

Ковенанты договора элиминирующие комплаенс риски



Риск того, что выполненная работа (оказанная услуга, поставленный товар) не будет соответствовать ожиданиям заказчика

В качестве примера наступления данного комплаенс-риска можно рассмотреть дело № А67-1623/2017, в котором, несмотря на то что истец создал программу для ЭВМ по разработке системы управления проектно-изыскательскими работами на сумму 2 850 107,39 рублей, ответчик все же отказался от оплаты, потому что полученный результат не соответствовал его ожиданиям.

Согласно PMBOK Guide® сторона заказчика ожидает, что проектные работы будут выполнены в полном объеме, к определенной дате, в объеме согласованного бюджета и на требуемом уровне качества. Логично предположить, что для того, чтобы получить релевантный результат работ (оказанных услуг), который ожидает заказчик, в тексте договора должны быть точно сформулированы и корректно формализованы объем, дата окончания, цена, а также и качество выполняемых проектных работ. Однако необходимо отметить, что согласно действующему гражданскому законодательству существенными условиями договора подряда являются предмет договора, дата начала и дата окончания работ, в связи с чем ожидания заказчика по цене работ могут быть сформированы как до, так и после выполнения работ (оказания услуг, поставки товара). В силу статьи 708 ГК РФ цена в тексте договора может быть твердой (Fixed Price) либо приблизительной (Time & Materials / T&M).

Риск того, что заказчик откажется принимать выполненную работу (оказанную услугу, поставленный товар)

Для уменьшения вероятности наступления комплаенс-риска рекомендуется в тексте договора зафиксировать процедуру сдачи-приемки результата выполненных работ (оказанных услуг, поставленного товара). Например, в договоре могут быть зафиксированы следующие условия: «Подрядчик с помощью средств электронной почты указывает в теме письма, что программа для ЭВМ готова к сдаче, и извещает заказчика о дате и времени сдачи (статья 720 ГК РФ). В случае отсутствия обоснованных претензий и замечаний заказчик после сдачи выполненной работы (оказанной услуги, поставленного товара) сообщает об этом обратным электронным письмом подрядчику, указывая в теме письма, что программа для ЭВМ принята. При наличии обоснованных претензий и замечаний заказчик сообщает об этом электронным письмом подрядчику, указывая в теме письма «Мотивированный отказ от принятия программы для ЭВМ» и в тексте письма излагает имеющиеся у него претензии и замечания. Подрядчик обязан в течение 10 рабочих дней со дня получения мотивированного отказа безвозмездно устранить претензии и замечания. После устранения указанных претензий и замечаний подрядчик повторно извещает заказчика о дате и времени сдачи программы для ЭВМ. В случае отсутствия ответа заказчика и/или отсутствия мотивированных претензий и возражений в течение 2 рабочих дней программа для ЭВМ считается принятой заказчиком без претензий на 3-й рабочий день с даты получения заказчиком уведомления, что программа для ЭВМ готова к сдаче».

Риск того, что заказчик откажется от оплаты выполненной работы (оказанной услуги, поставленного товара)

Согласно статье 702 ГК РФ заказчик обязуется принять результат выполненных работ и оплатить его. Следовательно, основанием для оплаты выполненных работ является факт приемки работ без претензий и замечаний. Таким образом, для нивелирования комплаенс-риска рекомендуется зафиксировать в тексте договора следующие условия:

1) подрядчик обязан в течение 2 рабочих дней с даты принятия заказчиком результата работ направить заказчику оригинал подписанного со своей стороны акта сдачи-приемки работ в 2 экземплярах;

2) заказчик обязан в течение 5 рабочих дней после получения от подрядчика оригинала акта сдачи-приемки работ направить подрядчику подписанный заказчиком оригинал и сканированную копию акта сдачи-приемки работ;

3) в случае ненаправления заказчиком подписанного акта сдачи-приемки работ и/или письменных мотивированных возражений относительно его подписания акт сдачи-приемки работ считается подписанным сторонами в том виде, в котором заказчик его получил от подрядчика, на 6-й рабочий день с даты получения заказчиком оригинала акта сдачи-приемки работ.

Риск того, что будет просрочка оплаты за выполненную подрядчиком работу (оказанную исполнителем услугу, поставленного поставщиком товара)

Для уменьшения негативного влияния данного комплаенс-риска в тексте договора рекомендуется зафиксировать порядок применения мер санкционирования в случае нарушения порядка и сроков оплаты, зафиксировав в тексте договора следующие условия:

1) в случае просрочки заказчиком оплаты подрядчик вправе потребовать с заказчика неустойку в размере 0,1 % от цены за каждый день просрочки. До внесения полной оплаты по договору право пользования результатом работ заказчику не предоставляется;

2) в случае просрочки заказчиком предоплаты/оплаты продолжительностью более 30 календарных дней подрядчик вправе в одностороннем внесудебном порядке отказаться от исполнения договора с направлением письменного уведомления об отказе заказчику за 5 рабочих дней до даты отказа. С даты отказа от исполнения договора сделка считается расторгнутой в части обязательств подрядчика, а в части взаиморасчетов сторон сделка продолжает действовать до окончания таких расчетов.

Риск судебного иска от заказчика (подрядчика, исполнителя, поставщика)

Полностью нивелировать данный комплаенс-риск с помощью условий договора не представляется возможным. Однако можно уменьшить негативное влияние в случае его материализации. Для этого необходимо добросовестно исполнить предусмотренные договором обязательства, а также обеспечить «правовую чистоту» проектных документов, т. е. проектные документы должны полностью соответствовать требованиям действующего законодательства. Кроме того, в текст договора рекомендуется включить следующее условие: стороны договора признают юридическую силу и возможность использования в случае спора положений, зафиксированных в договоре.

Риск признания сделки недействительной

В качестве примера можно рассмотреть договор об отчуждении исключительного права на программу для ЭВМ, который согласно пункту 2 статьи 1234 ГК РФ должен быть заключен в письменной форме. В случае несоблюдения этого условия сделка считается незаключенной, а исключительное право не переданным от правообладателя к правоприобретателю. Последствия от нарушения данного условия наглядно представлены в деле № А40-81328/2011, где истец обратился в суд с требованием запретить использовать программу «HIST DoCoMo» и взыскать убытки в виде упущенной выгоды в размере 124,2 млн. рублей, а ответчик во встречном иске просил признать сделку недействительной.

Согласно главе 37 ГК РФ существенными условиями договора подряда являются предмет договора, дата начала и дата окончания работ. Следовательно, для нивелирования данного комплаенс-риска необходимо, чтобы в тексте договора существенные условия были точно сформулированы и корректно формализованы.

Риск того, что будет невозможно досрочно и в одностороннем порядке расторгнуть сделку

Анализ судебных решений показал, что сторона сделки, как правило, не может досрочно и в одностороннем порядке расторгнуть договор, не причинив существенного материального вреда, поэтому для уменьшения вероятности материализации данного комплаенс-риска и его возможного негативного влияния рекомендуется проектные работы дифференцировать на этапы с указанием даты их начала и окончания.

Риск того, что предмет договора будет сформулирован неточно и/или формализован некорректно

Уменьшение вероятности наступления данного комплаенс-риска возможно при повышении уровня зрелости в части управления коммуникациями и управления договорами в проекте.

Риск неверной квалификации вида сделки

Для уменьшения вероятности материализации данного комплаенс-риска рекомендуется обеспечить соответствие между текстом договора и требованиями действующего законодательства.

Риск допущения некорректных и неточных формулировок в тексте договора

Нивелировать комплаенс-риск можно при повышении уровня зрелости в части управления коммуникациями проекта, так как выработка корректных и точных формулировок возможна при согласованных действиях заинтересованных сторон.

Риск того, что между сторонами будет не учтен порядок распределения экономии, которая может быть получена по факту выполненных работ (оказанных услуг, поставленных товаров)

В соответствии со статьей 710 ГК РФ в случаях, когда фактические расходы подрядчика оказались меньше тех, которые зафиксированы в тексте, подрядчик сохраняет право на оплату работ по цене, предусмотренной договором.

Риск отсутствия связи с заказчиком

Для нивелирования данного комплаенс-риска рекомендуется в текст договора включить следующее условие: длительный простой трудовых ресурсов подрядчика, превышающий 5 рабочих дней, оплачивается заказчиком по тарифу простоя трудовых ресурсов подрядчика. Тариф простоя трудовых ресурсов подрядчика равен 1 тыс. руб. за 1 чел./ч.

Риск того, что заказчик не предоставит и/или будет предоставлять с большой задержкой информацию, необходимую для выполнения работ (оказания услуг, поставки товаров)

Для нивелирования комплаенс-риска рекомендуется в текст договора включить следующие условия: сроки выполнения работ не учитывают время ожидания ответов на запросы подрядчика, непосредственно связанные с выполнением работ по договору, если продолжение выполнения работ без решения указанных в запросе вопросов не представляется возможным. Срок выполнения работ продлевается на период простоя.

Риск изменения требований в процессе выполнения работ (оказания услуг, поставки товаров), т. е. будут выявлены новые и/или произведено существенное уточнение ранее согласованных требований

В качестве примера можно рассмотреть дело № А55-9384/2018, где внесение частых корректировок заказчиком в ранее согласованное техническое задание привело к тому, что новые требования подрядчику пришлось реализовывать за свой счет.

Уменьшение вероятности материализации комплаенс-риска и его возможного негативного влияния зависит от того, какой методический инструментарий использует подрядчик для выполнения работ (оказания услуг) — Agile или Waterfall (гибкая и каскадная методики разработки и управления проектами соответственно).

Если подрядчик применяет методику Waterfall, то любые изменения требований могут привести к отклонению от запланированных проектных целей. В связи с этим рекомендуется в тексте договора фиксировать «жесткие» условия изменения требований, например, в следующем виде: изменение технических решений, техническая поддержка, наполнение контентом, прочие работы, не поименованные в договоре и приложениях к нему, не входят в объем работ по договору и выполняются подрядчиком исключительно на основании заключенных сторонами дополнительных соглашений либо самостоятельных договоров.

Если подрядчик применяет методику Agile, то изменение требований не оказывает сильного негативного влияния на процесс достижения проектных целей, поэтому в текст договора рекомендуется включение более «мягких» условий, например: заказчик и подрядчик обсуждают изменения, предложенные любой из сторон, и приходят к одному из следующих решений:

- а) изменения не вносятся в утвержденные подрядные работы;
- б) изменения вносятся в утвержденные подрядные работы;
- в) изменения не вносятся в утвержденные текущие подрядные работы, так как будут реализовываться в рамках самостоятельного договора.

Сроки реализации и стоимость изменений требований определяются подрядчиком.

Риск того, что спецификация (устав, техническое задание и/или другая документация) будет неполной, недостоверной и/или не соответствовать требованиям национальных стандартов

Уменьшить вероятность материализации комплаенс-риска возможно, если проектные работы выполняют специалисты, обладающие необходимыми профессиональными компетенциями. Например, специалист по разработке спецификации должен соответствовать требованиям профессионального стандарта 06.022 «Системный аналитик».

Риск низкой вовлеченности заказчика в процесс выполнения работ (оказания услуги)

Согласно статье 715 ГК РФ заказчик вправе в любое время проверять ход и качество выполняемой работы. Уменьшение вероятности материализации комплаенс-риска возможно при использовании инструментария управления проектами PMBOK Guide®, PRINCE2®, SCRUM и др.

Риск отсутствия у заказчика корпоративной культуры, работников и опыта ведения деятельности в едином информационном пространстве с использованием информационных систем

Для нивелирования комплаенс-риска рекомендуется включить реестр рисков в качестве приложения к договору, где следует указать, что ответственность за управление данным риском закреплена за заказчиком. В случае материализации комплаенс-риска также могут быть предусмотрены процедуры по изменению существенных и дополнительных условий договора.

Риск того, что у заказчика будут отсутствовать отлаженные корпоративные процедуры по информационному взаимодействию и совместной работе его подразделений

Для нивелирования комплаенс-риска рекомендуется включить реестр рисков в качестве приложения к договору, в котором указать, что ответственность за управление данным риском закреплена за заказчиком.

В случае материализации комплаенс-риска также могут быть предусмотрены процедуры по изменению существенных и дополнительных условий договора.

Риск того, что не все заинтересованные лица со стороны заказчика, участвующие в бизнес-процессах, автоматизируемых информационной системой, включены в процесс работы над созданием и согласованием проектных документов

Уменьшение вероятности материализации данного комплаенс-риска требует определенного уровня зрелости в части управления коммуникациями проекта, а именно должен быть создан механизм управления, включающий в себя элементы, которые своевременно создают, собирают, распространяют, хранят, получают и используют информацию.

Риск отсутствия ключевых и квалифицированных специалистов на стороне заказчика

Для уменьшения вероятности материализации комплаенс-риска в тексте договора рекомендуется формализовать следующее условие: «Ответственность за действия заказчика, в том числе привлеченных заказчиком третьих лиц, несет заказчик».

Риск того, что будет реструктуризация заказчика, т. е. на стороне заказчика будут проведены изменения его организационной структуры, функциональных обязанностей, бизнес-процессов, локальных актов, финансово-экономической модели и др.

Для нивелирования комплаенс-риска рекомендуется включить реестр рисков в качестве приложения к договору, где следует указать, что ответственность за управление данным риском закреплена за заказчиком. В случае материализации комплаенс-риска также могут быть предусмотрены процедуры по изменению существенных и дополнительных условий договора.

Риск того, что подрядчик (исполнитель, поставщик) не исполнит свои обязательства, предусмотренные договором (например, невыполнение заявленных требований в срок либо невыполнение в полном объеме и др.)

Для увеличения лояльности заказчика и уменьшения вероятности материализации комплаенс-риска в части невыполнения подрядчиком заявленных требований в срок или работ в полном объеме в тексте договора рекомендуется зафиксировать порядок санкционирования добавлением следующего условия: «В случае невыполнения или несвоевременного выполнения работ в полном объеме заказчик вправе начислить подрядчику неустойку в размере 0,1 % от цены работ по соответствующему этапу за каждый день просрочки обязательств».

В части, касающейся качества работ, необходимо опираться на статью 723 ГК РФ, согласно которой в случаях, когда результат выполненной работы имеет ненадлежащее качество, заказчик вправе по своему выбору потребовать от подрядчика безвозмездного устранения недостатков в разумный срок, соразмерного уменьшения установленной за работу цены и/или возмещения своих расходов на устранение недостатков.

Риск того, что подрядчик (исполнитель, поставщик) будет утаивать информацию о реальном положении дел от заказчика и/или искажать ее

В соответствии со статьей 716 ГК РФ, подрядчик обязан немедленно предупредить заказчика и до получения от него указаний приостановить работу при обнаружении не зависящих от подрядчика обстоятельств, которые грозят годности результату выполненных работ либо создают невозможность завершения работ в срок. Информирование заказчика о реальном положении дел в ИТ-проекте является обязательством подрядчика, которое закреплено в действующем гражданском законодательстве.

Риск отсутствия общего видения конечного продукта у заинтересованных сторон

Уменьшение вероятности материализации комплаенс-риска требует определенного уровня зрелости в части управления коммуникациями проекта, а именно должен быть создан механизм управления, включающий структурные и инфраструктурные элементы, которые своевременно создают, собирают, распространяют, хранят, получают и используют информацию.

Риск того, что в процессе выполнения работ (оказания услуг, поставки товаров) подрядчик (исполнитель, поставщик) не сможет своими силами исполнить заявленные в договоре обязательства

Согласно статье 706 ГК РФ, если сделка требует от подрядчика выполнить работу лично, то подрядчик вправе привлечь к исполнению своих обязательств других лиц (субподрядчиков).

Риск выявления подрядчиком (исполнителем, поставщиком) скрытых, не обнаруженных на этапе планирования источников дополнительных затрат

В силу статьи 709 ГК РФ цена работы может быть твердой или приблизительной. Следовательно, для уменьшения вероятности материализации комплаенс-риска рекомендуется использование условий, с учетом которых цена будет рассчитываться на основании фактически израсходованных ресурсов подрядчика (Т&М).

Риск распространения сведений, порочащих деловую репутацию подрядчика (исполнителя, поставщика)

Согласно статье 152 ГК РФ деловая репутация признается нематериальным благом, защита которого гарантирована действующим законодательством, поэтому за распространение информации, которая порочит честь и достоинство, законодателем установлена гражданско-правовая, административная и уголовная ответственность.

Административным законом предусмотрена ответственность за оскорбление, т. е. унижение чести и достоинства, выраженное в неприличной форме (статья 5.61 КоАП РФ). Совершение указанного правонарушения влечет наложение административного штрафа.

Уголовным законом предусмотрено такое понятие, как клевета (статья 128.1 УК РФ), т. е. распространение заведомо ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию.

Риск нарушения исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности

Для увеличения лояльности заказчика и уменьшения вероятности материализации комплаенс-риска в тексте договора рекомендуется формализовать следующие условия:

а) подрядчик гарантирует заказчику, что на момент предоставления заказчику права использования результата выполненных работ, подрядчик будет являться его единственным правообладателем;

б) в случае претензий со стороны третьих лиц по вопросам авторских, патентных или любых иных прав на результат работ, подрядчик берет на себя обязательство самостоятельно урегулировать возникшие разногласия с третьими лицами и понести все расходы, необходимые для такого урегулирования, включая судебные издержки.

Риск взыскания правообладателем (автором) вознаграждения за использование его исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности

Ярким примером материализации данного комплаенс-риска является дело № 2-38/2019 (2-4158/2018) ~ М-608/2018, в котором рассматривался спор между программистом, создавшим программу «eLearning Metadata Manager», с одной стороны, и ООО «Интервим» и Veeam Software Group GmpH, с другой стороны. Согласно материалам дела после увольнения программист обнаружил, что в созданной им программе исчез знак охраны авторского права «©», что стало основанием для обращения в суд. Изучив обстоятельства дела, Приморский районный суд г. Санкт-Петербурга признал программиста автором программы «eLearning Metadata Manager», утвердил за ним исключительное право и взыскал в его пользу с ООО «Интервим» и Veeam Software Group GmpH по 1,6 млн. рублей. Кроме того, обе организации суд обязал выплатить 2,6 млн. рублей за воспроизведение программы, а Veeam Software Group GmbH уплатить еще 17,6 млн. рублей за предоставление коммерческого доступа к программе.

Уменьшение вероятности материализации комплаенс-риска возможно при повышении уровня зрелости в части управления договорами в проекте, в частности, договором отчуждения исключительного права, договором передачи исключительного права на основании лицензии, договором авторского заказа, трудового договора и др.

Риск того, что правообладатель (автор) запретит использовать результат интеллектуальной деятельности

В качестве примера материализация данного комплаенс-риска можно рассмотреть материалы дела № А40-202764/18-110-1552, согласно которым истец обратился в Арбитражный суд г. Москвы с требованием защитить его исключительные права и запретить ответчику использование специализированного медицинского мессенджера «Medsenger» для онлайн-взаимодействия врачей и пациентов.

Примером подобной ситуации является дело о плагиате программного кода (№ А60-27815/2012), в котором правообладатель программы «Аптека-Урал» обратился в суд с требованием запретить правообладателю программы «Quartfarm» распространение и использование каким-либо иным способом его программы. В ходе судебного разбирательства Арбитражный суд Свердловской области установил, что программа «Quartfarm» является результатом переработки программы «Аптека-Урал».

Показательным является дело № А40-117808/10-12-740, в котором истец просил суд взыскать с ответчика 1 485 497,00 рублей за нарушение исключительных прав на программу для ЭВМ.

Уменьшения вероятности материализации комплаенс-риска возможно при повышении уровня зрелости в части управления договорами в проекте, в частности, договором отчуждения исключительного права, договором передачи исключительного права на основании лицензии, договором авторского заказа, трудовым договором и др.

Риск невозможности признания исключительного права на результат интеллектуальной деятельности за правообладателем (автором)

Уменьшение вероятности материализации комплаенс-риска возможно при повышении уровня зрелости в части управления договорами в проекте, в частности, договором отчуждения исключительного права, договором передачи исключительного права на основании лицензии, договором авторского заказа, трудового договора и др.

Риск создания нежелательного производного произведения

В силу статьи 1259 ГК РФ производные произведения являются отдельными произведениями. Следовательно, исключительные права на результат интеллектуальной деятельности будут принадлежать субъекту, который будет перерабатывать (модифицировать) ранее созданную программу для ЭВМ, поэтому для нивелирования комплаенс-риска рекомендуется включить в текст договора следующее условие: заказчик не имеет права изменять любым способом переданную ему во владение программу для ЭВМ, например проводить декомпилирование, реассамблирование, реинжиниринг и иные другие переработки (модификации).

Риск ограничения для последующих sublicензионных договоров

Для уменьшения возможного материального ущерба от материализации данного комплаенс-риска в тексте договора рекомендуется предусмотреть штраф за несогласованное ограничение для последующих sublicензионных договоров.