

Лекции 10-12

Заключение сделок

Что такое договор?

- Под договором понимается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей.
- Наряду с термином «договор» могут использоваться слова «контракт», «соглашение», «сделка». Специфической смысловой нагрузки они не несут. Слово «контракт» является калькой от английского contract (договор). Слово «соглашение» используют чаще в случаях, когда стороны не устанавливают друг для друга обязательств финансового характера (например – Соглашение о конфиденциальности). Сделка, в соответствии с законодательством Республики Беларусь, является родовым понятием к термину «договор». Договор - это дву- или многосторонняя сделка. Примером односторонней сделки является представление банковской гарантии. Т.е. всякий договор – это сделка, но не всякая сделка – договор.

Как заключается?

- Договор заключается в письменной форме. Законодательство при определенных условиях допускает заключение договора в устной форме, но данные ситуации нехарактерны для IT-бизнеса. Договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (ст. 404 Гражданского кодекса Республики Беларусь). Однако, стороны, как правило, стремятся оформить договорные отношения путем оформления одного документа. Отсутствие договора в виде оформленного письменного документа на практике вызывает невозможность доказать наличие между сторонами договорных отношений.

- Лица, которые заключают договор, называются сторонами. Гражданское право использует различные термины для наименования сторон договора в зависимости от его вида (купля-продажа, подряд, лицензионный договор): продавец, заказчик, лицензиар и т.п.
- Формулировки договора должны быть однозначными.
- Договор должен учитывать требования законодательства

Договоры характерные для IT-бизнеса

- Все договоры, которые заключаются поставщиками IT-продукции, можно условно разделить на две группы: 1. Основные договоры. К ним относятся договоры, на основании которых поставщик IT-продукции получает доход. Основные договоры: куплипродажи, поставки, подряда, на выполнение НИОКР, на оказание услуг, лицензионный договор. 2. Договоры вспомогательного характера. Они сопровождают хозяйственную деятельность поставщика IT-продукции, но сами по себе дохода не приносят. Договоры вспомогательного характера: трудовые договоры, партнерские договоры, соглашения о неразглашении (конфиденциальности), соглашения о приеме на работу сотрудников (о непереманивании сотрудников), банковские договоры.

Основные договоры

- По договору купли-продажи одна сторона (продавец) обязуется передать имущество (вещь, товар) в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять это имущество и уплатить за него определенную денежную сумму (цену). В ИТ-сфере данный вид договора применяется в случае передачи некоторых материальных объектов (например, оборудования). Он может применяться для передачи программного обеспечения либо баз данных, но в таком случае предметом договора фактически является не само ПО (БД), а материальный носитель информации – инсталляционный диск.

- По договору поставки поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования их в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.
- Поставка – это разновидность купли-продажи. В области международной торговли для определения стандартных условий поставки разработаны и используются правила ИНКОТЕРМС (Incoterms, International commerce terms). Данные правила определяют термины, которые обозначают условия поставки в части следующих вопросов: распределение транспортных расходов между продавцом и покупателем; момент перехода с продавца на покупателя ответственности за товар; момент, который будет считаться датой поставки товара.

- По договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (Заказчика) определенную работу и сдать ее результат Заказчику в установленный срок, а Заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его (уплатить цену работы).

- По лицензионному договору сторона, обладающая исключительным правом на использование результата интеллектуальной деятельности (лицензиар), предоставляет другой стороне (лицензиату) разрешение использовать соответствующий объект интеллектуальной собственности.
- Разновидностью лицензионного договора является договор предоставления программного обеспечения для тестирования (передача demo и trialверсий). В данном случае правообладатель предоставляет права на использование программного обеспечения лицензиату на определенный период на безвозмездной основе.

Вспомогательные договоры

- Трудовые договоры принципиально отличаются от тех договоров, которые названы в группе «основных». Они оформляют трудовые отношения между работником и нанимателем, регулируются трудовым законодательством. Оформлением данных договоров занимается кадровая служба. В ИТ
- бизнесе трудовые договоры приобретают специфику за счет особенностей самой трудовой деятельности работников. В частности, в трудовые договоры могут включаться условия: о соблюдении конфиденциальности в отношении информации, полученной от нанимателя и от Заказчиков (в том числе спустя некоторое время после прекращения трудовых отношений); об отчислениях авторам за реализацию объектов авторского права, созданных в порядке выполнения трудовых обязанностей (за служебные произведения); о порядке патентования изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, созданных работником. От заключения трудовых договоров необходимо отличать договоры с так называемыми фрилансерами. Договор с фрилансером, как правило, определяет конкретный объем работ, который должен быть выполнен, и требования к результатам. Таким образом, он относится к категории договоров подряда.

- Партнерские договоры служат правовой формой одной из возможных моделей ведения ИТ-бизнеса, при которой разработка программного обеспечения, его продажа и внедрение осуществляются разными организациями. Для ИТ-бизнеса характерны три основных вида партнерских договоров: по передаче прав на программное обеспечение конечным пользователям; по внедрению программного обеспечения; по оказанию услуг.
- В основе партнерских договоров лежат отношения, характерные для лицензионного договора: обладатель каких-либо прав передает их другой стороне за плату.

- Соглашение о неразглашении (о конфиденциальности) является широко распространенным в практике ИТ-бизнеса. По данному договору одна сторона (раскрывающая информацию) предоставляет другой стороне информацию ограниченного доступа, а получившая данную информацию сторона обязуется сохранять ее в тайне от третьих лиц

Стороны в договоре

- Стороной в договоре могут выступать как физические, так и юридические лица. Применительно к основным видам договоров, заключаемых в ИТотрасли, стороной в договоре в основном являются юридические лица: ИТкомпания, с одной стороны, и потребители ИТ-услуг, продукции – с другой. Заключение данных видов договоров регулируется гражданско-правовым и международным законодательством. Заключение трудового договора и договора подряда с физическим лицом предполагает, что одной стороной выступает наниматель (ИТ-компания), а другой – работник (физическое лицо). Нанимателем может быть юридическое или физическое лицо, которому законодательством предоставлено право заключения и прекращения трудового договора с работником. Работником может выступать любое дееспособное физическое лицо, достигшее шестнадцатилетнего возраста, состоящее в трудовых отношениях с нанимателем на основании заключенного трудового договора. При этом с письменного согласия одного из родителей (усыновителя, попечителя) трудовой договор может быть заключен с лицом, достигшим четырнадцати лет, для выполнения легкого труда, не причиняющего вреда здоровью и не нарушающего процесса обучения.

Преамбула

- вводная или вступительная часть законодательного акта или договора. В преамбуле гражданско-правового договора указываются место и время его заключения, фирменные наименования сторон и местонахождение контрагентов, дается определение сторон как контрагентов
- Преамбула является вводной частью практически любого вида договора и содержит ряд элементов: наименование и номер договора; дату и место заключения; наименование сторон.

- Дата заключения договора позволяет определить начало и окончание срока его действия. Договор вступает в силу и становится обязательным для сторон с момента его заключения, а моментом его заключения в соответствии с действующим законодательством (ст. 403 ГК) является момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта. Таким образом, договор вступает в силу в момент его подписания последним из участников. Следовательно, особое внимание при оформлении договора надо уделять наличию даты под подписью уполномоченного представителя каждой стороны, так как именно более поздняя дата и будет определять момент заключения договора. При этом надо иметь в виду, что в тексте договора может быть определен срок его вступления в силу, не совпадающий с датой подписания договора.

- Место заключения договора, подобно дате его заключения, указывается, как правило, по тексту договора сразу после его наименования и номера. Согласно ст. 414 ГК, если в договоре не указано место заключения, он признается заключенным по месту жительства гражданина или месту нахождения юридического лица, направившего оферту. В соответствии с нормами действующего законодательства для некоторых типов договоров указание места заключения имеет существенное юридическое значение. Это положение касается в первую очередь внешнеторговых сделок: например, форма сделки должна соответствовать праву места ее совершения. Место заключения договора определяется путем указания какого-либо города или иного населенного пункта. На практике чаще всего местом заключения договора является место нахождения одной из сторон договора.

- В преамбуле договора определяются стороны, заключившие договор. Указание наименования сторон в договоре позволяет индивидуализировать юридическое и физическое лицо как участника договорных отношений. При этом указания производятся в полной форме, то есть без применения сокращенных наименований юридических лиц и инициалов физического лица. Далее приводятся условные наименования сторон, под которыми они в дальнейшем фигурируют в тексте договора. Например, «Исполнитель» («Поставщик») и «Заказчик» («Покупатель») и др. Это используется для того, чтобы в тексте договора каждый раз не указывать полное наименование сторон.

- Далее в преамбуле указываются фамилии, имена, отчества и наименования должностей лиц, подписывающих договор от имени сторон, и делается ссылка на документ, предоставляющий право подписания договора. Как правило, право заключать договоры на основании устава без доверенности принадлежит руководителям юридических лиц или исполняющим обязанности руководителя на время его отсутствия. В отношении иных должностных лиц компании (организации) должны быть выданы соответствующие доверенности на право заключения договоров за подписью руководителя или иного лица, уполномоченного на это учредительными документами, скрепленной печатью данной организации. Внутренними документами компании (организации) регламентируется право заключать сделки в зависимости от суммы и типа сделки. Следует отметить, что, учитывая персонализированный характер указанных данных, фамилии, имена, отчества рекомендуется указывать полностью

Язык договора

- Договаривающиеся стороны сами определяют, на каком языке (языках) составляется текст договора. По общему правилу договоры между субъектами хозяйствования Республики Беларусь составляются на русском или белорусском языке.
- Договоры с резидентами других стран могут составляться на языках обеих сторон. Однако стороны могут выбрать какой-либо другой язык или другие языки или же составить текст договора на третьем (нейтральном) языке.
- Стороны на стадии заключения договора могут определить одинаковую юридическую силу текстов договора либо приоритет одного языка.

Предмет договора

- Одним из наиболее значимых и ответственных моментов составления договора является определение предмета. Предметом договора могут быть вещи, недвижимость, денежные средства, ценные бумаги, имущественные права и другие объекты, касающиеся гражданских прав. Определение предмета является существенным условием договора и подлежит отражению в тексте любого договора. Без определения предмета невозможно установить в отношении каких объектов или действий стороны заключают сделку.

- Применительно к практике заключения договоров в ИТ-отрасли можно выделить три основные группы договоров, определение предмета которых является существенным: договоры купли-продажи, договоры подряда и лицензионные договоры.

- Предметом договоров купли-продажи (договоров поставки) являются материальные предметы (вещь, товар), которые одна сторона обязуется передать в собственность, хозяйственное ведение, оперативное управление другой стороне (покупателю), а покупатель обязуется принять это имущество и уплатить за него определенную денежную сумму. При этом необходимо указать конкретное имущество, которое передается покупателю, его название, количество, вес, место расположения либо нахождения. В этих целях составляется спецификация товаров, которая оформляется в виде приложения к договору и является неотъемлемой частью договора. В спецификации указывается состав поставляемого товара с разбивкой на комплектующие и иные характеристики, имеющие значение при оформлении сделки. В тексте договора делается ссылка на соответствующее приложение, содержащее спецификацию.

- К группе договоров подряда можно также отнести договоры возмездного оказания услуг и договоры на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ. Предметом данной группы договоров является выполнение определенных работ либо оказание услуг. При этом, так же как и при заключении договоров купли-продажи, составляется спецификация работ, в которой приводится детализация работ. В случае выполнения работ по этапам указывается срок выполнения этапов работ и стоимость каждого этапа

- Предметом лицензионных договоров является право использования соответствующих объектов интеллектуальной собственности, которое одна сторона (лицензиар) передает другой стороне (лицензиату) на определенных условиях. Условия использования передаваемых объектов интеллектуальной собственности должны быть оговорены сторонами и отражаются в тексте договора. Также может быть составлена спецификация объектов, на которые передается право использования.

- На практике часто встречаются смешанные типы договоров, по которым одновременно может передаваться имущество, выполняться работы или оказываться услуги. При определении предмета важным является указание места передачи материальных ценностей, выполнения работ или оказания услуг.
- Невыполнение вышеприведенных требований к правильному определению предмета договора и не полной его конкретизации в содержании договора может привести к возникновению спора и судебному разбирательству.

Срок исполнения договора

- Согласно действующему законодательству, установленный срок исполнения обязательств по договору определяется календарной датой или истечением периода времени, который исчисляется годами, месяцами, неделями, днями или часами. Течение срока, если он определен конкретной датой, начинается на следующий день после календарной даты.
- Также срок может определяться указанием на событие, которое должно неизбежно наступить. Однако, если событие не обладает качеством неизбежности наступления, такое положение в договоре не может определять срок договора.

- В зависимости от момента исполнения обязательств можно выделить следующие сроки: срок, определенный точной датой; срок, определенный периодом времени; разумный срок.

- Если срок установлен для совершения какого-либо действия в определенную календарную дату, то обязательство может быть выполнено до двадцати четырех часов последнего дня срока. Однако если это действие должно быть совершено в организации, то срок истекает в тот час, когда в этой организации по установленным правилам прекращаются соответствующие операции. Так, поставка товара может быть осуществлена до окончания времени работы склада организации-покупателя, при этом необходим запас времени для разгрузки и оформления принятия соответствующего товара.
- При исполнении обязательств, не связанных с передачей или поставкой материальных товаров, в последний день срока путем подачи письменных заявлений и извещений на почту, телеграф или в иное учреждение связи до двадцати четырех часов последнего дня срока работы считаются сделанными в срок.

- Срок исполнения договорных обязательств может быть определен сторонами с указанием периода времени. Это характерно для группы договоров подряда. Например, сторонами может быть установлен срок выполнения работ по разработке ПО 6 месяцев. Это означает, что исполнитель будет выполнять свои обязательства на протяжении установленного срока и в соответствии с условиями выполнения работ, если они прописаны в договоре.
- Окончание срока исполнения договорных обязательств, определенного периодом времени, устанавливается в последний день года, месяца или недели. Если последний день срока приходится на нерабочий день, днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день.

- В случаях, когда сторонами не установлен срок исполнения обязательств и договор не содержит условий, позволяющих определить этот срок, они должны быть исполнены в разумный срок после возникновения обязательства. При этом разумность срока определяется в зависимости от характера и содержания конкретного обязательства и определяется периодом време
- ни, обычно необходимым для совершения действия, предусмотренного обязательством. Законодательством также установлено, что обязательство, не исполненное в разумный срок, а равно обязательство, срок которого определен моментом востребования, исполнитель (поставщик) обязан выполнить в семидневный срок со дня поступления письменного требования заказчика о его исполнении, если обязанность исполнения в другой срок не вытекает из акта законодательства, условий обязательства или существа обязательства. К одним и тем же видам обязательств может быть применен различный разумный срок в зависимости от условий выполнения обязательств. Например, различия могут быть вызваны местом исполнения обязательств, способом исполнения и др. В случае спора сторон о просрочке исполнения обязательства, связанного с исполнением в разумный срок, окончательное решение принимает суд.

Досрочное исполнение договора

- Соглашением сторон может быть установлено право исполнителя (поставщика) о возможности досрочного исполнения обязательств. Это же положение подкрепляется и нормами законодательства, которыми установлено, что исполнитель вправе исполнить обязательство до срока, если иное не предусмотрено законодательством или условиями обязательства либо не вытекает из его существа. В таком случае заказчик вправе досрочно принять и оплатить выполненные работы либо поставляемый товар.

Цена договора. Договоры fixed-priced и T&M

- Изначально предполагается, что все договоры, заключаемые между организациями, являются возмездными, и, соответственно, они должны иметь цену. Законодательством напрямую запрещается заключать договоры дарения в отношениях между коммерческими организациями. Однако цена не является существенным условием большинства видов договоров, а, следовательно, можно заключать договор без указания стоимости товара или работ. Такая ситуация может быть вызвана, например, невозможностью определить стоимость на момент заключения договора. Но это не означает, что Заказчик не будет оплачивать товар или работы. В таких случаях, если цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги (ст. 394 ГК). При согласовании условий договора стороны могут также указать приблизительную цену с возможностью ее последующей корректировки

Валюта договора

- На практике чаще всего цена является «твердой» и выражается в денежных единицах. При расчетах между резидентами Республики Беларусь цена договора должна быть выражена в белорусских рублях (ст. 141, 298 ГК). Условиями договора может быть предусмотрено, что стоимость товара или работ подлежит оплате в белорусских рублях в сумме, эквивалентной определенной сумме в иностранной валюте или в условных денежных единицах («специальных правах заимствования» и др.). В этом случае подлежащая оплате в рублях сумма определяется по официальному курсу соответствующей валюты или условных денежных единиц на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законодательством или соглашением сторон. Использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории Республики Беларусь по обязательствам практически исключено и допускается в случаях, порядке и на условиях, определенных законодательством. При заключении договоров с иностранными компаниями для расчетов между сторонами может быть выбрана любая валюта, расчеты в которой не запрещены законодательством одной из сторон – участников договора и на которую у сторон имеется открытый банковский счет

Две модели договоров

- По форме определения стоимости договора, которые характерны для ИТ-отрасли, можно выделить две основные модели договоров: договоры с фиксированной ценой (fixed-price) и договоры «Время и материалы» (time and material T&M contracts).

- Модель договоров с указанием фиксированной цены может применяться для заключения всех видов договоров купли-продажи, лицензионных договоров, а также договоров подряда. Для договоров с фиксированной ценой характерно точное указание стоимости товара, лицензий или работ. При этом в спецификации должен быть точно определен объем поставляемого товара или указан полный перечень работ, которые будут выполняться в рамках заключаемого договора. Любые работы, выходящие за рамки оговоренных в спецификации, согласовываются сторонами и оплачиваются отдельно путем
- заключения нового договора между сторонами или подписания дополнительного соглашения к существующему договору.

- Особого внимания заслуживают договоры, заключаемые по схеме «time and material». Данная модель договоров характерна для группы договоров подряда. На стадии заключения договора стороны устанавливают стоимость работы специалиста за определенный промежуток времени, как правило, устанавливается стоимость нормо-часа или одного рабочего дня. При этом исполнителю следует учесть все возможные затраты на выполнение работ и включить их в оговариваемую стоимость. Если для выполнения работ необходимо командирование специалистов исполнителя, то условиями договора может быть предусмотрен порядок компенсации командировочных расходов. Для определения объемов выполнения работ Заказчиком составляется список задач, а Исполнителем предоставляется расчет времени, необходимого для их выполнения. После утверждения сторонами указанных документов Исполнитель привлекает специалистов соответствующей квалификации и приступает к реализации поставленных задач. Оплата за выполненные работы производится поэтапно на условиях, оговоренных в договоре.

Порядок расчетов

- Еще одним важным моментом, на который следует обратить внимание при заключении договора, является определение формы и способов взаиморасчетов между сторонами. При составлении договора необходимо прописать валюту платежа, указать условия проведения платежа и определить сроки оплаты.
- В соответствии с нормами законодательства оплата между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, практически во всех случаях проводятся в безналичном порядке (ст. 775 ГК). Безналичные расчеты проводятся через банки или небанковские кредитно-финансовые организации, в которых открыты соответствующие счета, если иное не вытекает из акта законодательства и не обусловлено используемой формой расчетов.

- Полная предоплата по договору характерна для договоров поставки товара, производителем которого не является поставщик. Но данный способ расчетов может быть применен и к договорам на выполнение работ, и к лицензионным соглашениям. В таком случае поставщик товара или исполнитель работ приступает к исполнению своих обязанностей после получения денежных средств на расчетный счет. Во многих случаях данный способ расчетов применяется для дополнительной «страховки» поставщика или исполнителя, если есть вероятность, что в будущем заказчик может отказаться от приемки товара или работ. Также полная предоплата применяется в случае отсутствия у поставщика собственных средств для проведения закупки товара и последующей поставки заказчику

- Наиболее распространенным способом взаиморасчетов между сторонами является частичная предоплата. Стороны самостоятельно устанавливают процентное соотношение суммы предоплаты и окончательного расчета. Обычно сумма предоплаты составляет 30–70% от суммы договора. При этом, так же как и в случае полной предоплаты, поставщик товара или исполнитель работ приступает к исполнению своих обязанностей после получения суммы предоплаты на расчетный счет. Условием проведения окончательного расчета является факт поставки или выполнения работ

- При проведении оплаты по факту поставки товара или выполнению работ основанием для взаиморасчетов сторон является подписанный акт приемки-передачи товара или акт выполненных работ, либо иной документ, прописанный в договоре, удостоверяющий факт исполнения обязательств поставщиком товара или исполнителем работ.

Ответственность сторон

- Гражданско-правовая ответственность устанавливает последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договорных обязательств, которыми нарушаются права и законные интересы одной из сторон договора.
- В зависимости от особенностей правоотношений сторон договора и типа договора различаются и виды ответственности за гражданские правонарушения. Наиболее распространенным видом является имущественная ответственность, которая применяется в большинстве гражданских правонарушений в отношениях между любыми субъектами гражданского оборота

- Основанием наступления договорной ответственности служит нарушение условий договора. Данный вид ответственности может устанавливаться и за нарушения условий договора, даже если законодательством такой вид ответственности не предусмотрен. Помимо этого, по соглашению сторон, размер ответственности за тот или иной вид нарушений может увеличиваться или уменьшаться в сравнении с размером, предусмотренным законом. Внедоговорная ответственность возникает при причинении имуществу потерпевшего вреда, не связанного с неисполнением или ненадлежащим исполнением нарушителем обязанностей, лежащих на нем в силу договора с потерпевшей стороной. Таким образом, основанием для применения внедоговорной ответственности является не нарушение условий договора, а соответствующий факт причинения вреда, который подлежит возмещению.

Процедуры разрешения споров, связанных с заключением и исполнением договоров

- В процессе исполнения обязательств по любому типу договоров нередко возникают спорные ситуации, которые приходится разрешать.
- Выделяется досудебный и судебный порядок разрешения споров. В большинстве случаев конфликтные ситуации разрешаются путем переговоров. Обычно в текст договора стороны включают пункт следующего содержания: В случае возникновения споров между ЗАКАЗЧИКОМ и ИСПОЛНИТЕЛЕМ по вопросам договора или в связи с ним стороны примут все меры к разрешению их путем переговоров.

- Еще одним способом досудебного разрешения конфликтных ситуаций между сторонами является обращение в третейский суд. При этом между сторонами договора должно быть заключено третейское соглашение, которое заключается в письменной форме в виде самостоятельного соглашения сторон о передаче на разрешение соответствующего третейского суда всех или отдельных споров, которые возникли или могут возникнуть из связывающего стороны правоотношения, или в виде третейской оговорки – отдельного положения, содержащегося в договоре. Решение третейского суда не является окончательным и может быть обжаловано несогласной стороной путем подачи в соответствующий суд заявления об отмене решения третейского суда.

- Если же возникшие споры или разногласия при помощи переговоров или третейского суда решить не удалось, то стороны имеют право обратиться в суд путем подачи искового заявления. Отказ от права на обращение в суд недействителен, даже если это прописано в тексте договора. Так, исковое заявление необходимо подавать в письменной форме, оно подписывается истцом или его представителем. Заметим, что при подаче иска следует помнить о претензионном сроке и сроке исковой давности. Так, претензионный срок устанавливается законом для урегулирования споров между сторонами и длится в течение гарантийного срока или срока годности. В случаях, когда эти сроки не установлены, – в течение двух лет. По общим правилам срок исковой давности составляет три года.