

Форс-мажор в договорах під час війни в Україні

Вступ

1. Як виконувати договори в умовах війни
2. Якщо виконати договір неможливо
3. Як захистити себе від невиконання договору
4. Як формулювати застереження про форс-мажор

В

Російська агресія та бойові дії на території України вносять критичні корективи в договірні відносини як в українському, так і міжнародному бізнесі. Українські компанії та їх іноземні контрагенти на практиці зіткнулися з низкою питань, які раніше вважалися виключно теоретичними. Наразі вони стали критично важливими для збереження вже існуючих ділових відносин, а також для встановлення нових.

1. Як виконувати договори в умовах війни в Україні

Порядок виконання договорів під час війни в Україні залишається базово незмінним. Проте слід врахувати певні особливості, зумовлені загрозами воєнного часу. Серед них:

- можливі труднощі в комунікації (листування, фіксація отримання контрагентом повідомлень тощо);
- можливі труднощі з логістикою (шляхи поставок, місця зберігання, банківські транзакції);
- можливі санкції щодо учасників логістичних або розрахункових ланцюжків (транспортні компанії, зафрахтовані судна, які належать підсанкційним компаніям, можуть не допускатися в порти, банки отримувачів або платників);
- можливі торгові обмеження (заборона експорту певних категорій товарів).

Розуміючи такі особливості слід проаналізувати та частково спрогнозувати можливість належного виконання укладених договорів.

Це дозволить:

- скоригувати структуру операції за договором таким чином, щоб мінімізувати ймовірність настання обставин, які можуть завадити виконанню договору (змінити платіжні реквізити на банки, які не пов'язані з підсанкційними особами, переорієнтувати логістичні ланцюжки);
- внести зміни до договорів щодо форс-мажорних обставин (це критично важливо, наприклад, для договорів, які регулюються англійським правом – в англійській правовій доктрині механізм звільнення від відповідальності за договорами застосовується тільки якщо він прописаний в договорі);
- визначити контрагентів – учасників логістичних ланцюжків, які є

необхідними для виконання договору. Якщо невиконання зобов'язань ними поставить під загрозу виконання договору (перевізники, які оперують в зоні бойових дій, постачальники запчастин або компонентів, що знаходяться в зоні ризику), то такі обставини треба також включити до форс-мажору;

- визначити договори, виконання яких вже зараз під загрозою або неможливе (знищені склади або товар, введені обмеження на експорт товару, заблоковані порти, контрагент потрапив під санкції).

Щодо тих договорів, виконання яких вже зараз не є можливим або потенційно знаходиться під загрозою, потрібно підготуватися до застосування застережень про форс-мажор.

2. Що робити, коли виконати договір неможливо

Очевидно, що війна в Україні та її наслідки є і найближчим часом будуть причиною невиконання або неналежного виконання договорів багатьма українськими компаніями, а також їх іноземними контрагентами. В таких випадках слід застосувати застереження про форс-мажор як інструмент кризового регулювання договірних відносин.

Обставини, які можуть бути розцінені як форс-мажор в умовах війни в Україні, включають не тільки власне бойові дії та пов'язані з ними безпекові обмеження та наслідки (наприклад, бойові дії на території, де знаходяться виробничі потужності або склади, знищення виробничих потужностей або врожаю під час боїв, пролягання шляхів поставки через окуповані території або зони бойових дій, блокування портів, загроза життю персоналу). Вони також включають, зокрема:

- торгові обмеження, встановлені державою (наприклад, встановлення обмежень щодо експорту зернових з України, фіксація цін на окремі групи товарів);
- санкції, застосовані до сторін договору або до учасників логістичних та комерційних ланцюжків (наприклад, арешт кораблів, які належать підсанкційним юридичним особам, обмеження банківських розрахунків, заморожування коштів);
- зобов'язання перед державою, зумовлені військовим станом (мобілізація працівників і техніки).

Необхідно розуміти, що саме по собі існування таких обставин не є підставою для застосування застереження про форс-мажор. Для звільнення від відповідальності за невиконання зобов'язань потрібно, щоб обставини відповідали наступним кваліфікаційним ознакам:

- щоб така обставина була непередбачуваною в момент укладення договору;
- щоб настання такої обставини знаходилося поза контролем сторін договору;
- щоб наслідки або вплив такої обставини було неможливо уникнути або вирішити;
- щоб такі обставини належали до форс-мажорних обставин згідно з договором або законодавством;
- щоб існував причинно-наслідковий зв'язок між обставинами та неможливістю виконання договору;

- щоб існувало конкретне зобов'язання, яке підлягає виконанню під час існування таких обставин (настав або повинен настати строк поставки або виплати).

Не всі обставини, які унеможливають виконання зобов'язань, можливо віднести до форс-мажору. Є також обставини, які належать до комерційного ризику і не можуть вважатися форс-мажором, наприклад:

- порушення зобов'язань контрагентами постраждалої сторони;
- відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язань товарів;
- відсутність у боржника необхідних коштів.

В умовах війни в Україні ці обмеження повинні застосовуватись із обережністю. З одного боку, деякі з них повинні бути віднесені до форс-мажору (наприклад, невиконання зобов'язань критичними для бізнес-схеми контрагентами також може бути спричинене форс-мажорними обставинами). Але з іншого – війна створює нову бізнес-реальність, в якій деякі непередбачувані раніше ризики стають щоденними і передбачуваними комерційними реаліями (економічний спад, інфляційні ризики). Треба пам'ятати, що бізнес є частиною глобальної або регіональної логістики, компоненти якої також можуть зникнути із об'єктивних причин і призвести до невиконання зобов'язань.

Форс-мажорні обставини не мають заздалегідь встановлений характер. Сторона договору, яка посилається на такі обставини, повинна довести їх існування, відповідність критеріям форс-мажорних обставин, а також зв'язок між ними та невиконанням договору.

Необхідність доведення форс-мажорних обставин не виключає того, що їх існування може бути засвідчено відповідним компетентним органом.

В Україні наявність форс-мажорних обставин засвідчується Торгово-промисловою палатою України та уповноваженими нею регіональними торгово-промисловими палатами шляхом видачі сертифіката. Слід мати на увазі, що компетенція регіональних Торгово-промислових палат України є обмеженою – наприклад, вони не можуть видавати сертифікати щодо зовнішньоекономічних контрактів.

Варто заздалегідь підготуватися до застосування застереження про форс-мажор за тими договорами, які знаходяться в зоні ризику.

Для цього потрібно:

- внести до договорів із зони ризику положення про форс-мажор або доповнити існуючі;
- тверезо оцінити діючі засоби комунікації (наприклад, листування та отримання підтверджень про вручення є неефективним в умовах війни);
- скоригувати умови застережень про форс-мажор таким чином, щоб не потрапити під обмеження щодо комерційних ризиків (наприклад, якщо порушення учасником логістичного ланцюжка своїх зобов'язань відбулося внаслідок форс-мажору і це в свою чергу є причиною невиконання договору);

- оцінити можливості збору інформації та підтверджуючих документів, необхідних для доведення існування форс-мажорних обставин та їх причинно-наслідкового зв'язку з невиконанням зобов'язання за договором.

Якщо ж настав строк виконання зобов'язання за договором, а виконати його неможливо з причин настання форс-мажорних обставин, то треба врахувати наступне.

Перше і основне, що треба мати на увазі, це те, що форс-мажорні обставини не звільняють від виконання зобов'язання. Компанія може бути звільнена від відповідальності за невиконання або неналежне виконання таких зобов'язань. При цьому таке звільнення встановлюється тільки на час існування форс-мажорних обставин або на інший час, встановлений договором або законодавством, що регулює такий договір.

Друге, що треба врахувати, це те, що застосування механізму застереження про форс-мажор є юридично окремою процедурою.

Зокрема, коли мова йде про договори, які регулюються законодавством України, не треба плутати форс-мажор з істотними змінами обставин в договорі. Істотні зміни обставин в договорі є особливою категорією непередбачених обставин, при настанні яких (на відміну від форс-мажору) належне виконання договору можливе, але в силу їх непередбачуваності є суттєво ускладненим. Якщо сторони не досягнуть згоди щодо приведення договору у відповідність із обставинами, що істотно змінилися, договір може бути розірваний або змінений за рішенням суду. Зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах. У разі істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору, договір може бути змінений або розірваний за згодою сторін.

Стосовно договорів, які регулюються правом Англії, також треба розрізняти форс-мажор і фрустрацію. Концепція фрустрації означає непередбачувану подію, яка:

- робить виконання договору неможливим, або
- радикально змінює зобов'язання сторін.

У цьому випадку договір припиняє дію і сторони звільнюються від зобов'язань. Фрустрація реалізується в судовому порядку і є досить складним правовим механізмом у сенсі доведення.

Третьою важливою особливістю є необхідність чіткого виконання процедури, передбаченої договором або законодавством для випадків настання форс-мажору.

Наприклад, згідно типових положень про форс-мажор, передбачених контрактами GAFTA 78UA, процедура передбачає:

- встановлення події «форс-мажор», яка означає одну з перерахованих обставин: заборону експорту в тому числі часткову,
- блокада,

- акти тероризму,
- військові дії,
- страйк,
- громадянські заворушення,
- поломки техніки,
- пожежі,
- обмерзання,
- «Діяння Господні» (ця концепція, прийнята в англійському праві, означає, зазвичай природні та інші явища, апіорі непідконтрольні людині),
- непередбачувані і неминучі перешкоди для перевезення,
- будь-яку іншу подію, яка може бути розцінена як «форс-мажор».

якщо форс-мажор є причиною неможливості виконання договору продавцем, то договір призупиняється на час існування форс-мажору за умови, що продавці повідомлять покупців протягом 7 днів із дня настання такої події поспіль або не пізніше, ніж за 21 днів до початку періоду доставки;

якщо форс-мажор триває 21 день поспіль після закінчення періоду поставки, покупці мають можливість скасувати невиконану частину договору, повідомивши про це продавців не пізніше першого робочого дня після закінчення 21-денного періоду;

якщо цей варіант припинення зобов'язань не застосований покупцем, то договір залишається в силі на додатковий період тривалістю 14 днів;

якщо форс-мажор припинився до розірвання договору, необхідно негайно повідомити іншу сторону. У такому разі строк поставки продовжується на час, який залишався у постраждалої сторони для виконання зобов'язань до настання форс-мажору;

якщо на момент форс-мажору до закінчення строку поставки залишалось 14 днів або менше, то після припинення форс-мажору термін поставки продовжується ще на 14 днів.

Процедура застосування застережень про форс-мажор може мати різну структуру в залежності від домовленості сторін договору. Але базовим її елементом завжди залишається порядок сповіщення контрагента та підтвердження існування форс-мажорних обставин. Важливість сповіщень полягає в тому, що від моменту цих сповіщень відраховуються всі процедурні строки – як строки відстрочки виконання зобов'язань, так і строки для розірвання договору сторонами.

Іншим базовим принципом застосування застережень про форс-мажор є необхідність підтвердження настання форс-мажорних обставин. Контрагент має право вимагати письмові докази цього. Сторона ж, яка посилається на форс-мажорні обставини, повинна своєю чергою довести їх настання та вплив на можливість виконання нею договору. У разі ненадання таких доказів, постраждала сторона може втратити право посилатись на форс-мажор.

Однією з можливостей підтвердження форс-мажору є сертифікат ТТП палати України.

3. Як захистити себе від невиправданого невиконання договору

Настання форс-мажорних обставин, серед іншого, може бути використане

непорядним контрагентом для уникнення виконання зобов'язань за договором. Щоб захистити себе від таких дій, необхідно звернути увагу на наступне:

- підтвердження факту існування форс-мажорних обставин (наприклад, наявність сертифікату ТТП України. При цьому, сертифікат повинен бути виданий уповноваженою ТТП – регіональні торгово-промислові палати не можуть видавати сертифікати щодо зовнішньо економічних договорів);
- зв'язок між форс-мажорними обставинами та спроможністю постраждалої сторони виконати зобов'язання за договором (наприклад, якщо на сході України йдуть бойові дії, порти заблоковані, але договір передбачає поставку товару залізничним транспортом, а сам товар знаходиться на складах поза зоною військових дій і не підпадає під експортні обмеження – то факт бойових дій на території України не буде вважатися підставою для відстрочки виконання зобов'язання на підставі форс-мажору);
- дотримання процедур застосування застережень про форс-мажор (строки сповіщення про такі обставини, порядок таких сповіщень, терміни відстрочки, які можуть бути застосовані за відповідними застереженнями).

4. Як формулювати застереження про форс-мажор в договорах

Головною передумовою для ефективного застосування застереження про форс-мажор є чітке та правильне їхнє формулювання в договорах. При цьому, таке формулювання має не тільки забезпечити ділові операції, але й не перешкоджати нормальному проведенню ділової операції.

Зазвичай, в договорах застереження про форс-мажор має лише формальний характер. Такі застереження не дозволяють визначити цілий ряд критичних питань (наприклад, протягом якого часу сторона, яка не може виконати зобов'язання через обставини непереборної сили, повинна повідомити про це іншу сторону; який порядок та в якій формі має бути здійснене таке повідомлення; які наслідки неповідомлення іншої сторони про випадок форс-мажору; яким чином необхідно підтверджувати факт настання обставин непереборної сили).

Тож під час укладення договору сторонам варто окрім обставин, які вважаються форс-мажорними, передбачити в договорі також детальну процедуру інформування (телефонний дзвінок, месенджер, електронна пошта, офіційний лист та ін.) іншої сторони про настання таких обставин, а також передбачити наслідки недотримання цієї процедури.

Крім того, у контрактах з іноземними компаніями важливо детально описати обставини, які можуть вважатися форс-мажором. Справа в тому, що, наприклад, англійське право не містить законодавчо визначених форс-мажорних обставин. Тому сторони, повинні детально визначити їх перелік і критерії визначення в договорах між собою.

З огляду на фактичну ситуацію в Україні, при формулюванні опису форс-мажорних обставин, необхідно:

- деталізувати визначення війни як форс-мажорної обставини. Традиційного визначення війни може бути недостатньо, враховуючи сучасні гібридні форми агресії. Наприклад, необхідно зазначити, що «війною» є не тільки

стан, коли війна є офіційно проголошеною, але і ведення бойових дій нерегулярними та неідентифікованими військовими формуваннями, вторгнення без оголошення війни, військові операції тощо (наприклад, в міжнародно-правовому сенсі війна між Україною та Росією не була проголошеною, але є факт вторгнення, бойових дій і окупації);

- врахувати новітні способи ведення війни – кібератаки, дезінформаційні операції, локальні диверсійні акти;
- зазначити, що військові дії також будуть вважатися форс-мажором, якщо матеріально впливають на виконання зобов'язань на територіях, інших, ніж території фактичних бойових дій. При цьому базовою кваліфікуючою ознакою повинна бути наявність матеріального впливу бойових дій на спроможність виконання зобов'язання постраждалою стороною;
- включити з процедур застосування застереження про форс-мажор будь-які додаткові переговори та погодження між сторонами – це може бути об'єктивно неможливим в умовах війни;
- спростити канали комунікацій – обмін листами та підтвердженнями про їх отримання може бути фізично недоступним сторонам під час війни;
- деталізувати перелік форс-мажорних обставин, що виникли внаслідок війни: санкцій, збоїв в розрахункових системах, торгових обмежень тощо;
- виключити з переліку обставини, які стають новою комерційною реальністю в умовах війни. Деякі обставини з раніше теоретичних стають очікуваними та передбачуваними – погіршення економічної ситуації, інфляційні процеси, економічний спад. Якщо їх всіх включити в перелік форс-мажорних обставин, то можна опинитися в ситуації, коли договір в принципі не треба буде виконувати – все буде покриватися форс-мажором, і бізнес просто зупиниться;
- чітко визначити процедури сповіщення, відстрочки виконання, припинення зобов'язань та визначення компенсацій.