

Чи можна вважати кібератаку на підприємство форс-мажором?

№27, 20 липня 2017

Антон Клименко ,
провідний юрист
АО "Глобал Адвокат" (Аудиторсько-консалтингова Корпорація "Глобал Консалтинг")

Головна стаття

Доведення обставин непереборної сили: інструкція для постраждалих від вірусу

Компетентна думка

Непереборна сила: поняття, правова природа та наслідки

Petya.A: форс-мажор чи недбалість?

Кібератака як різновид форс-мажору

Невідворотно, надзвичайно й непередбачувано: обставини непереборної сили

Договірний захист від наслідків кібератак

Вірусна атака: злочин і кара

Операція "дешифрація": перспективи відповідальності за розповсюдження вірусу

Апокаліпсис учора: особливості визнання кібератаки форс-мажором

27 червня безліч компаній в Україні постраждали від дій невстановлених осіб, пов'язаних з розповсюдженням комп'ютерного вірусу-блокувальника. До того ж у багатьох компаній виявилися повністю або частково заблокованими комп'ютерні системи чи програмне забезпечення, внаслідок чого багато хто з них не змогли своєчасно виконати ті чи інші договірні зобов'язання. У зв'язку з цим постає питання: чи можуть вони бути звільнені від відповідальності за такі події, якщо визнати вірусну атаку форс-мажором?

У цьому випадку слід говорити про те, що **спроби визнати блокування роботи комп'ютерних мереж форс-мажорними обставинами мають на меті визнати об'єктивну неможливість однієї із сторін виконати зобов'язання за договором**. Наприклад, внаслідок блокування системи клієнт-банку не може бути здійснений платіж (у т. ч. за зовнішньоекономічним договором), або в результаті блокування комп'ютерів експедитор затримав відправлення чи приймання вантажу клієнта, або в результаті блокування комп'ютерного обладнання виконавець не зміг вчасно передати замовникові через мережу Інтернет результат надання послуг (дизайнерських, консультаційних) тощо. **Відповідно, питання про можливість визнати такі обставини форс-мажором, імовірно, буде важливим для доведення в господарському суді відсутності вини та необхідності звільнення від відповідальності за порушення договору.**

Питання регулювання

Спробуємо розібратися з правовим регулюванням цієї ситуації.

Згідно з ч. 1 ст. 617 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. № 435-IV (далі – ЦК) особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення, якщо вона

доведе, що це порушення сталося внаслідок **випадку** або обставини **непереборної сили**. Разом з тим відповідно до ч. 2 ст. 218 Господарського кодексу України від 16.01.2003 р. № 436-IV (далі – ГК) якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання неможливе внаслідок **дії непереборної сили**, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. ЦК прямо не дає визначення обставинам непереборної сили, але в ч. 1 ст. 263 ЦК вказується, що перебіг позовної давності зупиняється, якщо пред'явленню позову перешкоджала надзвичайна **або** невідворотна за даних умов подія (**непереборна сила**). Отже, можна зробити висновок, що положеннями ЦК і ГК встановлено такі характеристики обставин (вони можуть розглядатися як підстави для звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання), як випадковість, невідворотність за таких умов, їх винятковість.

Звернемо увагу, що **просто випадкові обставини** (за відсутності надзвичайного та невідворотного характеру) здебільшого не можуть розглядатися як підстави для звільнення від відповідальності. **Якщо ж обставини невідворотні**, але можуть бути передбаченими, то розглядати як таку підставу не можна, оскільки сторона договору повинна була заздалегідь передбачити ризик настання такої події (наприклад, сезонне зниження температури, велика кількість чи тривалість опадів, що заважає здійсненню певних операцій, тощо). Але й надзвичайні умови в разі їх відворотності не можуть розглядатися як підстава для звільнення від відповідальності (наприклад, якщо під час повені або небезпеки зсувів ґрунту не було вжито заходів щодо зміцнення ґрунту).

Той факт, що одночасно повинні мати місце як **невідворотність події**, так і її **винятковість**, підкреслює і ВГСУ в п. 47 інформаційного листа від 07.04.2008 р. № 01-8/211. Також у п. 7 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 р. № 4 зазначається додатково і той факт, що **обставини непереборної сили мають зовнішній характер**.

Отже, ГК і ЦК розглядають як можливість безумовного звільнення від відповідальності ситуацію, коли невиконання покладених зобов'язань стало наслідком **випадку** або обставин непереборної сили.

Чи має такий характер блокування комп'ютерних систем за допомогою комп'ютерного вірусу?

Форс-мажор і непереборна сила

Щоб зрозуміти правову кваліфікацію того, що сталося, можливо, є сенс подивитися на те, як ідентифікує такі дії кримінальне законодавство.

У цьому випадку насамперед може йтися про провадження в рамках ст. 361 Кримінального кодексу України від 05.04.2001 р. № 2341-III "Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку". Об'єктом такого злочину є ЕОМ, АС, комп'ютерні мережі та мережі електрозв'язку, але також може бути право власності на комп'ютерну інформацію. Об'єктивний бік зазначеного злочину проявляється у формі:

- **незаконного втручання в роботу ЕОМ**, їх систем або комп'ютерних мереж, що призводить до спотворення чи знищення комп'ютерної інформації або носіїв такої інформації;
- **розповсюдження комп'ютерного вірусу**, яке є злочинним лише в разі використання для цього спеціальних знарядь – програмних чи технічних засобів, призначених для незаконного проникнення в ЕОМ, автоматизовані системи або комп'ютерні мережі та здатних спричинити спотворення чи знищення комп'ютерної інформації або носіїв такої інформації.

До того ж важливе значення має не лише вчинення зазначених дій, а й настання хоча б одного із зазначених у законі наслідків: витоку, втрати, підробки, блокування інформації, спотворення процесу її обробки або порушення встановленого порядку її маршрутизації. Тобто між несанкціонованим втручанням у роботу ЕОМ, АС, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку має бути причинний зв'язок хоча б з одним з видів суспільно небезпечних наслідків. **У цілому, такі дії цілком відповідають опису вірусної атаки, що відбулася. І ймовірно саме в межах ст. 361 КК і здійснюватиметься провадження за заявами постраждалих осіб чи підприємств.**

Таким чином, попри відсутність на поточний момент інформації про конкретну особу (групу осіб), яка ініціювала зазначену вірусну атаку, однозначно можна говорити про те, що такі дії носили надзвичайний і непередбачуваний характер.

Варто зауважити, що у вітчизняному правовому полі має місце певне змішування категорії обставин непереборної сили та форс-мажору (причому форс-мажором нерідко називають усі надзвичайні обставини, що перебувають поза владою сторін). ГК і ЦК не наводять визначення форс-мажору, однак воно надається іншими законодавчими актами. Наприклад, відповідно до положень ст. 14¹ Закону України "Про торгово-промислові палати в Україні" від 02.12.97 р. № 671/97-ВР форс-мажором може вважатися надзвичайна та невідворотна обставина, яка об'єктивно унеможлиблює виконання зобов'язань, передбачених умовами договору. До того ж Закон крім обставин природного характеру (так звані "Acts of God", наприклад події, викликані винятковими погодними умовами й стихійним лихом) передбачає й події, що виникли **внаслідок дій третіх осіб – зокрема: загрозу війни, збройний конфлікт чи серйозна загроза такого конфлікту, дії суспільного ворога, акти тероризму, диверсії, піратство, вторгнення, блокади, революції, заколот, повстання, масові заворушення тощо. Як приклад класифікації таких обставин можна також навести Застереження про форс-мажор (Force Majeure Exemption Clause), розроблене Міжнародною торговельною палатою (ICC Publication No. 421), а також затверджений рішенням Президії ТПП України від 18.12.2014 р. № 44 (5) Регламент засвідчення Торгово-промисловою палатою України та регіональними торгово-промисловими палатами форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили).**

Хоча, як наголошує ВГСУ в листі від 09.09.2001 р. № 01-2.2/279, **категорія непереборної сили втілює в собі лише стихійні природні явища**, які внаслідок їхньої винятковості, невідворотності та непередбачуваності визначають обмеження відповідальності за завдання шкоди у випадках, визначених законом. Причому непереборна сила як підстава для обмеження відповідальності може мати місце лише в позадоговірних (деліктних) правовідносинах і в разі порушення договірних зобов'язань, якщо це прямо передбачено законом.

Водночас **категорія форс-мажору охоплює лише виключні події суспільного життя**, які сторони самі на диспозитивних підставах визначають у договорі як право на звільнення від подальшого виконання зобов'язання за угодою, якщо такі події відбуватимуться в період дії договору. Сторони можуть передбачити в договорі відповідальність за невиконання або неналежне виконання зобов'язань, але обмежити її випадками передбачених у договорі форс-мажорних обставин.

Спільним для обставин непереборної сили та форс-мажору є лише їх зовнішній характер впливу на причинно-наслідковий ланцюг діяльності учасників конкретних правовідносин, тобто ці обставини перебувають поза контролем учасників правовідносин.

Таким чином, виходячи із законодавчого визначення, **неправомірні дії третіх осіб, спрямовані на втручання в роботу електронних систем чи їх блокування, у т. ч. можуть бути розцінені як форс-мажор.**

Однак якщо відштовхуватися від критеріїв визнання обставин форс-мажором (надзвичайність, непередбачуваність, невідворотність), якщо зазначеним обставинам

можна було запобігти чи використовувати альтернативний спосіб виконання зобов'язань – форс-мажором такі обставини не будуть.

Правова кваліфікація того, що сталося

Вірусна атака мала непередбачуваний характер і не могла бути контрольована підприємством. Однак чи була вона невідворотною? Зазначені факти мають одну загальну характеристику – неможливість виконати зобов'язання виникла **тільки через збої в роботі комп'ютерного обладнання**. До того ж особливістю таких обставин стало те, що:

- фактична неможливість роботи окремих суб'єктів господарювання носила не певний територіальний характер (не була обмежена певною територією), а здебільшого була пов'язана з активним використанням комп'ютерного обладнання під час надання послуг (виконання робіт);
- постраждали в основному компанії, що використовують операційні системи Microsoft (про постраждалі компанії, які використовували б операційні системи Linux чи MacOS, не йдеться).

Тобто саме пошкодження мало досить локальний характер – постраждали лише деякі компанії, причому обсяг шкоди в кожному випадку був індивідуальним (десь було заблоковано клієнт-банк і було неможливо реєструвати податкові накладні, а десь постраждав основний сервер компанії). **Це також дає змогу зробити висновок про те, що при рівному негативному впливі різні компанії по-різному постраждали від дії таких обставин.**

Однак це не говорить **однозначно про те, що зазначені дії відбулися тільки внаслідок недбалості** (неналежної організації роботи комп'ютерного обладнання).

Якщо відштовхуватися від поняття недбалості (злочинної недбалості), як визначає його ст. 25 КК, воно передбачає, що особа не передбачила можливості настання небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити. Тобто (переводячи зазначене визначення в "цивільно-правові" реалії) **недбалість з боку підприємства чи його посадових осіб під час організації комп'ютерних систем** могла мати місце тільки в тому випадку, якщо певний "нормальний" рівень побудови систем захисту **гарантував би ненастання негативних наслідків** (за такою логікою, ті підприємства, у яких захист було б організовано належним чином, від вірусної атаки б не постраждали). Однак це також неправильно, постраждали суб'єкти господарювання різного розміру – від великих до суб'єктів мікропідприємництва¹. **Тому саме про недбалість, на нашу думку, у цьому випадку говорити неправильно.**

¹ *Справедливості заради, можна сказати, що надання ПЗ "М.Е.Дос" розширених прав і внаслідок цього ураження вірусом (на сьогодні це підтверджує і Microsoft) через уразливість саме цього ПЗ можна вважати недбалістю (системний адміністратор повинен був припускати ризики такого сценарію). Однак карти поплутав той факт, що зазначене ПЗ є однією з небагатьох популярних альтернатив подання звітності в електронній формі, і зазначену уразливість не може бути усунуто усередині підприємства. Тому, навіть знаючи про неї, системний адміністратор був обмежений у можливостях "превентивного" захисту.*

Річ випадкова

Під час розгляду судами відповідного спору може виникнути питання про можливість класифікації таких обставин **як випадку, оскільки вони об'єктивно стосуються інтересів**

тільки низки підприємств. Здебільшого **випадок** можна розглядати із суб'єктивної позиції як явище, яке тією чи іншою мірою залежить від самого суб'єкта. Як ми зазначили, згідно зі ст. 617 ЦК **випадок** – одна з підстав звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання. Положеннями абз. 2 цієї статті встановлено обставини, які випадком вважатися не можуть (недодержання своїх зобов'язань контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, необхідних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів). **Об'єктивними особливостями випадку, що характеризують його відмінність від обставин непереборної сили, є:**

- випадкові обставини можуть мати стосунок тільки до конкретного суб'єкта, у той час як обставини непереборної сили носять глобальний або всеохоплюючий характер;
- випадок може бути як внутрішньою обставиною конкретної особи, так і зовнішньою обставиною;
- випадок не може бути попереджений або зміщений конкретною особою, а інші особи в таких самих умовах могли запобігти йому або його наслідкам.

Категорія випадку великою мірою характеризує те, що сталося – деякі суб'єкти змогли уникнути пошкодження своїх комп'ютерних систем, у той час як інші – постраждали.

Варто сказати, що на сьогодні мають місце спроби законодавчо закріпити особливий (надзвичайний статус) зазначених подій.

Наприклад, кілька днів тому перший віце-президент ТПП України Михайло Непран зауважив, що, на його думку, кібератака на корпоративні мережі – це форс-мажорні обставини. Однак він наголосив і на іншому факті – Торгово-промислова палата України зможе засвідчити факт форс-мажорних обставин тільки на підставі документів, що підприємці одержали від кіберполіції. Зазначеними документами можуть бути довідка або виписка про відкриття кримінального провадження. Таким чином, навіть представники ТПП визнають певний "вибірково-локальний" характер таких обставин.

Крім того, 13 липня 2017 р. Верховною Радою було прийнято законопроект № 6684 від 12.07.2017 р. "Про внесення змін до підрозділу 10 розділу XX Податкового кодексу України (щодо незастосування штрафних санкцій за несвоєчасну реєстрацію податкових та акцизних накладних унаслідок несанкціонованого втручання у роботу комп'ютерних мереж платників податків)", який передбачає можливість звільнення платників податків від відповідальності за несвоєчасну реєстрацію податкових накладних (акцизних накладних) внаслідок втручання в їхні комп'ютерні системи.

Але варто зауважити, що в кожному випадку суд розглядатиме, чи **мав суб'єкт господарювання альтернативні способи виконати свої зобов'язання** (сплатити через банк за допомогою платіжного доручення, установити ПЗ клієнт-банку на інший комп'ютер, відправити результат робіт/послуг з іншої поштової адреси тощо). Якщо такі можливості були, тобто ризик (під час розгляду спору судом) того, що суд не звільнить конкретного суб'єкта від відповідальності за порушення зобов'язання саме на підставі зазначених форс-мажорних обставин (тобто навіть якщо і визнає їх форс-мажором).

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2017

© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2017