ugovora od potrošača;

¹⁰⁴ Članak 15. st. 2. Zakona o elektroničkoj trgovini RH regulira ovu materiju na identičan način.

E) u nepotrošačkim ugovorima stranke mogu ugovoriti da davatelj usluge informacijskog društva ne mora posebnom porukom potvrditi primitak ponude ili prihvata od potrošača; F) zaključci pod D) i E) ne odnose se samo na e-mail ili EDI komunikaciju, već i na sklapanje ugovora na WEB stranici,¹⁰⁵ iako taj način sklapanja ugovora nije izravno regulirani ovim Zakonom.

9.3. E-termini (e-terms) Međunarodne trgovačke komore¹⁰⁶

Odredbe koje pridonose utvrđivanju trenutka primitka elektroničke poruke, a time i trenutka sklapanja ugovora elektroničkim putem, sadrže i odredbe Međunarodne trgovačke komore (e-terms) u čl. 2.1. st. a. i b. Naime, prema toj regulaciji elektronička poruka smatra se poslanom kad uđe u elektronički sustav izvan kontrole pošiljatelja, što znači kada je pošiljatelj zapravo više ne može vratiti ili opozvati. U pravilu bi to bilo nakon što je poruka ušla u sustav *provider*a pošiljatelja, jer je pošiljatelj od tada više ne kontrolira.¹⁰⁷ Elektronička poruka smatra se primljenom kad uđe u informatički sustav, koji određuje primatelj, odnosno adresat.¹⁰⁸

Međutim, ovo određenje može izazvati nedoumice, jer taj trenutak ne mora nužno korespondirati trenutku kada je poruka dostupna primatelju, odnosno kad joj primatelj može faktički pristupiti. Iz tog razloga odredbu treba uzimati s oprezom, jer je očito pokušavala pomiriti različite teorije trenutka nastanka ugovora, što nije prihvatljivo s pozicije čiste regulative i primjene teorije prijema u legislativi EU. Također ju ne treba uzimati mjerodavnom inužno potpuno prihvatljivom, odnosno kompatibilnom pravu BiH. No, važno je istaknuti da takav prijedlog regulacije MTK-a, upravo zbog nejasnoća na koje će kasnije biti ukazano, nije prihvaćen na području Europske unije.

¹⁰⁵ Vidjeti detaljno kod Matić, Tin: Formularni ugovori u elektroničkom obliku (sklapanje ugovora klikom miša – elektroničkim očitovanjem volje putem Interneta na WEB stranici – *click wrap* i *browse wrap* ugovori), Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, str. 779 -803.

¹⁰⁶ ICC eTerms 2004 – ICC Guide for e-Contracting, Međunarodna trgovačka komora, Paris, 2004.

¹⁰⁷ Čl.2. st. 2.1.A/

An electronic message is deemed to be dispatched or sent when it enters in information system outside the control of the sender.

¹⁰⁸ Čl. 2. st. 2.1.B/ An electronic message is deemed to be received at the time when it enters an information system designated by the addressee.

Čl. 2.2. When an electronic message is sent to an information system other than that designated by the addressee, the electronic message is deemed to be received at the time when the addressee becomes aware of the message.

9.4. UNCITRAL-ov Model zakon o elektroničkoj trgovini¹⁰⁹

Isto tako, UNCITRAL-ov Model zakon regulira primitak elektroničke poruke kako to čini i Međunarodna trgovačka komora u svojim e-terminima. Tako u čl. 15. st. 2. Model zakona stoji:

Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the time of receipt of a data message is determined as follows:

a) if the addressee has designed an information system for the purpose of receiving data messages, receipt occurs:

(i) At the time when the data message enters the designated information system or

(ii) if the data message is sent to an information system of addressee that is not the designated information system, at the time when the data message is retrieved by the addressee.¹¹⁰

Uspoređujući ovaj Model zakon s e-terminima MTK vidi se značajna sličnost u regulaciji. Regulacija je ista, osim što se razlikuje u dijelu koji se odnosi na primitak e-poruke u informacijski sustav, koji nije odredio primatelj. Međunarodna trgovačka komora rabi termin *when the addressee becomes aware of the message*,¹¹¹ a Model zakon *when the data message is retrieved by the addressee*.¹¹² Uvođenje subjektivnog elementa - *becomes aware* – „postane svjestan“, u određivanju trenutka primitka e-poruke kakoto radi MTK, stvorilo bi potpunu pravnu nesigurnost, jer se ne traži mogućnost svjesnosti o postojanju poruke, već svjesnost o postojanju poruke.

Stoga je jasno da ovaj prijedlog nije prihvaćen u pravnom sustavu EU-a ili SAD-a, jer nije dosljedno proveo niti jedan sustav primitka poruka otvarajući tako vrata primjeni teorije saznanja, a čime bi uveo značajnu pravnu nesigurnost. Model zakon barem je otklonio subjektivni element objektivizirajući trenutak primitka poruke, što je bolje rješenje od onog koje nude e-termini. No, i takav prijedlog regulacije nije bio prihvatljiv.

¹⁰⁹ Model Law on Electronic Commerce. Model zakon objavljen je u Matić, Tin: Osnove prava elektroničke trgovine, MEP Consult, Zagreb, 2008, str. 150-157

¹¹⁰ Ukoliko nije drugačije ugovoreno između pošiljatelja i primatelja, vrijeme primitka elektronske poruke utvrđuje se kako slijedi:

a) ako je primatelj odredio informacijski sistem za primanje poruke, kao trenutak primitka poruke smatra se: u trenutku kada elektronska poruka uđe u određeni informacijski sistem
ako je poruka slana u informacijski sistem primatelja koji on nije odredio, smatra se da je poruka primljena u trenutku kada primatelj preuzme poruku.

¹¹¹ Kada primatelj postane svjestan poruke.

¹¹² Kada primatelj preuzme poruku.

Komentar ove regulacije dan je prilikom komentara članaka 10. Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu.

9.5. UN-ova Konvencija o korištenju elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima

Konvencija UN-a o korištenju elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima u čl. 10. st. 2. također prihvaća teoriju prijema na jednak način kao i Direktiva EU o elektroničkoj trgovini, kad utvrđuje „The time of receipt of an electronic communication is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee....An electronic communication is presumed to be capable of being retrieved by the addressee when it reaches the addressee's¹¹³ electronic address.“

Iako se tekstovi Direktive i Konvencije razlikuju, značenja su im identična.

9.6. Američki jedinstveni Zakon o elektroničkim transakcijama¹¹⁴

Američki *Uniform Electronic Transactions Act* (1999) (USIA)¹¹⁵ ne prihvaća stajališta ovih dvaju *soft law* (e-terms i Model zakona za elektroničku trgovinu) izvora, već regulira područje na isti način kao i Direktiva EU. Sekcija 15¹¹⁶ sadrži odredbu:

¹¹³ Trenutak primitka elektroničke poruke je vrijeme kada je poruka može biti primljena po primatelju na elektronskoj adresi koju je odredio primatelj ... Snatira se da primatelj može primiti poruku (pristupiti poruci) kada ona stigne na njegovu elektronsku adresu.

¹¹⁴ Uniform Electronic Transactions Act

¹¹⁵ <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>, posljednji pristup 4.3.2014.

¹¹⁶ Cijela sekcija 15 glasi:

SECTION 15. TIME AND PLACE OF SENDING AND RECEIPT.

(a) Unless otherwise agreed between the sender and the recipient, an electronic record is sent when it:

(1) is addressed properly or otherwise directed properly to an information processing system that the recipient has designated or uses for the purpose of receiving electronic records or information of the type sent and from which the recipient is able to retrieve the electronic record;

(2) is in a form capable of being processed by that system; and

(3) enters an information processing system outside the control of the sender or of a person that sent the electronic record on behalf of the sender or enters a region of the information processing system designated or used by the recipient which is under the control of the recipient.

(b) Unless otherwise agreed between a sender and the recipient, an electronic record is received when:

(1) it enters an information processing system that the recipient has

designated or uses for the purpose of receiving electronic records or information of the type sent and from which the recipient is able to retrieve the electronic record; and

(2) it is in a form capable of being processed by that system.

(b) Unless otherwise agreed between a sender and the recipient, an electronic record is received when:

*(1) it enters an information processing system that the recipient has designated or uses for the purpose of receiving electronic records or information of the type sent and from which the recipient is able to retrieve the electronic record;*¹¹⁷

U svakom slučaju, u većini pravnih sustava, pa čak i u američkom pravu, ponuda je prihvaćena kada elektronički prihvata bude primljen od ponuđača (teorija prijema).¹¹⁸

9.7. Unutarnji odnos regulative Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu

Dakle, dva *soft law* izvora sugeriraju jedan tip formulacije, odnosno načina definiranja trenutka primitka elektroničke poruke, dok neposredni zakonodavni izvori predlažu drugo pa je pitanje koji koncept prihvatiti u legislativnoj kodifikaciji. Nesumnjivo je da se legislativna kodifikacija dominantno priklanja načinu reguliranja, koji propisuju dva najveća e-tržišta svijeta - europsko i američko, uključujući i jedinu međunarodnu konvenciju s tog pravnog područja - Konvenciju UN-a o korištenju elektroničke komunikacije u međunarodnim ugovorima, koja je stupila na snagu 2013. godine.¹¹⁹

(c) Subsection (b) applies even if the place the information processing system is located is different from the place the electronic record is deemed to be received under subsection (d).

(d) Unless otherwise expressly provided in the electronic record or agreed between the sender and the recipient, an electronic record is deemed to be sent from the sender's place of business and to be received at the recipient's place of business. For purposes of this subsection, the following rules apply:

(1) If the sender or recipient has more than one place of business, the place of business of that person is the place having the closest relationship to the underlying transaction.

(2) If the sender or the recipient does not have a place of business, the place of business is the sender's or recipient's residence, as the case may be.

(e) An electronic record is received under subsection (b) even if no individual is aware of its receipt.

(f) Receipt of an electronic acknowledgment from an information processing system described in subsection (b) establishes that a record was received but, by itself, does not establish that the content sent corresponds to the content received.

(g) If a person is aware that an electronic record purportedly sent under subsection (a), or purportedly received under subsection (b), was not actually sent or received, the legal effect of the sending or receipt is determined by other applicable law. Except to the extent permitted by the other law, the requirements of this subsection may not be varied by agreement.

¹¹⁷ Ukoliko nije drugačije ugovoreno između primatelja i pošiljatelja elektronička poruka primljena je kada: uđe u informacijski sistem kojeg je odredio primatelj ili koji redovno koristi za primanje elektronskih poruka takvog tipa i kada primatelj može faktično primiti (može pristupiti) elektronsku poruku.

¹¹⁸ Tako Trnavci, Genc: Zaključenje i dokazivanje elektronskih ugovora: komparativna analiza, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 1, 2009., str. 449-472, str. 401.

¹¹⁹ Konvencija je stupila na snagu 1.3.2013. u skladu s čl. 23(1) Konvencije.

Važnost ovog pitanja za pravo BiH postaje veća, s obzirom na to da čl. 10 ZEPPP-a dovodi do zabune, jer sadrži regulaciju sličnu naprijed opisanim pravilima MTK-a i zapravo izgleda kao da predstavlja prijevod naprijed citiranog čl. 15. st. 2. UNCITRAL-ov Model zakona.¹²⁰ Ta odredba nikako nije kompatibilna s odredbom članka 22. ZEPPP-a i nema je u Direktivi o elektroničkoj trgovini. Štoviše, moglo bi se tumačiti da je u suprotnosti s njom. Zato je nužno, radi pravne sigurnosti, razjasniti antinomiju ovih dviju odredbi.

Načelno smatram da bi u razrješenju ovog sukoba trebalo dati prednost primjeni čl. 22. kako je, usporedbe radi, ranije prikazano, s obzirom da čl. 22. prati stajalište Direktive o elektroničkoj trgovini kao i hrvatsko pravo, koje ju je prenijelo u svoj Zakon o elektroničkoj trgovini.¹²¹ Tekst čl. 22. ZEPPP-a sadržajno odgovara tekstu čl. 15. hrvatskog Zakona o elektroničkoj trgovini čije se odredbe u ovom dijelu ocjenjuju usuglašenima s navedenom Direktivom EU. Stoga se može zaključiti da je čl. 22. ZEPPP-a usklađen s Direktivom o elektroničkoj trgovini, dok čl. 10. ZEPPP-a nije. To je prvenstveno stoga što ZEPPP predstavlja implementaciju Direktive o elektroničkoj trgovini kako je već naprijed rečeno i argumentirano.

U analizi navedenog čl. 10. ZEPPP-a nameće se zaključak da trenutak ulaska u informacijski sustav primatelja nije isti trenutak kad primatelj može pristupiti poruci, odnosno faktički je preuzeti. Nesumnjivo je da se radi o jednom ranijem trenutku. Ta se kritika odnosi na st. 1. čl. 10. Jedini način na koji bi čl. 10. bio u skladu sa čl. 22. jest da se odredba čl. 10. st. 1. tumači u skladu s člankom 22. na način da trenutak ulaska u informacijski sustav primatelja odgovara trenutku kad primatelj može faktički preuzeti –

¹²⁰ Član 10. (Vrijeme prijema elektroničke poruke)

(1) Ako nije drugačije dogovoreno, momentom prijema elektronske poruke smatra se momenat kada elektronska poruka uđe u informacijski sistem primaoca.

(2) Ako je primalac odredio poseban informacijski sistem za prijem elektronskih poruka, bez obzira na odredbu stava (1) ovog člana, ako nije drugačije dogovoreno, momenat prijema elektronske poruke je momenat:

a) kada elektronska poruka uđe u taj informacijski sistem, ili

b) ako je elektronska poruka poslana na drugi informacijski sistem, momenat kada primalac preuzme elektronsku poruku.

(3) Odredbe stava (2) ovog člana primjenjuju se i u slučaju kada se informacijski sistem nalazi u mjestu koje nije mjesto koje se, prema odredbama ovog zakona, smatra mjestom prijema elektronske poruke.

¹²¹ TRENUTAK SKLAPANJA UGOVORA

Članak 15.

(1) Ugovor u elektroničkom obliku sklopljen je onoga trenutka kad ponuditelj primi elektroničku poruku koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvata ponudu.

(2) Ponuda i prihvati, te druga očitovanja volje poduzeta elektroničkim putem, primljena su kada im osoba kojoj su upućena može pristupiti.

(3) Kod potrošačkih ugovora nije dopušteno isključiti primjenu odredbe stavka 2. ovoga članka.

pristupiti poruci, a što jest ponešto teleološko tumačenje, ali nije neprihvatljivo. Naime, ne postoji drugi način na koji bi se 'pomirile' suprotnosti u regulaciji ove stvari.

Još veći problem predstavlja st. 2. članka 10.¹²² I dok je točka pod a) zapravo istovjetna konceptu, koji se zagovara u st. 1. ovog članka, točka b) govori da je to trenutak kad primatelj preuzme poruku, dakle ne kad ju je u mogućnosti faktički primiti ili pristupiti joj, već kada ju je primio ili joj pristupio. Ovdje se trenutak prijema pomiče u vrijeme nakon što je primatelj bio u mogućnosti pristupiti ili faktički primiti poruku, odnosno u vrijeme kada ju je već primio. Naravno, ponovno se postavlja pitanje, koje je vrijeme prijema mjerodavno, ako to vrijeme – što je očigledno – ne korespondira vremenu iz čl. 22. Ta bi se dva trenutka razlikovala da čl. 22. govori o trenutku kada je e-mail poruka ušla u *mailbox* primatelja, a čl. 10. st. 2. toč. b) o trenutku kada je primatelj *downloadao* poruku na svoje računalo (pri čemu je nebitno je li ju pročitao). Iako takva formulacija iz čl. 10. st. 2. toč. b) ne prihvaća konzekventno teoriju saznanja, ona je bliža njoj nego usvojenoj teoriji prijema. Naravno, ovo sve proizlazi iz doslovnog tumačenja ovih odredbi.

Ponovno je jedini izlaz otklanjanja ovih suprotnosti između čl. 10. i čl. 22. da se odredba čl. 10. st. 1. toč. 2b tumači u skladu sa člankom 22., tj. da trenutak primitka poruke jest trenutak kada primatelj može faktički preuzeti – pristupiti poruci. I to je također ponešto teleološko tumačenje, no ni ono nije neprihvatljivo. Naime, kao trenutak preuzimanja poruke treba definirati onaj kad primatelj može faktično preuzeti poruku, odnosno pristupiti joj.

Isto tako, odredba st. 2. toč. a) trebala bi se tumačiti jednako kao točka b) tog stavka, odnosno kao stavak 1. tog članka, prema kojem je trenutak ulaska u informacijski sustav upravo onaj trenutak kada primatelj može pristupiti poruci, odnosno faktički je preuzeti.

Prilikom prihvaćanja takvog tumačenja ovih odredbi nužno je voditi računa gdje su ove odredbe smještene u strukturi zakonskog teksta. Čl. 10. nalazi se u poglavlju

¹²² Član 10.

(Vrijeme prijema elektronske poruke)

(1) Ako nije drugačije dogovoreno, momentom prijema elektronske poruke smatra se momenat kada elektronska poruka uđe u informacijski sistem primaoca.

(2) Ako je primalac odredio poseban informacijski sistem za prijem elektronskih poruka, bez obzira na odredbu stava (1) ovog člana, ako nije drugačije dogovoreno, momenat prijema elektronske poruke je momenat:

a) kada elektronska poruka uđe u taj informacijski sistem, ili

b) ako je elektronska poruka poslana na drugi informacijski sistem, momenat kada primalac preuzme elektronsku poruku.

(3) Odredbe stava (2) ovog člana primjenjuju se i u slučaju kada se informacijski sistem nalazi u mjestu koje nije mjesto koje se, prema odredbama ovog zakona, smatra mjestom prijema elektronske poruke.

„Elektronska poruka i podaci u elektronskoj formi“, a čl. 22. u poglavlju „Određeni pravni aspekti elektronskog pravnog i poslovnog prometa (elektronska trgovina)“ Odjeljak C – „Zaključivanje ugovora“. Iz takvog pozicioniranja pojedinih odredbi u poglavljima ZEPPP-a u odnosu na trenutak nastanka ugovora i utvrđivanje trenutka primitka pravno relevantnih poruka, posebno ponude i prihvata, primat u interpretaciji i primjeni trebale bi imati odredbe iz poglavlja o elektroničkoj trgovini (posebno „Zaključivanje ugovora“), jer predstavljaju *lex specialis* u odnosu na reguliranje pravnih učinaka i vrijeme nastanka pravnih učinaka elektroničkih poruka. To se ne može reći za odredbe iz poglavlja II. „Elektronska poruka i podaci u elektronskoj poruci“ – Odjeljak A „Elektronska poruka“ koje se poglavlje odnosi isključivo na samu poruku.

10. Hijerarhija pravnih propisa

Na pravne poslove, koji se sklapaju putem elektroničkih medija, primjenjuju se propisi, odnosno izvori prava za svaki pojedini pravni posao kao i na sve trgovačkopravne i građanskopravne poslove.¹²³ Vezano uz to, prije općih propisa, kao *lex specialis* primjenjuju se propisi koji uređuju način sklapanja pravnih poslova elektroničkim putem. Poštujući hijerarhiju, koja se općenito primjenjuje na ugovore, ona bi u pogledu pravnih poslova sklopljenih elektroničkim putem glasila: 1. ugovor; 2. opći uvjeti poslovanja; 3. dispozitivni propisi, posebni – Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu i drugi propisi prava elektroničke trgovine, pa potom opći – ZOO i; 4. uzance i običaji - pod uvjetom da postoje; 5. sudska i arbitražna praksa; 6. doktrina.¹²⁴

Međutim, iznimno je važno prihvatiti da se dispozitivna zakonska pravila kod EDI-ja, odnosno na ugovore koji nastaju korištenjem EDI-ja (provedbeni ugovori) primjenjuju u hijerarhiji nakon ugovora o EDI-ju, ukoliko je ugovor o EDI-ju sklopljen u samostalnoj formi ili unutar nekog drugog pravnog posla. Ukoliko se radi o tzv. otvorenom EDI-ju, tada hijerarhija ostaje ista.

¹²³ Općenito o hijerarhiji pravnih propisa vidjeti također kod Barbić, Jakša: Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu, Zbornik radova sa VI savjetovanja sudaca trgovačkih sudova, Zagreb, 2005., str. 47-87, i RAD 492. HAZU, Zagreb, 2005.

¹²⁴ Naime, postoji razlika u odnosu na hijerarhiju pravnih izvora, i to glede običaja u domaćem i međunarodnom odnosu u sustav u ZOO-a 1978. U skladu s čl. 1107. ZOO-a 1978. običaji su rangirani u domaćim pravnim poslovima iza dispozitivnih propisa, što nije slučaj u ugovorima međunarodnog karaktera. Detaljnije o primjeni običaja kao izvora prava za ugovore vidjeti kod Goldštajn, Aleksandar: Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima, str. 45-57 (uz napomenu da domaća sudska praksa nije prihvatila sugestije glede tumačenja čl. 1107. ZOO-a) u knjizi Goldštajn, Barbić, Vedriš, Matić: Obvezno pravo, prva knjiga, II, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, redaktor A. Goldštajn, Informator, Zagreb, 1979, i brošura Izvori prava za ugovor o prodaji, Informator, Zagreb, 1987.

Stoga se odredbe Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu primjenjuju pri primjeni EDI-ja samo u slučaju da ugovor o EDI-ju, ako je sklopljen, ne određuje drugačije, jer su i odredbe Zakona o elektronskom pravnom i poslovnom prometu u ovom dijelu dispozitivne prirode jednako kao i odredbe Zakona o obveznim odnosima.

Uostalom, točnost takvog razmišljanja potvrđuje i čl. 20. Zakona o elektronskom i poslovnom prometu, jer je u trgovačkopравnim odnosima moguće izričito ugovoriti odstupanje od odredbi čl. 20. st. 2. tog članka - obveze izdavanja potvrde primitka ugovorne izjave volje, te također čl. 22. Zakona koji izričito kaže da samo kod potrošačkih transakcija nije dopušteno isključiti primjenu odredbe čl. 22. na štetu potrošača. To znači da bi korisnici (zatvorenog) EDI-ja, koji u pravilu nisu osobe uključene u potrošačke transakcije, mogli odstupiti i od osnovnog pravila određivanja trenutka sklapanja ugovora elektroničkim putem te im je na taj način ostavljena puna sloboda ugovaranja.

Slijedom navedenog, različita je hijerarhija pravnih izvora, koji se primjenjuju na ugovore koji nastaju primjenom elektroničke pošte i EDI-ja, ako je sklopljen ugovor o EDI-ju. Kod tog tzv. Zatvorenog EDI-ja je to najprije ugovor o EDI-ju, a potom dispozitivni pravni propisi, a kod e-maila je to Zakon o elektronskom pravnom i poslovnom prometu i ostali dispozitivni propisi, osim u slučaju postojanja nekog drugog ugovora o elektroničkom komuniciranju. Njegovo, pak, postojanje nije realno očekivati, jer bi tada taj ugovor trebalo primijeniti jednako kao i ugovor o EDI-ju prije dispozitivnih pravnih propisa.

11. Zaključak

ZEPPP je nastao temeljem dvaju uzora i to UNCITRAL-ova Model zakona o elektroničkoj trgovini te Direktive o elektroničkoj trgovini Europske unije. Neusklađenost ovih dvaju pravnih izvora vidljiva je i antinomijama unutar samog ZEPPP-a, koji je integrirao prikazana rješenja obaju uzora.

ZEPPP je, temeljeći se na oba izvora, pokušao eklektički sjediniti dobre strane obaju uzora te se predstaviti kao opsežniji kodifikacijski poduhvat prava elektroničke trgovine nego bi to bio da je donesen samo temeljem jednog uzora. Jednim dijelom to nije učinjeno uspješno i taj bi nedostatak trebalo otkloniti izmjenama zakona, da bi se izbjegle nedoumice. Kako je prikazano, najozbiljnija unutrašnja antinomija odnosi se na trenutak sklapanja ugovora elektroničkim putem te je predstavljeno rješenje postojeće situacije bez izravnog legislativnog zahvata u tekst zakona. Unatoč tome što je crpio svoj sadržaj iz dvaju izvora, ZEPPP je zadržao određene pravne praznine jednako kao i propisi doneseni temeljem svakog od navedenih izvora. Pritom se prvenstveno misli na određenje i pravnu

regulaciju EDI-ja. Stoga je u ovom radu također pokušano primjenom odgovarajućih prihvatljivih pravnih izvora popuniti ovu pravnu prazninu.

Usprkos tome, sam ZEPPP je koncepcijski vrlo vrijedan kodifikacijski pokušaj, jer je antinomija između paradigmatičnih izvora samo djelomična i otklonjiva, a kodifikacijski je šira nego što bi bila da se zasnivala samo na jednom paradigmatičnom izvoru.

SUMMARY

This paper deals with the area and scope of application of regulations specific to electronic commerce. In particular, it considers the position and the meaning of the Act on Electronic Legal and Business Transactions within the framework of the legal order of Bosnia and Herzegovina. This Act is compared to the EU Electronic Commerce Directive and other international soft law sources in this area. It points at the possibility of defining electronic data processing as the object of regulation by the said Act. It also considers the period of boundness by the offer in the use of e-mail.

This paper points at the diversity of regulating the same subject matter within the scope of the said Act, especially in relation to the time of the moment of receipt of electronic messages, and it tries to find a construction that will display this BH regulation as one adopting modern solutions that have been accepted in this area both in international regulations - the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts - and in the respective regulations of large areas of law such as the EU and the USA.

Key words: electronic commerce, receipt of electronic messages, electronic data interchange, electronic contracting

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit wird das Feld und der Anwendungsumfang der für den elektronischen Handel spezifischen Vorschriften besprochen. In erster Linie wird die Position und die Bedeutung des elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehrsgesetzes im Rahmen der Rechtsordnung von Bosnien und Herzegowina analysiert. Dieses Gesetz wird mit der EU Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und anderen internationalen *Soft Law* Quellen für diesen Bereich verglichen. Es wird auf die Möglichkeit der Festlegung der elektronischen Datenverarbeitung als Objekt der Regelung des obengenannten Gesetzes verwiesen.

Genauso wird die Gebundenheit an das Angebot bei der Nutzung von E-Mails berücksichtigt. Es wird auf die Vielfalt der Regulierung des gleichen Gegenstands im

Rahmen des genannten Gesetzes verwiesen, vor allem im Vergleich zu der Uhrzeit des Empfangsmoments elektronischer Nachrichten, und es wird versucht, eine Interpretation zu finden, die diese in Bosnien und Herzegowina gültige Vorschrift als eine solche darzustellen, die moderne Lösungen aufnimmt, welche in diesem Bereich sowohl in internationale Vorschriften aufgenommen wurden - das UN Übereinkommen über die Nutzung elektronischer Kommunikation - als auch in entsprechende Regelungen von großen Rechtsbereichen wie die EU und die USA.

Schlüsselwörter: e-Kommerz, Empfang elektronischen Botschaften, elektronischer Datenaustausch, elektronische Vertragssabschliessungen