Konstrukce a právní aspekty SLA

In: **IT právo 2014: zmluvy a zmluvné vzťahy v IT**
Bratislava, 11. 6. 2014

Mgr. Ondřej Knebl, advokát

SLA - druhy

- *Service Level Agreement* (SLA) – Smlouva o úrovni poskytovaných služeb mezi poskytovatelem služeb ICT a zákazníkem
- *Operational Level Agreement* (OLA) – Smlouva/Dohoda o úrovni poskytovaných služeb mezi poskytovatelem služeb ICT a jeho částí (divizí, oddělením apod.)
- *Underpinning Contract* (UC) – Smlouva/Dohoda o úrovni poskytovaných služeb mezi poskytovatelem služeb ICT a jeho dodavatelem infrastruktury (subdodavatelem)

SLA - OLA - UC

Hlavní shodné znaky:

Jsou netypové (inominátní smlouvy)

Věcný rozsah (poskytování služeb)

Hlavní rozdíly:

Chybí „zákazník“ v pravém slova smyslu, tj. osoba s právní subjektivitou

Zpravidla postrádá peněžité sankce

Jiný charakter exitových možností, tedy ukončení smlouvy (není odstoupení, výpověď apod., řeší se direktivně, intraprocesně)

Odlišný způsob placení za služby

Právní režim SLA

- SLA je inominátní (netypová) smlouva – NOZ neobsahuje takový smluvní typ
- Obsah smlouvy určují sami její účastníci, kteří si upraví vzájemná práva a povinnosti, jež tvoří obsah smlouvy, která je právním důvodem jejich vzniku.
- Teprve není-li v určité otázce účastníky nic smluveno, použijí se na závazkový právní vztah, vzniklý z nepojmenované smlouvy, analogicky ta zákonná ustanovení, která upravují závazkový právní vztah obsahem a účelem nejbližší (tzv. *analogia legis*).
- Méně regulace formy v právních normách neznamená zpravidla více prostoru pro individuální tvorbu formy – zvýšené nároky na platnost a určitost smlouvy
- Zásada dispozitivnosti - je možné se ve smluvním ujednání odchýlit od zákonné úpravy, (i) pokud to zákon výslovně nezakazuje nebo (ii) pokud to neodporuje dobrým mravům, (iii) veřejnému pořádku či (iv) právům týkajícím se postavení osob nebo (v) práva na ochranu osobnosti.

Obsah SLA

- Název smlouvy – není podstatný, rozhodující je obsah smlouvy
- Smluvní strany – obchodní firma, sídlo, IČO, zápis v obchodním rejstříku
- Preambule – východiska, účel a cíle – význam pro výklad smlouvy a pro okolnosti uzavření
- Předmět – poskytování služeb a jejich úhrada
- Místo poskytování služeb
- Součinnost zákazníka – dlužník není v prodlení, je-li v prodlení věřitel
- Určení ceny za služby (*fixed time fixed price*, T&M) a její splatnost, bonusy, malusy
- Sankce za porušení povinností a liberace z odpovědnosti za porušení
- Změnové řízení, komunikace smluvních stran
- Důvěrnost informací – obchodní tajemství, důvěrné, utajované inf., os. údaje aj.
- Trvání smlouvy – doba určitá, neurčitá, prodlužování a ukončení smlouvy
- Řešení sporů ze smlouvy – eskalační řízení, arbitráž, obecné soudy
- Podpisy oprávněnými osobami
- Přílohy – vymezení pojmů, sledování, měření a vyhodnocování služeb apod.

SLA v komplexu jiných smluv

- Outsourcing
- Převzetí technologických prostředků zákazníka
- Převzetí personálu zákazníka – rizika z trvajících (pracovněprávních) závazků (benefitů) vůči přebíraným zaměstnancům, rizika odbornostní, rizika stereotypu firemní kultury
- Převzetí smluvních závazků (stávajících smluv – cese a intercese vs. Převod smlouvy)
- Moratoria na převzatá aktiva (nemožnost nakládání s nimi po určitou dobu)
- Ustanovení navazující na dřívější smluvní vztahy (vybudování díla – implementace apod.)
- Související smlouvy – hierarchie smluv (hlavní/rámcová smlouva, dílčí/prováděcí smlouvy)

SLA a obchodní podmínky

- Lze sjednat režim obchodních podmínek - musí být oběma stranám známé, což zpravidla předpokládá jejich přiložení k návrhu smlouvy
- Uzavírají-li spolu smlouvu podnikatelé, mohou část obsahu smlouvy určit pouhým odkazem na obchodní podmínky vypracované odbornou či zájmovou organizací.
- Pokud se strany ve smlouvě dohodly na odchylce od obchodních podmínek, má přednost jejich ujednání.
- Obecně však NOZ stanoví, že ustanovení obchodních podmínek, která druhá strana nemohla rozumně očekávat, jsou neúčinná, ledaže s nimi tato strana výslovně souhlasila. Při posuzování přípustnosti ujednání je třeba přihlížet nejen k jeho obsahu, ale i ke způsobu vyjádření (např. velikost písma, umístění v textu apod.).
- NOZ umožňuje stranám, aby si již při uzavírání smlouvy sjednaly možnost jednostranné změny obchodních podmínek, pokud je již v této chvíli zřejmé, že pozdější změna může být potřeba. Podmínkou platnosti ujednání je, že druhá strana bude mít možnost změny odmítnout a závazek z tohoto důvodu vypovědět (tzv. ultimativní změna smlouvy).

Služby v SLA

- Z hlediska právního není jednotná definice, co se rozumí „službou“, termín užit ve veřejnoprávním smyslu (např. sociální služby), tak i soukromoprávním (živnostenské služby apod.)
- Pojem služby je vícevýznamový - nejčastěji vymezena negativně – není dodávka nebo poskytnutí práva (např. licence) nebo stavební práce (ZVZ) – jako určitá činnost prováděná za úplatu, výsledkem je „užitečný efekt“ nikoli hmotný statek; neskladovatelné, nedělitelné, nehmotné
- Typické ICT služby popsané v SLA – datové, hlasové, infrastrukturní – zajištění provozu, služby podpory a údržby
- Vytvoření tzv. katalogu služeb

Key Performance Indicators

- Klíčové ukazatele služeb (KPI, *key performance indicators*)
- Definice KPI – jaké parametry se budou sledovat – podporující cíle služby - přesnost vymezení je rozhodující pro určení práv a povinností stran
- Výchozí nastavení hodnot KPI – kalibrace v dalším období – změnové řízení
- Způsob měření KPI – objektivnost a transparentnost (termíny, zúčastněné osoby, vlastnictví či držba měřících prostředků, kontrolní měření)
- Způsob vyhodnocení KPI – schvalování (termíny, zúčastněné osoby), schválené automatizované prostředky
- Důsledky spojené s nedosažením stanovených parametrů – sleva z ceny, sankce
- Úprava hodnot KPI do budoucna – změnové řízení, nový dodavatel
- Ukončení SLA, pokud není dosahováno jejích cílů (vč. dosahování cílových hodnot KPI)

KPI – terminologie

- Doba poskytování služeb – 24x7, 10x5, 8x5
- Doba odezvy (*response time*) – přijetí oznámení o incidentu, případně okamžik zahájení řešení incidentu
- Doba nástupu - okamžik zahájení řešení incidentu – vzdáleně nebo fyzicky
- Doba opravy (*repair time/fix time*) – okamžik vyřešení incidentu
- Doba zřízení – okamžik zahájení poskytování nové nebo změněné služby
- Dostupnost + vymezení provozní doby a sledovaného období
- Incident – reportovaná událost, někdy výraz pro vadu poskytování služby; kategorie incidentů (priority)
- Odstávka – plánovaná, neplánovaná – obvykle není měřena jako nedostupnost
- Okamžik nahlášení incidentu – někdy též automatické měření
- Spolehlivost (četnost incidentů) – parametr nezávislý na samotném řešení incidentů
- Závada/porucha – pojem shodný nebo odlišný od incidentu

Sankce v SLA

Různý účel, funkce a cíle - penalizující (trest), uhrazovací (kompenzační), ale též preventivní (motivační)

- Smluvní pokuta
- Náhrada škody
- Úrok z prodlení

Vs.

- Penále
- Peněžitý trest
- Náhrada nákladů

Úrok z prodlení vs. smluvní pokuta

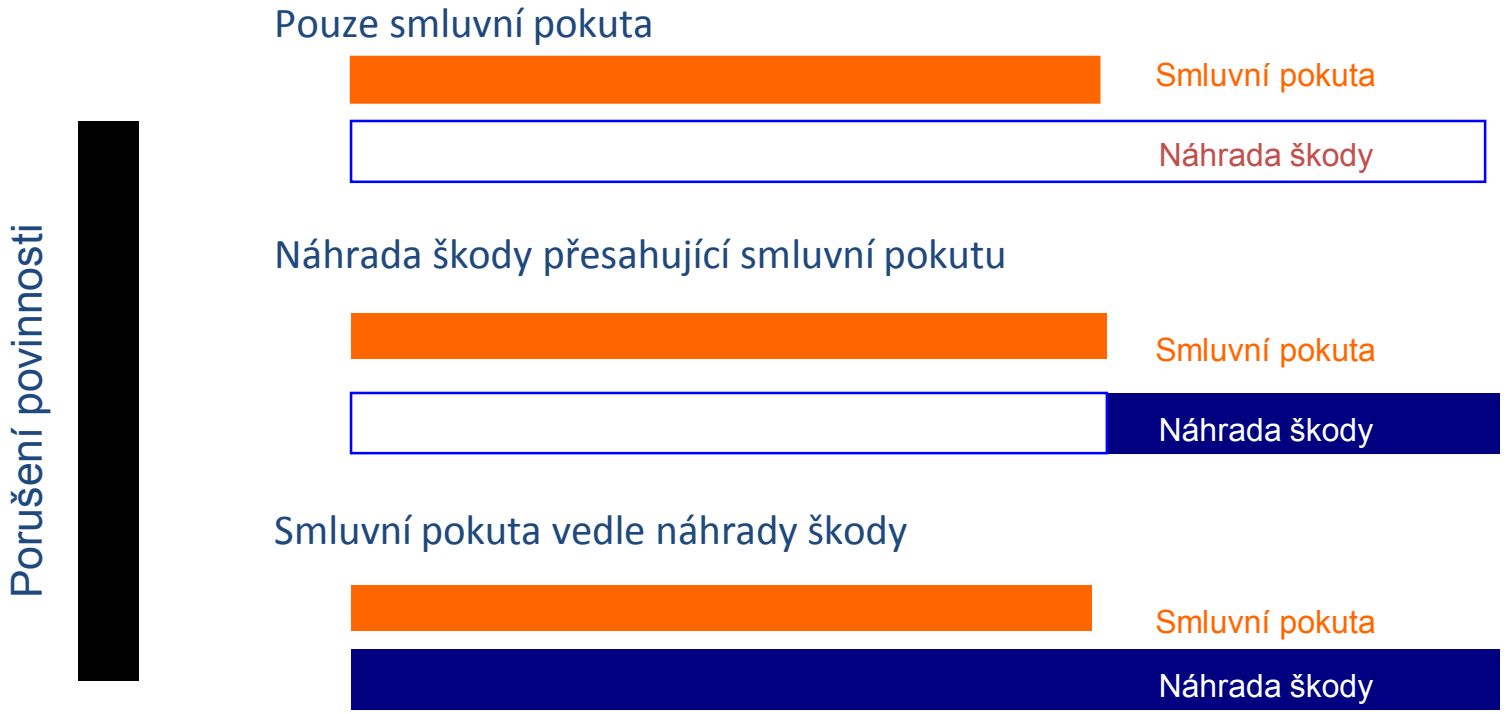
- Výše úroku z prodlení odpovídá ročně výši repo sazby stanovené Českou národní bankou pro první den kalendářního pololetí, v němž došlo k prodlení, zvýšené o 8 procentních bodů (nař. vl. 351/2013 Sb.). Novinka – dříve šlo o poslední den kalendářního pololetí, které předchází kalendářnímu pololetí, v němž došlo k prodlení, a do 30.6.2009 se určovala dynamicky - v každém kalendářním pololetí, v němž trvá prodlení dlužníka, je výše úroků z prodlení závislá na výši repo sazby stanovené ČNB platné pro první den příslušného kalendářního pololetí, do 27.4.2005 byl dvojnásobek diskontní sazby ČNB.
- Mezi smluvní pokutou a úrokem z prodlení existuje několik zásadních rozdílů:
  - Nárok věřitele na úrok z prodlení vzniká ze zákona a jen v souvislosti s nezaplacením peněžité pohledávky. Není tudíž nutné jeho sjednání – sjednáním se nahrazuje zákonný úrok z prodlení.
  - Smluvní pokutu si strany sjednávají a může se vztahovat na porušení jakékoliv povinnosti.

- Sjednají-li si strany pro případ prodlení se splněním peněžitého závazku smluvní pokutu, pak dlužník musí, jestliže tento závazek včas a řádně nesplní, zaplatit nejen smluvní pokutu, ale i úroky z prodlení.
- Není moderační právo soudu, nepřiměřeně sjednaný úrok z prodlení může stihnout případně neplatnost (vs. smluvní pokuta, kde jen část).
- Věřitel má právo na náhradu škody vzniklé nesplněním peněžitého dluhu jen tehdy, není-li kryta úroky z prodlení.

Smluvní pokuta

- Ujednají-li strany pro případ porušení smluvené povinnosti smluvní pokutu v určité výši nebo způsob, jak se výše smluvní pokuty určí, může věřitel požadovat smluvní pokutu bez zřetele k tomu, zda mu porušením utvrzené povinnosti vznikla škoda.
- Smluvní pokuta může být ujednána i v jiném plnění než peněžitém.
- Není již obligatorní písemná forma.
- Zaplacení smluvní pokuty nezbavuje dlužníka povinnosti splnit dluh smluvní pokutou utvrzený.
- Moderační právo soudu - nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu může soud na návrh dlužníka snížit s přihlédnutím k hodnotě a významu zajišťované povinnosti až do výše škody vzniklé do doby rozhodnutí porušením té povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta. K náhradě škody, vznikne-li na ni později právo, je poškozený oprávněn do výše smluvní pokuty.

Vztah smluvní pokuty a náhrady škody



Sankce v SLA – náhrada škody

Podmínky uplatnění náhrady škody

- Porušení povinnosti
- Vznik škody
- Příčinná souvislost mezi porušením povinnosti a vznikem škody

- Povinnosti k náhradě se škůdce zprostí, prokáže-li, že mu ve splnění povinnosti ze smlouvy dočasně nebo trvale zabránila mimořádná nepředvídatelná a nepřekonatelná překážka vzniklá nezávisle na jeho vůli.

- Překážka vzniklá ze škůdcových osobních poměrů nebo vzniklá až v době, kdy byl škůdce s plněním smluvené povinnosti v prodlení, ani překážka, kterou byl škůdce podle smlouvy povinen překonat, ho však povinnosti k náhradě nezprostí.

- Moderační právo soudu, nejde-li o úmyslnou škodu, nebo způsobil-li škodu ten, kdo se hlásil k odbornému výkonu jako příslušník určitého stavu nebo povolání, porušením odborné péče.

Náhrada škody - předsmluvní odpovědnost

- Předstíraný úmysl uzavřít smlouvu – "jednání na oko„ - kdo z vlastní iniciativy zahájil jednání o smlouvě, nebo v takovém jednání pokračuje, aniž má skutečně v úmyslu smlouvu uzavřít, je odpovědný za škodu vzniklou v důsledku toho, že ke vzniku závazku nedošlo.
- Bezdůvodné neuzavření smlouvy „za pět minut dvanáct“ - nárok vznikne za předpokladu, že již jednání stran dospělo do takové fáze, kdy se uzavření smlouvy jevilo jako vysoce pravděpodobné. Výše náhrady omezená částkou, která odpovídá ztrátě z neuzavřené smlouvy v obdobných případech. Přitom není nutné prokázat ztrátu z neuzavření konkrétní smlouvy. Oproti současné soudní praxi, která poškozenému přiznává pouze nárok na náhradu nákladů, NOZ připouští i vznik nároku na náhradu ušlého zisku.
- Nesplnění informační povinnosti sdělit si v průběhu procesu uzavírání smlouvy veškeré skutkové i právní okolnosti, které jim jsou nebo musí být známy, tak aby se obě mohly přesvědčit o možnosti uzavřít platnou smlouvu.
- Porušení ochrany důvěrných údajů, které strany získaly při jednání o smlouvě – strana je povinna smluvnímu partnerovi vydat to, oč se tímto jednáním obohatila; vedle toho bude mít poškozená strana při splnění obecných podmínek i nárok na náhradu újmy.

Limitace sankcí

- Náhrada škody - dřívější úprava:
  - Hradí se jen předvídatelná škoda - § 379 ObchZ
  - Spornost limitace náhrady škody - § 386 ObchZ - před porušením povinnosti, z něhož škoda může vzniknout, se nelze práva na náhradu škody vzdát (obdobně § 574 ObčZ - vzdát se dohodou práva, které může v budoucnosti teprve vzniknout, je neplatné)

  NOZ:
  - Je již možné limitovat náhradu škody, ovšem nikoli způsobenou úmyslně či z hrubé nedbalosti.
  - Oznámí-li někdo, že svoji povinnost k náhradě újmy vůči jiným osobám vylučuje nebo omezuje, nepřihlíží se k tomu. Učiní-li to však ještě před vznikem újmy, může být takové oznámení posouzeno jako varování před nebezpečím.

- Limit celkových nebo některých smluvních pokut je třeba ve smlouvě sjednat

- NOZ limituje úroky do výše jistiny, ledaže jsou zažalovány

Součinnost objednatele

Právní podstatou je zamezit odpovědnosti za prodlení strany v případě prodlení druhé strany

- Zajištění organizačně-administrativní bezpečnosti (fyzický přístup)
- Zajištění prostředí pro provoz – klimatizace, EZS, energie
- Zajištění datové a internetové konektivity
- Řešení vztahu k jiným dodavatelům (Service Desk)
- Autorskoprávní zajištění přístupu dodavatele k systému

Spory z SLA

- Smírné řešení – eskalace na úrovni projektových týmů a řídících pracovníků
- Sporné řešení
- – arbitrážní řízení – ad hoc, stálý rozhodčí soud – rozhodčí doložka ve smlouvě
- - obecné soudy
- Mediační řízení

- Základem úspěchu v případě sporu je (i) srozumitelné SLA a (ii) řádně vedená dokumentace žalující (či žalovanou) stranou

SLA – Změna smluvních stran

- NOZ výslovně umožňuje tzv. globální cesi - nově připouští, aby si jedna ze stran smlouvy vyměnila své postavení s třetí osobou, pokud s tím ovšem smluvní partner souhlasí.
- Tato záměna osob je možná jen, pokud zatím nedošlo ke splnění závazku
- Do konce roku 2013 - strany měly možnost převést jen svá práva (pohledávku), nebo jen své povinnosti, které jim ze závazku plynou (dluh) na jinou osobu.

- Lze postoupit soubor více pohledávek současných i budoucích (určitého druhu nebo z téhož titulu).
- NOZ k postoupení pohledávky nutně nevyžaduje písemnou formu smlouvy, lze však doporučit

SLA – Spravedlivé řešení změny poměrů

- *Pacta sunt servanda vs. Hardship Clause*
- Dojde-li ke změně okolností tak podstatné, že změna založí v právech a povinnostech stran zvlášť hrubý nepoměr znevýhodněním jedné z nich buď neúměrným zvýšením nákladů plnění, anebo neúměrným snížením hodnoty předmětu plnění, má dotčená strana právo domáhat se vůči druhé straně obnovení jednání o smlouvě, prokáže-li, že:
  - změnu nemohla rozumně předpokládat ani ovlivnit a že
  - skutečnost nastala až po uzavření smlouvy, anebo se dotčené straně stala až po uzavření smlouvy známou.
- Uplatnění tohoto práva neopravňuje dotčenou stranu, aby odložila plnění.
- Právo dotčené straně nevznikne, převzala-li na sebe nebezpečí změny okolností.
- Soud do 2 měsíců od zjištění změny rozhodne o úpravě závazku a není přitom vázán návrhem stran

Zahájení a ukončení SLA

- Platnost (neplatnost) a účinnost smlouvy
- Odkládací a rozvazovací podmínky účinnosti smlouvy

- Ukončení účinnosti SLA
- Splnění závazků – pro SLA netypické, jde většinou o smlouvu na dobu neurčitou
- Uplynutí času – řádově několik let, může být prodloužena
- Dvoustranná dohoda o ukončení – vypořádání závazků
- Jednostranné ukončení – odstoupení, výpověď

Jednostranné ukončení SLA

- Důvody pro odstoupení
- Jen ze zákona nebo z důvodů stanovených ve smlouvě
- Porušení povinnosti – podstatné, nepodstatné, zmaření účelu smlouvy
- Odstupující – strana, která neporušila povinnosti, pro které je sjednána možnost odstoupení
- Účinnost odstoupení – doručením odstoupení

- Důvody výpovědi
- Lze sjednat ve smlouvě (u typových smluv stanoví i příslušná ustanovení o smluvním typu)
- Smlouva na dobu určitou a neurčitou – výpovědní doba (opakující se plnění – 3 měsíce předem ke konci čtvrtletí)
- Účinnost výpovědi – uplynutím výpovědní doby

Děkuji za pozornost.

Mgr. Ondřej Knebl, advokát a partner

HVH LEGAL advokátní kancelář s. r. o.

Husinecká 808/5, **Praha**
Masarykova 8/10, **Brno**

Email: **knebl@hvhlegal.cz**