

**ODGOVORNOST ZA ŠTETU PROUZROKOVANU ZLOUPOTREBOM  
ELEKTRONSKOG MEMORANDUMA\*\****Apstrakt*

*Jedan od načina na koji zainteresovane strane mogu zaključiti ugovor putem interneta podrazumeva tehniku razmene mejlova. U zavisnosti od toga da li se za zaključenje ugovora zahteva pismena forma ili ne, razlikuju se „obični“ i „kvalifikovanih“ email ugovora. Zaključenje ugovora razmenom mejlova može da uključuje i upotrebu elektronskih memoranduma. Takva tehnika zaključenja naročito je praćena rizicima neovlašćenog zaključenja usled kojih, čini se, treba pružiti pojačanu zaštitu drugoj savesnoj ugovornoj strani.*

*Pravilo je da prostor na (elektronskom) memorandumu popunjava privredni subjekt čiji su podaci sadržani u preostalom delu hartije. Međutim, postavlja se pitanje šta će se dogoditi u slučaju ako određenu izjavu volje u memorandum pohrani lice koje na to nema ovlašćenje? Stoga se centralno pitanje ovog rada ogleda u ispitivanju rizika zloupotrebe elektronskog memoranduma te pravne sudbine tako zaključenih ugovora. Dodatan razlog za analizu predmetnog pitanja predstavlja činjenica da u srpskom pozitivnom pravu ne postoje posebna pravna pravila koja regulišu pitanje punovažnosti ugovora zaključenih zloupotrebom elektronskog memoranduma, te pitanje eventualne odgovornosti za štetu koju u takvoj situaciji trpi druga ugovorna strana.*

---

\* Master pravnik, istraživač pripravnik, Institut za uporedno pravo, Beograd, Srbija. <https://orcid.org/0000-003-0707-9711>; e-mail: [m.momcilov@iup.rs](mailto:m.momcilov@iup.rs)

\*\* Rad predstavlja skraćenu, izmenjenu i unapređenu verziju Seminarskog rada pod nazivom „Prednosti i rizici elektronske trgovine uz poseban osvrt na zloupotrebu memoranduma i problem elektronskog zastupanja“, odbranjenog na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

**Ključne reči:** E-mail ugovor, Elektronski memorandum, Kvalifikovani elektronski potpis, Odgovornost za štetu, Punovažnost.

### 1. Opšti pogled

Tehnološki razvoj doneo je promene na planu odvijanja trgovine, te načina zaključenja ugovora.<sup>1</sup> Umesto da posluju na tradicionalan način, privredni subjekti sve češće koriste novonastale prednosti digitalizacije.<sup>2</sup> Jedan od načina zaključenja ugovora koji donosi tehnološki napredak podrazumeva zaključenje ugovora razmenom elektronske pošte (mejlova).<sup>3</sup>

Razmena mejlova kao tehnika zaključenja ugovora, pored brojnih prednosti, nosi sa sobom nove rizike nastanka štete, a usled čega se kao nužno postavlja i pitanje odgovornosti za njeno prouzrokovanje.<sup>4</sup> Uz to, ukoliko prilikom zaključenja ugovora privredni subjekti pribegnu i upotrebi elektronskih memoranduma, situacija se dodatno komplikuje. Stoga se u ovom radu posvećuje pažnja analizi ugovora zaključenih razmenom mejlova, sa posebnim osvrtom na rizik i zloupotrebe elektronskih memoranduma, te na pitanje odgovornosti za prouzrokovano štetu.

Tako je prvi deo rada posvećen pojmu ugovora zaključenih ramenom mejlova. Kako se bliža tehnika zaključenja email ugovora razlikuje u zavisnosti od forme u kojoj se konkretan ugovor mora zaključiti, u radu se prikazuje razlika između tzv. „običnih“ i *email* ugovora prilikom čijeg zaključenja se koriste kvalifikovani elektronski potpisi ugovornih strana („kvalifikovani“ *email* ugovori), uz poseban osvrt na podvrstu „kvalifikovanih“ *email* ugovora koji se zaključuju putem elektronskih memoranduma.

Autor nastoji da istakne potrebu posvećivanja pažnje pravnom režimu *email* ugovora koje ugovorne strane moraju potpisati kvalifikovanim

<sup>1</sup> Tradicionalan način odvijanja trgovine značio je sastajanje ugovornih strana radi pregledanja robe, pregovaranja, te zaključenja ugovora. Vid. H. R. Cheeseman, *Contemporary Business Law*, Third Edition, New Jersey 1999, 189.

<sup>2</sup> Ugovori koji se zaključuju upotrebom interneta predstavljaju vrstu distancionih ugovora, <https://www.hrlab.rs/hr-blog/novosti/otvaranje-online-prodavnice-i-prodaja-putem-interneta>, 3. 3. 2023; Prednosti distancionog zaključenja ugovora ogledaju se u uštedi putnih troškova sastajanja ugovornih strana radi zaključenja ugovora.

<sup>3</sup> Razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija imao je za posledicu razvoj elektronske trgovine. Vid. S. Lilić, D. Prlja, *Pravna informatika veština*, Beograd 2010, 96.

<sup>4</sup> Korišćenjem veštačke inteligencije „mogu biti ugrožena različita prava, poput prava na slobodu, prava na zaštitu podataka o ličnosti, prava na privatnost itd.“ S. Andonović. „Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu“, *Strani pravni život* 3/2020, 112.

elektronskim potpisom. Uz to, imajući u vidu da se takvi *email* ugovori često zaključuju na elektronskom memorandumu, analiza se stavlja u kontekst zloupotrebe elektronskog memoranduma prilikom zaključenja *email* ugovora. Tako se u drugom delu rada pažnja posvećuje pitanju prouzrokovanja, te odgovornosti za štetu prouzrokovanu zloupotrebom elektronskih memoranduma. Cilj ovog rada ogleda se u analizi pravila srpskog pozitivnog zakonodavstva merodavnih za pitanje odgovornosti za štetu nastalu usled zloupotrebe (elektronskog) memoranduma, imajući u vidu da u domaćoj teoriji i praksi ovo pitanje stvara određene dileme. Takođe, radi otklanjanja postojećih dilema i rizika pravne neizvesnosti, autor ima za cilj da ponudi i predloge za *de lege ferenda* unapređenje domaćeg pozitivnog zakonodavstva, a sve radi što efikasnijeg, bržeg i bezbednijeg odvijanja trgovine *pro futuro*.

## **2. Ugovori zaključeni razmenom elektronske pošte – *email* ugovori**

### **2.1. Načelne napomene**

Jedan od načina zaključenja ugovora putem interneta podrazumeva tehniku razmene mejlova.<sup>5</sup> Zaključenje ugovora razmenom mejlova podrazumeva postupak u kojem obe ugovorne strane „ručno“ pohranjuju svoje izjave volje na elektronski nosač.<sup>6</sup> To znači da ova tehnika zaključenja ugovora

<sup>5</sup> Razvojem tehnologije, izjave volje sve učestalije počinju da se pohranjuju na elektronski nosač. Tako elektronski nosač polako preuzima ulogu koju je do tada imao papir kao osnovni nosač izjava volje. Vid. M. Mićović, „Elektronska trgovina i zaštita potrošača“, *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*, knj. 5 (ur. S. Bejatović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac 2010, 301; Zaključenje ugovora u virtuelnom svetu ima za posledicu olakšano odvijanje trgovine. I. Kambovski, „Nova koncepcija usluga – elektronska trgovina vis-a-vis tradicionalne trgovine“, *Uslužno pravo* (ur. M. Mićović), IX majsko savetovanje, Beograd 2013, 149.

<sup>6</sup> Pored tehnikom razmene mejlova, ugovori putem interneta se mogu zaključiti i na internet stranici (*web* sajtu) ponudioca – prodavca. Postoji više mehanizama zaključenja ugovora na internet stranici prodavca (ponudioca). Tako se, na primer, ugovor može zaključiti tehnikom „*click on*“, odnosno „*click wrap*“. Tako zaključeni ugovori označavaju se kao „*click on*“ odnosno „*click wrap*“ ugovori. Radi se o ugovorima koji se zaključuju tako što kupac, pošto na internet stranici prodavca odabere željene artikle, prihvati ponudu klikom na dugme naznačeno izrazima „slazem se“ („*I agree*“) odnosno „prihvatam“ („*I accept*“). Za punovažno zaključenje ugovora bitno je jedino da je kupac, klikom na odgovarajuće dugme, izjavio da se slaže sa uslovima ugovora. Međutim, klik na odgovarajuće dugme ne znači nužno i da se kupac sa uslovima ugovora zaista i upoznao. Ukoliko se kupac saglasio sa ugovorom,

putem mejla ne podrazumeva slanje automatskih poruka, odnosno učešće računarskog programa koji bi u ime i za račun ugovornika izjavljivali volju u postupku zaključenja ugovora.<sup>7</sup>

Generalno gledano, za punovažnost trgovinskopravnih poslova dovoljno je da se saglasnost izjava volje postigne neformalno (princip neformalnosti u trgovinskom pravu).<sup>8</sup> U tom smislu, da bi neformalni ugovori mogli biti punovažno zaključeni putem mejla, nije neophodno da izjave volje budu potpisane kvalifikovanim elektronskim potpisom. Dovoljno je da izjava bude pohranjena na elektronski nosač, a potom i upućena drugoj ugovornoj strani (dovoljnost tekstualne forme).<sup>9</sup>

Iako je načelo neformalnosti jedno od osnovnih načela trgovinskog prava, ipak privredni subjekti insistiraju na potpisivanju izjava volje (ugovaraju pismenu odnosno elektronsku formu kao uslov punovažnosti ugovora u privredi). Na taj način sužava se domen primene načela neformalnosti, te se istovremeno proširuje krug situacija u kojima je neophodno da se ugovori zaključuju u pismenoj odnosno elektronskoj formi.

Tako, u slučaju kada se za punovažno zaključenje ugovora traži pismena forma, da bi takav ugovor mogao biti punovažno zaključen razmenom mejlova, izjave volje moraju biti potpisane kvalifikovanim elektronskim

---

ne upoznavši se prethodno sa uslovima njegovog zaključenja, činjenica propuštanja ne utiče na punovažnost zaključenog ugovora. Pored „click-on“ mehanizma, postoje i druge tehnike zaključenja ugovora na internet stranici ponudioca, poput „Shrink-wrap“ te „Browse-wrap“ mehanizma. Detaljnije vid. R. LeRoy Miller, F. B. Cross, *Business Law - Alternate Edition: Text and Summarized Cases 1*, South-Western Cengage Learning, Canada 2013, 213-214; The difference between a click wrap, a shrink wrap and a browse wrap (2023), <https://unfule-com.ngontinh24.com/article/the-difference-between-a-click-wrap-a-shrink-wrap-and-a-browse-wrap#:~:text=Difference%20between%20click-wrap%20and%20shrink-wrap%20agreement%20In%20a,he%2Fshe%20commits%20herself%20to%20buy%20goods%20or%20services,20.3.2023>.

<sup>7</sup> O ugovorima zaključenim razmenom e – pošte, kao i o drugim tehnikama zaključenja ugovora putem interneta, vid. K. Jovičić, „Pravna pitanja elektronskih ugovora, s osvrtnom na ugovor o prodaji robe“, *Internet i društvo*, (prir. D. Todorović, D. Petrović, D. Prlja), Institut za uporedno pravo, Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu, Srpsko sociološko društvo, Niš 2014, 357.

<sup>8</sup> Vid. Z. Antonijević, *Privredno pravo*, Savremena administracija Beograd 1978, 257; I. Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd 1999, 269.

<sup>9</sup> O razlikama između pismene, elektronske i tekstualne forme, vid. M. Radović, „Tekstualna forma („pismeno, na papiru ili drugom trajnom nosaču podataka“) u srpskom i uporednom pravu“, *Harmonius Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* 1/2016, 234-236.

potpisom (uslov elektronske forme).<sup>10</sup> Ovo iz razloga što pismenu formu u materijalnom svetu zamenjuje elektronska forma u virtuelnom svetu.

U slučaju kada se ugovori zaključuju u elektronskoj formi neminovno se može javiti situacija da određeno lice zloupotrebi kvalifikovani elektronski potpis jednog privrednog subjekta, te neovlašćeno zaključi ugovor sa drugim privrednim subjektom. Tada se postavlja pitanje ko snosi rizik zloupotrebe, te da li pojačanu zaštitu treba pružiti drugom savesnom ugovorniku, ili subjektu čiji je potpis zloupotrebljen? Kako vremenom elektronska forma postaje sve učestalija,<sup>11</sup> verovatnoća da se dogodi opisana zloupotreba je veća.

Ukoliko se uz sve to ugovor zaključuje razmenom elektronskih memoranduma, čini se da je naročito opravdano pružiti pojačanu zaštitu drugoj ugovornoj strani, a o čemu će detaljno biti reči kasnije. Stoga je centralni deo analize posvećen pitanju zloupotrebe kvalifikovanog elektronskog potpisa kod ugovora zaključenih putem elektronskog memoranduma. Ipak, radi što potpunije analize, u delu koji sledi kratko će biti prikazana razlika između situacije kada se za punovažno zaključenje *email* ugovora zahteva kvalifikovani elektronski potpis, te situacije kada to nije slučaj.

---

<sup>10</sup> Razvojem interneta postavilo se pitanje da li se ugovori za koje je bila predviđena pismena forma mogu punovažno zaključiti putem ovog medijuma. Kako bi se olakšalo odvijanje trgovine, uočila se potreba da se ugovorima zaključenim putem interneta prizna punovažnost. Tako je došlo do usvajanja novih pravnih pravila kojima je ustanovljena elektronska forma ugovora kao pravno izjednačena sa pismenom formom. Vid. S. Nikšić, „Pisani oblik ugovora i drugih pravnih poslova“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 1-2/2022, 308-309; Danas, uporednopravno posmatrano, moderni pravni sistemi priznaju punovažnost ugovorima zaključenim u elektronskoj formi, izjednačavajući ovu formu sa tradicionalnom pismenom formom. Direktiva Evropske unije o elektronskoj trgovini predviđa da države članice moraju obezbediti punovažnost ugovorima zaključenim elektronskom putem. Vid. čl. 9, st. 2, Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market - Directive on electronic commerce; Tako i srpski Zakon o elektronskoj trgovini predviđa da su ugovori zaključeni u elektronskoj formi punovažni, te da im se punovažnost ne može osporiti samo iz razloga jer su zaključeni u elektronskom obliku. Vid. čl. 9 Zakona o elektronskoj trgovini - ZET, *Sl. glasnik RS*, br. 41/2009, 95/2013, 52/2019.

<sup>11</sup> Privredni subjekti sve češće posluju te zaključuju ugovore posredstvom interneta. R. LeRoy Miller, F. B. Cross, 202; N. Šarenac, „Zaključivanje ugovora elektronskim putem“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu* 2/2011, 150; S. Ćuzović, B. Labović, „Elektronska trgovina u svetlu četvrte industrijske revolucije“, *Novi ekonomist* 25/2019, 122.

**2.2. „Obični“ i „kvalifikovani“ email ugovori**

U zavisnosti od toga da li se za zaključenje ugovora zahteva pismena forma ili, pak, to nije slučaj, može se napraviti razlika između „običnih“ i *email* ugovora koje ugovorne strane moraju potpisati kvalifikovanim elektronskim potpisima („kvalifikovani“ *email* ugovori).

„Obični“ *email* ugovori mogu se odrediti kao ugovori koji se punovažno mogu zaključiti samo u situaciji kada se za njihovu valjanost, po zakonu ili po volji ugovornih strana, ne zahteva pismena forma. Tehnika zaključenja „običnih“ *email* ugovora sastoji se u tome što svaka ugovorna strana svoju izjavu volje pohrani na nosač elektronskih poruka, te je prosledi drugoj ugovornoj strani. Konkretnije, zaključenje ugovora odvija se tako što jedna ugovorna strana najpre formuliše svoju *e* - poruku, čijim slanjem čini ponudu drugoj strani.<sup>12</sup> Druga faza sastoji se u prihvatanju pristigle ponude.<sup>13</sup> Pošto proceni da joj u potpunosti odgovaraju uslovi iz pristigle ponude, te time odluči da zaključi ugovor sa ponudiocem, ponuđeni pristupa formulisanju svoje *e* – poruke, koju šalje ponudiocu, čineći time prihvrat ponude.<sup>14</sup>

Ugovori zaključeni na ovaj način smatraju se ugovorima zaključenim između odsutnih lica, te se po pitanju vremena i mesta zaključenja ugovora na njih shodno primenjuju opšta pravila o ugovorima koji se zaključuju između odsutnih.<sup>15</sup> Prvo, to znači da se ugovor smatra zaključenim u mestu

<sup>12</sup> Detaljnije o ponudi, vid. J. Radišić, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Niš 2017, 87-89; R. LeRoy Miller, F. B. Cross, 202; R. Anderson, I. Fox, D. P. Twomey, *Business Law: Ucc Comprehensive Volume*, South-Western Publishing Co 1987, 201-207.

<sup>13</sup> U svakom ugovoru učestvuju minimum dve strane – ponudilac i ponuđeni. Nakon što mu je učinjena ponuda, ponuđeni ima mogućnost da svojom izjavom volje dovede do nastanka ugovora. Stoga, ugovor se smatra zaključenim onog momenta kada ponuđeni prihvati ponudu koju mu je ponudilac uputio. H. R. Cheeseman, 187.

<sup>14</sup> Izjava o prihvatu mora u potpunosti da odgovara uslovima iz ponude. Drugim rečima, da bi ugovor mogao da nastane, ponuđeni mora u potpunosti prihvatiti ponudu koja mu je upućena. Ukoliko se izjava o prihvatu ponude makar u jednom segmentu razlikuje od ponude, prihvrat ponude smatraće se novom ponudom. Vid. Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93, *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – *Ustavna povelja, Sl. glasnik, RS*, br. 18/2020, čl. 41; U određenim se slučajevima, pak, dopušta punovažno zaključenje ugovora čak i ukoliko prihvrat ponude u izvesnoj meri odstupa od sadržine same ponude. To je, na primer, slučaj kada ponuđeni izjavljuje da prihvata ponudu, istovremeno ističući neslaganje sa pojedinim njenim elementima (takozvani gundajući prihvrat ponude). Detaljnije o odstupanjima prihvata od ponude za zaključenje ugovora, vid. I. Jankovec, 259-260.

<sup>15</sup> Odgovor na pitanje vremena i mesta zaključenja ugovora zavisi od toga da li je ugovor zaključen između prisutnih ili između odsutnih lica. Sa jedne strane, ukoliko

u kome je ponudilac imao prebivalište, odnosno sedište u momentu kada je učinio ponudu.<sup>16</sup> Drugo, u pogledu vremena zaključenja, uzima se da je ovaj ugovor zaključen onog momenta kada ponudilac primi elektronsku poruku ponuđenog kojom ponuđeni prihvata ponudu.<sup>17</sup> Ukoliko ponudilac iz nekog razloga ne pročita elektronsku poruku, ugovor se ipak smatra zaključenim momentom kada on (ponudilac) primi poruku (prihvat ponude) ponuđenog, bez obzira u kom je momentu on tu poruku pročitao.<sup>18</sup> Ključna karakteristika „običnih“ *email* ugovora po kojoj se oni i razlikuju od „kvalifikovanih“ sastoji se u tome što ugovorne strane nisu u obavezi da svoje izjave volje potpišu kvalifikovanim elektronskim potpisom.

Za razliku od „običnih“, „kvalifikovani“ *email* ugovori su ugovori koji se zaključuju razmenom mejlova, i to tako što svaka ugovorna strana, pre nego što svoju izjavu volje uputi drugoj strani, mora na elektronski nosač pohraniti i svoj kvalifikovani elektronski potpis. Dakle, u situaciji kada se za punovažnost ugovora zahteva pismena forma, takav ugovor se u virtuelnom svetu mora zaključiti kao „kvalifikovani“ *email* ugovor.

je ugovor zaključen između prisutnih lica, smatra se da je takav ugovor nastao onog momenta kada su ugovorne strane postigle saglasnost volja. U slučaju da je kao uslov punovažnosti predviđena određena forma, ugovor će se smatrati zaključenim onog momenta kada se saglasnost izjavljenih volja postigla u traženoj formi. U pogledu mesta zaključenja, smatra se da je ugovor zaključen u onom mestu u kojem su se ugovorne strane nalazile u momentu kada su postigle saglasnost volja. Sa druge strane, ukoliko se ugovor zaključuje između odsutnih lica, odgovor na pitanje o vremenu i mestu zaključenja ugovora nije tako jednostavan kao u slučaju ugovora zaključenih između prisutnih. Najpre, odgovor na pitanje u pogledu vremena zaključenja ugovora nije jedinstven. U tom smislu, uporednopravno posmatrano, mogu se naći tri različita rešenja. Prvo rešenje prihvataju države koje su prihvatile teoriju izjave. Prema ovom rešenju ugovor se smatra zaključenim onog momenta kada je ponuđeni poslao ponuđenom izjavu o prihvatanju ponude. Drugo rešenje polazi od teorije saznanja. Prema toj teoriji, ugovor se smatra zaključenim onog momenta kada je ponudilac saznao da je ponuđeni izjavio da prihvata njegovu ponudu, bez obzira na trenutak kada je ta izjava suštinski učinjena. Najzad, prema trećem rešenju, koje polazi od teorije prijema, smatra se da je ugovor nastao onog momenta kada je ponudilac primio izjavu ponuđenog o prijehu ponude, nezavisno kada je ona učinjena odnosno odaslata. U pogledu mesta, ugovor zaključen između odsutnih lica smatra se zaključenim u onom mestu u kojem ponudilac ima svoje sedište, odnosno prebivalište. Detaljnije vid. Z. Antonijević, 256-257.

<sup>16</sup> Čl. 31, st. 2 ZOO.

<sup>17</sup> Generalno gledano, „Ugovor je zaključen onog časa kad ponudilac primi izjavu volje ponuđenog da prihvata ponudu.“, Čl. 31, st. 1, ZOO ; H. R. Cheeseman, 187.

<sup>18</sup> N. Jovanović, V. Radović, M. Radović, *Trgovinsko pravo*, Beograd 2020, 93.

Kao i „obični“, i „kvalifikovani“ *email* ugovori smatraju se ugovorima zaključeni između odsutnih lica, te prethodno pomenuto u vezi sa mestom i vremenom zaključenja „običnih“ *email* ugovora važi i za „kvalifikovane“ *email* ugovore. Razlika je, kako je već navedeno, u tome što „kvalifikovani“ *email* ugovori moraju biti potpisani kvalifikovanim elektronskim potpisom ugovornika.

### 2.3. Ugovori zaključeni putem elektronskog memoranduma

U tradicionalnom odvijanju trgovine, privredni subjekti često zaključuju ugovore razmenom memoranduma. U teoriji se obično ističe da memorandum predstavlja poslovno pismo koje sadrži osnovne podatke o privrednom subjektu.<sup>19</sup> Pored osnovnih podataka o privrednom subjektu, u memorandum se pohranjuju izjave volje najrazličitijih sadržina.<sup>20</sup> To može biti ponuda, prihvat ponude, prigovor, obaveštenje o isporuci robe, odnosno plaćanju cene i slično.<sup>21</sup> Praktično gledano, memorandum predstavlja komad hartije čija je sadržina delimično unapred popunjena podacima o privrednom subjektu, dok je ostatak prazan, te podoban za unošenje izjava različite sadržine.

Pored u materijalnom, privredni subjekti prilikom zaključenja ugovora često koriste tehniku razmene memoranduma i u virtuelnom svetu. Tada se, po logici stvari, radi o elektronskim memorandumima. Ugovori prilikom čijeg zaključenja se koriste elektronski memorandumi predstavljaju treću kategoriju *email* ugovora. Ukoliko se razmenom elektronskih memorandumu zaključuje ugovor za čiju se punovažnost zahteva pismena odnosno elektronska forma, elektronski memorandumu moraju biti potpisani kvalifikovanim elektronskim potpisima. Tada se za ove ugovore koji se zaključuju razmenom *e*-memoranduma može reći da predstavljaju podvrstu „kvalifikovanih“ *email* ugovora.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>20</sup> Zaključenje ugovora upotrebom memoranduma predstavlja izuzetak od pravila da je ugovor punovažan isključivo ukoliko ga zaključi lice ovlašćeno na zaključenje ugovora. Vid. I. Jankovec, 258.

<sup>21</sup> N. Jovanović, V. Radović, M. Radović, 90.

<sup>22</sup> Razmenom elektronskih memorandumu mogu se zaključivati i ugovori za čiju punovažnost nije neophodno potpisivanje izjava kvalifikovanim elektronskim potpisima. Tada ugovorne strane, pošto u svoje elektronske memorandumu pohrane svoje izjave volje, pristupaju njihovoj razmeni. U opisanom slučaju ugovori zaključeni razmenom elektronskih memorandumu predstavljaju podvrstu „običnih“ *email* ugovora, s tim što elektronske poruke koje su razmenile, pored njihovih izjava volje, sadrže i osnovne podatke o njima. Kako je problem neovlašćenog zaključenja ugovora



Ipak, *differentia specifica* ovih ugovora u odnosu na „kvalifikovane“ *email* ugovore ogleda se u tome što elektronske poruke koje ugovorne strane razmenjuju, pored izjava volje, sadrže i osnovne podatke o ugovornicama. Drugim rečima, ugovori koji se podrazumevaju razmenu elektronskih memoranduma predstavljaju ugovore koji se zaključuju tako što ugovorne strane svoje izjave volje pohrane na elektronski nosač na kojem se nalaze i njihovi osnovni podaci (elektronski memorandum), te da tako sačinjene ugovore potpišu kvalifikovanim elektronskim potpisima, a nakon toga ih i razmene.

Pravilo je da prostor na (elektronskom) memorandumu popunjava privredni subjekt čiji su podaci sadržani u preostalom delu hartije. Pretpostavka je da je subjekt čiji se osnovni podaci nalaze na memorandumu istovremeno i jedini ovlašćen da na taj isti memorandum pohrani konkretnu izjavu volje. Međutim, postavlja se pitanje šta će se dogoditi u slučaju ako određenu izjavu volje u memorandum pohrani lice koje na to nema ovlašćenje? O rizicima zloupotrebe elektronskog memoranduma i pravnoj prirodi tako zaključenog ugovora biće detaljno reči kasnije.

### **3. Problem neovlašćenog zaključenja e – mail ugovora**

#### **3.1. Načelne napomene**

Prilikom zaključenja ugovora tehnikom razmene mejlova može doći do situacije da treće lice, neovlašćenim pristupom te upotrebom elektronske pošte drugog subjekta, odnosno zloupotrebom tuđeg kvalifikovanog elektronskog potpisa, zaključi ugovor sa drugim subjektom. Tada se postavlja pitanje pravne sudbine tako zaključenog ugovora. Čini se da merodavni pravni režim koji će se primeniti u tako opisanoj situaciji treba da se razlikuje u zavisnosti od toga da li je prilikom zaključenja ugovora došlo do (zlo) upotrebe elektronskog memoranduma ili ne. Imajući to u vidu, u delu koji sledi biće učinjen kratak osvrt na problem neovlašćenog zaključenja ugovora bez upotrebe elektronskog memoranduma. Nakon toga, posebna pažnja biće posvećena analizi problema pravne sudbine ugovora zaključenih zloupotrebom elektronskog memoranduma.

uočen kao naročito veliki u situaciji kada je neovlašćeno zaključenje posledica zloupotrebe kvalifikovanog elektronskog potpisa, predmet ovog rada biće isključivo ugovori zaključeni razmenom elektronskih memoranduma koje ugovorne strane moraju potpisati. Zbog toga će se izraz „ugovori zaključeni razmenom elektronskih memoranduma“ koristiti u užem smislu, u smislu vrste ugovora koji ugovorne strane potpisuju kvalifikovanim elektronskim potpisima.

**3.2. Neovlašćeno zaključenje „običnih“ email ugovora i „kvalifikovanih“ email ugovora koji ne podrazumevaju upotrebu elektronskog memoranduma**

U situaciji kada se ugovor zaključuje prostom razmenom mejlova, bez potrebe da se izjave ugovornika potpišu kvalifikovanim elektronskim potpisom („obični“ email ugovori), stepen verovatnoće da dođe do neovlašćenog zaključenja je najveći. Tada, naime, postoji mogućnost da treće lice, bilo zloupotrebom poverenja, bilo koristeći se svojim „hakerskim“ sposobnostima, pristupi elektronskoj pošti drugog subjekta. Iskoristivši takvu poziciju, to (neovlašćeno) lice može bez znanja i volje lica čijoj je elektronskoj pošti pristupio, a u njegovo ime i za njegov račun zaključiti ugovor sa drugim subjektom.

Slično, ukoliko je za punovažnost ugovora nužno da izjave volje budu potpisane kvalifikovanim elektronskim potpisima, javlja se rizik da će, umesto ugovorne strane (ovlašćenog lica), izjavu volje sačiniti i potpisati lice koje na to nije ovlašćeno. Da bi do takve situacije došlo, neophodno je da treće (neovlašćeno) lice „dođe u posed“ kvalifikovanog elektronskog potpisa određenog subjekta, te da uz to i pristupi njegovoj elektronskoj pošti. Kako se može videti, stepen verovatnoće da se opisani scenario ostvari je relativno manji nego u slučaju „običnih“ email ugovora. Ipak, rizik zloupotrebe kvalifikovanog elektronskog potpisa je realan, te iz tog razloga treba imati u vidu mogućnost njegove realizacije, te ispitati moguće pravne posledice.

Opisane situacije, čini se, treba posmatrati kao i svaki drugi slučaj neovlašćenog zaključenja ugovora, te podvesti ih pod opšti pravni režim Zakona o obligacionim odnosima koji reguliše pitanje lažnog zastupanja. Naime, Zakon o obligacionim odnosima (dalje: ZOO), u svom članu 88 koji nosi naziv „Zaključenje ugovora od strane neovlašćenog lica“ polazi od pravila po kome su ugovori zaključeni od strane lažnog zastupnika (*falsus procurator*) ništavi. To znači da takvi ugovori ne proizvode pravna dejstva u odnosu između neovlašćeno zastupanog i lica sa kojim je ugovor zaključen.<sup>23</sup>

Pošto se konstatuje da je ugovor koji zaključni lažni zastupnik nepunovažan, jedino pitanje koje preostaje jeste pitanje odgovornosti za štetu koju usled nastale situacije trpi treće lice. Koga druga ugovorna strana može pozvati na odgovornost za štetu zbog nezaključenja ugovora (štetu u vidu negativnog ugovornog interesa)? ZOO postavlja pitanje rešava štiteći interese neovlašćeno zastupanog, te predviđa da je za štetu prouzrokovanu trećem licu odgovoran lažni zastupnik.<sup>24</sup> Ipak, zaštita drugoj ugovornoj strani

<sup>23</sup> Čl. 88, st. 1 ZOO.

<sup>24</sup> Čl. 88, st. 4 ZOO.

nije apsolutno zagarantovana, već se kreće u granicama načela savesnosti i poštenja. Drugim rečima, druga ugovorna strana ovlašćena je da lažnog zastupnika pozove na odgovornost samo pod uslovom da je u momentu zaključenja ugovora bila savesna.<sup>25</sup> Pored toga, neovlašćeno zastupano lice ima mogućnost da prihvati zaključeni ugovor, te ga tako učini valjanim u svom odnosu sa drugom ugovornom stranom (ratifikacija ugovora).<sup>26</sup> Dakle, ugovoru zaključenom od strane neovlašćenog lica daje se šansa da „opstane“, te da proizvodi pravna dejstva u odnosu između (neovlašćeno) zastupanog i druge ugovorne strane, pod uslovom da (neovlašćeno) zastupani taj ugovor naknadno prihvati.<sup>27</sup> Uz to, druga ugovorna strana ovlašćena je da se obrati neovlašćeno zastupanom, te da od njega zahteva da se izjasni da li zaključeni ugovor odobrava ili ne.<sup>28</sup> Neovlašćeno zastupani tada ima obavezu da se u ostavljenom roku izjasni pa će se, ukoliko to ne učini, smatrati da je odbio ratifikaciju ugovora, te da ugovor nije ni zaključen.<sup>29</sup>

Opisani pravni režim neovlašćenog zaključenja ugovora čini se da se bez smetnji može primenjivati u slučaju kada do lažnog zastupanja dođe prilikom zaključenja ugovora tehnikom razmene mejlova („običnih“ i „kvalifikovanih“ *email* ugovora). Naime, izgleda da je zaštita koju drugoj ugovornoj strani pruža Zakon dovoljna, te da bi svaki drugi vid pojačane zaštite prekomerno otežavao poziciju neovlašćeno zastupanog koji ni u jednom trenutku nije bio upućen u akte lažnog zastupnika, te samim tim nije ni želeo stupanje u ugovorni odnos sa drugom ugovornom stranom.

Pozicija druge ugovorne strane zavisice od toga da li je neovlašćeno zastupani prihvatio ugovor ili ne. Ukoliko ga prihvati, interesi druge ugovorne strane neće biti ugroženi, imajući u vidu da je ona od samog početka imala nameru da sa neovlašćeno zastupanim stupi u ugovorni odnos, te je pravna dejstva tako zaključenog ugovora od samog početka i želela. Ukoliko, pak, neovlašćeno zastupani ne prihvati zaključeni ugovor, zaštita druge ugovorne strane ogleda se u mogućnosti da od lažnog zastupnika zahteva naknadu štete u visini negativnog ugovornog interesa. Čini se da je mogućnost zahtevanja naknade štete od lažnog zastupnika dovoljan stepen zaštite druge ugovorne strane, te da bi svako drugo rešenje bilo neprihvatljivo.

---

<sup>25</sup> Čl. 88, st. 4 ZOO.

<sup>26</sup> Čl. 88, st. 1 ZOO.

<sup>27</sup> Momentom ratifikacije ugovora, subjekt koji je odobrio ugovor prestaje biti neovlašćeno zastupani. Drugim rečima, ratifikacija proizvodi pravna dejstva *ex tunc*, te se tako smatra da je ovlašćenje za zastupanje postojalo i u samom momentu zaključenja ugovora.

<sup>28</sup> Čl. 88, st. 2 ZOO.

<sup>29</sup> Čl. 88, st. 3 ZOO.

### **3.3. Neovlašćeno zaključenje ugovora (zlo)upotrebom elektronskog memoranduma**

#### *3.3.1. Pojam i načelne napomene*

Prilikom zaključenja ugovora upotrebom elektronskog memoranduma može desiti da neko lice, nemajući za to ovlašćenje, pristupi sistemu drugog subjekta i na taj način stvori sebi uslove da zloupotrebi elektronski memorandum, te kvalifikovani elektronski potpis tog subjekta, tako što će sa drugim subjektom zaključiti ugovor. Do zloupotrebe memoranduma može da dođe i u kontekstu tradicionalnog odvijanja trgovine. U tom slučaju postoji rizik da će pismeno sa određenom izjavom volje i podacima o privrednom subjektu, umesto tog subjekta, sačiniti neovlašćeno lice, potpisati ga na uobičajen način, te uputiti ga drugom subjektu.

Polazeći od opštih pravila Zakona o obligacionim odnosima, a o kojima je već bilo reči, kada ugovor u tuđe ime i za tuđ račun zaključi neovlašćeno lice, takav ugovor ne obavezuje lice u čije se ime nastojao zaključiti.<sup>30</sup> Međutim, u slučaju kada se ugovor zaključuje razmenom izjava volje pohranjenih na memorandum (poslovno pismo), čini se da takav ugovor zavređuje drugačiju pravnu sudbinu, iako zaključen od strane neovlašćenog lica.<sup>31</sup> Stoga će u delovima koji slede, između ostalog, biti razmatrano i pitanje mogućnosti i opravdanosti da se u opisanoj situaciji odstupi od opšteg pravnog režima sadržanog u Zakonu o obligacionim odnosima, te primeni neki poseban pravni režim.

#### *3.3.2. Rizik zloupotrebe elektronskog memoranduma*

##### *3.3.2.1. Opšte napomene*

Prilikom upotrebe elektronskog memoranduma u postupku zaključenja ugovora nije nemoguće da neovlašćeno lice kojem to prilike omogućavaju pristupi elektronskom memorandumu određenog privrednog subjekta, sačini ponudu odnosno prihvati ponudu, a zatim i zloupotrebi njegov kvalifikovani elektronski potpis, te u vidu elektronske poruke (mejla) sačinjenju ponudu odnosno prihvati ponudu uputi drugom subjektu. U slučaju saglasnosti takvih izjava volje, rezultat neovlašćene akcije biće nastanak ugovora. Postavlja se pitanje koga tako zaključeni ugovor obavezuje, odnosno ko je

---

<sup>30</sup> O. Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2011, 241.

<sup>31</sup> Sa druge strane, načelno gledano, opšte je pravilo da se ugovori u privredi mogu zaključivati samo od strane ovlašćenih lica. Vid. M. S. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd 2014, 60.

eventualno odgovoran za štetu koja je njegovim neovlašćenim zaključenjem prouzrokovana? Da li pravna dejstva tako zaključenog ugovora tangiraju neovlašćenog zastupnika, ili, pak, „zastupanog“ subjekta?

Za odgovor na pitanje koga obavezuje ugovor zaključen zloupotrebom elektronskog memoranduma, ključno je razrešiti dilemu koja se pravila na opisani slučaj primenjuju. Kako bi se postavljenom pitanju temeljno pristupilo, u nastavku će najpre će biti učinjen osvrt na pitanje merodavnih pravnih pravila u slučaju kada se memorandum ne koristi u elektronskom već u fizičkom obliku.

### 3.3.2.2. Pravne posledice zloupotrebe memoranduma u tradicionalnom modelu odvijanja trgovine

Kako je već rečeno, u tradicionalnoj trgovini privredni subjekti često zaključuju ugovore razmenom poslovnih pisama (memoranduma). Kada određeno lice zloupotrebi memorandum nekog privrednog subjekta, postavlja se pitanje da li je takav ugovor punovažan i, ukoliko jeste, koga obavezuje? Srpsko pravo poseduje dva seta pravila koja bi se mogla primeniti na konkretan slučaj. Sa jedne strane to su pravila sadržana u Zakonu o obligacionim odnosima, a sa druge strane radi se o pravilu Opštih uzansi za promet robom.

Pravila Zakona o obligacionim odnosima ne regulišu izričito slučaj zloupotrebe memoranduma. Umesto toga, ona sadrže opšti institut neovlašćenog zastupanja, a o kojem je već bilo reči.<sup>32</sup> Ipak, čini se da je zaštita koju drugoj strani pruža Zakon neadekvatna i nedovoljna u slučaju kada se ugovor neovlašćeno zaključuje zloupotrebom memoranduma.

Kada se ugovor zaključuju putem memoranduma opravdano je da druga ugovorna strana veruje da joj je pristigla izjava zaista i uputio subjekt čiji su podaci pohranjeni u memorandum (odnosno subjekt na to ovlašćen). Uz to, ako je pristigla izjava volje i potpisana na uobičajen način, tim se pre čini opravdanim da se drugoj strani pruži jača zaštita u odnosu na zaštitu koju bi uživala po opštim pravilima Zakona o obligacionim odnosima.

---

<sup>32</sup> Čl. 87 ZOO; U slučaju, pak, da je ugovor sa trećim licem zaključio ovlašćeni zastupnik, ali je prilikom zaključenja prekoračio granice svojih ovlašćenja, pravne posledice tako zaključenog ugovora različite su u odnosu na pravne posledice neovlašćenog (lažnog) zastupanja. Naime, u slučaju prekoračenja granica dobijenog ovlašćenja, zaključeni ugovor obavezuje samog zastupanog ukoliko je druga ugovorna strana bila savesna, odnosno ukoliko nije znala niti je morala znati da zastupnik istupa u prekoračenju granica dobijenog ovlašćenja. Z. Antonijević, 259; O. Antić, 240.

Drugo pravilo koje bi eventualno moglo biti primenjeno u opisanoj situaciji sadržano je u Opštim uzansama za promet robom (dalje: OU).<sup>33</sup> OU poznaju pravilo koje postavljeno pitanje uređuje na način suprotan Zakonu o obligacionim odnosima. Tako, prema uzansi 21 OU, ponuda odnosno prihvata ponude učinjen od strane neovlašćenog lica u pismenoj formi, odnosno na poslovnoj hartiji biće punovažna ukoliko su se za to stekli određeni uslovi.<sup>34</sup>

Uslovi su postavljeni kumulativno, tako da svi moraju biti ispunjeni da bi se pomenuto pravilo moglo primeniti. S tim u vezi, da bi ugovor zaključen kao rezultat zloupotrebljenog memoranduma proizvodio pravne efekte za „zastupanog“, potrebno je da je sporna izjava pohranjena na memorandum,<sup>35</sup> da je ona potpisana na uobičajen način, da je na memorandum stavljen pečat, odnosno štambilj,<sup>36</sup> te da je predmetna izjava usmerena na preduzimanje posla kojim se privredni subjekt koji tu izjavu čini redovno bavi. Na

<sup>33</sup> Opšte uzanse za promet robom, *Sl. list FNRJ*, br. 15/54 i *Sl. list SFRJ*, br. 29/78 - dr. zakon.

<sup>34</sup> Uzansa 21, st. 1 Opšte uzanse za promet robom; I. Jankovec, 258-259.

<sup>35</sup> *A contrario*, ukoliko izjava volje nije učinjena na nosaču na kojem su prethodno uneti (utisnuti) osnovni podaci o privrednom subjektu, nema mesta primeni posebnog uzansnog pravila, te priznavanju punovažnosti ugovoru prilikom čijeg zaključenja je učestvovalo neovlašćeno lice. Vid. Presuda Višeg privrednog suda u Sarajevu, Pž. 1047/78 od 10. januara 1979. godine.

<sup>36</sup> Zaključkom o ukidanju obavezne upotrebe pečata (u daljem tekstu: Zaključak) naloženo je organima državne uprave da pripreme izmene i dopune do tada važećih pripisa i akata kojima je uređena obavezna upotreba pečata u poslovanju preduzetnika, privrednih društava i drugih pravnih lica privrednog prava. Izmene i dopune tom prilikom morale su se sprovoditi u ukidanja obavezne primene pečata u poslovanju privrednih subjekata. Postupak izmena i dopuna naloženo je da se sprovodi u skladu sa Akcionim planom o ukidanju obavezne primene pečata u poslovanju preduzetnika, privrednih društava i drugih pravnih lica privatnog prava, a koji je sastavni deo Zaključka. Vid. Zaključak o ukidanju obavezne upotrebe pečata u poslovanju preduzetnika, privrednih društava i drugih pravnih lica privatnog prava, *Sl. glasnik RS*, br. 28/2018, tač. 1; Postupak sprovođenja citiranog Zaključka rezultirao je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima *Sl. glasnik RS*, br. 44/2018, kojima je za privredne subjekte ukinuta obavezna upotreba pečata. Tako je propisano da se privrednom društvu ne može posebnim propisom nametnuti obaveza upotrebe pečata u poslovnim pismima i drugim dokumentima društva. V. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, br. 44/2018, čl 25, st. 3. Citirano odredbom učinjen je korak napred u pravcu unapređenja do tada važećih rešenja sadržanih u Zakonu o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon i 5/2015. U tom smislu, pomenuti uslov sadržan u Opštim uzansama za promet robom, a koji se tiče snabdevenosti pečatom, treba u potpunosti zanemariti.

kraju, nužno je i da je saugovornik neovlašćenog zastupnika savestan.<sup>37</sup> Stoga, ako bi se stalo na stanovište da je za pitanje punovažnosti ugovora zaključeno zloupotrebom memoranduma merodavno pravilo iz OU, pravna posledica zloupotrebe memoranduma ne bi se ogledala u pravu druge ugovorne strane na naknadu štete, već praktično u pravu da od neovlašćeno zastupanog zahteva izvršenje ugovora.

Čini se da su tvorci OU nastojali da, davanjem „šanse više“ ugovorima zaključenim na ovaj način, istovremeno pruže zaštitu savesnom trećem licu, te obezbede sigurnost u postupku odvijanja trgovine. Uz to, čini se da rešenje iz OU ima za cilj da stimuliše privredne subjekte da organizaciji svog poslovanja posvete naročitu pažnju, te da vode računa o tome ko, u koje vreme i iz kog razloga ima pristup njihovim memorandumima, kao i njihovim kvalifikovanim elektronskim potpisima.<sup>38</sup> Na taj način postiže se dvostruki cilj. Sa jedne strane, motivišu se privredni subjekti da na svoju unutrašnju organizaciju konstantno paze, te da svakodnevna dešavanja drže „pod budnim okom“. Sa druge strane, pak, zaštićena su i treća savesna lica, a time i pravna sigurnost nužna za nesmetano odvijanje trgovine.<sup>39</sup>

Ipak momentom stupanja na snagu ZOO, mogućnost primene opisane uzansnog pravila sa razlogom se dovodi u pitanje. Naime, ZOO regulisan je odnosom Zakona i do tada važećih pravila OU. Stoga će u nastavku biti reči o odnosu ova dva propisa u kontekstu pravila o memorandumu.

### 3.3.2.3. Odnos OU i ZOO u kontekstu pravne sudbine ugovora zaključenih razmenom memoranduma

Mogućnost primene prethodno uzansnog pravila o memorandumu zavisi pre svega od odnosa OU i ZOO. ZOO regulisan je njegov odnos sa opštim i posebnim uzansnim pravilima. Tako ZOO u svojim prelaznim i završnim odredbama predviđa da se pravila OU neće primenjivati na pitanja koja su Zakonom regulisana.<sup>40</sup> To znači da ukoliko je neko pitanje uređeno i Zakonom i OU, prednost se daje odredbama Zakona.

U vezi sa time, prvo pitanje koje se može postaviti jeste pitanje da li su Zakonom o obligacionim odnosima uređene posledice zloupotrebe

---

<sup>37</sup> O uslovima za punovažnost ponude odnosno prihvata ponude učinjenog putem memoranduma, vid. Opšte uzanse za promet robom, uzansa br. 21, st. 1.

<sup>38</sup> M. S. Vasiljević, 60.

<sup>39</sup> Trgovina ne trpi sporost, a od privrednih subjekata, budući da se ugovori u priredi zaključuju masovno, konstantno se zahteva brzo delanje. Vid. I. Jankovec, 241.

<sup>40</sup> Čl. 1107, st. 2 ZOO.

memoranduma? Polazeći od slova Zakona može se zaključiti da zakonodavac slučaj zloupotrebe memoranduma nije posebno regulisao. Umesto toga, Zakon sadrži opšte pravilo o neovlašćenom zastupanju koje, kako je već više puta napominjano.<sup>41</sup> Dominantan deo pravne teorije stoji na stanovištu da zakonsko pravilo o neovlašćenom zastupanju derogira uzansno pravilo o zloupotrebi memoranduma, sa argumentom da zloupotreba memoranduma predstavlja vid neovlašćenog zastupanja. Ipak, sudska praksa u vezi sa ovim pitanjem stoji na suprotnom stanovištu, te nastavlja da primenjuje pravilo OU.<sup>42</sup>

Stav sudske prakse o primatu OU može se braniti na sledeći način. Naime, ZOO ne izdvaja slučaj zloupotrebe memoranduma, te ga ni ne reguliše posebnom odredbom. Ukoliko se situacija tako postavi, mogao bi se braniti argument da uzansno pravilo o zloupotrebi memoranduma nije zakonom derogirano, te da se u tom smislu može nastaviti sa njegovom primenom.

Čini se da je zakonska regulativa o lažnom zastupanju neadekvatna u kontekstu zloupotrebe memoranduma. Ovo pre svega imajući u vidu potrebu zaštite druge savesne ugovorne strane koja je imala opravdani razlog da drži da ugovor zaključuje sa subjektom čiji su podaci uneti u poslovno pismo, te potrebu sigurnog i neometanog odvijanja trgovine. Stoga, primena pravila OU čini se prihvatljivijom. Argumenti kojima se može braniti primena OU čine se dovoljno jakim. Ipak, kako ubuduće ne bi dolazilo do problema različitih stavova po pitanju odnosa ova dva propisa, korisno bi bilo da se, *de lege ferenda*, a po uzoru na pravilo iz OU, pitanje pravne sudbine ugovora zaključenih zloupotrebom memoranduma posebno reguliše.

---

<sup>41</sup> Naime, prema Zakonu o obligacionim odnosima, ugovor koji sa drugom ugovornom stranom zaključi neovlašćeno lice ne obavezuje neovlašćeno zastupanog. Jedina zaštita koja se tom prilikom pruža drugoj ugovornoj strani jeste mogućnost naknade štete od neovlašćenog zastupnika, pod uslovom da je ta strana bila savesna, odnosno da u momentu zaključenja ugovora sa lažnim zastupnikom nije znala niti je morala znati za činjenicu neovlašćenog zastupanja. Vid. čl. 88, st. 4 ZOO; Jedini način na koji se može postići da tako zaključeni ugovor ipak proizvodi pravna dejstva u odnosu „zastupani“ – druga ugovorna strana jeste da „zastupani“ naknadno odobri ugovor. Tako druga ugovorna strana može pozvati neovlašćeno zastupanog da se naknadno izjasni u pogledu toga da li odobrava zaključeni ugovor, ostavljajući mu primereni rok za izjašnjenje. Ukoliko se neovlašćeno zastupani u ostavljenom roku ne izjasni u pogledu toga da li odobrava ili ne odobrava ugovor, smatraće se da ugovor nije odobren. V. Čl. 88, st. 1, 2, 3 ZOO.

<sup>42</sup> I. Jankovec, 295.



#### 3.3.2.4. Pravne posledice zloupotrebe elektronskog memoranduma

Na ovom mestu potrebno je odgovoriti na pitanje pravne sudbine ugovora zaključenog zloupotrebom elektronskog memoranduma. Kako srpsko pozitivno pravo ni ovom pitanju ne posvećuje posebnu pravnu regulativu, u obzir dolaze, kao i u kontekstu materijalizovanog memoranduma, odredbe Zakona o obligacionim odnosima, te eventualno pravilo iz OU.

ZOO, kako je već opisano, uređuje pitanje neovlašćenog zastupanja, te pravna teorija sa pravom stoji na stanovištu da se pod pomenuto zakonsko pravilo mora podvesti i slučaj zloupotrebe elektronskog memoranduma. Sa druge strane, iako su pravila OU nastala mnogo ranije u odnosu na pojavu i razvoj elektronske trgovine, čini se nespornim da pravilo o zloupotrebi memoranduma, prilagođavajući se novim potrebama, može „pokriti“ i slučaj zloupotrebe elektronskog memoranduma.<sup>43</sup> U prilog takvom stavu treba istaći i to da su danas elektronske isprave pravno izjednačene sa pismenim, osim kada pravni posao mora biti zaključen u formi javnobeležničke isprave.<sup>44</sup>

Na osnovu do sada navedenog, može se konstatovati da je ključno pitanje koje se na ovom mestu treba postaviti jeste kojim pravilima treba dati prednost? U odeljku koji se tiče odnosa Zakona o obligacionim odnosima sa pravilima OU istaknuto je da postoje podjednako jaki argumenti za oba stava. Ipak, čini se da se u kontekstu zaključenja ugovora razmenom mejlova, pitanju zloupotrebe (elektronskog) memoranduma treba posvetiti naročita pažnja.

Naime, postupak zaključenja ugovora putem mejla je takav da su mogućnosti zloupotrebe znatno veće nego u slučaju tradicionalnog zaključenja ugovora putem memoranduma. Uz to, mogućnosti da se dokaže neovlašćeno zastupanje, zbog same tehnike zaključenja ugovora, naročito su smanjene. Otuda je opravdano postaviti pitanje čijim interesima valja dati prednost? Da li su to interesi savesne treće strane koja se pouzdala u to da zaključuje ugovor sa konkretnim privrednim subjektom („zastupanim“), ili su, pak, to interesi samog „zastupanog“?

Iako je dominantan stav pravne teorije takav da u opisanom slučaju treba uzeti da pravila Zakona derogiraju uzansna pravila, te da im treba dati prednost, čini se da ipak valja razmišljati i u drugom pravcu. Naime, za dalji razvoj trgovine potrebno je pružiti zaštitu i naročito voditi računa

---

<sup>43</sup> N. Jovanović, V. Radović, M. Radović, 91.

<sup>44</sup> *Ibid.*; V. Savković, „Povodom stupanja na snagu Konvencije Ujedinjenih Nacija o upotrebi elektronskih sredstava komunikacije u međunarodnim ugovorima – načela harmonizacije i odnos sa pravnom tekovinom Evropske unije“, *Pravo i privreda* 7-9/2013, 232, čl. 10, st. 2 ZET.

o interesima subjekata koji su se pouzdali da zaključuju ugovor sa tačno određenim trgovcem. Otuda, ukoliko je određeni subjekt bio savestan, a ugovor zaključi sa neovlašćenim zastupnikom, valja takvom ugovoru priznati punovažnost u odnosu sa „zastupanim“ privrednim subjektom. Ovo, naravno, uz ispunjene određenih uslova propisanih OU.

Primenom uzansnog pravila, pravna sudbina ugovora zaključenih putem (elektronskog) memoranduma, uz ispunjenje propisanih uglova, ne bi se razlikovala od pravne sudbine svakog drugog punovažno zaključenog ugovora. Otuda se u tom kontekstu ni ne bi moglo govoriti o odgovornosti za štetu usled zloupotrebe elektronskog memoranduma. Naime, ugovor zaključen zloupotrebom elektronskog memoranduma bio bi pravno valjan, te se pitanje odgovornosti za štetu u vidu negativnog ugovornog interesa ne bi ni postavilo. Umesto toga, drugoj savesnoj strani pružila bi se jača zaštita koja bi se ogledala u pravu da od neovlašćeno zastupanog zahteva ispunjenje ugovora, te da ga u slučaju neispunjenja pozove na odgovornost za štetu u vidu pozitivnog ugovornog interesa.

Jača zaštita savesnom trećem licu naročito je potrebna kod ugovora koji se zaključuju putem elektronskog memoranduma, kod kojih je, iz napred pomenutih razloga, mogućnost zloupotrebe izrazito velika. Razlog takvog stava mogao bi ležati i u činjenici da su memorandumi dokumenti koji sadrže informacije o poslovnom subjektu, te da je iz tog razloga problem „otkrivanja“ neovlašćenog zastupanja u ovom slučaju naročito veliki, imajući u vidu da sve okolnosti ukazuju na to da ugovor zaključuje privredni subjekt čiji se podaci na memorandumu nalaze.

Iako se na prvi pogled takvo rešenje čini rigidnim i nepravičnim prema „zastupanom“, ipak prevagu treba dati zaštiti interesa savesnih trećih lica. Na taj način se utiče na trgovce da vode računa o svom poslovanju, načinu organizovanja svog rada, a u okviru toga i o tome ko ima pristup njihovim prostorijama i njihovim memorandumima. Drugačije rešenje ne bi bilo održivo jer bi stvorilo sumnju u pravnu sigurnost, a što bi dalje rezultiralo opadanjem trgovine.

Iz svega navedenog, s obzirom da pravilo o punovažnosti ugovora zaključenih putem (elektronskih) memoranduma nije zakonsko već uzansno, a imajući u vidu različita tumačenja odnosa ova dva propisa po predmetnom pitanju, čini se opravdanim da se *pro futuro* razmatraju mogućnosti za izmenu postojećeg stanja. Drugim rečima, valjalo bi *de lege ferenda* razmišljati u pravcu eventualnih izmena postojećih rešenja, a sve u cilju otklanjanja dilema i eliminisanja oprečnih stavova u pogledu merodavnih pravnih pravila.

Tako bi, čini se, zakonodavac, prilikom sprovođenja eventualnih budućih izmena, trebalo da slučaj zloupotrebe (elektronskog) memoranduma reguliše kao posebno pitanje, te ga izdvoji iz primene opšteg zakonskog pravila o neovlašćenom zastupanju. Prilikom koncipiranja budućeg rešenja, zakonodavac bi se mogao poslužiti rešenjem iz Opših uzansi, unapređujući ga i prilagođavajući savremenom načinu odvijanja trgovine, te uvažavajući činjenicu sve učestalijeg odvijanja trgovine u virtuelnom svetu. Na taj način bi se omogućilo da se na slučaj zloupotrebe memoranduma primenjuje poseban pravni režim koji će pojačano štiti savesna treća lica, a koji će istovremeno otkloniti dileme vezane za pitanje koja su pravila merodavna i adekvatna za primenu na opisani slučaj.

#### **4. Zaključak**

Rizik zaključenja ugovora razmenom mejlova postaje naročito važan onda kada se na ovaj način zaključuju ugovori za čiju se punovažnost zahteva elektronska forma, te ukoliko se tom prilikom koriste i elektronski memorandumi. Čini se da bi regulativa pravne sudbine neovlašćenog zaključenja takvih ugovora trebalo da bude takva da se drugoj ugovornoj strani pruži veći stepen zaštite i pravne sigurnosti. Pod pretpostavkom da je druga ugovorna strana bila savesna, izgleda da potreba izvesnosti i sigurnog odvijanja trgovine nalažu da se takvi ugovori, iako zaključeni od strane neovlašćenog lica, ipak treba smatrati punovažnim. Imajući u vidu da se takvi ugovori potpisuju, te da razmenjene elektronske poruke, pored izjava volje, sadrže i osnovne podatke o ugovornim stranama, čini se da druga ugovorna strana opravdano ne može da posumnja da ugovor zaključuje sa neovlašćenim licem. Nepriznavanje punovažnosti takvim ugovorima imalo bi za posledicu stvaranje nepoverenja među privrednim subjektima, što bi se negativno odrazilo na odvijanje trgovine.

Srpski ZOO ne sadrži takvo pravilo, već umesto toga reguliše institut lažnog zastupanja na suprotan način. Većinski deo domaće pravne teorije stoji na stanovištu da je zakonsko pravilo o lažnom zastupanju merodavno i u slučaju zloupotrebe (elektronskog) memoranduma. Sudska praksa, međutim, u opisanim situacijama često umesto Zakona primenjuje pravilo OU koje tako zaključenim ugovorima priznaje punovažnost.

Kako se *pro futuro* ne bi javljale dileme kom od ova dva propisa treba dati primat, a imajući u vidu obrazloženu potrebu da se u slučaju zloupotrebe (elektronskog) memoranduma drugoj strani prizna pojačana zaštita, čini se da bi se *de lege ferenda* trebalo pristupiti određenim izmenama postojećeg

stanja. Izmene bi se, čini se, mogle sastojati u uvođenju uzansnog pravila u zakonski tekst, uz prethodno unapređenje istog, te prilagođavanje savremenim uslovima odvijanja trgovine. Na taj način bi se otklonile postojeće dileme o merodavnom pravu, drugoj ugovornoj strani bi se pružila adekvatna zaštita, što bi sveukupno rezultiralo većim stepenom izvesnosti u odvijanju trgovine.

\* \* \*

***LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY MISUSE  
OF ELECTRONIC MEMORANDUM***

*Summary*

One of the ways in which interested parties can conclude a contract through the Internet involves the technique of exchanging e-mails. Depending on whether a written form is required for the conclusion of a contract or not, a distinction can be made between "ordinary" email contracts and "qualified" email contracts. The conclusion of the contract by exchanging e-mails may also include the use of electronic memorandum. Such a contract-concluding technique is particularly accompanied by the risk of unauthorised conclusion of the contract. Therefore, it is important provide enhanced protection to the other (conscientious) party.

The rule is that the empty space on the (electronic) memorandum will be filled by the person/entity whose data are contained in the remaining part of the memorandum. However, the question is what will happen if a contract is concluded by a person who is not authorized to do so? Therefore, the central issue that this paper deals with is reflected in the examination of the risk of misuse of electronic memorandum and the validity of such concluded contracts. An additional reason why the author opted for this question is the fact that there are no special legal rules in Serbian positive legal system that regulate the issue of validity of contracts concluded by misuse of an electronic memorandum and the issue of eventuell liability for damage suffered by the another contractor in such a situation.

**Keywords:** E-mail contract, Electronic memorandum, Qualified electronic signature, Liability for damages, Validity.