

Др Игор Камбовски,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет „Гоце Делчев“ Штип
Република Македонија

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ
doi:10.5937/zrpfni1881259K

UDK:
Рад примљен: 25.09.2018.
Рад прихваћен: 28.10.2018.

ЗАКОН О ЕЛЕКТРОНСКОЈ ТРГОВИНИ – ДЕСЕТ ГОДИНА КАСНИЈЕ**

Апстракт: Закон о електронској трговини у Републици Македонији је донесен у 2007. години, у условима када је на домаћем тржишту постојало свега неколико е-продавница и када је свест потрошача о новим могућностима трговања била на веома ниском нивоу. Ипак, овај је закон, носећи у себи регулативу која уређује нове, револуционарне начине пословања и трговања, специфичан из више разлога: он поставља темеље једне нове платформе за обављање трговинске делатности, али и доноси новине у, иначе, традиционално строго формалним уговорно-правним односима, како у погледу статуса учесника тих односа, тако и у погледу дематеријализације и симплификације новонасталих уговора. Такође, нови, електронски уговор редефинише традиционална схватања облигационог (уговорног) права у погледу фаза и стадијума договарања, форме уговора и начине његовог испуњења. Овај рад представља малу десетогодишњу ретроспективу стварања и развоја правног оквира електронског пословања и електронске трговине.

Кључне речи: Закон, електронска трговина, уговори, ретроспектива.

1. Увод

Информатичко друштво је настало као производ промена у коришћењу нових технологија. Глобалне комуникације, електронска трговина и

* igor.kambovski@ugd.edu.mk

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

интернет су преплавили свет, обезбеђујући виши ниво благостања, развоја привреде и е-демократије. Свет у новом миленијуму карактерише убрзани процес глобализације, као резултат технолошког развоја и политике либерализације. У том, новом свету, информација представља кључни ресурс, а знање и способност учења и усавршавања кључ за конкурентне предности.

Увођење е-бизниса у свим сферама пословања омогућује убрзани економски раст и развој преко обезбеђивања економске ефикасности, конкурентности и профитабилности, и то захваљујући реорганизованим и унапређеним бизнис-процесима са одговарајућим моделима за имплементацију е-бизниса у компанијама, као и електронском повезивању пословних субјеката, грађана, органа јавне управе и невладиног сектора. Република Македонија располаже са једном од бољих и стабилнијих ИТ инфраструктура у југоисточној Европи, са великим бројем интернет провајдера, брзим и стабилним интернет конекцијама, чак и у најудаљенијим руралним областима. Ипак, сматра се да су могућности и употреба е-трговине још увек недовољно искоришћени, иако постоји позитивни тренд развоја.

Република Македонија је, у оквиру својих аспирација за пуноправно чланство у ЕУ, у потпуности усвојила легислативу којом се уређује електронска трговина и електронско пословање, као и сам уговор за продају посредством електронских средстава. У правцу јачања поверења потрошача, успостављено је ефикасно средство за спровођење уговора у електронском облику, правни оквир који обезбеђује исти правни статус и валидност електронских докумената са традиционалним, писаним документом. Закон о електронској трговини је ступио на снагу 11. 11. 2007. године као правни акт који је имао за циљ регулисање основних принципа пружања услуга информацијског друштва везаних за е-трговину, одговорности провајдера услуга, комерцијалне комуникације и правила у вези закључивања уговора у електронском облику. У овом закону директно су имплементирани захтеви и одредбе садржани у Директиви 200/31 ЕЗ Европског парламента и Савета Европе о одређеним правним аспектима услуга информацијског друштва, са освртом на е-трговину. Овај закон, такође, употпуњује и прецизира основни Закон о трговини из 2004. године који у својим одредбама недовољно прецизно само „помиње“ е-трговину и интернет трговину као посебне начине обављања трговине.

Што се тиче свих аспеката електронског уговора, као посебне форма уговора закљученог посредством електронских средстава или у електронском облику, која одступа од традиционалне уговорне концепције, Закон о

електронској трговини даје правни оквир у погледу регулисања њихове форме и валидности, поруцбе и потврде о пријему, као и о закључењу електронског уговора, али истовремено упућује и на примену Закона о облигационим односима из 2001. године као *lex generalis*, у погледу субсидијарне примене његових одредби.

У функцији остварења безбедности и правне сигурности корисника услуга информатичког друштва су и одредбе садржане у Закону о електронским комуникацијама из 2014. године, који уређује односе корисника комуникацијских услуга, заштиту њихових права и интереса, услове за изградњу, одржавање, безбедност, надзор и коришћење комуникацијских мрежа и услуга, конкуренције и, што је од посебног значаја, заштиту тајности и поверљивости електронских комуникација.

У области е-трговине посебно место заузимају електронски потпис и употреба података у електронском облику, које дефинише и уређује Закон о подацима у електронском облику и електронском потпису из 2001. године. Овај закон дефинише основне појмове који обезбеђују функционисање е-трговине: податке у електронском облику, електронску поруку, електронски потпис, временски жиг, пошиљаоца и примаоца електронске поруке, средства за електронско потписивање, кодове и криптографске кључеве, као и дигиталне сертификате и њихове издаваче.

Македонски Закон за заштиту потрошача из 2004. године уређује заштиту права потрошача и, у оквиру тога, прецизно нормира услове трговачког пословања које су од значаја за заштиту потрошачких права.

У функцији е-трговине су и Закон за заштиту личних података из 2005. године, који обезбеђује заштиту приватности и личног интегритета корисника услуга информатичког друштва, као и Закон о ауторском праву и сродним правима који обезбеђује правну заштиту аутора и њихових дела и трансфер ауторских дела путем интернета или осталих форми електронских комуникација.

Закон о облигационим односима прати европске трендове у погледу легислативе која уређује е-уговоре. Закон је донешен 2001. године, али већ 2002. је претрпео измене, тако што су после члана 23 додати нови чланови 23а, 23б и 23в. У члану 23а је регулисан концепт порекла електронске понуде¹, у члану 23б је уређено питање потврде пријема

1 Претпоставља се да електронска порука потиче од пошиљаоца уколико је: послата од пошиљаоца, или од стране овлашћеног лица, или информатичког система програмираног од стране пошиљаоца, или је прималац утврдио порекло поруке примењујући претходно договорену процедуру или технологију. Ова се одредба не примењује у случајевима кад: од тренутка када је прималац добио обавештење од

електронске понуде², а у члану 23в време пријема релевантне поруке од стране примаоца³. Даље, члан 64 ЗОО је био допуњен новим ставом (5) који предвиђа да сваки други начин или форма слања порука који штити интегритет текста и омогућује идентификацију извора, користећи опште прихваћена средства, има правну важност као документ.

Закон о облигационим односима је, у функцији поједностављивања позитивно-правних прописа који уређују електронско уговарање, доживео новину у 2008. години у којој су наведени чланови 23а, 23б и 23в једноставно избрисани, а био је додат нови члан 24а, којим законодавац уређује понуду учињену комуникацијским средством, као понуду међу одсутним лицима. Ако се у конкретном случају може одмах дати одговор, сматра се да је понуда учињена међу присутним лицима, осим ако законом то није другачије уређено. Значи, као опште правило прихвата се да је понуда учињена комуникацијским средством понуда међу одсутним лицима, а једино као изузетак, међу присутним лицима, уколико је испуњен услов да понуђена страна може одмах дати одговор на понуду (Коевски, 2009: 262–263). Уколико је реч о састављању исправе у функцији закључивања уговора, члан 64, став 2 предвиђа да је услов писмене форме испуњен и када стране размене писма или се споразумеју уз помоћ неког комуникацијског средства које са сигурношћу омогућује да се може утврдити постојање и садржај изјаве као и идентитет лица који даје ту изјаву.

пошиљаоца да електронску поруку није послао он лично и да је имао времена да делује, или уколико је прималац знао или је требао знати, водећи бригу или примењујући било коју од договорених технологија и процедура, да електронска порука није послата од стране пошиљаоца.

2 Када је пошиљалац претходно или у време слања електронске поруке или у самој електронској поруци тражио или се договорио са примаоцем у вези потврђивања пријема поруке или је изјавио да је електронска порука условљена пријемом потврде, сматра се да електронска порука никада није била ни послата, све док пошиљалац не добије потврду о њеном пријему. Када пошиљалац није изјавио да је електронска порука условљена пријемом потврде, а потврда није примљена у одређеном или договореном термину, или термин није одређен или договорен, у оквиру разумног рока, пошиљалац може обавестити примаоца да није добио никакву потврду о пријему, одређујући разумни рок у којем се потврда мора послати. Уколико се потврда о пријему не пошаље у оквиру одређеног времена, након претходног обавештења послатог примаоцу, пошиљалац може сматрати електронску поруку као да никад није била послата. Када се пошиљалац није договорио са примаоцем у погледу форме потврде пријема електронске поруке, потврда се може дати било каквим доказом од стране примаоца, или аутоматски или било каквим поступком примаоца, која је довољна да се укаже пошиљаоцу да је електронска порука послата.

3 Када пошиљалац добије потврду о пријему од стране примаоца, тада се сматра да је прималац добио релевантну електронску поруку. То не значи да послата електронска порука кореспондира са добијеном електронском поруком.

Сви наведени закони пружају солидна и задовољавајућа правна решења, хармонизирана са европским правом и међународном трговинском праксом. Ипак, и поред свега, у македонским условима још увек не можемо говорити о револуцији на пољу е-трговине – она тек предстоји, мада по том питању постоје и супротна, скептична становишта и мишљења, али у условима приступања Републике Македоније европској породици, такав озбиљан искорак био је више него неопходан, у сврси изградње правног оквира у коме ће моћи, или већ може, функционисати електронска трговина.

2. О Закону о електронској трговини

Електронска трговина је само површно поменута у основном Закону о трговини као један од посебних начина обављања трговине, чиме је законодавац учинио неправду, не узимајући при том у обзир важност ове, за наше прилике, нове врсте трговине, већ етаблиране и глобално распрострањене. Значи, постојао је простор за њено даље прецизирање и нормативно уређење *lex specialis*-ом – Законом о електронској трговини.

Закон о електронској трговини регулише основне принципе пружања услуга информатичког друштва, нарочито оне који су у вези са електронском трговином, комерцијалном комуникацијом и правилима са закључивањем уговора у електронском облику. Закон је релативно малог обима, садржи 25 члана распоређених у седам глава. На самом почетку садржане су опште одредбе у којима законодавац даје дефиниције термина садржаних у закону, као и предмет уређивања закона и одредбе које се односе на искључке његове примене. Конкретно, Закон из своје јурисдикције искључује: опорезивање, заштиту личних података, нотаријат и сличне професије код којих постоји веза између корисника и органа државне управе, заступање корисника и игре на срећу (лутрије, кладионице).

Приликом дефинисања термина садржаних у Закону може се уочити прецизност и свеобухватност. Рецимо, услуге информатичког друштва су дефинисане као услуге које се пружају за одређену надокнаду (услуга може бити плаћена директно или индиректно), на даљину (без истовременог присуства), путем електронских средстава (коришћењем електронске опреме, што представља и суштину е-трговине и дематеријализације...) и на лични захтев примаоца (ово је од посебне важности из разлога што је један од највећих проблема са којим се сукобљава е-трговина огромни квантум нежељених порука-спамова и информација који циркулишу медијумом – интернетом, отежавају комуникацију и могу да створе

погрешну представу код заинтересованог корисника што би довело до доношења погрешне и нежељене одлуке). Ово гледано са аспекта основних уговорно-правних начела узрокује рушљивост уговора, што повлачи надокнаду штете проузроковане таквим уговором. Нажалост, или можда на срећу, македонска судска и трговачка пракса се још увек није суочила са таквим проблемом који би, верујем, био решен у оквиру постојећих законских решења која уређују овај домен уговора са правним аномалијама, али би био интересантан са аспекта е-трговине као преседан у судској пракси и у домаћим трговинским трансакцијама које се одвијају путем интернета.

Са облигационо-правног аспекта, посебно је занимљиво како Закон дефинише стране овог посебног облигационог односа. Тако, постоје две стране које за предмет односа имају услуге информатичког друштва: лице које пружа и лице које прима услугу. Субјект који пружа услугу може да буде било које физичко или правно лице које пружа услуге информатичког друштва преко оснивања компаније-трговачког друштва са основном наменом: обављање те врсте делатности. Са друге стране је физичко или правно лице које из професионалних или неких других разлога користи услуге информатичког друштва са намером да потражи информацију или је направи доступном. Формулација је прилично широка, оставља простора за тумачење субјеката са аспекта е-трговине и овом су формулацијом обухваћена сва она лица (физичка и правна) која су директно зависна и везана за услуге информатичког друштва.

Услуге информатичког друштва нису прецизно дефинисане у Закону, али он опредељује да је њихов промет слободан, те да је пружање услуга слободно и без претходне дозволе, одобрења или концесије, у оквиру домицилног права. Ипак, Закон садржи извесна ограничења у погледу његове примене, и то у случајевима када је провајдер услуга регистрован у држави-чланици Европске уније, чак и када услугу користе физичка или правна лица из Македоније. Претходно, члан 4, став 2 упућује на поступање и пословање провајдера у оквиру домицилног права, али Закон прихвата начело земље порекла и у члану 24 (прелазна одредба) опредељује да, од датума приступања Републике Македоније Европској унији, за провајдере услуга у Републици Македонији који су регистровани у некој другој земљи чланици Европске уније, важеће је њихово домаће право, право земље у којој провајдер има седиште. Остала ограничења су таксативно набројана у члану 5, став 2 и односе се на: ауторско право и права индустријске својине, емисије електронског новца, активности осигуравајућих компанија, слободе страна да саме изаберу које ће право бити меродавно у случају закључивања уговора са страним елементом, одговорности које произлазе

и потрошачких уговора, валидност уговора за пренос права непокретне својине и дозвољеност нежељене комерцијалне комуникације – спам порука код електронске поште.

Од изузетне важности за функционисање е-трговине у Републици Македонији је дефинисање електронског уговора, и генерално свих уговора закључених електронским путем, у оквиру Закона о електронској трговини. Електронски уговор је у Закону дефинисан као уговор у коме стране (физичка или правна лица) у потпуности и делимично закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, приступају или приказују електронским путем, користећи електронска, оптичка и слична средства међу којима и интернет, али нису везани или ограничени да то обављају путем интернета. Овом се формулацијом потенцира електронски трансфер података и њихова дематеријализација, шта представља озбиљно одступање од постулата садржаних у класичним теоријама које се односе на традиционалне начине уговарања и нарочито, о форми и валидности уговора. Интернет је споменут не без разлога, с обзиром на чињеницу да исти представља основни и најзаступљенији медијум преко кога се обављају наведене активности које свеобухватно значе уговарање електронским путем.

Са обзиром на чињеницу да се електронски уговор закључује путем електронског медијума (најчешће је то интернет), а коришћење таквог медијума је омогућено од стране провајдера услуга информатичког друштва – интернет провајдера, они добијају своју специфичну улогу у погледу закључивања електронског уговора, и то у свим фазама. Ово представља новост у теорији уговарања. У оквиру својих улога и пословних активности провајдери услуга морају да дају примаоцима одређене информације на основу којих ће они касније, слободне воље и убеђивања, закључити електронски уговор. Те информације су: упознавање са различитим техничким поступцима које воде ка закључењу уговора; садржај уговора, општи услови пословања, могућност архивирања уговора и његову доступност, техничка средства за препознавање и исправљање евентуалних грешки, као и језике на којим се може закључити е-уговор. Остаје утисак о недефинисаној улози провајдера: он омогућује странама да закључе уговор, даје им медијум за то – интернет или неку другу комуникацијску мрежу, а ипак не остаје по страни, већ има делимично активну улогу код закључивања уговора која се не може окарактерисати као посредничка, зато што се коси са традиционалним схватањима о посредништву, ни као трећа страна уговора; једноставно се може сматрати једном врстом олакшивача и стимулатора електронског уговора. Закон користи формулацију: „...уговоре у електронском облику које закључују

провајдери услуга информатичког друштва...“ и из ове формулације се може протумачити да провајдер добија улогу активне уговорне стране, да закључује уговоре у своје име и за свој рачун, да није само гола подршка електронског уговора и обични провајдер услуга. Сматрам да Закон садржи непрецизност која се може тумачити двосмислено, због чега мора претрпети измену у функцији прецизирања и јасног разграничавања провајдера од уговарања и њихов повратак у сегменту техничке подршке уговарања електронским путем. Уосталом, решење се може наћи у функционалном повезивању путем закључења уговора о пословно-техничкој сарадњи између трговца и провајдера којим би били дефинисани сви технички аспекти сарадње и пружање услуга информатичког друштва, за надокнаду, а провајдер даље нема активну улогу у уговарању него обезбеђује техничку логистику у свим фазама закључивања уговора електронским путем, чува податке и омогућује њихову селективну доступност.

Имајући у обзир карактер електронског уговора о продаји, може се направити још једна дистинкција у поређењу са традиционалним уговором, и то у погледу стицања власништва и фактичке власти предмета уговора. Тако, код традиционалних начина куповине, потрошач-купац плаћа цену и излази из продавнице са купљеним производом, што значи да стиче фактичку власт у тренутку закључивања уговора и плаћања цене. Код електронског уговора постоји временско разграничење у наведеним фазама – потрошач може наручити производ и платити електронским путем, али ће производ добити у оном тренутку када га доставна служба трговца испоручи на адреси наведеној у поруџбини – нема истовременог плаћања и добијања предмета или услуге. Ту се мора обратити пажња на поруџбину као изузетно важном сегменту уговарања и закључивања уговора електронским путем.

Коначно, Закон утврђује да се електронски уговор сматра закљученим у оном тренутку када лице које шаље понуду прими електронску поруку која садржи изјаву примаоца да прихвата садржај уговора. У овом случају Закон прати традиционалну логику Закона о облигационим односима који предвиђује да се уговор сматра закљученим у тренутку када су се уговорне стране споразумеле у погледу елемената уговора, или у тренутку када лице које је послало понуду прими изјаву понуђеног да прихвата понуду (члан 18 и члан 23, став 1 Закона о облигационим односима).

Закон предвиђа и надзор у погледу његовог спровођења. Институције надлежне за спровођење надзора су: Министарство економије, Министарство за транспорт и везе и Агенција за електронске комуникације. Инспекцијски надзор обављају: Државни тржишни инспекторат и

Агенција за електронске комуникације. Провајдери су дужни, под претњом прекшајних казни, да поштују закон и да омогуће инспекцијским службама приступ и увид у њихове инсталације и опрему. У случају спора са страним елементом, провајдер и корисник услуга информатичког друштва могу међусобно да се договоре у погледу надлежности арбитраже или неког другог вансудског начина решавања спора.

На крају, Закон о електронској трговини садржи одредбу о субсидијарној примени прописа у којој директно упућује на примену одредби Закона о облигационим односима као *lex generalis*, и то у свим оним случајевима који произлазе или су повезани са уговорима закљученим електронским путем или у електронском облику, а који нису обухваћени Законом о електронској трговини. Овим се употпуњује правна празнина и повећава се правна сигурност и валидност уговора закљученим електронским путем.

3. Закључак

Из изнесеног можемо закључити да је Република Македонија донела Закон о електронској трговини у правом тренутку, да је то модеран и актуелан правни акт, усаглашен са европским законодавством, и да су услови за одвијање електронске трговине били испуњени још 2007. године. Ипак, реалност није била тако сјајна. У 2007. години у Македонији само три банке су омогућивале коришћење електронског банкарства, а потрошачи су могли да купују преко интернета код само четири онлајн трговаца! У међувремену, банке су препознале потенцијал и увеле су е-банкарство и картице за плаћање преко интернета, с тим да се промет претежно одвијао једним каналом – плаћањем ка иностранству (експанзија онлајн наруџбина се догодила 2014. године када су македонски потрошачи „открили“ AliExpress). Такође, те 2014. године је уведен и PayPal у Македонији. Amazon и eBay су се природно наметнули као највећи светски онлајн трговци и, коначно, електронска трговина више није била непознаница и постала је део свакодневице у Македонији. У 2017. години у Републици Македонији је функционисало⁴ 789 регистрованох виртуелних продајних места, од којих је 578 било активно. У поређењу са 2007. годином то представља велики пораст, али, нажалост, то је далеко испод европског и америчког просека и стандарда.

Закон о електронској трговини је претрпео три измене од 2007. до данас, али то су биле ситне, козметичке измене и допуне, без неког суштинског

4 Е-трговијата во Република Македонија-Извештај од анализата на е-трговијата, retrieved June 2018, from: https://issuu.com/ecommerce2/docs/izvestaj_e-trgovijata_rm_2018_ae

значаја. Закон је био корак пре свог времена, доживео је своју пуну функционалност седам година након његовог доношења и ступања на снагу, у 2014. години, а и данас представља солидни правни оквир за одвијање електронске трговине.

Литература/References

Коевски Г., Електронското склучување на договорите и одговорноста за нивно исполнување, Деловно право бр.20, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2009

Igor Kambovski, Ph.D.

Associate Professor

Faculty of Law - University "Goce Delchev", Shtip

Republic of Macedonia

THE LAW ON ELECTRONIC COMMERCE-TEN YEARS LATER

Summary

The Law on Electronic Commerce in the Republic of Macedonia was adopted in 2007, in the conditions when there were only a few e-stores on the domestic market and when consumers' awareness of new trading opportunities was at a very low level. However, this law, introducing a legal framework that regulates new, revolutionary ways of doing business and trading, is specific for several reasons-it sets the foundations of a new platform for performing trade activity, but also brings the news into traditionally strictly formal contractual and legal relations, both regarding the status of participants in these relations, as well as in terms of dematerialization and the simplification of new contracts. Also, the new, electronic contract redefines the traditional notions of the contract law in terms of the phases and stages of the agreement, the form of the contract and the ways in which it is fulfilled. This paper presents a small, ten-year retrospective of the creation and development of the legal framework for e-business and e-commerce.

Keywords: *Law, E-Commerce, contracts, retrospective.*