

*Luka Radojević, master prava**

ELEKTRONSKA FORMA UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Predmet ovog rada jeste analiza odredbi Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe koje uređuju formu ugovora, a u kontekstu elektronskih sredstava komunikacije čija upotreba vodi ka nastanku ugovora u elektronskom obliku. Prvo se razmatra da li Konvencija dozvoljava zaključenje ugovora u elektronskoj formi. Zatim, analizira se pojam „pismeno“ iz člana 13 Konvencije, u svetlu elektronskih komunikacija. Autonomnim tumačenjem člana 13 Konvencije pronalazi se odgovor na pitanje da li savremena elektronska sredstva komunikacije mogu da konstituišu pismenu formu za svrhe odredaba Konvencije. Ukratko se predstavlja načelo funkcionalne ekvivalentnosti, kao najznačajniji princip u pravu elektronske trgovine, na osnovu kojeg se identifikuju funkcije pismene forme koje proizlaze iz člana 13 Konvencije, uz testiranje da li konkretna elektronska sredstva komunikacije koja se uobičajeno koriste u poslovnoj praksi ispunjavaju uočene funkcije pismene forme. Na kraju, ispitaće se i koja su dejstva učinjenih rezervi iz člana 96 Konvencije na domaćaj primene člana 13 Bečke konvencije u kontekstu elektronskih komunikacija.

Ključne reči: *Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe. – Elektronska sredstva komunikacije. – Pismena forma ugovora. – Elektronska forma ugovora. – Princip funkcionalne ekvivalentnosti.*

1. UVODNE NAPOMENE

Za četrdeset godina nakon usvajanja Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu:

* Autor je master prava Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu i advokatski pripravnik u advokatskoj kancelariji „BDK Advokati“ u Beogradu, *luka.rad.bg@gmail.com* (Republika Srbija)

„Konvencija“)¹ došlo je do drastičnih promena u načinu na koji živimo, komuniciramo i neminovno, poslujemo. Revolucija koju je povela pojava i omasovljenje interneta i drugih elektronskih sredstava komunikacije je sveprisutna u svakoj pori naših života. Vrtoglavi tehnološki napredak stvorio je mogućnosti koje nisu bile zamislive ljudima koji su radili na pripremanju teksta Konvencije. Danas je u potpunosti moguće da se trgovina odvija bez upotrebe papira (tzv. *paperless trade*), da se ugovori zaključuju klikom miša, da računari automatski zaključuju transakcije bez učešća čoveka. Međunarodna trgovina ubire plodove tehnološkog razvoja i elektronske revolucije, roba postaje lako dostupna svim ljudima na svim tržištima, transakcije se odvijaju efikasnije nego ikada sa sve manje troškova. Elektronska trgovina uveliko jeste sadašnjost, ali i budućnost. U tom smislu, statistički podaci prognoziraju da će se prihodi od elektronske trgovine na globalnom nivou utrostručiti u periodu između 2017. i 2024. godine.² Danas, elektronska trgovina čini između 12–18% ukupne trgovine na nivou Sjedinjenih Američkih Država³ i Evropske unije,⁴ sa tendencijom sve većeg udela u budućnosti. Imajući u vidu globalna dešavanja danas, elektronska trgovina može da postane dominantan model poslovanja i pre nego što to može da se očekuje.⁵ Sa druge strane, Konvencija je najznačajniji međunarodni ugovor u oblasti međunarodne trgovine, koji ima za cilj kodifikaciju i univerzalnu jednoobraznu primenu pravila koja važe za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, kao najvažnijeg instrumenta

- 1 United Nations Convention on the International Sale of Goods, United Nations, New York 2010 (u daljem tekstu: „Konvencija“); Konvencija je pripremljena od strane Komisije Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL), usvojena je na konferenciji održanoj u Beču 11. aprila 1980. godine, a stupila na snagu 1988. godine.
- 2 Podatak je preuzet sa <https://www.statista.com/forecasts/480797/e-commerce-revenue-forecast-in-the-world>, 20. oktobar 2020.
- 3 Izveštaj Ministarstva trgovine Sjedinjenih Američkih Država za prvi kvartal 2020. godine, <https://www2.census.gov/retail/releases/historical/ecommm/20q1.pdf>, 20. oktobar 2020.
- 4 Izveštaj Evropske službe za statistiku (EUROSTAT) iz 2019. godine, <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfs/cache/14386.pdf>, pristupljeno dana 20. oktobar 2020. godine.
- 5 Usled pandemije koju je prouzrokovao korona virus, mnoge kompanije se više okreću ka internet prodaji, kao što je svetski prodavac odeće „Zara“, vid. <https://www.theguardian.com/business/2020/jun/10/zara-owner-to-close-up-to-1200-fashion-stores-around-the-world>, 20. oktobar 2020.

međunarodne trgovine.⁶ O tome koliko Konvencija ostvaruje ono što se njome namerava, najbolje govori činjenica da su danas 94 države sveta njene članice,⁷ i da se taj broj konstantno uvećava. O tome koliko je značaj Konvencije, dovoljno je reći da su njena pravila o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe potencijalno primenjiva na preko 80% svetske trgovine robom.⁸ Uporedivši značaj elektronske trgovine i elektronskog ugovaranja sa jedne strane, i Konvencije sa druge, a imajući u vidu vreme kada je Konvencija nastala, neophodno je ispitati da li su pravila Konvencije zastarela s obzirom na to koliko se svet promenio od njenog nastanka, odnosno da li su, i u kojoj meri, ona fleksibilna da ostanu primenjiva i u kontekstu savremenih tehnologija i elektronskih komunikacija. U ovom radu, fokus je odgovoriti na dva centralna pitanja. Prvo, da li Konvencija dozvoljava zaključenje ugovora u elektronskom obliku? Ako da, da li, i na koji način, elektronska forma ugovora može da se smatra pismenom formom za svrhe odredaba Konvencije?

2. PUNOVAŽNOST ZAKLJUČENJA UGOVORA U ELEKTRONSKOJ FORMI

Član 11 Konvencije, kao jedna od njenih opštih odredbi, uspostavlja načelo neformalnosti ugovora. Prema članu 11 Konvencije, ugovori su načelno oslobođeni bilo kakvih obavezujućih zahteva forme, i za njihovo punovažno zaključenje ne zahteva se da se on mora zaključiti u pismenoj formi, kao i u bilo kojoj drugoj određenoj formi.⁹ To

6 Milena Đorđević, „Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u srpskom pravu i praksi – iskustva i perspektive“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, 260.

7 Podatak je preuzet sa: https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status, 20. oktobar 2020.

8 Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas, „Introduction to the CISG“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018², 1.

9 Pilar Perales Viscasillas, „Article 11“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kroll, Loukas Mistelis & Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos, Munich-Oxford 2018², 193; Franco Ferrari, „Brief Remarks on Electronic Contracting and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 6/2002, 297. Martin Schmidt-Kessel, „Article 11“, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary*

znači i da izjave volja koje dovode do zaključenja ugovora ne moraju biti učinjene u nekoj posebnoj formi a kako bi došlo do punovažnog zaključenja ugovora.¹⁰ Iz ovoga sledi da se ugovor može zaključiti u bilo kojoj formi, odnosno u pismenoj formi, usmenim putem¹¹ ili na bilo koji drugi način.¹² Kako se ugovor može punovažno zaključiti na bilo koji način, pravilo iz člana 11 Konvencije je formulisano na neutralan način u smislu medija, odnosno tehnologija koje ugovorne strane mogu koristiti, a čija upotreba načelno uvek dovodi do dozvoljene forme ugovora.¹³ Stoga, dozvoljeno je zaključiti ugovor i u elektronskoj formi. Ovo je stav koji zauzima i Savetodavno veće za primenu Konvencije u svom prvom objavljenom mišljenju iz 2003. godine, a koje se tiče tretmana elektronskih komunikacija u okviru Konvencije,¹⁴ a potvrđen je i u sudskoj praksi.¹⁵ Tehnološki neutralna i fleksibilna

on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016⁴, 204.

10 P. Perales Viscasillas (2018a), *op. cit.*, 193.

11 Na primer vid. Odluku Privrednog suda u Tongerenu, Belgija, od dana 25. januara 2005. godine (*Scafor International BV & Orion Metal BVBA v. Exma CPI SA*).

12 F. Ferrari, *op. cit.*, 297.

13 M. Schmidt-Kessel (2016a), *op. cit.*, 205; Pravna norma je formulisana na medijski ili tehnološki neutralan način kada ne pretpostavlja upotrebu tačno određenog medija ili tehnologije za svrhe njene primene. Takva norma je dovoljno široko i fleksibilno formulisana da može da prati neminovni tehnološki razvoj i obuhvati nove tehnologije koje nastanu posle nje, i na koje će takva norma ostati primenljiva. Na osnovu ovakvih „neutralnih“ normi, omogućava se da pravo prati sve brži tehnološki razvoj, odnosno da ono ne ostane „zamrznuto u vremenu“, vid. Jose Angelo Estrella Faria, „Drafting and Negotiating History of the Electronic Communications Conventions“, *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook* (eds. A. H. Boss, W. Kilian), Kluwer Law International 2008, 23.

14 Vid. Mišljenje Savetodavnog veća za primenu Bečke konvencije br. 1, *Electronic Communications under the CISG*, Rapporteur: Professor Christina Ramberg, 15. avgust 2003. godine (u daljem tekstu: „CISG AC Opinion no.1“), 11.1.; Između ostalog, više o radu Savetodavnog veća vid. M. Đorđević, „Rad Savetodavnog veća za primenu UN Konvencije o međunarodnoj prodaji robe od 1980. godine“, *Pravo i privreda* 9–12/2008, 137–145.

15 Vid. odluku Apelacionog suda u Helsinkiju, Finska, od dana 26. oktobra 2000. godine br. S 00/82, koja navodi da: „time što Konvencija ne predviđa bilo kakvu određenu formu ugovora kao uslov za punovažno zaključenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe, ona omogućava ugovornim stranama da zaključe

formulacija iz člana 11 Konvencije ostavlja joj prostor da prati i budući razvoj elektronskih komunikacija, kao i promene u poslovnoj praksi međunarodne trgovine nastale kao rezultat tehnološkog napretka. Na taj način, član 11 Konvencije uvek može da drži korak sa neminovnim promenama u svetu telekomunikacionih tehnologija, gde će biti dozvoljeno zaključiti ugovor i putem onih elektronskih sredstava komunikacije koje se pojave u budućnosti. Ovakvu perspektivu je važno imati u vidu zbog toga što je, u vreme kada je Konvencija pripremana, teleks bio najbrži vid komunikacije, telefaks najmodernija tehnologija koja je tek počela da se koristi u poslovnoj praksi, a reči „e-mail“ ili „internet“ nisu još ni postojale.¹⁶

Načelo neformalnosti ugovora predstavlja jedno od opštih načela na kojima Konvencija počiva.¹⁷ Stoga, punovažnost elektronske forme ne odnosi se samo na formu zaključenog ugovora, već i na formu ostalih izjava, zahteva ili obaveštenja, koje u skladu sa relevantnim odredbama Konvencije, ugovorne strane mogu uputiti jedna drugoj tokom njihovog ugovornog odnosa, odnosno prilikom izvršenja, izmena ili prestanka ugovora, a za koje Konvencija ne propisuje određenu formu.¹⁸

Iako je upotreba elektronskih sredstava komunikacije tokom svih faza ugovora načelno dozvoljena, potrebno je da bude ispunjen dodatni uslov. Naime, neophodno je da se primalac elektronske poruke, prethodno izričito ili prećutno saglasio da primi elektronsku poruku, i to te vrste, u tom formatu i na tu adresu na koju mu je elektronska poruka zaista poslata.¹⁹ Na ovaj način se obezbeđuje da je informacija

ugovor putem elektronskih sredstava komunikacije, odnosno i u elektronskoj formi.“

- 16 Petra Butler, „The CISG and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts“, *State of Play the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference* (eds. Ingeborg Schwenzer, Lisa Spagnolo), *International Commerce and Arbitration*, Eleven International Publishing 2012, 1.
- 17 P. Perales Viscasillas (2018a), *op. cit.*, 191; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Conventions*, (ed. Harry M. Flechtner), Kluwer Law International, Alphen van den Rijn 2009⁴, 181; Ovaj stav je potvrđen i u sudskoj praksi, vid. odluku Okružnog suda u Arnhemu, Holandija, od dana 17. januara 2007. godine (*Hibro Compensatoren B.V. v. Trelleborg Industri Aktiebolag*) i odluku Vrhovnog suda u Austriji, od dana 6. februara 1996. godine br. 10, Ob 518/95.
- 18 P. Perales Viscasillas (2018a), *op. cit.*, 192; J. Honnold, *op. cit.* fn. 17, 192.
- 19 CISG AC Opinion No. 1, 15.1 i dalje.

u elektronskom obliku stvarno preneti njenom primaocu.²⁰ Ovo stano-
vište je potvrđeno i u sudskoj praksi.²¹

Na kraju, treba voditi računa da su od načela neformalnosti ugo-
vora iz člana 11 Konvencije moguća dva izuzetka. Prvo, ugovorne stra-
ne mogu da isključe primenu člana 11 Konvencije, odnosno mogu da
se sporazumeju da je za punovažnost ugovora neophodna njegova pi-
smena forma ili da akti ponude ili prihvata ponude mogu biti učinjeni
jedino u pismenoj formi. No, čak i da ugovorne strane predvide oba-
veznost pismene forme ugovora, to nužno neće značiti da se ugovor
ne može zaključiti u elektronskoj formi, osim ukoliko ugovorne strane
neposredno ili posredno (npr. zahtevom da ugovor mora biti auten-
tifikovan svojeručnim potpisom strana) isključe tu mogućnost. Drugi
izuzetak od načela neformalnosti ugovora odnosi se na slučaj primene
prava države ugovornice koja je izjavila rezervu iz člana 96 Konvencije.
Međutim, i u ovom slučaju, obaveznost pismene forme ugovora koja
je predviđena nacionalnim zakonodavstvom države koja je izjavila re-
zervu iz člana 96 neće nužno značiti da se ugovor ne može zaključiti
i u elektronskoj formi, odnosno da elektronska forma ugovora neće
zadovoljiti uslov njegove pismene forme. Ovo je iz razloga što sama
Konvencija već određuje pojam „pismeno“ u članu 13.

3. POJAM „PISMENO“ IZ ČLANA 13 KONVENCIJE U KONTEKSTU UPOTREBE ELEKTRONSKIH KOMUNIKACIJA

U skladu sa članom 13 Konvencije, pojam „pismeno“ obuhvata
telegram i teleks. Odredbe Konvencije sadrže pojam „pismeno“ u sle-
dećim članovima: 11, 12, 13, 21, 29 i 96. Za svrhe navedenih odredaba
konvencije, osnovno pitanje koje se postavlja, a koje se ispituje u ovom
delu rada jeste da li pojam „pismeno“ iz člana 13 Konvencije obuhvata

20 *Ibid.*

21 Vid. Odluku Okružnog suda u Vašingtonu, Sjedinjene Američke Države, od
dana 9. septembra 2004. godine, *La Delizia Friulani la Delizia, S.C.A.R.L. v.*
Columbia Distributing Company, Inc. et al.; U ovoj odluci, sud se direktno
poziva na Mišljenje br. 1 Savetodavnog veća za primenu Bečke konvencije
u odnosu na mogućnost obaveštavanja ugovorne strane putem elektronskih
sredstava komunikacije, konkretno imejla, što govori o tome koliki autoritet
Savetodavno veće ima i na sudove u vezi sa tumačenjem i primenom odredaba
Bečke konvencije.

i elektronsku formu, koja nastaje upotrebom elektronskih sredstava komunikacije koje se danas uobičajeno koriste u poslovnoj praksi međunarodne trgovine robom. Nesporno je da Konvencija ne daje direktno odgovor na ovo pitanje, kao što je nesporno da delegati UNCITRAL-a u vreme pripremanja Konvencije nisu mogli da imaju u vidu savremena elektronska sredstva komunikacije, jer ona tada nisu ni postojala, odnosno mogli su jedino da imaju u vidu telegram i teleks, kao najmodernija i najbrža sredstva komunikacije koja su se uobičajeno koristila u to vreme.²² Problem sa formulacijom člana 13 Konvencije leži u činjenici da se pojam „pismo“ vezuje za tačno određena sredstva komunikacije koja su vremenom postala zastarela i danas se praktično više i ne koriste. Zbog toga, za razliku od člana 11 Konvencije, član 13 Konvencije nije formulisan na neutralan način u smislu medija, odnosno tehnologija na koje se pojam „pismo“ odnosi.²³ Posledice formulacije člana 13 Konvencije sastoje se u tome da je on danas definitivno zastareo, i zbog toga praktično neprimenjiv.²⁴ U odnosu na pitanje da li i savremena elektronska sredstva komunikacije treba da budu obuhvaćena članom 13 Konvencije postoji jedna pravna praznina, odnosno reč je o materiji koja jeste uređena konvencijom, ali nije izričito rešena u njoj.²⁵ Takvi slučajevi se rešavaju autonomnim tumačenjem

22 P. P. Viscasillas, „Article 13“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018², 208; J. Honnold, *op. cit.* fn. 17, 192.; Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, Mainz – Norwich 2007, 39; Siegfried Eiselen, „Integration of the UN Electronic Communications Convention and the CISG“ *Current Issues in the CISG and Arbitration* (eds. Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamer & Petra Butler), *International Commerce and Arbitration*, Eleven International Publishing 2014, 145.

23 Martin Schmidt-Kessel, „Article 13“, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016⁴, 220.

24 *Ibid.*

25 P. Huber, A. Mullis, *op. cit.* fn. 22, 39; M. Schmidt Kessel (2016b), *op. cit.* fn. 9, 220; P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.* 22, 208.; F. Ferrari, *op. cit.* fn. 9, 299; Siegfried Eiselen, „Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980“, *6 EDI Law Review: Legal Aspects of Paperless Communication* 1999, 36; Ulrich G. Schroeter, „Interpretation of „Writing“: Comparison Between Provisions of CISG (Article 13) and Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law“, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 2002, 270; Jennifer

Konvencije, u skladu sa dostupnim mehanizmima tumačenja iz člana 7 stav 2.

3.1. *Autonomno tumačenje člana 13 Konvencije*

Za početak potrebno je osvrnuti se na samu formulaciju člana 13 Konvencije koristeći mehanizam jezičkog tumačenja. Na osnovu jezičkog tumačenja člana 13 Konvencije, zaključuje se da on niti definiše šta znači „pismo“ niti navodi uslove koje određena forma mora da zadovolji da bi se smatrala pismenom formom za svrhe Konvencije.²⁶ Zatim, član 13 Konvencije sadrži reč „obuhvata (i)“, što ukazuje na to da se pojam „pismo“ ne ograničava samo na telegram i teleks, odnosno da telegram i teleks ne predstavljaju jedini vid komunikacije koji isključivo dovodi do pismene forme, već da su oni navedeni samo kao primeri alternativnih sredstava komunikacije koji su se koristili u poslovnoj praksi tog vremena.²⁷

Drugo, postoji prostor da se član 13 Konvencije i ekstenzivno tumači, tako da obuhvata i savremena elektronska sredstva komunikacije, upravo iz razloga što on sadrži „otvorenu“, egzemplativnu i neisključujuću listu sredstava komunikacije čija upotreba konstituiše pismenu formu za svrhe Konvencije.²⁸

Treće, bitno je da se razume zašto je član 13 Konvencije uključen u njen konačni tekst, odnosno koju intenciju su delegati UNCITRAL-a imali kada su formulisali član 13 na način na koji je on formulisan. Naime, član 13 Konvencije je uključen u konačni tekst Konvencije u poslednjem trenutku pred njeno usvajanje, a slična odredba nije postojala kako u direktnim prethodnicima Konvencije – Haškom jednoobraznom zakonu o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari i Haškom jednoobraznom zakonu o zaključivanju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari, tako i u prethodnim nacrti-

E. Hill, „The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods“, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 2/2003, 26.

26 P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 208.

27 P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 208; J. Honnold, *op. cit.* fn. 17, 192; U. Schroeter, *op. cit.* fn. 25, 270; J. Hill, *op. cit.*, 23.

28 P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 207; M. Schmidt Kessel (2016b), *op. cit.*, 220; J. Hill, *op. cit.*, 23.

ma teksta Konvencije.²⁹ Ovakvom formulacijom člana 13 Konvencije, delegati UNCITRAL-a su želeli da postignu da tadašnja najmodernija i najbrža sredstva komunikacije u svakom slučaju konstituišu pismenu formu za svrhe same Konvencije.³⁰ U vezi sa tim, Šlehterim navodi da je cilj člana 13 Konvencije bio da obezbedi da se telegram i teleks eksplicitno navedu kao prihvatljiv način komunikacije u sistemu konvencije, koji će se u svakom slučaju smatrati „pismenim“ kod pismenog obaveštenja ponuđenog u vezi sa zadocnelim prihvatom ponude, odnosno kod pismenih izmena ugovora, a što je zahtevalo brzo donošenje odluka, kao i da druga strana bude obaveštena o tome u što kraćem mogućem roku, a što su telegram i teleks kao najbrža sredstva komunikacije u to vreme i omogućavali.³¹

Imajući u vidu da je glavni razlog nastanka člana 13 Konvencije bio da on obuhvati tada najbrže vidove komunikacije, da li član 13 Konvencije treba tumačiti putem analogije, gde bi na osnovu analogije obuhvatio i savremena elektronska sredstva komunikacije kao najbrži vid komunikacije koji danas postoji? Prvo je potrebno ispitati da li je tumačenje putem analogije uopšte i dozvoljen mehanizam tumačenja odredaba. Stav teorije jeste da, ne samo da je tumačenje odredaba Konvencije putem analogije dozvoljeno u skladu sa članom 7 stav 2 Konvencije, već da tumačenje putem analogije predstavlja i primarni mehanizam popunjavanja pravnih praznina, odnosno da tek ukoliko neposredna primena određene odredbe Konvencije putem analogije na druge slične situacije koje nisu izričito rešene u njoj nije moguća, prelazi se na korišćenje sekundarnog mehanizma popunjavanja pravnih praznina, a to su opšta načela na kojima Konvencija počiva, a u odsustvu takvih načela, koristiće se poslednji dostupan mehanizam popunjavanja pravnih praznina, i to odredbe merodavnog prava do koga se došlo primenom kolizionih normi foruma.³²

29 P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.* fn. 22, 208; J. Hill, *op. cit.*, 17; U. Schroeter *op. cit.*, 270.

30 J. Hill, *op. cit.*, 15.

31 Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna 1986, 46.

32 Pilar Perales Viscasillas, „The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-filling of the CISG“, *CISG Methodology* (eds. Andre Janssen, Olaf Meyer), Sellier European Law Publishers 2009, 295; John Felemegas, „Introduction“, *An International Approach to the Interpretation of*

U slučaju člana 13 Konvencije, nije potrebno preći na korišćenje opštih načela na kojima Konvencija počiva kako bi se popunila pravna praznina koja se odnosi na domašaj pojma „pismo“ za svrhe gore navedenih odredbi Konvencije. Tumačenje člana 13 Konvencije putem analogije jeste moguće, i ono je dovoljno kako bi se na odgovarajući način popunila navedena pravna praznina. Kako član 13 Konvencije već navodi da pojam „pismo“ za svrhe Konvencije obuhvata i telegram i teleks, primenom ove odredbe Konvencije na druge slične situacije koje nisu izričito rešene u njoj, zaključuje se da član 13 Konvencije analogno obuhvata i elektronska sredstva komunikacije koja se danas uobičajeno koriste u poslovnoj praksi međunarodne trgovine robom (kao što su elektronska pošta, elektronska razmena podataka, drugi vidovi elektronske komunikacije koji se odvijaju preko interneta i sl.). U skladu sa navedenim, član 13 Konvencije se putem analogije tumači tako da pojam „pismo“ obuhvata i elektronsku formu dokumenta koji su nastali upotrebom elektronskih sredstava komunikacije. Ovakav stav jeste široko zastupljen u teoriji.³³

Za kraj, da li član 13 Konvencije treba ekstenzivno tumačiti i/ili tumačiti putem analogije kako bi obuhvatio i elektronska sredstva komunikacije je možda više i teorijski problem, pogotovo iz razloga što je (iako retka) sudska i arbitražna praksa ovo pitanje rešavala prilično jednostavno, bez nekog preteranog upuštanja u dostupne mehanizme tumačenja Konvencije, gde je prosto prihvaćeno da „pismo“ iz člana 13 Konvencije obuhvata i elektronsku formu dokumenta nastalu upotrebom elektronskih sredstava komunikacije kao izraz uobičajene poslovne prakse u međunarodnoj trgovini robom.³⁴

the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law (ed. John Felemegas), Cambridge University Press 2006, 25–26; J. Honnold, *op. cit.* fn. 17, 146; Pilar Perales Viscasillas, „Article 7“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018², 136.

- 33 P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 209; M. Schmidt Kessel (2016b), *op. cit.*, 209; J. Honnold, *op. cit.*, 146; F. Ferrari, *op. cit.*, 298; S. Eiselen (1999), *op. cit.*, 36; CISG AC Opinion No. 1, 13.1, ali uz uslov da elektronska forma dokumenta ispunjava iste funkcije pismene forme koje ispunjava i hartija, o čemu će biti reči u sledećem delu rada.
- 34 P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 209; Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, „Article 7“, *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer),

3.2. Elektronska forma kao funkcionalni ekvivalent pismenoj formi na hartiji

Iako je u teoriji, kao i u sudskoj i arbitražnoj praksi, opšte prihvaćen stav da član 13 Konvencije obuhvata i elektronska sredstva komunikacije, potrebno je ispitati na koji način je elektronska forma dokumenta ekvivalentna pismenoj formi na hartiji u okviru Konvencije. Elektronska forma se može smatrati da je funkcionalni ekvivalent pismenoj formi na hartiji, samo ukoliko su elektronske komunikacije u stanju da ispune iste funkcije koje poseduje i hartija.³⁵ Koje su glavne funkcije koje poseduje pismena forma dokumenta koji je utisnut na hartiji, a koje je neophodno da poseduje i elektronska forma dokumenta? U skladu sa Mišljenjem br. 1 Savetodavnog veća za primenu Konvencije, glavne funkcije pismene forme su mogućnost da se poruka sačuva tako da se njoj može pristupiti u budućnosti, i mogućnost da se poruka razume tako što je njen primalac može videti i pročitati.³⁶ Šmit-Kesel smatra da je cilj člana 13 Konvencije da obezbedi da

Oxford University Press, Oxford 2016⁴, 133. U tom smislu, vid. sledeće sudske odluke: Odluku Vrhovnog suda u Egiptu, od dana 11. aprila 2006. godine, u kojoj egipatski sud jednostavno navodi da je definicija pojma „pismo“ u članu 13 Konvencije dovoljno fleksibilna da obuhvati i telefaks, elektronsku poštu i druga elektronska sredstva komunikacije; Odluku Vrhovnog suda u Češkoj, od dana 17. decembra 2013. godine, u kojoj Vrhovni sud u Češkoj nije prihvatio odluku češkog apelacionog suda na osnovu koje razmena imejlava ne može da konstituiše pismenu formu ugovora o međunarodnoj prodaji robe, odnosno navodi da pošto član 13 Konvencije ne sadrži iscrpljujuću listu sredstava komunikacije, „pismo“ obuhvata i formu dokumenata nastalih upotrebom elektronske pošte i telefaksa; Odluku Okružnog suda u Rigi, Letonija, od dana 10. oktobra 2016. Godine– *UAB „Sargaso Grupe“ v. SIA „Euro Trading Company“*, u kojoj sud jednostavno navodi da, s obzirom da je Konvencija usvojena 1980. godine, ne može se smatrati da su telegram i teleks jedina valjana sredstva komunikacije čija upotreba ispunjava uslov „pismenog“ iz Konvencije, odnosno da pošto ugovorne strane nisu isključile mogućnost korišćenja elektronskih sredstava komunikacije, one su obuhvaćene članom 13 Konvencije uz pozivanje na Mišljenje br. 1 Savetodavnog veća za primenu Konvencije; Odluku Okružnog suda u Rigi, Letonija, od dana 26. februara 2018. godine– *Butterfly Solution s.r.o. v. SIA GSMDM Solutions*, u kojoj sud se jednostavno poziva na Mišljenje br. 1 Savetodavnog veća za primenu Konvencije i navodi da je upotreba elektronskih sredstava komunikacije prihvatljiv način komunikacije koji dovodi do pojma „pismo“ u skladu sa članom 13 Konvencije.

35 CISG AC Opinion No. 1, 13.1.

36 *Ibid.*

pojam „pismo“ ispunjava sledeće tri funkcije: a) podaci sadržani u dokumentu se mogu umnožavati u opipljivoj formi (npr. putem štampanja); b) podaci sadržani u dokumentu su čitljivi i primalac ih može razumeti; i c) podaci sadržani u dokumentu se mogu koristiti za svrhe dokazivanja (ukoliko je to neophodno).³⁷ Načelo funkcionalne ekvivalentnosti u smislu propisivanja funkcija pismene forme koje treba da ispuni i forma dokumenta nastala upotrebom elektronskih sredstava komunikacije može se naći i u drugim izvorima uniformnog međunarodnog trgovinskog prava – UNIDROIT Načelima međunarodnih trgovinskih ugovora iz 2016. godine³⁸ i Načelima evropskog ugovornog prava,³⁹ kao i međunarodnim izvorima u oblasti elektronske trgovine,⁴⁰ odnosno elektronskog ugovaranja.⁴¹

Konvencija, za razliku od UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora iz 2016. godine i Načela evropskog ugovornog prava, ne sadrži definiciju pojma „pismo“, odnosno ne određuje funkcije pismene forme koje elektronska forma dokumenta mora da ispuni kako bi se smatrala pismenom formom. Međutim, time što Konvencija u članu 13 samo navodi da pojam „pismo“ obuhvata i telegram i teleks, Konvencija unapred izjednačava telegram i teleks sa tradicionalnom pismenom formom dokumenta utisnutom na hartiji. Pošto su prema Konvenciji telegram i teleks funkcionalno ekvivalentni hartiji, Konvencija posredno sadrži definiciju pojma „pismo“, stoga je samo potrebno bliže ispitati u kojim funkcijama su telegram i teleks ekvivalentni hartiji a kako bismo došli do odgovora koje funkcije svaka forma dokumenta, pa i ona forma koja je nastala upotrebom elektronskih

37 M. Schmidt-Kessel (2016b), *op. cit.*, 221.

38 Vid. UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora (2016) – International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), Rome 2016 (u daljem tekstu: „UNIDROIT (2016)“), čl. 1.11.

39 Vid. Ole Lando, Hugh Beale (ed.), *Principles of European Contract Law – Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague, Boston, London 2000, čl. 1 301(6).

40 Vid. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Model Law on Electronic Commerce, with Guide to Enactment 1996: with Additional Article 5 Bis as Adopted in 1998, United Nations New York 1999 (u daljem tekstu: „Model-zakon o elektronskoj trgovini“), čl. 6, st. 1.

41 Vid. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, United Nations, New York 2007 (u daljem tekstu: „Konvencija o elektronskim komunikacijama“), čl. 9, st. 2.

sredstava komunikacije mora da ispuni kako bi se smatrala pismenom formom za svrhe Konvencije. Naime, telegram i teleks jesu vid komunikacije na daljinu, u kome proces prenosa poruke obuhvata segment koji nije u pismenoj formi.⁴² Međutim, u finalnom segmentu prijema, sadržaj poruke je utisnut na hartiji (*hard-copy*) ili postoji mogućnost da se primljena poruka odštampa, čime dolazimo do toga da je poruka prenesena upotrebom telegrama i teleksa uvek podobna za kasniju upotrebu od strane njenog primaoca, gde je pri tome njen sadržaj u obliku teksta koji primalac može da vidi, pročita i razume.⁴³

Imajući u vidu način na koji telegram i teleks funkcionišu, možemo doći do istog zaključka koji je izveden u Mišljenju br. 1 Savetodavnog veća za primenu Konvencije, a to je da se forma nastala upotrebom elektronskih sredstava komunikacije može smatrati pismenom formom za svrhe Konvencije, ukoliko ispunjava sledeće funkcije:

- 1) sredstvo komunikacije putem kojeg poruka nastaje i/ili se prenosi omogućava da se poruka sačuva, odnosno da se obezbedi trajan zapis informacija sadržan u toj poruci, tako da primalac ili bilo koje drugo lice može da joj pristupi i da je upotrebi u bilo kojem trenutku u budućnosti; i
- 2) poruka je primljena u tekstualnom obliku koji primalac može da vidi, pročita i razume.

U vezi sa prvom funkcijom pismene forme, akcenat je na mogućnosti da se poruka sačuva tako da joj se može pristupiti za buduću upotrebu. Štampanje elektronske poruke, odnosno postojanje mogućnosti da se elektronska poruka odštampa jeste samo jedan od načina na koji se ispunjava navedena funkcija pismene forme, ali nije nužno da takva mogućnost postoji. Alternativa mogućnosti štampanja, odnosno umnožavanja u opipljivoj formi, jeste mogućnost da se poruka sačuva kao elektronski fajl u sistemima pošiljaoca i primaoca, što takođe omogućava kasniji pristup elektronskoj poruci i njenu dalju upotrebu. Ovakav liberalniji stav zauzima i Savetodavno veće za primenu Konvencije u Mišljenju br. 1, i čini se da se izvodi iz opšteg načela neformalnosti ugovora iz člana 11 Konvencije, a zasniva se na sličnom i

42 M. Schmidt-Kessel (2016b), *op. cit.*, 209.

43 Fernando Gava Verzoni, „Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *Nordic Journal of Commercial Law* 2006, 31.

podjednako liberalnom rešenju iz UNCITRAL Model-zakona o elektronskoj trgovini (1996).⁴⁴

Postoje i argumenti koji idu u prilog stanovištu Šmit-Kesela, a koji se odnose na neophodnost postojanja mogućnosti umnožavanja elektronske poruke u opipljivoj formi (primarno kroz štampanje).⁴⁵ Kod telegrama i teleksa, kao referentne tačke za određivanje funkcija pismene forme u skladu sa članom 13 Konvencije, primalac poruku dobija u opipljivoj formi, odnosno kod teleksa postoji mogućnost da se poruka pretvori u opipljivu formu putem štampanja. Dodatno, može se iskoristiti argument pravne sigurnosti, koja naizgled više postoji ukoliko postoji mogućnost da se elektronska poruka pretvori u opipljivu formu, no što je slučaj sa čuvanjem u elektronskom obliku u uređajima pošiljaoca i primaoca.

U svakom slučaju, načelo funkcionalne ekvivalentnosti koje se ogleda kroz definisanje funkcija pismene forme u odnosu na elektronske komunikacije nije opšte načelo na kojem Konvencija počiva, niti se ono može izvući iz člana 13 Konvencije.⁴⁶ Pre svega, to je iz razloga što se načelo funkcionalne ekvivalentnosti javlja u instrumentima koji su nastali posle Konvencije, kada su elektronske komunikacije počele masovnije da se koriste tokom devedesetih godina prošlog veka i kada je postalo neophodno da pravo odgovori na izazove koje su postavljale elektronske komunikacije u vezi sa pismenom formom.⁴⁷ Stoga, i stanovišta u teoriji u vezi sa funkcijama pismene forme ne proizlaze iz same Konvencije, već iz nacionalnih pravnih sistema ili iz drugih izvora kao što su UNCITRAL Model-zakon o elektronskoj trgovini (1996) ili UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora.

Uzevši u obzir sve navedeno, tas na vagi naginje ka liberalnijem stavu koje zauzima Savetodavno veće za primenu Konvencije u

44 U skladu sa čl. 6 st. 1 Model-zakona o elektronskoj trgovini, elektronska forma se smatra ekvivalentnom pismenoj formi ukoliko se informacijama u elektronskom obliku može pristupiti tako da one mogu da se koriste i u budućnosti („*accessible so as to be usable for subsequent reference*“).

45 U vezi sa tim, treba voditi računa da je stav Šmit-Kesela o neophodnosti postojanja mogućnosti umnožavanja u opipljivoj formi potencijalno preuzet iz rešenja iz UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora. U tom smislu, vid. UNIDROIT (2016), član 1.11.

46 U. Schroeter, *op. cit.*, 270.

47 *Ibid.*

Mišljenju br. 1, pre svega zbog autoriteta koje Savetodavno veće ima na sudsku i arbitražnu praksu na ovu temu. Dodatno, definisanje funkcija pismene forme treba da bude u skladu sa načelom neformalnosti ugovora na kojem počiva Konvencija, stoga bi se formalizam neophodnosti postojanja mogućnosti umnožavanja u opipljivoj formi a radi izgled veće pravne sigurnosti, kosio sa načelom neformalnosti i potrebama brzine, efikasnosti i labavijih pravnih okvira u kojima se odvija međunarodna trgovina.

Kako su uočene funkcije pismene forme iz člana 13 Konvencije, sada je potrebno ispitati da li i određeni oblici elektronskih sredstava komunikacije dovode do forme dokumenta koji ispunjava navedene funkcije pismene forme. U tom smislu, biće analizirana elektronska sredstva komunikacije koje se danas masovno koriste u poslovnoj praksi međunarodne trgovine robom, a to su, elektronska pošta, elektronska razmena podataka i drugi vidovi komunikacije koji se odvijaju putem interneta.

3.2.1. Elektronska pošta

Elektronska pošta predstavlja moderno sredstvo komunikacije koje je danas najzastupljenije u poslovnoj praksi, pa i u poslovnoj praksi međunarodne trgovine robom. Imejlovi (*e-mails*), kao poruke u elektronskom obliku koje nastaju i prenose se upotrebom elektronske pošte, obuhvaćene su pojmom „pismo“ iz člana 13 Konvencije.⁴⁸ Naime, imejl poruke se automatski čuvaju u sistemima kako pošiljaoca, tako i primaoca. Na taj način se obezbeđuje trajan zapis informacija sadržan u elektronskoj poruci kojoj se u svakom trenutku može pristupiti i koja je podobna za dalju upotrebu.⁴⁹ Dodatno, postoji mogućnost da se elektronska poruka odštampa i da se na taj način prenese na hartiju.⁵⁰ Pri tome, nije neophodno da primalac stvarno odštampa elektronsku poruku, već je dovoljno da takva mogućnost postoji.⁵¹ Sadržaj elektronske poruke je u obliku teksta koje primalac može da vidi,

48 U. Schroeter, *op. cit.*, 272; P. Butler, *op. cit.*, 8–9; J. Hill, *op. cit.*, 22.

49 *Ibid.*

50 Maja Stanivuković, „Zaključivanje ugovora o međunarodnoj prodaji robe putem elektronskih sredstava komunikacije“, *Pravni život* 11/2004, 346; U. Schroeter, *op. cit.*, 272; P. Butler, *op. cit.*, 8–9; J. Hill, *op. cit.*, 22.

51 U. Schroeter, *op. cit.*, 272.

pročita i razume.⁵² Na osnovu navedenog, nesporno je da upotreba elektronske pošte ispunjava obe funkcije pismene forme.

3.2.2. Elektronska razmena podataka

Elektronska razmena podataka (*Electronic data interchange* – *EDI*) predstavlja razmenu elektronskih formatizovanih podataka korišćenjem računara.⁵³ Kod korišćenja elektronske razmene podataka, na obe strane se nalaze računari, koji su programirani tako da automatski odgovaraju na poruke, bez potrebe učešća čoveka.⁵⁴ Za razliku od komunikacije putem elektronske pošte, čija sadržina i obim su prepušteni slobodnoj volji pošiljaoca, elektronska razmena podataka podrazumeva direktnu komunikaciju između računara, u kojoj su sadržina i raspored poruke unapred standardizovani, gde je razmena poruka trenutna, dok sama poruka liči na šifrovanu poruku koja je razumljiva računarima, ali ne i za ljudski um.⁵⁵ Pošto se kod elektronske razmene podataka koristi standardizovan format poruka, potrebno je da postoji prethodni dogovor između poslovnih partnera, odnosno pošiljaoca i primaoca radi korišćenja istog standardizovanog formata u okviru *EDI* sistema.⁵⁶ Sistem elektronske razmene podataka se najčešće koristi kao način razmene elektronskih poruka između poslovnih partnera koji učestalo sarađuju, gde njihovi računari automatski kreiraju naloge za porudžbine i fakture za plaćanje u velikom obimu, a gde se celokupan proces odvija elektronskim putem, što smanjuje troškove upotrebe hartije, a automatizacija dovodi i do smanjenja troškova radne snage i povećanja brzine i efikasnosti odvijanja transakcija.⁵⁷ Kao što vidimo, ponuda i prihvatanje ponude se upućuju, odnosno ugovori se zaključuju elektronskim putem, i u potpunosti automatizovano, bez učešća čoveka.⁵⁸

52 U. Schroeter, *op. cit.*, 272; P. Butler, *op. cit.*, 8–9.

53 Jelena Vilus, „Elektronsko ugovorno pravo“, *Pravo i privreda* 11–12/1995, 3.

54 M. Stanivuković, *op. cit.*, 347.

55 *Ibid.*

56 U. Schroeter, *op. cit.*, 272.

57 J. Hill, *op. cit.*, 8; Amelia Rawls, „Contract Formation in an Internet Age“, *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 200/2009, 218.

58 J. Hill, *op. cit.*, 8; A. Rawls, *op. cit.* fn. 57, 218; Larry A. DiMatteo, *Law of International Contracting*, Kluwer Law International, Alphen van den Rijn 2009², 426.

Elektronska razmena podataka se uspostavlja na osnovu prethodnog dogovora između poslovnih partnera, odnosno na osnovu tzv. *EDI* sporazuma. Mnogi *EDI* sporazumi sadrže odredbe na osnovu kojih se ugovorne strane unapred slažu da elektronska poruka poslata upotrebom elektronske razmene podataka se smatra da je data u pismenoj formi.⁵⁹ Dodatno, svaka strana kod *EDI* transakcije je dužna da hronološki vodi registar poslatih i primljenih *EDI* poruka.⁶⁰ U tom smislu, sistem elektronske razmene podataka poseduje tzv. *store and forward* funkciju koja prikuplja i skladišti poruke u sistemima pošiljaoca i primaoca, te na taj način i elektronska razmena podataka omogućava da se obezbedi trajan zapis informacija sadržanih u elektronskoj poruci kojoj obe strane mogu pristupiti, i koju mogu upotrebljavati u budućnosti, odnosno na taj način elektronska razmena podataka ispunjava prvu funkciju pismene forme.⁶¹

Međutim, elektronske poruke koje nastaju, i koje se prenose putem elektronske razmene podataka se skladište u formatu u kojem su poslate, odnosno u kojem su primljene.⁶² Kao što je navedeno, sadržaj elektronskih poruka nije u obliku koji je čitljiv i razumljiv za čoveka. Međutim, mnogi *EDI* sporazumi predviđaju obavezu stranaka da omoguće da elektronski i računarski zapisi budu lako dostupni, da su u stanju da budu umnožavani u ljudski čitljivoj formi i da postoji mogućnost njihovog štampanja, po potrebi.⁶³ Ukoliko strane uspostave i koriste sistem elektronske razmene podataka koji omogućava i čuvanje i/ili umnožavanje elektronskih poruka u formatu koji je čitljiv i razumljiv za čoveka, elektronska razmena podataka ispunjava i drugu funkciju pismene forme.

3.2.3. Internet

Internet, kao globalna mreža umreženih računarskih sistema, predstavlja tlo na kome se odvija elektronska komunikacija između pošiljaoca i primaoca, pod uslovom da su njihovi uređaji priključeni na internet.⁶⁴ Pored elektronske pošte, postoje i drugi vidovi elektronskih

59 J. Vilus, *op. cit.*, 9.

60 *Ibid.*, 10.

61 J. Hill, *op. cit.*, 21; P. Butler, *op. cit. fn.* 16, 8–9.

62 J. Vilus, *op. cit.*, 11.

63 *Ibid.*

64 U. Schroeter, *op. cit.*, 272.

komunikacija koje koriste internet kao mesto preko koga se prenose podaci u vidu elektronskih poruka, kao što su npr. *Viber*, *WhatsApp*, *Messenger*, *Telegram*, *Skype* i dr.⁶⁵ Navedena elektronska sredstva komunikacije omogućavaju da se elektronske poruke sačuvaju u sistemima pošiljaoca i primaoca, tako da im se može pristupiti u bilo kojem trenutku u budućnosti. Dodatno, nesporno je da se one prenose u formatu koji primalac može da vidi, pročita i razume. Stoga, jasno je i da navedena elektronska sredstva komunikacije ispunjavaju obe funkcije pismene forme, odnosno da su njihove elektronske poruke obuhvaćene pojmom „pismo“ u skladu sa članom 13 Konvencije. Ista pravila važe i za sva druga elektronska sredstva komunikacije koja koriste internet za prenos elektronskih poruka, a koja nisu nabrojana kao primeri u tekstu iznad. Sve dok su ispunjene obe funkcije pismene forme, i ta elektronska sredstva komunikacije su obuhvaćena pojmom „pismo“ iz člana 13 Konvencije.

Elektronsko ugovaranje se može vršiti i putem interneta, odnosno putem veb stranica koje se nalaze na svetskoj mreži (*World Wide Web*) gde u velikom broju slučajeva dolazi do zaključenja elektronskih ugovora klikom miša (tzv. *click wrap agreements*) ili putem pregleda veb stranice (tzv. *browse wrap agreements*).⁶⁶ U oba slučaja, prodavac na svojoj veb stranici objavljuje listu proizvoda sa njihovim cenama, a kupac stavlja proizvod u virtuelnu korpu i može da nastavi sa kupovinom proizvoda samo ukoliko prihvati uslove i odredbe ugovora klikom miša na posebnom prozoru u okviru iste veb stranice ili direktno na veb stranici u kojima su sadržani uslovi i odredbe ugovora (npr. „prihvatam“ „u redu“ ili neka slična formulacija) ili pregledom druge veb stranice na kojoj se nalaze odredbe ugovora čiji link je učinjen dostupan kupcu na primarnoj veb stranici na kojoj se odvija elektronska kupoprodaja.⁶⁷ Obe vrste ugovora predstavljaju elektronske oblike adhezionih ugovora, odnosno ugovora po pristupu u kojima se kupac slaže sa unapred propisanim i standardizovanim uslovima i odred-

65 *Ibid.*

66 Tin Matić, „Formularni ugovori u elektroničnom obliku (Sklapanje ugovora klikom miša – elektroničnim očitavanjem volje putem Interneta na web stranici – *click wrap* i *browse wrap* ugovori)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2008, 780.

67 *Ibid.*, 789–795; Faye Fangfei Wang, *Law of Electronic Commercial Transactions Contemporary Issues in the EU, US and China*, Routledge, London/New York 2014², 36.

bama ugovora.⁶⁸ Kako bi došlo do primene Konvencije i na elektronske ugovore koji se zaključuju preko interneta, mora da se radi o tzv. B2B („*business to business*“) elektronskoj trgovini jer su potrošački ugovori u suštini isključeni iz opsega primene Konvencije. I kod „*click wrap*“ i „*browse wrap*“ elektronskih ugovora postoji mogućnost da ugovorne strane odštampaju sadržaj elektronskog ugovora ili sačuvaju njegovu kopiju u njihovim računarima ili drugim uređajima.⁶⁹ Na taj način se obezbeđuje trajan zapis informacija koje su sadržane u ovakvom tipu elektronskog ugovora a kojima se može pristupiti u bilo kom trenutku u budućnosti, stoga je ispunjena prva funkcija pismene forme. Podaci sadržani u elektronskom dokumentu su u obliku teksta koje obe ugovorne strane mogu da vide, pročitaju i razumeju, stoga je tako ispunjena i druga funkcija pismene forme. Zbog toga, i ovi tipovi elektronskih ugovora sklopljenih putem interneta su obuhvaćeni pojmom „pismo“ iz člana 13 Konvencije.⁷⁰

3.3. Uticaj učinjenih rezervi iz člana 96 Konvencije na domašaj primene člana 13

Imajući u vidu iznete zaključke, pojam „pismo“ iz člana 13 Konvencije obuhvata i elektronsku formu nastalu upotrebom elektronskih sredstava komunikacije, osim ukoliko ugovorne strane nisu predvidele drugačije (npr. predvidele su tačno određenu pismenu formu koja isključuje mogućnost korišćenja elektronskih komunikacija).⁷¹ To znači da se, načelno, pismo obaveštenje kod prihvata ponude sa zadocnjenjem (član 21, stav 1 Konvencije) može punovažno poslati i u elektronskoj formi, odnosno da se ugovor može punovažno izmeniti ili sporazumno raskinuti elektronskim putem u slučaju kada se predviđa obaveznost pismenih izmena ili sporazumnog raskida ugovora (član 29, stav 2 Konvencije). U skladu sa načelom neformalnosti ugovora iz člana 11 Konvencije, ugovor se može punovažno zaključiti i u elektronskoj formi. Međutim, ukoliko su ugovorne strane predvidele obaveznost zaključenja ugovora u pismoj formi bez da su dodatno precizirale šta za njih predstavlja pismena forma, i elektronska

68 T. Matić, *op. cit.*, 784–785; F. Fangfei Wang, *op. cit.*, 36; J. Hill, *op. cit.*, 10.

69 J. Hill, *op. cit.*, 22; P. Butler, *op. cit.*, 8–9.

70 *Ibid.*

71 CISG AC Opinion No. 1, 13.2.

sredstva komunikacije dovode do pismene forme, u skladu sa članom 13 Konvencije. Jedino pitanje koje ostaje otvoreno jeste pitanje domašaja člana 13 Konvencije u slučaju primene prava države članice Konvencije koja je izjavila rezervu u skladu sa članom 96, a u vezi sa članom 12 Konvencije. Naime, osnovna dilema se sastoji u sledećem. Ukoliko se kao merodavno pravo primenjuje pravo države članice Konvencije koja je izjavila rezervu iz člana 96 Konvencije, da li se član 13 Konvencije neograničeno primenjuje i u tom slučaju, tako da će telegram, teleks i elektronska sredstva komunikacije u svakom slučaju zadovoljiti zahtev pismene forme ugovora predviđen nacionalnim zakonodavstvom države koja je izjavila rezervu.⁷² Ili, u ovom slučaju član 13 Konvencije ima ograničeno polje primene, i odnosi se samo na članove 21 stav 1 i 29 stav 2 Konvencije, dok se pitanje da li elektronske komunikacije zadovoljavaju uslov pismene forme ugovora rešava u skladu sa odredbama merodavnog prava države članice Konvencije koja je izjavila rezervu.⁷³

Mišljenja u teoriji su podeljena, i ne postoji objavljena sudska ili arbitražna praksa na ovu temu.⁷⁴ Ipak, većinski stav teorije smatra da se član 13 Konvencije primenjuje bez ograničenja u slučaju da je merodavno pravo države članice Konvencije koja je izjavila rezervu iz člana 96.⁷⁵ Glavni argumenti koji potkrepljuju stav proširenog polja primene člana 13 Konvencije su sledeći. Prvo, potrebno je ponovo osvrnuti se na istoriju nastanka člana 13 Konvencije. Član 13 Konvencije je uključen na predlog Savezne Republike Nemačke sa ciljem da telegram i teleks u svakom slučaju zadovoljavaju uslov pismene forme i u slučaju primene domaćeg prava države članice Konvencije koja je izjavila rezervu iz člana 96, bez da se član 13 Konvencije ograničava samo na članove 21 stav 1 i 29 stav 2 Konvencije.⁷⁶ Svrha člana 13 Konvencije je bila da postigne uniformnost u vezi sa zahtevima forme, tako da ugo-

72 F. Ferrari, *op. cit.*, 299.

73 *Ibid.*

74 *Ibid.*; M. Schmidt-Kessel (2016b), *op. cit.*, 219; Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sales of Goods*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2009, 64.

75 Christina Fountoulakis, Ingeborg Schwenzer, Mariel Dimsey, *International Sales Law*, Routledge-Cavendish 2007, 118; P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 203; M. Schmidt-Kessel (2016b), *op. cit.*, 209; P. Huber, A. Mullis, *op. cit.* fn. 9, 39; Za suprotan stav, vid. S. Eiselen (1999), *op. cit.*, 36; Camilla Baasch Andersen, Francesco G. Mazzotta, Bruno Zeller, *A Practitioner's Guide to the CISG*, Juris Publishing 2010¹, 135–136.

76 P. Schlechtriem, *op. cit.*, 46.

vorne strane ne moraju da se prilagođavaju zahtevima pismene forme merodavnog prava koji može da propisuje strože uslove pismene forme u odnosu na Konvenciju.⁷⁷ Drugo, član 13 Konvencije se primenjuje na sve odredbe Konvencije koje upućuju na „pismeno“, stoga se pojam „pismeno“ iz članova 12 i 96 Konvencije određuje autonomno u okviru Konvencije, odnosno u skladu sa članom 13 Konvencije.⁷⁸ Mehanizam rezervi iz članova 12 i 96 Konvencije omogućava državama članicama Konvencije da zahtevaju obaveznost pismene forme ugovora i time odstupe od načela neformalnosti ugovora, ali je član 13 Konvencije taj koji određuje značenje pojma „pismeno“.⁷⁹

Trećina od država koje su izjavile rezervu iz člana 96 Konvencije su ratifikovale Konvenciju Ujedinjenih nacija o upotrebi elektronskih sredstava komunikacije u međunarodnim ugovorima (2005) ili bazirale svoje nacionalno zakonodavstvo po osnovu odredaba UNCITRAL Model-zakona o elektronskoj trgovini (1996).⁸⁰ Čak i da prihvatimo stav da član 13 Konvencije ima ograničeno polje primene i da se pismena forma ugovora određuje na osnovu odredaba prava države koja je izjavila rezervu iz člana 96 Konvencije, u tri od devet slučajeva sigurno neće postojati prepreke da elektronska sredstva komunikacije zadovolje uslov pismene forme, u skladu sa načinom na koji se pojam „pismeno“ definiše u gore navedenoj konvenciji i model-zakonu.⁸¹

77 *Ibid.*

78 C. Fountoulakis, I. Schwenzer, M. Dimsey, *op. cit.*, 118; P. Perales Viscasillas (2018b), *op. cit.*, 203; M. Schmidt-Kessel (2016b), *op. cit.*, 218.

79 P. Huber, A. Mullis, *op. cit.*, 39; M. Schmidt-Kessel (2016b), *op. cit.*, 218.

80 Države koje su izjavile rezervu iz člana 96 Konvencije su: Argentina, Belorusija, Vijetnam, Paragvaj, Rusija, Severna Koreja, Ukrajina i Čile, vid.: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10. Od država koje su izjavile rezervu, Paragvaj i Rusija su ratifikovale Konvenciju o elektronskim komunikacijama, vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-18&chapter=10&lang=en. Dok je Vijetnam je bazirao svoje nacionalno zakonodavstvo elektronske trgovine po osnovu Model-zakona o elektronskoj trgovini, vid. https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status, 20. oktobar 2020.

81 Ukoliko dođe do primene prava Paragvaja ili Rusije kao merodavnog prava na ugovor o međunarodnoj prodaji robe, pitanje da li elektronska forma ugovora zadovoljava uslov pismene forme se rešava u skladu sa članom 9 stav 2 Konvencije o elektronskim komunikacijama. U skladu sa čl. 9 st. 2 ove Konvencije, elektronska forma ugovora uvek ispunjava uslov pisane forme ugovora ukoliko informacijama u elektronskom obliku se može pristupiti tako da one mogu da se koriste i u budućnosti („accessible so as to be usable for subsequent reference“).

4. ZAKLJUČAK

Načelo neformalnosti ugovora iz člana 11 Konvencije omogućava punovažno zaključenje ugovora u elektronskom obliku. Ovo rešenje je u skladu sa tendencijama razvoja međunarodne elektronske trgovine i elektronskog ugovaranja, s obzirom da UNCITRAL-ovi izvori uniformnog prava elektronske trgovine, koji su nastali posle Konvencije, takođe proklamuju punovažnost elektronskih ugovora, gde se elektronskom ugovoru ne može uskratiti dejstvo samo zato što je zaključen u elektronskoj formi.⁸²

Odnos između elektronske i pismene forme nije na najbolji način rešen Konvencijom, s obzirom da se „pismeno“ iz člana 13 Konvencije vezuje za tačno određena sredstva komunikacije, koja se danas praktično više i ne koriste. Oslanjajući se na tumačenje putem analogije, kao primarni mehanizam popunjavanja pravnih praznina u Konvenciji, dolazi se do zaključka da se član 13 Konvencije analogno primenjuje i na druga elektronska sredstva komunikacije, što je potvrđeno i u dostupnoj sudskoj i arbitražnoj praksi. Primenivši načelo funkcionalne ekvivalentnosti, kao načelo koje se prožima u svim izvorima uniformnog prava međunarodne (elektronske) trgovine, uočavamo funkcije pismene forme koje su posredno propisane članom 13 Konvencije. U odnosu na uočene funkcije pismene forme, testiraju se funkcije onih elektronskih sredstava komunikacije koje se danas uobičajeno koriste u poslovnoj praksi međunarodne trgovine. Rezultati testiranja ukazuju na isti zaključak koji je izveden tumačenjem člana 13 putem analogije – elektronska forma ugovora nastala upotrebom savremenih elektronskih sredstava komunikacije dovodi do pismene forme za svrhe Konvencije. Na taj način, član 13 Konvencije, iako je formulisan na tehnološki zastareo način, ostaje praktično primenjiv u savremenom svetu.

Isto rešenje sadrži i Model-zakon o elektronskoj trgovini. Ovo rešenje je slično rešenju do koga smo došli tumačenjem člana 13 Konvencije u vezi sa funkcijama pismene forme koje elektronske komunikacije moraju da ispune, stoga pitanje da li elektronske komunikacije ispunjavaju uslove pismene forme neće predstavljati veliki problem, ukoliko dođe do primene merodavnog prava jedne od navedenih država.

82 Vid. čl. 11 Model-zakona o elektronskoj trgovini i čl. 8 st. 1 Konvencije o elektronskim komunikacijama.

Luka Radojević, LL.M.

ELECTRONIC FORM OF CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

This paper provides an analysis of provisions of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods governing the form of a contract, in the context of electronic communications which usage leads to creation of contracts in electronic form. We commence this contribution by determining whether the Convention allows conclusion of the contract in electronic form. Furthermore, it examines the term „writing“ in Article 13 of the Convention, in the light of electronic communications. By autonomous interpretation of Article 13 of the Convention, it is determined whether the use of contemporary electronic communications can constitute written form for the purposes of Convention. Moreover, the principle of functional equivalence, as the most significant principle in e-commerce law, is also briefly presented in this paper. On the basis of the principle of functional equivalence, the author identifies the functions of written form, deriving from Article 13 of the Convention, while testing whether specific electronic communications, which are commonly used in business practice, meet the identified functions of written form. Finally, this paper considers the effects of the reservations made under Article 96 of the Convention on the scope of application of Article 13 of the Convention, in the context of electronic communications.

Key words: *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. – Electronic communications. – Written form of a contract. – Electronic form of a contract. – Principle of functional equivalence.*

LITERATURA

- Baasch Andersen C., Mazzotta F. G., Zeller B., *A Practitioner's Guide to the CISG*, Juris Publishing, 2010¹;
- Butler P., „The CISG and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts“, *State of Play the 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference* (eds. Ingeborg Schwenzer, Lisa Spagnolo), *International Commerce and Arbitration vol. 11*, Eleven International Publishing 2012;
- DiMatteo L. A., *Law of International Contracting*, Kluwer Law International, Alphen van den Rijn 2009²;
- Dorđević M., „Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe u srpskom pravu i praksi – iskustva i perspektive“, *Analiti Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012;
- Dorđević M., „Rad Savetodavnog veća za primenu UN Konvencije o međunarodnoj prodaji robe od 1980. godine“, *Pravo i privreda* 9–12/2008;
- Eiselen S., „Integration of the UN Electronic Communications Convention and the CISG“ *Current Issues in the CISG and Arbitration* (eds. Ingeborg Schwenzer, Yesim Atamer & Petra Butler), *International Commerce and Arbitration vol. 15*, Eleven International Publishing 2014;
- Eiselen S., „Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1980“, *EDI Law Review: Legal Aspects of Paperless Communication* 6/1999;
- Estrella F. J. A., „Drafting and Negotiating History of the Electronic Communications Conventions“, *The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-Depth Guide and Sourcebook* (eds. A. H. Boss, W. Kilian), Kluwer Law International, 2008;
- Fangfei W. F., *Law of Electronic Commercial Transactions Contemporary Issues in the EU, US and China*, Routledge, London/New York 2014²;
- Felemegas J., „Introduction“, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (ed. John Felemegas), Cambridge University Press 2006;

- Ferrari F., „Brief Remarks on Electronic Contracting and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 2002;
- Fountoulakis C., Schwenzer I., Dimsey M., *International Sales Law*, Routledge-Cavendish, 2007;
- Gava V. F., „Electronic Commerce and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)“, *Nordic Journal of Commercial Law* 2006, 31;
- Hill J. E., „The Future of Electronic Contracts in International Sales: Gaps and Natural Remedies under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods“, *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 2/2003;
- Honnold J. O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Conventions*, (ed. Harry M. Flechtner), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009⁴;
- Huber P., Mullis A., *The CISG: A new textbook for students and practitioners*, Sellier European Law Publishers, Mainz – Norwich 2007;
- Kröll S., Mistelis L., Viscasillas P. P., „Introduction to the CISG“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018²;
- Matić T., „Formularni ugovori u elektroničnom obliku (Sklapanje ugovora klikom miša – elektroničnim očitavanjem volje putem Interneta na web stranici – click wrap i browse wrap ugovori)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 2008;
- Perales V. P., „Article 7“*UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018²;
- Perales V. P., „Article 11“, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kroll, Loukas Mistelis & Pilar Perales Viscasillas), C.H.Beck Hart Nomos, Munich-Oxford 2018²;
- Perales V. P., „Article 13“*UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (eds. Stefan Kröll, Loukas Mistelis,

- Pilar Perales Viscasillas), C. H. Beck Hart Nomos Publishers, Munich-Oxford 2018²;
- Perales V. P., „The Role of the UNIDROIT Principles and the PECL in the Interpretation and Gap-filling of the CISG“, *CISG Methodology* (eds. Andre Jannsen, Olaf Meyer), Sellier European Law Publishers 2009;
- Rawls A., „Contract Formation in an Internet Age“, *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 200/2009;
- Schlechtriem P., *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Vienna 1986;
- Schlechtriem P., Butler P., *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sales of Goods*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2009;
- Schmidt-Kessel M., „Article 11“, *Schlechtriem&SchwenzerCommentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016⁴;
- Schmidt-Kessel M., „Article 13“, *Schlechtriem&Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016⁴;
- Schroeter U. G., „Interpretation of „Writing“: Comparison Between Provisions of CISG (Article 13) and Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law“, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2002;
- Schwenzer I., Hachem P., „Article 7“, *Schlechtriem&SchwenzerCommmentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford University Press, Oxford 2016⁴;
- Stanivuković M., „Zaključivanje ugovora o međunarodnoj prodaji robe putem elektronskih sredstava komunikacije“, *Pravni život* 11/2004;
- Vilus J., „Elektronsko ugovorno pravo“, *Pravo i privreda* 11–12/1995.