Контракти GAFTA в Україні: застереження про форс-мажор

Вступ

1. Особливості англійського права в застереженнях про форс-мажор

2. Форс-мажор в контрактах з українськими постачальниками

3. Процедура взаємодії сторін

4. Повідомлення в процедурі застосування застережень про форс-мажор

5. На що треба звернути увагу

У результаті широкомасштабного вторгнення російських військ в Україну 24 лютого 2022 року морські перевезення з українських портів були повністю заблоковані. Ці обставини спричинили критичний вплив на експорт зернових з України. В правовому сенсі бізнес зіткнувся з практичною необхідністю застосування застереження про форс-мажор в контрактах, зокрема – в міжнародних контрактах поставки зернових.

1. Особливості англійського права в застереженнях про форс-мажор

Стандартні контракти GAFTA на сьогодні є основним інструментом торгових операцій українських агрокомпаній на міжнародному ринку зерна. Ці контракти мають свої особливості, зокрема і в питаннях застосування застереження про форс-мажор. Тут важливо враховувати не тільки галузеві особливості контрактів GAFTA, але і те, що їх застосування та розгляд спорів за ними підпорядковуються англійському праву.

Інша стаття за темою: Форс-мажор в договорах під час війни в Україні

Англійське право дає багато переваг і можливостей, особливо з точки зору неупередженого та об'єктивного розгляду спорів у межах арбітражів GAFTA. Проте для ефективного застосування застереження про форс-мажор в контрактах GAFTA необхідно враховувати його специфіку.

В англійському праві немає доктрини форс-мажору. На форс-мажор можна послатися, лише якщо він передбачений контрактом.

В стандартних контрактах GAFTA використовується комбіноване регулювання неспроможності виконання зобов'язань контрагентом. Розділ контракту GAFTA (якщо такий стандартний контракт містить подібні застереження) зазвичай має назву «Prevention of fulfilment» (GAFTA Contract № 78ua, «Contract for goods by rail and/or road», в редакції 01 січня 2022 року), «Prevention of shipment» (GAFTA Contract № 48 «Contract for the shipment of goods from Central and Eastern Europe in bulk parcels or cargoes tale quale – CIF/CIFFO/C&F/C&FFO terms», в редакції 01 січня 2022 року) або «Prevention

of delivery» (GAFTA Contract №.49 «Contract for the delivery of goods Central and Eastern Europe in bulk or bags FOB terms», в редакції 01 січня 2022 року).

У розумінні англійського права «комбіноване» означає, що до подій форс-мажору віднесені не тільки катастрофічні фактори, але і дії державних органів, спрямовані на обмеження можливості сторін виконати зобов'язання за контрактом (наприклад, до 2014 року дії державних органів, зокрема, заборона або обмеження експорту, регулювалися окремими застереженнями в контрактах GAFTA – застереженнях про заборони – «prohibition»). У зв'язку з неоднозначним тлумаченням процедур застосування таких заборон, GAFTA уніфікувало процедури кризового управління ризиками за контрактами і ввело поняття «prevention of» – «перешкод». По суті, в чинних контрактах GAFTA просто розширили перелік форс-мажорних обставин і прив'язали до них уніфіковану процедуру врегулювання.

2. Форс-мажор в контрактах з українськими постачальниками

У контрактах GAFTA (GAFTA №48 – CIF і подібні базиси поставки; GAFTA №49 – FOB; GAFTA №78, GAFTA 78UA – поставка залізничним або автомобільним транспортом), що які найчастіше використовуються під час експорту зернових з України, застереження про форс-мажор структурно містять дві частини:

1) перелік ініціюючих обставин (triggering events);

2) правила, за якими повинна діяти сторона, що посилається на такі застереження та наслідки для виконання зобов'язань сторонами контракту у випадку реалізації таких застережень.

Перелік ініціюючих обставин включає:

- заборону експорту або інші акти виконавчої або законодавчої влади, прийняті урядом (або від імені уряду) країни походження або країни, на території якої знаходиться порт або порти, зазначені в контракті, часткове або інше обмеження експорту; або
- блокаду; або
- терористичні акти; або
- бойові дії; або
- страйк, локаут або об'єднані дії працівників; або
- заколот або громадські заворушення; або
- поломку механізмів; або
- вогонь; або
- зледеніння; або
- Діяння Боже (Act of God); або
- непередбачувані або неминучі (якщо точніше – то «такі, які неможливо уникнути». Такий переклад полегшує розуміння та застосування цих положень контракту. Це важливий нюанс. Однією з кваліфікуючих ознак обставин, які можна вважати форс-мажором, є неспроможність відвернути їх настання. Стороні, яка посилається на форс-мажор, треба буде довести, що вона зробила все необхідне для відвернення настання обставин форс-мажору, але не мала достатньої можливості зробити це ефективно) перешкоди для транспортування або навігації; або
- будь-яка інша подія, яка мається на увазі під терміном «форс-мажор».

Останній пункт є надзвичайно важливим. Англійські суди вузько тлумачать застереження про форс-мажор. Якщо у контракті перелік форс-мажорних обставин є вичерпним, то суд не вважатиме форс-мажором будь-яку іншу подію поза межами цього переліку.

В контрактах GAFTA формулювання «будь-яка інша подія, яка мається на увазі під терміном «форс-мажор» надає продавцю можливість послатися на відповідне застереження навіть у випадку, коли фактичні обставини не входять до зазначеного в застереженні переліку.

В окремих контрактах GAFTA (наприклад, (GAFTA Contract № 49 contract for the delivery of goods Central and Eastern Europe in bulk or bags FOB terms, в редакції 01 січня 2022 року) окремо деталізовані події, пов'язані із зледенінням:

- порту навантаження або будь-якого шляху поставки товарів в такий порт (або порти) – у випадку, якщо умови FOB передбачають навантаження товарів або їх частини в глибоководному порту;
- порту навантаження або будь-якого шляху для доступу суден в порт навантаження – у випадку, якщо умови FOB передбачають навантаження в порту у верхів'ях річок.

3. Процедура взаємодії сторін при настанні подій форс-мажору

Процедура взаємодії сторін при настанні подій форс-мажору є типовою для згаданих контрактів.

Якщо форс-мажор є причиною неможливості виконання контракту продавцем, то договір призупиняється на час існування форс-мажору. Умовою такого призупинення є направлення з боку продавця повідомлення покупцеві протягом 7 днів із дня настання такої події, або не пізніше, ніж за 21 днів до початку періоду поставки.

Практика застосування застереження про форс-мажор в контрактах GAFTA (зокрема, справа Bunge SA v Nidera B.V. [2013] EWHC 84 (Comm)) показує, що таке положення контракту встановлює не тільки граничний термін повідомлення про обставину форс-мажору. Порушенням є також повідомлення про настання форс-мажорної обставини до її фактичного настання. Наприклад, продавцеві стало достеменно відомо, що через два тижні будуть введені обмеження експорту, причому повідомлення про обмеження було офіційно зроблено уповноваженими державними органами. Але навіть за таких обставин продавець не може послатися на форс-мажорні обставини до моменту фактичної заборони експорту (набрання чинності актом уповноваженого державного органу або настання встановленої ним дати, з якої діє заборона).

Процедура застосування застережень про форс-мажор дозволяє покупцеві відмовитися від невиконаної частини контракту, якщо форс-мажор триває 21 день поспіль після закінчення періоду поставки. При цьому продавець повинен повідомити покупця не пізніше першого робочого дня після закінчення 21-денного періоду. Якщо ж покупець не застосує цей варіант припинення зобов'язань, то договір залишається в силі на додатковий період тривалістю 14 днів.

У випадку припинення форс-мажору до розірвання контракту, необхідно негайно повідомити іншу сторону. У такому разі строк поставки продовжується на час, який залишався у постраждалої сторони для виконання зобов'язань до настання події форс-мажору. При цьому потрібно враховувати, що якщо на момент настання події форс-мажору до закінчення строку поставки залишалося 14 днів або менше, то після припинення форс-мажору термін поставки продовжується ще на 14 днів.

В контрактах GAFTA №49, які містять деталізацію подій, пов'язаних із зледенінням, зазначена окрема процедура. Вона відрізняється від типової процедури в частині строків повідомлення сторін та строків, на які може бути продовжено виконання контракту.

Зокрема, у випадку, коли умовами поставки є FOB – глибоководний порт, форс-мажорною обставиною визнається зледеніння не тільки цього порту, але і будь-яке зледеніння, яке перешкоджає поставці товару в цей порт. При цьому, зледеніння повинно перешкоджати поставці або навантаженню товару або його частини протягом останніх 30 днів періоду поставки (або іншого строку, якщо він менший за 30 днів).

При настанні таких обставин продавець, після того, як лід зійде, має право поставити в такий порт товар протягом строку, який залишався до контрактної дати поставки до зледеніння. Строк поставки після сходження льоду не може перевищувати 21 день. Якщо в момент зледеніння до закінчення строку поставки залишалося менше ніж 14 днів, то строки поставки продовжуються мінімум на 14 днів після сходження льоду.

У випадку, якщо зледеніння і надалі перешкоджає поставці або навантаженню товару під час застосування зазначеного вище продовження строку поставки, то додаткове продовження строку обмежується фактичним строком існування зледеніння.

У випадку, коли умовами поставки є FOB – порт у верхів'ї річок, форс-мажорною обставиною визнається зледеніння порту навантаження або будь-якого шляху для доступу суден в порт навантаження.

Згідно підпункту b) («Ice») пункту 13 контракту GAFTA №49, при настанні таких обставин реалізовується така сама процедура, як і у випадку поставки FOB – глибоководний порт. Цікаво, що в стандартній проформі контракту GAFTA №49, опублікованій на сайті організації (в редакції з 01 січня 2022 року), застереження щодо зледеніння портів у верхів'ях річок надають право посилатися на цю обставину не продавцю, а покупцю. Це суперечить і принципу процедур врегулювання форс-мажору в контрактах GAFTA, і змісту самого застереження.

Типовим для вказаних контрактів є чітке регламентування обов'язку доведення існування обставин форс-мажору. Такий обов'язок покладений на продавця, який повинен надати покупцю докази існування форс-мажорних обставин, які задовольнять покупця.

Треба враховувати, що форс-мажорні обставини взагалі не мають заздалегідь встановлений характер. Вимагаючи саме докази, що «задовольняють покупця», положення контракту зобов'язують продавця довести не тільки

існування форс-мажорних обставин, але й зв'язок між ними та неспроможністю виконати контракт.

Це підтверджує, зокрема, і судова практика. Наприклад, у справі Seagrain LLC v Glencore Grain B.V. [2013] EWHC 1189 (Comm) суд погодився з висновками арбітражного трибуналу та апеляційної ради GAFTA про те, що вимоги української митної служби про надання висновку КНДІСЕ не можуть бути розцінені, як заборона експорту як такого.

У справі Public Company Rise v Nibulon S.A. [2015] EWHC 684 (Comm) суд вказав, що застереження про заборону експорту застосовується не лише при повній забороні експорту. Якщо заборона не виключає, а лише обмежує експорт, необхідно встановити причинно-наслідковий зв'язок між обмеженнями експорту та неможливістю виконати договір. Наприклад, якщо запроваджуються квоти на експорт, постачальник має показати, що він намагався, однак не зміг отримати експортні ліцензії.

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

В Україні наявність форс-мажорних обставин щодо, зокрема, контрактів, укладених з нерезидентами за формою GAFTA, засвідчується Торгово-промисловою палатою України шляхом видачі сертифіката. Слід врахувати, що компетенція регіональних Торгово-промислових палат України не дозволяє їм видавати такі сертифікати щодо зовнішньоекономічних контрактів, а відповідно – і для контрактів, укладених українськими компаніями з нерезидентами за формою GAFTA.

4. Повідомлення в процедурі застосування застережень про форс-мажор

Вчасне і коректне повідомлення іншої сторони є важливим для застосування застережень про форс-мажор за контрактами GAFTA. Некоректно оформлене повідомлення може позбавити сторону права посилатися на форс-мажорні обставини.

Порядок повідомлень, зазвичай, також є стандартним. Для того, щоб повідомлення відповідало вимогам контракту, воно повинно:

- бути відправленим своєчасно (в рамках строку, встановленого контрактом, але не раніше настання факту події (обставин), що складає форс-мажор);
- бути відправленим електронною поштою або іншим взаємно визнаним сторонами способом, який забезпечує оперативне спілкування;
- мати докази відправлення. При цьому, обов'язок доведення факту відправки повідомлення завжди лежить на відправникові.

Базовим правилом застосування застережень про форс-мажор є те, що форс-мажор не звільняє від виконання зобов'язання автоматично. Застосування застереження про форс-мажор звільняє сторону від відповідальності за несвоєчасне виконання контракту та надає стороні можливість продовжити строк виконання. При цьому, таке звільнення та можливість продовження строків є тимчасовими – тільки на час існування форс-мажорних обставин або на інший час, встановлений застереженням у

відповідному контракті.

Контракт може бути припинено, але з волі сторін (або сторони, якщо таке передбачено контрактом). В контрактах GAFTA опція відмови від контракту на підставі форс-мажору належить покупцеві, і він може її реалізувати в рамках строку існування обставин форс-мажору.

В будь-якому випадку, настання форс-мажорних обставин не припиняє контракт автоматично.

5. На що треба звернути увагу

На основі всього, згаданого вище, процедури застосування застережень про форс-мажор в контрактах GAFTA сформульовані на користь покупця. Саме покупець може прийняти рішення про відмову від контракту. Продавець, своєю чергою, повинен доводити і факт існування форс-мажорних обставин, і причинно-наслідковий зв'язок між обставинами форс-мажору та своєю неспроможністю виконати контракт. При цьому він звільняється лише від відповідальності за несвоєчасне виконання зобов'язань за контрактом і має можливість продовжити строк виконання. Продовження строку виконання контракту також обмежується, а після завершення форс-мажорних обставин продавець зобов'язаний виконати контракт.

Єдине положення, яке грає на користь продавця, – це відкритий («catch-all») перелік форс-мажорних обставин. Він дозволяє продавцеві гнучкіше застосовувати застереження про форс-мажор. Головне – щоб обставини, які заважають продавцеві виконати контракт, відповідали наведеним вище критеріям і були підтверджені належними доказами.