

ЕЛЕКТРОНСКОТО СКЛУЧУВАЊЕ НА ДОГОВОРИТЕ ВО РАЗВОЈОТ НА ЕЛЕКТРОНСКАТА ТРГОВИЈА

ELECTRONIC SIGNING CONTRACTS IN THE DEVELOPMENT OF ELECTRONIC COMMERCE

Мирослав Андоновски²⁷⁷
Љупче Маркушески²⁷⁸
Игор Здравкоски²⁷⁹

Абстракт: Прашањето за склучување на договорите по електронски пат се актуелизира при практичната примена на комуникациската технологија во реализацијата на комерцијалните активности. Иако при склучувањето на електронските договори се среќаваме со прашања кои на прв поглед се исти или слични со оние кои ги има кај класичниот договор, сепак при имплементацијата на ваквиот начин на комуникација при влегување во деловни односи се појавуваат определени специфики. Исто, како и кај класичното договарање и овде најважно прашање е моментот кој се смета дека договорот е склучен, бидејќи токму за тој момент се поврзуваат важни последици кои се појавуваат при реализацијата на договорот. На почетокот на користењето на информациската технологија за комерцијални цели овие прашања се појавиле како проблем во развојот на електронската трговија поради што бројни меѓународни и регионални организации имаат преземено низа активности за регулирање на прашањата поврзани со електронското склучување на договорите. Ако се знае дека активностите при електронска комуникација се сведени на испраќање и примање на пораки, едно од значајните прашања е времето кога се смета дека пораката е пратена и примена. Покрај овие прашања за електронската трговија исто така е важно прашањето за потписот како и прашањето за негова автентикација. Секако, овде треба да се укаже на уредувањето на прашањето за формуларните договори, одговорноста на договорните страни, отповикот на договорите и доказната сила на пораката.

На почетокот најголемиот дел електронски договори се склучувале со користење на електронска размена на податоци (EDI). Меѓутоа ваквиот начин на склучување на работите значи дека истите се извршуваат помеѓу познати партнери па вообичаено се применувале EDI Модел спогодбите со кои деловните партнери правно речиси во целост ги регулирале деловните односи па можноста од практична појава на спорови скоро и да не постоела. Спротивно на овие договори, со развојот на информациско комуникациската технологија се појавуваат договорите на отворените (www) мрежи што се нарекуваат *on line*, кај кои партнерите во многу случаи и не се познаваат, па оттука и потребата на меѓународно ниво да се регулираат правните прашања во врска со склучувањето на овие договори.

Препорачливо е националните законодавства да ги следат меѓународните документи со што се обезбедува еднообразна примена на правилата при вршење комерцијални

²⁷⁷ Универзитет „Свети Климент Охридски“ – Битола, Економски факултет – Прилеп, Маркова 133, Македонија

²⁷⁸ Универзитет „Свети Климент Охридски“ – Битола, Економски факултет – Прилеп, Маркова 133, Македонија

²⁷⁹ Универзитет „Свети Климент Охридски“ – Битола, Економски факултет – Прилеп, Маркова 133, Македонија

активност по електронски пат со што ќе се придонесе во развојот на електронската трговија како на национално така на меѓународно ниво.

Клучни зборови: договор, електронски, трговија, склучување.

Abstract: *The question for the conclusion of contracts by electronic means is actualized during the practical application of the communication technology in realization of the commercial activities.*

Although the conclusion of electronic contract come across issues that at first glance are same or similar to those seen at the classic contract, during the implementation of this method of communication certain specifics appear when entering into business relations. Just as in the classic negotiating and here the most important issue is the time when the agreement is considered that was concluded, because precisely to that moment are related important consequences that occur during execution of the agreement. In the early use of information technology for commercial purposes these issues emerged as a problem in the development of the electronic commerce because of the numerous international and regional organizations have undertaken a series of activities to regulate issues related to electronic contracting.

If it is known that the actions in electronic communication is reduced to sending and receiving messages, one of the most important issues is the time when one considers that the message was sent and received. Despite these issues for electronic commerce, it is also an important issue the signature and its authentication.

Sure, it should be noted and the significance of the regulation of the contracts, the liability of the parties, the cancellation of contracts and probative force of the message.

In the beginning, the most of the electronic contracts were concluded with the use of the electronic data interchange (EDI). However, this way of concluding things means that they are carried out between known partners and commonly applied EDI model agreements with business partners that almost fully regulates business relations and practical possibility of occurrence of disputes hardly existed. Contrary to these agreements, with the development of information and communication technologies a contracts of outstanding (www) networks appear that are called on line, in which the partners in many cases do not know each other, from there comes the need on international level to govern the legal questions concerning the conclusion of these agreements.

It is recommended that national legislation should follow the international agreements for ensuring uniformed application of the rules for conducting commercial activities electronically, which will contribute to the development of the electronic commerce at international level.

Key words: contract, electronic, trade, conclusion.

1. BOBED

Иако правните прашања поврзани со трговијата воопшто (класична и електронска) се од суштествено значење за непречено одвивање на истата, сепак информатичарите сметаат дека истите немаат некое особено значење па дури и се маргинализираат. Голем број од нив дури и не се свесни дека правните проблеми во електронската трговија воопшто постојат. Но, ваквото нивно свакање го демантираат многубројни и значајни меѓународни правни текстови²⁸⁰ посветени на регулирањето на електронската трговија.

²⁸⁰ Модел закон на UNCITRAL за електронската трговија

Со текот на примената деловните луѓе се соочиле со фактот дека трансакциите склучени со помош на компјутер во одреден степен правно се нелегитимни како класично склучените правни акти, па почнале да свикаат дека правната регулатива во оваа област е многу важна. Ваквата констатација е сосема исправна и логична од причина што со правното регулирање на електронската трговија на волјата на договорните страни учесници во истата и се дава правна сила исто како и во случајот со класично изразената волја за влегување во правни односи. На ваков начин деловниот свет е сигурен дека трансакцијата склучена на некој од начините применети во електронската трговија ќе биде прифатена. И не само тоа, туку таа трансакција ќе има исто значење и третман како и класично склучените трансакции кои се правно признати а кои најчесто се направени со користење на хартиени документи.

Постојат голем број на правни прашања во областа на електронската трговија, и за голем број од нив одговорите се содржани во прописите кои што ги спомнавме претходно. Како еден од проблемите што се јавува во врска со правната проблематика во оваа област е тоа што сите тие прашања не можат да бидат опфатени и решени само со еден правен акт, при што без значење е колку истиот е добро составен. Поради тоа, неопходно е да се изврши ревизија на многубројните прописи и стите континуирано да се надополнуваат и усогласуваат следејќи го трендот во развојот на компјутерската технологија. Ова е потребно поради тоа што компјутерскиот начин на обработка на податоците, склучувањето на договорите, кореспонденцијата и сл., се користат скоро во сите области од секојдневието. Треба да се има во предвид дека не само облигационите односи и склучувањето договори (во внатрешниот и надворешниот промет) се опфатени со поимот електронска трговија. Во оваа област спаѓаат и банкарството, осигурувањето, интелектуалната сопственост, градежништво, превоз, туризам и т.н.

2. ФОРМАТА КАКО УСЛОВ ЗА ПОЛНОВАЖНОСТ НА ДОГОВОРОТ

Во најголемиот број на законодавства како генерално правило е прифатено дека договорот е склучен кога страните постигнале согласност на волјата за неговите елементи²⁸¹. Ова е случај кога не се бараат посебни формалности во врска со склучувањето на истиот. Во правната литература бројни се случаите од кои може да се констатира дера во најголем број правни системи преовладува мислењето за полноважност на договорот и кога тој е склучен усно²⁸². Имено, за полноважноста на договорот не е потребна посебна форма доколку со закон не е поинаку определено²⁸³.

Правила на Меѓународниот поморски комитет за електронските комосмани.

Еднообразни правила на однесување за телекомуникациски пренос на пораки.

Директива на Европската унија за одредени правни аспекти на електронската трговија во внатрешниот пазар

Европски EDI модел спогодба.

Директива на Европскиот парламент и советот за рамката на заедницата за електронските потписи.

²⁸¹ Според Законот за облигационите односи (Сл. в. на РМ 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009) „Договорот е склучен кога договорните страни се договориле за суштествените состојки на договорот“.

²⁸² Слично решение содржи и Конвенцијата на ОН за договорите за меѓународна продажба од 1980 година во чиј член 11 се наведува дека „договорот за продажба не мора да се склучи ниту да се потврди во писмена форма ниту подлежи на било какви барања во поглед на формата. Тој може да се докажува на било кој начин, вклучувајќи и сведоци“. Истото решение го следат и Начелата на меѓународните трговски договори од 1994 година, според кои во поглед на формата (чл.1.2) „не се бара договорот да биде склучен или потврден во писмена форма. Тој може да се докажува со сите средства, вклучувајќи и сведоци“.

²⁸³ Така и Македонскиот Закон за облигациони односи (член 59 став 1) наведува дека „Договорот може да биде склучен во било која форма, освен ако со закон поинаку не е определено“.

Меѓутоа кога за полноважност на договорот се бара посебна (писмена) форма, се поставува прашањето дали договорот што е склучен по електронски пат во принцип би требало да биде полноважен. Ова поради тоа што во праксата на почетокот на примената на компјутерите во вршењето на комерцијалните активности се поставуваа определени сомневања во врска со примената на електронските комуникации при склучувањето на договорите. Ова е особено значајно во случаите кога со националните прописи се бара определна форма во поглед на склучувањето на договорот. Ваквите дилеми во Македонското законодавство ги расчистува Законот за облигационите односи (член 64 став 4)²⁸⁴ „Барањето на писмената форма е исполнето и кога страните ќе разменат писма или ќе се спогодат со помош на некое комуникациско средство што овозможува со сигурност да се утврдат постоењето и содржината на изјавата коко и идентитетот на лицето што ја дава“. Ваквото решение е содржано, во нешто повоопштена форма, во модел Законот на UNCITRAL за електронската трговија²⁸⁵ (член 6 став 1) „кога во Законот се бара информацијата да биде дадена во писмена форма, пораката го исполнува тој услов ако информацијата што е содржана во неа е достапна да се користи во подоцнежните референци“. Тргувајќи од овие принципи и македонскиот законодавец го има усогласено своето законодавство со овие одредби, пе е регулирано дека: „договорите можат да се склучат по електронски пат, односно во електронски облика. Понудата и прифаќањето на понудата можат да се даваат по електронски пат, односно во електронски облик“²⁸⁶.

3. ВРЕМЕ И МЕСТО НА СКЛУЧУВАЊЕ НА ДОГОВОРОТ

Мошне важни елементи за секој договор при неговото склучување се и прашањата поврзани со времето и местото на склучување на договорот. Моментот кога еден договор се смета дека е склучен е важен поради тоа што за тој момент често се поврзува прашањето за пренесување на сопственоста над предметот и преминување на ризикот од губење или оштетување на предметот на договорот. Важноста пак на местото во кое е склучен договорот може да биде од значење бидејќи од тоа место може да зависи примената на надлежното право и постапката за решавање на спорот.

Во врска со времето и местото на испраќање и прием на пораката (овде мислиме на електронското склучување на договорите) модел Законот на UNCITRAL за електронска трговија во членот 15 дефинира (став 1) „освен ако не е поинаку договорено помеѓу налогодавачот и примачот, се смета дека пораката е испратена во моментот кога влегла во информацискиот систем кој е надвор од контрола на налогодавачот или лицето кое пораката ја испраќа во име на налогодавачот“. Во истиот член во поглед на местото (став 4) „...се смета дека пораката е пратена во местото во кое налогодавачот има свое седиште и се смета дека е примена во местото во кое примачот има свое деловно седиште“.²⁸⁷ На прашањето за моментот на склучување на договорот се задржува и член 11 од Предлогот до Европскиот парламент и Советот на директивата за одредени правни аспекти на електронската трговија на внатрешниот пазар, од 1998 година (член 11 став 1) „државите

²⁸⁴ Член 30 од Законот за изменување и дополнување на Законот за облигационите односи (Сл. в. на РМ број 84/08)

²⁸⁵ Овој модел Закон го изработила комисијата на Обединетите нации за меѓународно трговско право (UNCITRAL), а генералното собрание на обединетите нации на своето 51- во заседание во 1996 година го препорачало на сите земји да го земат во предвид при донесувањето на домашните прописи за електронска трговија, што во примерот на РМ слободно може да се каже дека е испочитувано.

²⁸⁶ Закон за електронска трговија, Сл.в. на РМ бр. 133/2007, чл. 10 ст. 1 и 2

²⁸⁷ Повеќе за времето и местото за прием и испраќање на пораката во модел Законот на UNCITRAL за електронска трговија.

членки со своето законодавство ќе предвидат, освен кога поинаку предвиделе професионалците, дека во случаите кога од примачот, при прифаќањето на понудата од сервис провајдерот, се бара согласност по пат на технолошки средства, како што е допир на одредена икона, да се применат следните принципи:

а) договорот е склучен кога примачот на сервисот:

- прими од сервис провајдерот електронска потврда за прифаќањето од примачот;

- потврди дека примил потврда за прифаќање.

б) потврдата за прием се смета дека е примена и потврдена кога на странките на кои им е упатена им е овозможен пристап кон истите.

в) потврдата за прием од страна на сервис провајдерот и потврдата на примачот мора да се испрати што е можно побрзо“.

На овие прашања даден е одговор и при класичното склучување на договорите, при што внимание има посветено и нашиот Закон за облигационите односи (член 23) според кој „договорот е склучен во тој момент кога понудувачот ќе ја прими изјавата од понудениот дека ја прифаќа понудата. Што се однесува пак до електронското склучување на договорите според националното законодавство, решението за истото е содржано во Законот за електронска трговија (чл. 14) според кој „договорот во електронски облик се смета за склучен во оној момент кога понудувачот ќе ја прими електронската порака која содржи изјава на примачот дека ја прифаќа содржината на договорот. Понудата и прифаќањето на понудата се сметаат за примени кога истите им се достапни на страните до кои се адресирани (значи и овде е прифатен ставот дека нема никакво значење околноста дали примачот ја отвора поштата, колку често тоа го прави, дали е отсутен и сл., битно е дека пораката му е достапна).

Проф. д-р. Мирослав Андоновски

Образование:

- Во учебната 1978/79 година се запишал на Правниот факултет во Битола, каде што дипломира на 27.09.1982 год.
- Во академската 2002/03 год. се запишал на последипломскиот студиум по Бизнес администрација – MBA менаџмент на Економскиот факултет во Прилеп, каде успешно го одбранив магистерскиот труд на ден 26.12.2005 година и се стекнав со научен степен магистер по бизнис администрација – MBA менаџмент.
- На 30.09.2010 год. ја одбранив докторската дисертација на тема **“Институционални претпоставки за подобрување на условите за бизнис во Република Македонија”**.

Работно искуство

- Првото вработување го имав во 1985 година во стопанството, каде што работев до 1993 година, а од 01.01.1994 година до октомври 1998 година работев како адвокат, по што се вработив во Економскиот факултет – Прилеп, како секретар.
- На ден 18.11.2010 година избран сум за наставник во звање доцент на Економскиот факултет – Прилеп.
- Од ноември 2015 година, избран сум во звањето вонреден професор.
- На прв циклус ги предавам дисциплините: трговско право, меѓународно стопанско право, право на електронска трговија, а ги изведувам испитите по предметот Право на Европска Унија.
- На втор циклус ангажиран сум по наставните дисциплини: Право на Европска Унија – како прв член и Иновации и интелектуална сопственост – како втор член.
- На трет циклус сум прв член во Комисијата за изведување настава и испити по предметот Корпоративски иновации и меѓународен бизнис.



Се смета дека договорот е склучен во местото во кое понудувачот имал свое седиште односно живеалиште во моментот кога ја направил понудата“. Следејќи ги трендовите во развојот на комуникациската технологија со Новелата од законот за измена и дополнување на Законот за облигационите односи²⁸⁸ (член 24а) е предвидено дека „понудата направена со комуникациско средство се смета за понуда помеѓу отсутни лица.

Ако во конкретниот случај може веднаш да се даде одговор на понудата, се смета дека понудата дадена со комуникациски средство е направена помеѓу присутни лица освен ако со посебен закон не е поинаку предвидено“. Ваквото решение дава реална основа за непречена примена на нормативните решенија при склучувањето на договорите, а кои се поврзани со присуство на странките при склучувањето на договорот.

4. ПОТРЕБНИ УСЛОВИ ЗА ПОЛНОВАЖНОСТ НА ДОГОВОРОТ СКЛУЧЕН ПО ЕЛЕКТРОНСКИ ПАТ

Денес, договорите во трговијата (пред се, електронската) во најголем број го немаат класичниот начин на склучување. Имајќи ги во предвид современите трендови на работење што овозможуваат современата трговија да се одвива со неверојатна брзина, исклучени се некои фази од класичното договарање, на пример долгите преговори, и наместо нив многу нашироко се користат типските (стандардизирани) договори или WEB страните на учениците во трговијата. Исто така не ретко на крајот на стандардниот договор стои одредба „види ги условите на договорот во прилог“ или „важат и ќе се применуваат општите услови објавени во Службен весник“ и сл. Вакви одредби може да се најдат и на Web site на страните

Љупче Маркушески е роден на 12.02.1962 год. во Прилеп. Основното образование тој го завршува во Прилеп, каде што завршува и средно образование во економското училиште “Кузман Јосифоски - Питу”, со одличен успех. По завршувањето на средното образование, во учебната 1981/82 год., тој се запишува на Економскиот факултет-Прилеп на статистичко-кибернетската насока каде што дипломира септември 1985 год., со просечна оценка од 8,83. Како резултат на постигнатите успеси во текот на додипломското студирање, тој има добиено пофалница за најдобар студент на генерацијата., Од 01.11.1987 до 14.01.1994 год. Љупче Маркушески е ангажиран како помлад асистент на Економскиот факултет – Прилеп, на група предмети на Катедрата за математика, статистика и кибернетика. Во два изборни мандата тој беше секретар на Катедрата за математика, статистика и кибернетика. Магистерскиот труд, на тема " Оптимизација на технолошките процеси во деловните системи " со успех го одбранува на Економскиот факултет-Прилеп во 2004 год. На 16.07.2008 год.Љупче Маркушески избран за соработник на група предмети од деловната статистика, а на 23.03.2011 год., тој беше реизбран за соработник на истата група предмети. Исто така, на Економски факултет-Прилеп на 22.04.2010 год., тој успешно ја одбранува докторската дисертација, на тема "Дизајнирање на компонентите на потсистемот за управување со модели во функција на ефикасно деловно одлучување ". На 15.08.2013 год е избран за наставник во звање доцент од областите економска математика и математичко моделирање. Тој има учествувало на повеќе меѓународни конференции со презентација на своите научни трудови, што се потврдени со сертификати за активно учество на тие конференции.



²⁸⁸ Сл. в. на РМ број 84/08

во договорот во кој се упатува на „позадината“ за определени услови.

При усогласувањето со условите за вршење на електронска трговија трговците што сакаат да ја извршуваат трансакцијата по електронски пат немаат многу можности за избор, од причина што овде повеќе станува збор за исполнување на технички решенија, отколку на правни норми, кои пак тешко можат да го следат брзиот развој на комуникациската технологија, ако се има во предвид начинот и постапката за нивно донесување, посебно на меѓународно ниво.

Треба да се има во предвид дека стандардните договори содржат како диспозитивни така и императивни форми кои се обврзувачки за договорните страни. Исто така постојат и изречни и премолчени услови во стандардните договори и потреба е да се води сметка за нивната задолжителност.

4.1. УСЛОВИ ЗА СКЛУЧУВАЊЕ НА ДОГОВОР СПОРЕД МОДЕЛ ЗАКОНОТ НА UNCITRAL

Овој Модел закон доста детално го регулира прашањето за склучувањето и валидноста на договорите по електронски пат. Од текстот на Модел законот може да се види дека истиот нема намера да се впушта во материјалноправните прашања за склучување на договорот, туку да ги формулира само правилата кои се однесуваат на формата на склучување на договорот по електронски начин. Тоа значи дека овие прашања и натаму се предмет на уредување на националните законодавства. Имајќи ја во предвид оваа определба Модел законот дефинира дека „Во врска со склучувањето на договорот, само доколку странките поинаку не се договориле, понудата и прифаќањето на понудата може да се направи со испраќање на порака. Кога се користи порака при

Д-р Игор Здравкоски, доцент
Образование :



- Дипломиран економист, Економски факултет – Прилеп, 1992/1993 - 1996/1997
- Последипломски студии : Деловни финансии, Економски факултет - Прилеп, просечна оценка 9,50. Одбрана на магистерски труд : „Аналитичките и информациските аспекти на финансиските извештаи при управувањето со трговските друштва,, Економски факултет - Прилеп, 2004 година.
- Одбрана на докторски труд: " Теоретско – методолошки проблеми и постапки на финансиските извештаи во функција на утврдување и оценка на резултатите на компаниите во Република Македонија" ,Економски факултет - Прилеп, 2009 година.

Работен ангажман :

1. 2000/2001г. Избран за демонстратор по група сметководствени дисциплини ;
2. 2001/2002 г. Избран за демонстратор по група сметководствени дисциплини ;
3. 2002/2003 г. Избран за помлад асистент по група сметководствени дисциплини (сметководство, принципи и организација на сметководството, сметководствен менаџмент и МСС);
4. 2004г. Реизбран во помлад асистент по група сметководствени дисциплини ;
5. 2007г., избран во асистент по група сметководствени дисциплини;
6. 2010 г. Избран во асистент по група сметководствени дисциплини (финансиско сметководство, државно сметководство и сметководство на непрофитни организации, принципи и организација на сметководството, финансиски извештаи, инвестиционен менаџмент, деловна анализа);
7. 2013 г. Избран за соработник во звање асистент од областа сметководство.
8. 2013 г. Избран во наставник, звање доцент од областа сметководство по предметот - Државно сметководство и сметководство на непрофитни организации.

склучување на договор, на таквиот договор нема да му се одземе валидноста или извршноста само поради фактот што за таа цел е користена порака“.

До неодамна, а за жал дури и денес во многу земји сеуште не постојат било какви одредби кои би упатувале на можноста договорните страни своите односи да ги регулираат со полноправен договор склучен преку компјутер. Доколку понудата за склучување на договор се испрати преку компјутер може да се постави прашањето дали позади таквата порака навистина стои понудувачот и дали истиот навистина има намера да се обврзе за таквата понуда доколку другата страна ја прифати. Законот посебно го истакнува правилото дека доколку пораката се користи при склучувањето на договорот „на таквиот договор нема да му се одземе валидноста или извршноста исклучиво врз основа на фактот што за таа цел е користена порака“.

4.2. РЕШЕНИЕТО ЗА ЕЛЕКТРОНСКИТЕ ДОГОВОРИ СОДРЖАНО ВО ПРЕДЛОГОТ ДО ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И СОВЕТОТ НА ДИРЕКТИВАТА ЗА ОДРЕДЕНИ ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ЕЛЕКТРОНСКАТА ТРГОВИЈА НА ВНАТРЕШНИОТ ПАЗАР

Во врска со електронското склучување на договорите по електронски пат овој документ има посветено неколку члена, но во контекст на темата на овој труд ќе се задржиме на одредбите од член 9 и 10 со кои е регулирано постапувањето со електронските договори и информациите што сервис провајдерите мора да ги достават до страните кои се одлучиле своето договарање на го направат електронски. Во таа насока е сугерирано државите членки со своето законодавство да обезбедат договорите да можат да се склучуваат електронски. Државите членки посебно да обезбедат правните услови кои се бараат за договорниот процес да не го спречуваат ефикасното користење на електронските договори ниту да допринесуваат на таквите договори да им се одземе правното дејство и важност само затоа што се склучени електронски.

На државите членки им се остава можност да предвидат дека претходбните одредби нема да се применуваат на:

- Договорите кои бараат заверка од нотар;
- Договори кои, заради потребата од нивна полноважност, мораат да се регистрираат кај јавните органи;
- Договорите на кои се однесуваат прописите од семејното право;
- Договори на кои се однесуваат прописите за наследно право.

Оставена е можноста оваа листа на категории на договори да може да ја менува Комисијата во согласност со постапката предвидена во член 23. На државите членки им е дадена обврска да достават до Комисијата потполна листа на категории на договори на кои се однесуваат предвидените исклучоци. Со ваквите одредби очигледна е намерата од внесување на висок степен на правна сигурност при склучувањето на електронските договори.

Република Македонија како земја кандидат за членство во Европската Унија ги следи решенијата на органите на Унијата па во своето законодавство го има регулирано и ова прашање, при што одредбите кои се однесуваат на електронското склучување на договорите нема да се применуваат (чл. 10 ст. 5 од Законот за електронска трговија) на договорите „регулирани со прописите за семејството и наследувањето; кои создаваат и пренесуваат права на недвижен имот, со исклучок на правото на закуп; за кои според

закон има потреба од вклучување на судови, нотари или слични професии иза дадена гаранција и за дополнително обезбедување, од страна на лица кои дејствуваат за цели надвор од нивниот трговски, работен или професионален ангажман“.

Исто така, државите членки со своето законодавство треба да предвидат дека, освен кога е така договорено помеѓу професионалците, начинот на склучување на договорот со електронско средство, сервис провајдерот да мора да го објасни јасно и недвосмислено и тоа во време пред склучување на договорот. Информацијата која мора да се достави посебно се однесува на:

- Различните етапи кои го следат склучувањето на договорот;
- Информација за тоа дека договорот треба да се регистрира и дали е тоа овозможено;
- Експедитивност за корегирање на грешките во ракувањето.

Покрај ова, државите членки со своето законодавство треба да предвидат дека за потребата на склучување на договорите по електронски пат треба да се превземаат разни чекори на начин кој ќе обезбеди страните да дадат своја целосна и информативна согласност. Друга обврска за државите членки е што во своето законодавство треба да предвидат дека, освен кога поинаку ќе се договорот професионалците, сервис провајдерите да мораат да укажат на кодексите на однесување, кои тие ги потпишале и информацијата за тоа како овие кодекси можат да се консултираат електронски. Сето ова е со цел да се избегнат сите нејаснотии и пречки во текот на постапката на склучување на договорот.

На прашањето за валидноста и склучувањето на договорот по електронски пат, посебно место е дадено и во Евриопскиот модел на EDI спогодба (препорака на Комисијата на ЕЕЗ за правните аспекти на EDI), дефинирајќи дека: „ Странките кои ќе одлучат правно да се обврзат со спогодбата, се одрекуваат од правото да вложат приговор во поглед на валидноста на договорот склучен со користење на EDI во согласност со одредбите и условите на Спогодбата, само затоа што е склучен со користење на EDI.

Секоја странка ќе обезбеди содржината на пораката која е пратена или примена да не е спротивна на прописите на неговата земја, чија што примена би можела да ја ограничи содржината на пораката и ќе ги превземе сите потребни мерки без одлагање да ја извести другата страна за таквото несовпаѓање.

Договорот склучен со користење на EDI се смета за склучен во време и на место во кое пораката која претставува прифаќање на понудата стигне во компјутерскиот систем на понудувачот.“

Од анализата на оваа одредба може да се заклучи дека на страните посебно им се сугерира да внимаваат на императивните норми од националните законодавства. Неспорено е дека документот е донесен да го олесни комерцијалното комуникарење на субјектите, но тоа никако не може да биде во спротивност со присилните национални прописи. Во таа насока е и решението на македонскиот Закон за електронска трговија (чл. 12)²⁸⁹.

²⁸⁹ Сл. в. на РМ 133/2007

4.3. КАРАКТЕРИСТИКИ НА ПОРАКАТА

Посебно место во Модел законот е одвоено на испраќањето на пораки, при што се посветени детални одредби за тоа кога една порака може да се смета за валидна. Во врска со тоа се смета дека пораката му припаѓа на налогодавачот „ако тој лично ја пратил таа порака“. Иако правилото е јасно, тоа овде се наведува поради тоа што станува збор за пораки кои често се праќаат со користење на структурирани (шифрирани) податоци кои може да ги испрати некое друго лице а не налогодавачот. Во случај, пораката да ја испраќа некое друго лице, тоа лице се смета за налогодавач под услов пораката да е испратена:

- а) од страна на лице кое има овластување да постапува во име на налогодавачот во однос на таа порака или
- б) преку информациона систем кој го програмирал налогодавачот или некој друг во негово име да делува автоматски“.

Во овој дел Модел законот нема намера да прави отстапки од националните правила кои се однесуваат на застапувањето, туку остава тие прашања да се регулираат со соодветни прописи на националното право. Во врска со ова прашање разработени се две ситуации. Една се однесува на случај на правни претпоставки кои му овозможуваат на примачот да смета дека пораката му ја испратил налогодавачот и да постапува со такво уверување. За оваа претпоставка да може да важи, примачот е должен „правилно да ја примени постапката кој за таа цел е претходно договорена со налогодавачот“, или „доколку пораката која ја примил примачот е резултат на активности на лица чиј однос со налогодавачот или со било кој застапник на налогодавачот му овозможува на таквото лице да има пристап до методот кој го користи налогодавачот за да ја идентификува пораката како своја“. Како што може да се заклучи од оваа формулација, помеѓу налогодавачот и примачот треба претходно да се утврди постапка т.н. автентикација на пораката (authentication procedure)²⁹⁰, што го олеснува тврдењето дека лицето кое ја испратило пораката навистина е нејзиниот налогодавач или станува збор за измама.

4.4. ПОТВРДУВАЊЕ НА ПРИМЕНОТ НА ПОРАКАТА

Електронската размена на податоци користи техника со чие користење налогодавачот на пораката може моментално да биде известен дека пораката пристигнала без грешки (во поглед на формата). Корисниците на електронските пораки кои сакаат да бидат сигурни дека пораката пристигнала кај примачот непроменета, користат информации како што се „функционална потврда“ или „проверка на приемот“, што претставува еквивалент за информацијата која во обичното работење се нарекува „барање на повратна информација“. Многу EDI не содржат одредби со кои се предвидува обврската на примачот да го потврди приемот на пораката. Меѓутоа, земјаки ја во предвид комерцијалната вредност на системот за потврда на приемот на пораката и широката примена на оваа пракса во контекст на електронската трговија, Модел законот содржи одредби (чл.14) со кои се регулира прашањето на потврдата за прием. Законот тргнува од претпоставката дека правилата содржани во овој член ќе се применат во случај „кога

²⁹⁰ “Authentication procedure” е, да се истакне и на ова место, постапката за утврдување на веродостојноста на пораката, нејзиниот испраќач или други податоци релевантни за донесување на заклучоци дека пораката е автентична (веродостојна). Информатичарите кои се занимаваат со оваа проблематика, наведуваат дека сигурноста на процесот на автентикација во потполност зависи од алгоритмот на шифрирање. Клучот за веродостојност мора, поради спречување на злоупотреба на идентитетот на испраќачот, да биде заштитен и неговата употреба да се ограничи само на испраќач и примач (или на нивните овластени претставници).

за време или пред испраќањето на пораката или по пат на таква порака, налогодавачот бара или се сложил со примачот приемот на пораката да биде потврден“. Во истиот член понатаму се наведува дека „кога налогодавачот ќе наведе дека пораката е условена со потврда на приемот, пораката се смета како никогаш да не била пратена се додека не се прими потврдата“. На ваков начин испраќачот се ослободува од обврската да ја одржи во сила својата понуда односно изјавата за прифаќање на понудата.

Од ова може да се заклучи дека претпоставката за примена на постапката за прием зависи од налогодавачот. Овој член нема намера да ги разгледува и да ги регулира последиците во случај на испраќање на било какви потврди, освен оние кои се однесуваат на пораки и потврди на пораките кои се испратени по електронски или сличен начин. Модел законот се занимава и со времето на праќање и примање на пораката. Кога станува збор за електронските комуникации ова е многу важно. Според одредбите на Модел законот „се смета дека пораката е испратена во моментот кога влегла во информацискиот систем кој е надвор од контрола на налогодавачот или лицето кое ја испраќа пораката во име на налогодавачот“. Како што се гледа, Модел законот ја прифаќа теорија на испраќање (dispatch theory) која во концептот на електронската комуникација секако е попогодна од некоја друга. Во врска со праќањето на пораките значајно е да се покаже на идејата за влез (entry) на пораката во информацискиот систем. Значи, не е доволно пораката да биде испратена во информацискиот систем, туку е неопходно тој информациски систем да ја прифати и дури кога пораката ќе „влезе“ во системот, се смета дека е испратена. Така и нашето национално право, Закон за електронска трговија (член 13)²⁹¹.

Кога станува збор за местото на испраќање и прием на пораката, Модел законот тргнал од деловното седиште на налогодавачот и примачот, со тоа што се наведува дека доколку постојат повеќе такви седишта, „за деловно седиште се смета она кое има најтесна врска со основната трансакција“, а во случај кога налогодавачот и примачот немаат деловно седиште „упатувањето ќе се врши на вообичаеното престојувалиште“.

5. ПРАВИЛА ЗА ПРИФАЌАЊЕ НА ON-LINE ДОГОВОРИ (ЕЛЕКТРОНСКА ПОШТА И WEBSITE ДОГОВОРИ)

Се додека договорите се склучувале на класичен начин прашањето за склучување односно моментот на склучување на договорот не се ни поставувало. Главно постојат држави кои ја прифаќаат „теоријата на испраќање“ и оние кои сметаат дека подобра е „теоријата на прием“. Меѓутоа независно од овие разлики, во праксата немало некои сериозни проблеми.

Во контекст на теоријата на испраќање и прифаќање се поставува прашањето во која категорија спаѓаат договорите склучени по електронска пошта? Од аспект на местото на склучување на договорот ова прашање е важно бидејќи местото на склучување на договорот влијае на многу факти, а посебно ако дојде до спор кога треба да се одреди местото на судската (арбитражна) надлежност и меродавното право.

5.1. ЕЛЕКТРОНСКА ПОШТА (E – mail)

Кога понудата (прифаќањето) се испраќа по електронска пошта треба да се истакне дека тој начин не е моментален, бидејќи пораката се пишува, се кликува „испрати“ и тогаш

²⁹¹ Сл. в. на РМ 133/2007

компјутерот пребарува по својата база на податоци за да го најде лицето на кого му е испратена пораката. Со други зборови оваа ситуација е слична на онаа кога писмото се праќа преку пошта. Правно гледано, основно прашање е дали прифаќањето на понудата станало полноважно тогаш кога пораката е испратена или кога е примена. Бидејќи испраќачот нема да биде сигурен кога е тоа направено, судовите застанале на ставот дека е најдобро да се земе најраното време – а тоа значи моментот кога е испратена пораката (send). Според тоа, доколку страните со договорот, односно со спогодбата нешто поинаку не предвиделе, како место на испраќање на договорот (прифаќање) ќе се смета местото на понудувачот, а не местото на неговиот сервер, а секако не местото на понудениот (offeror). Ова е примена на теоријата на испраќање и трговецот, можеби на овој начин е најдобро заштитен. Меѓутоа, теоријата на прием има исто така нејзини поддржувачи во врска со прифаќањето кое се испраќа по електронска пошта. Судовите обично сметаат дека поштата е доволно брза и многу сигурна. Меѓутоа, електронската пошта, не е така сигурна како обичната пошта. Во случај примачот да не ја примил пораката таа најчесто ќе се врати на испраќачот и оттука испраќачот ќе знае дека пораката никогаш не стасала до примачот. За разлика од обичната пошта електронската пошта е многу побрза, така што испраќачот може да превземе се што е потребно за корегирање на грешките.

Сепак, дури и кога електронската пошта ќе стигне до местото не мора да значи дека електронската порака е јасна и потполна. Нормално е дека во една неповрзана (нејасна) порака треба да има доволно информации кои би му овозможиле на примачот (понудениот) да побара од испраќачот да му ја повтори пораката. Многу големи инкопатибилности или проблеми можат да доведат до недоразбирање помеѓу страните (тие меѓусебно да не се разберат). Поради сето ова можеби теоријата за испраќање не е доволно добра за склучување на on – line договори и затоа подобра е теоријата за прием. Но и таа теорија има маана бидејќи неможе со прецизност да се утврди каде договорот е склучен односно каде е приемот навистина извршен! Дали до прием дошло тогаш кога пораката дошла до мрежата на серверот кога тој ја внесол во својот компјутер или тогаш кога понудениот ја прочитал? Локацијата на серверот често се разликува и не е исто што и компјутерот на примачот и во зависност од зачестеноста на отворање и читање на електронската пошта, релевантното време може значително да се менува. При утврдување на точниот рок за прием на пораката, по мислење на многу автори²⁹² судовите најверојатно ќе се определат за теоријата на прием. Според ова сваќање прифаќањето на пораките најчесто произведува дејство кога понудувачот ќе ја сметне пораката од мрежата, бидејќи може да се очекува дека тогаш ќе ја прочита пораката која му ја доставил серверот. Дали тој навистина ќе ја прочита откако ќе ја сметне од мрежата односно кога ќе ја најде на својот РС суштински не е од значење. Доколку тој одбие да прочита дека понудата е прифатена тој сепак ќе биде обврзан со таквиот прием. Исто така се смета, дека понудувачот треба да отвора (да ги симнува пораките од мрежата) во разумни временски интервали. Доколку тој тоа го прави повремено (или, да речеме оди на одмор) постои обврска за тоа да го извести понудувачот, а ако не постапи така, ќе се смета дека пораката ја примил во разумен рок²⁹³.

²⁹² M. Chissick, *Electronic Commerce – Law and Practice*. London 1999, p.73. Авторот во врска со ова укажува на случајот *Shelde Delta Shipping B.V. v. Astarte Shipping Ltd. (The Pamela)* од 1995.

²⁹³ Во врска со ова би изнеле еден интересен случај од седумдесеттите години содржан во одлука на Врховниот суд на РМ (која за жал не сме во можност да ја цитираме). Имено страните договориле комерцијалните активности да ги вршат преку телекс (тогаш најсовремено средство за комуникација). Меѓутоа тужениот го пропуштил рокот и како причина за тоа навел дека лицето оспособено да работи на телексот било на боледување а замената не била остручена за тоа. Судот ги одбил овие наводи со образложение „ако страните се договориле својата комуникација да ја вршат преку телекс, треба за тоа и

Алтернативно решение би можело да биде дека до приемот дошло кога таквото известување е под контрола на понудувачот. Меѓутоа, ако понудениот користи Интернет услуги на провајдер, се смета дека понудата е прифатена тогаш кога е сметната од мрежата (downloaded) и вметната во компјутерот. Се смета дека се додека електронската пошта се наоѓа кај серверот таа во техничка смисла се наоѓа „во транзит“ и за нејзе одговара испраќачот.

Од претходно наведеното може да се заклучи дека и двете теории имаат недостатоци кога станува збор за Е – mail (т.е електронската пошта) бидејќи тој облик има извесни сличности со испраќањето на прифаќањето на пораките по пошта (теорија на испраќање) и моменталното прифаќање. Судовите, исто така ќе имаат тешкотии во зависност од околностите на случајот да одредат кога дошло до прифаќање на пораката и во врска со тоа да ги одредат и правните последици.

5.2.WEBSITE (ВЕБСАЈТ) ДОГОВОРИ (ДОГОВОРИ НА ИНТЕРНЕТ)

Одредувањето на правила за прифаќање на понудата преку WWW е многу понепосредно (more straightforward). WWW овозможува метод на моментална комуникација (интерактивна комуникација во реално време) и понудувачот скоро моментално има повратна информација (feedback), така што грешките се веднаш воочливи. Врз основа на ова може да се заклучи дека теоријата на прием кај website договорите е најпогодна.

За да не дојде да забуна околу тоа кога се смета дека дошло до прифаќање на понудата која е испратена преку Интернет, во праксата постојат две множности:

- Според едната, трговецот мора јасно да навледе дека испраќањето на известување за своите производи преку Интернет (каталози, понуди од друг вид) претставува само повик за да се направи понуда. Бидејќи најчесто постојат типски договори на понудувачот, понудувачот може да определи спрема понудениот дали ќе ја прифати неговата понуда или не. Во таков случај прифаќањето на понудата од страна на трговецот која е испратена преку Интернет не е полноважно се додека со тоа не се запознае клиентот;
- Според другата, кога продавачот ќе одбере да склучи договор со понудувачот тие можат да се договорат кога ќе сметаат дека договорот е склучен. Ако трговецот кој испратил понуда преку Интернет прифати ваква солуција, тој подоцна нема да може да одрече односно да тврди дека не дошло до прифаќање на понудата.

Меѓутоа, без оглед на сите овие теоретски нијанси во пракса трговците тоа го решаваат многу поедноставно и ретко се појавуваат проблеми. Најчесто тие одредуваат кога ќе се смета дека пораката е прифатена, со што се избегнуваат различните толкувања на судот.

6. ДОПУШТЕНОСТ И ДОКАЗНА СИЛА НА ПОРАКАТА

Прашањето за допуштеноста и доказната сила на електронските пораки во судските и управните постапки а со тоа и на договорите склучени по електронски пат, има многу важна улога во развојот на електронската трговија. И додека правилата во некои законодавства во тој поглед се флексибилни, постојат правни системи кои имаат многу ригорозни и конкретни правила со кои ги исклучуваат електронските пораки како

да си обезбедат и услуги, вклучително и човечки ресурси. Без значење е тоа што тужениот имал само еден таков вработен и истото не го оправдува да не ги исполнува своите обврски.

доказен материјал во случај на спор. Студиите кои се направени во меѓународните организации кои се занимаваат со прашањата на електронската трговија сметаат дека прашањето за доказната сила на електронската порака е главна пречка за развој на електронската трговија воопшто.

Во врска со пораките кои преку компјутер се испраќаат по електронски пат еден од најзначајните приговори се однесува на можноста таквите податоци да можат да се користат како доказно средство во случај на спор. Најголем број на национални законодавства (прописи за постапките) не содржат одредби со кои ваквиот начин на докажување ќе можат да се користи како правно релевантен. Оттука многу правници барале ова прашање да се разгледа што е можно побрзо, затоа што голем број деловни трансакции можат да се доведат во прашање и договорните страни ќе имаат штета доколку не бидат во состојба пред судот да поднесат писмени докази, онака како што бараат националните прописи. Затоа не е необично што Модел законот на UNCITRAL (чл.9) посветил прашање за правната сила на информациите кои ги содржат компјутерите. Во врска со тоа се истакнува дека „во било кои правни постапки нема да се примени ништо во врска со правилата на постапката што би значело негирање на допуштеноста на пораката како доказ.

Значајно е да се укаже на став. 2 од член. 9 во кој се содржани упатства за проценка на доказната сила на пораката. Во врска со тоа се наведува дека ќе се земе во предвид „сигурноста на начинот на кој пораката е генерирана, зачувана или испратена, сигурноста на начинот со кој е сочуван интегритетот, начинот со кој е идентификуван нејзиниот налогодавач, како и секој друг релевантен факт“.

Меѓутоа, мора да се нагласи, дека валидноста на договорните одредби кои ги формулирале страните во оваа спогодба во поглед на допуштеноста на пораката како доказ зависи од природата на правилата за доказите во одреден правен систем. Во мера во која одредбата што се однесува на доказната сила претставува императивна норма, договорните одредби немаат сила²⁹⁴.

7. ЗАКЛУЧОК

Уште со самиот почеток на примената на компјутерите во вршењето на комерцијалните активности се отвориле голем број на прашања поврзани со правните аспекти на така реализираните трговски активности. Пред се се поставиле прашањата во врска со правната важност на договорите склучени преку компјутер, времето и местото на склучување на договорот, доказната сила на вака склучените договори и многу други.

Како друг проблем кој ја „кочел“ електронската трговија е морето од национални прописи кои е многу тешко да се следат и кои на различен начин регулираат исти прашања. Токму затоа голем број на меѓународни организации и асоцијации презеле активности за регулирање на областа на електронската трговија. Заради реализација на вака поставената цел изработени се голем број на меѓународни документи со различна правна сила, но си иста цел: олеснување и правно нормирање на постапката при склучување на договорите по електронски пат, а со тоа и олеснување на меѓународната електронска трговија со унификација на правилата за вршење на истата. Покарај овој начин на уредување на односите донесени се и бројни упатства, модели, водичи и сл. кои

²⁹⁴ Во оваа област императивните норми би можеле да бидат оние кои се однесуваат на даноци, такси или сметководствени трансакции.

претставуваат солидна основа при изработката и услогласувањето на националните законодавства. Што се однесува на Република Македонија, таа на овој план, барем од легислативен аспект е солидно подготвена за предизвиците кои со себе ги носи новото време во области на е-трговијата.

Сеакако дека на овој план постојат значителни тешкотии. Имено, создавањето на правото (посебно меѓународното) многу често е спор и ригиден процес. Ако се има во предвид дека технолошките достигнувања се многу брзи, тогаш се јавува проблем како правото да ги следи со иста динамика. Дури и најсовремените прописи во оваа област, стануваат застарени од аспект на технолошките промени и комерцијални обичаи во светот на Е-трговијата. Сето тоа придонесува за создавање на правни рамки кои се доста нејасни или пак поставени прешироко, што во голема мера влијае на правната сигурност при нивната примена.

Од друга страна техничките достигнувања се далеку пред спориот развој на правото, при што се создаваат одредени практични стандарди со таква брзина што правото не е во состојба да ги нормира, па имаме ситуација стандардот да биде норма многу порано пред правото нормативно да го регулира таквиот стандард.

Поради тоа, неопходно е да се изврши ревизија на многубројните прописи и стите континуирано да се надополнуваат и усогласуваат следејќи го трендот во развојот на компјутерската технологија. Ова е потребно поради тоа што компјутерскиот начин на обработка на податоците, склучувањето на договорите, кореспонденцијата и сл., се користат скоро во сите области од секојдневието.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Jelena Vilus, (2000) „Elektronsko trgovačko parvo“, Evropski centar za mir i razvoj (ECPD) Univerziteta za mir UN,
- [2] M. Chissick, (1999) Electronic Commerce – Law and Practice. London,
- [3] Галев Гале и Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, (2008) „Облигационо право,, Универзитет „Св. Кирил и Методиј,, Правен факултет „Јустинијан Први,, Скопје,
- [4] Директива на Европската унија за одредени правни аспекти на електронската трговија во внатрешниот пазар, 1998,
- [5] Директива на Европскиот парламент и советот за рамката на заедницата за електронските потписи, 1995,
- [6] Европски EDI модел спогодба, 1994,
- [7] Еднообразни правила на однесување за телекомуникациски пренос на пораки, 1998.
- [8] Закон за електронска трговија, Сл.весник на РМ бр. 133/2007.
- [9] Закон за облигационите односи, Сл. весник на РМ 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009,
- [10] Закон за податоците во електронски облик и електронски потпис, Сл. весник на РМ бр.34/2001, 06/2002 и 98/2008,
- [11] Коевски д-р Горан, (2006) „Европската правна рамка за електронска трговија,, Деловно право (Business Law), бр.16,
- [12] Конвенција на ОН за договорите за меѓународна продажба од 1980.
- [13] Модел закон на UNCITRAL за електронската трговија, 1996.
- [14] Начела на меѓународните трговски договори од 1994 година.
- [15] Правила на Меѓународниот поморски комитет за електронските комосмани, 1990.