

14.07.2017 – 20.07.2017, № 27

КОМПЕТЕНТНОЕ МНЕНИЕ

Можно ли считать кибератаку на предприятие форс-мажором?

27 июня множество компаний в Украине пострадали от действий неустановленных лиц, связанных с распространением компьютерного вируса-блокировщика. При этом у многих компаний оказались полностью или частично заблокированными компьютерные системы или программное обеспечение, в результате чего многие из них не смогли своевременно выполнить те или иные договорные обязательства. В связи с этим возникает вопрос: могут ли они быть освобождены от ответственности за такие события, если признать вирусную атаку форс-мажором?

В данном случае следует говорить о том, что **попытки признать блокирование работы компьютерных сетей форс-мажорными обстоятельствами имеют целью признать объективную невозможность одной из сторон выполнить обязательства по договору**. Например, в результате блокирования системы клиент-банка не может быть осуществлен платеж (в т. ч. по внешнеэкономическому договору), или в результате блокирования компьютеров экспедитор задержал отправку или прием груза клиента, или в результате блокирования компьютерного оборудования исполнитель не смог своевременно передать заказчику через сеть Интернет результат предоставления услуг (дизайнерских, консультационных) и т. п. **Соответственно вопрос о возможности признать такие обстоятельства форс-мажором, вероятно, будет важен для доказывания в хозяйственном суде отсутствия вины и необходимости освобождения от ответственности за нарушение договора.**

Вопрос регулирования

Попробуем разобраться с правовым регулированием данной ситуации.

Согласно [ч. 1 ст. 617 Гражданского кодекса Украины от 16.01.2003 г. № 435-IV](#) (далее – ГК) лицо, нарушившее обязательство, освобождается от ответственности за нарушение, если оно докажет, что это нарушение произошло вследствие **случая** или обстоятельства **непреодолимой силы**. Вместе с тем в соответствии с [ч. 2 ст. 218 Хозяйственного кодекса Украины от 16.01.2003 г. № 436-IV](#) (далее – ХК) если иное не предусмотрено законом или договором, субъект хозяйствования за нарушение хозяйственного обязательства несет хозяйственно-правовую ответственность, если не докажет, что надлежащее выполнение обязательства невозможно вследствие **действия непреодолимой силы**, то есть чрезвычайных и неотвратимых обстоятельств при данных условиях осуществления хозяйственной деятельности. ГК прямо не дает определения обстоятельствам непреодолимой силы, но в [ч. 1 ст. 263 ГК](#) указывается, что течение исковой давности приостанавливается, если предъявлению иска препятствовало чрезвычайное **или** неотвратимое при данных условиях происшествие (**непреодолимая сила**). Итак, можно сделать вывод, что положениями ГК и ХК установлены такие характеристики обстоятельств (они могут рассматриваться как основания для освобождения от

ответственности за нарушение обязательства), как случайность, неотвратимость при данных условиях, их исключительность.

Обратим внимание, что **просто случайные обстоятельства** (при отсутствии чрезвычайного и неотвратимого характера) в большей части не могут рассматриваться как основания для освобождения от ответственности. **Если же обстоятельства неотвратимы**, но могут быть предвиденными, то рассматривать как такое основание нельзя, поскольку сторона договора должна была заранее предусмотреть риск наступления такого происшествия (например, сезонное снижение температуры, большое количество или продолжительность осадков, что мешает осуществлению определенных операций, и т. д.). Но и чрезвычайные условия в случае их отвратимости не могут рассматриваться как основание для освобождения от ответственности (например, если при наводнении или опасности сдвигов грунта не были проведены мероприятия по укреплению грунта).

Тот факт, что одновременно должны иметь место как **неотвратимость происшествия, так и его исключительность**, подчеркивает и ВХСУ в п. 47 информационного письма от 07.04.2008 г. № 01-8/211. Также в п. 7 постановления Пленума Высшего специализированного суда Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел от 01.03.2013 г. № 4 указывается дополнительно и тот факт, что **обстоятельства непреодолимой силы имеют внешний характер**.

Итак, **ХК** и **ГК** рассматривают как возможность безусловного освобождения от ответственности ситуацию, когда невыполнение возложенных обязательств стало следствием **случая** или обстоятельств непреодолимой силы.

Имеет ли такой характер блокирование компьютерных систем с помощью компьютерного вируса?

Форс-мажор и непреодолимая сила

Чтобы понять правовую квалификацию произошедшего, возможно, есть смысл посмотреть на то, как идентифицирует такие действия уголовное законодательство.

В данном случае речь в первую очередь может идти о производстве в рамках ст. 361 Уголовного кодекса Украины от 05.04.2001 г. № 2341-III "Несанкционированное вмешательство в работу электронно-вычислительных машин (компьютеров), автоматизированных систем, компьютерных сетей или сетей электросвязи". Объектом такого преступления являются ЭВМ, АС, компьютерные сети и сети электросвязи, но также может быть право собственности на компьютерную информацию. Объективная сторона указанного преступления проявляется в форме:

- **незаконного вмешательства в работу ЭВМ**, их систем или компьютерных сетей, приводящего к искажению или уничтожению компьютерной информации или носителей такой информации;
- **распространения компьютерного вируса**, которое является преступным только в случае использования для этого специальных орудий – программных или технических средств, предназначенных для незаконного проникновения в ЭВМ, автоматизированные системы или компьютерные сети и способных повлечь искажение или уничтожение компьютерной информации или носителей такой информации.

Притом важное значение имеет не только совершение указанных действий, но и наступление хотя бы одного из указанных в законе последствий: утечки, потери, подделки, блокирования информации, искажения процесса ее обработки или нарушения установленного порядка ее маршрутизации. То есть между несанкционированным вмешательством в работу ЭВМ, АС, компьютерных сетей или сетей

электросвязи должна быть причинная связь хотя бы с одним из видов общественно опасных последствий. **В целом, данные действия вполне соответствуют описанию произошедшей вирусной атаки. И вероятно именно в рамках ст. 361 УК и будет осуществляться производство по заявлениям пострадавших лиц или предприятий.**

Таким образом, несмотря на отсутствие на текущий момент информации о конкретном лице (группе лиц), инициировавшем указанную вирусную атаку, однозначно можно говорить о том, что такие действия носили чрезвычайный и непредвиденный характер.

Стоит отметить, что в отечественном правовом поле имеет место некоторое смешение категории обстоятельств непреодолимой силы и форс-мажора (причем форс-мажором нередко называют все чрезвычайные обстоятельства, находящиеся вне власти сторон). ХК и ГК не приводят определения форс-мажора, однако оно дается другими законодательными актами. Например, в соответствии с положениями ст. 14¹ Закона Украины "О торгово-промышленных палатах в Украине" от 02.12.97 г. № 671/97-ВР форс-мажором может считаться чрезвычайное и неотвратимое обстоятельство, которое объективно делает невозможным выполнение обязательств, предусмотренных условиями договора. Притом Закон помимо обстоятельств естественного характера (так называемые "Acts of God", например события, вызванные исключительными погодными условиями и стихийным бедствием) предусматривает и события, возникшие в результате действий третьих лиц – в частности: угрозу войны, вооруженный конфликт или серьезная угроза такого конфликта, действия общественного врага, акты терроризма, диверсии, пиратство, вторжения, блокады, революции, мятеж, восстания, массовые беспорядки и т. п. В качестве примера классификации таких обстоятельств можно также привести Оговорку о форс-мажоре (Force Majeure Exemption Clause), разработанную Международной торговой палатой (ICC Publication No. 421), а также утвержденный решением Президиума ТПП Украины от 18.12.2014 г. № 44 (5) Регламент удостоверения Торгово-промышленной палатой Украины и региональными торгово-промышленными палатами форс-мажорных обстоятельств (обстоятельств непреодолимой силы).

Хотя, как отмечает ВХСУ в письме от 09.09.2001 г. № 01-2.2/279, категория непреодолимой силы воплощает в себе лишь стихийные природные явления, которые вследствие их исключительности, неотвратимости и непредсказуемости предопределяют ограничение ответственности за причинение ущерба в случаях, определенных законом. Причем непреодолимая сила как основание для ограничения ответственности может иметь место лишь во внедоговорных (деликтных) правоотношениях и в случаях нарушения договорных обязательств, если это прямо предусмотрено законом.

В то же время категория форс-мажора охватывает лишь исключительные происшествия общественной жизни, которые стороны сами на диспозитивных основаниях определяют в договоре как право на освобождение от дальнейшего выполнения обязательства по соглашению, если такие события будут происходить в период действия договора. Стороны могут предусмотреть в договоре ответственность за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательств, но ограничить ее случаями предусмотренных в договоре форс-мажорных обстоятельств.

Общим для обстоятельств непреодолимой силы и форс-мажора является только их внешний характер влияния на причинно-следственную цепь деятельности участников конкретного правоотношения, то есть эти обстоятельства находятся вне контроля участников правоотношения.

Таким образом, исходя из законодательного определения, неправомерные действия третьих лиц, направленные на вмешательство в работу электронных систем или их блокирование, в т. ч. могут быть расценены как форс-мажор.

Однако если отталкиваться от критериев признания обстоятельств форс-мажором (чрезвычайность, непредсказуемость, неотвратимость), если указанные обстоятельства можно было предотвратить либо использовать альтернативный способ выполнения обязательств – форс-мажором такие обстоятельства не будут.

Правовая квалификация произошедшего

Вирусная атака имела непредвиденный характер и не могла быть контролируема предприятием. Однако являлась ли она неотвратимой? Указанные факты имеют одну общую характеристику – невозможность исполнить обязательства возникла **только из-за сбоев в работе компьютерного оборудования**. Притом особенностью таких обстоятельств стало то, что:

- фактическая невозможность работы отдельных субъектов хозяйствования носила не некий территориальный характер (не была ограничена определенной территорией), а в большей степени была связана с активным использованием компьютерного оборудования при предоставлении услуг (выполнении работ);
- пострадали в основном компании, использующие операционные системы Microsoft (о пострадавших компаниях, которые использовали бы операционные системы Linux или MacOS, речь не идет).

То есть само повреждение имело достаточно локальный характер – пострадали только некоторые компании, причем объем ущерба в каждом случае был индивидуален (где-то был заблокирован клиент-банк и было невозможно зарегистрировать налоговые накладные, а где-то пострадал основной сервер компании). **Это также позволяет сделать вывод о том, что при равном негативном воздействии разные компании по-разному пострадали от действия данных обстоятельств.**

Однако это не говорит **однозначно о том, что указанные действия произошли только в результате халатности** (ненадлежащей организации работы компьютерного оборудования).

Если отталкиваться от понятия халатности (преступной халатности), как определяет его [ст. 25 УК](#), оно предполагает, что лицо не предвидело возможности наступления опасных последствий своего деяния (действия или бездействия), хотя должно было и могло их предвидеть. То есть (переводя указанное определение в "гражданско-правовые" реалии) **халатность со стороны предприятия или его должностных лиц при организации компьютерных систем** могла иметь место только в том случае, если некий "нормальный" уровень построения систем защиты **гарантировал бы ненаступление негативных последствий** (по такой логике, те предприятия, у которых защита была бы организована надлежащим образом, от вирусной атаки бы не пострадали). Однако это также неправильно, пострадали субъекты хозяйствования разного размера – от крупных до субъектов микропредпринимательства¹. **Поэтому именно о халатности, по нашему мнению, в данном случае говорить неправильно.**

¹ Справедливости ради, можно сказать, что предоставление ПО "М.Е.Дос" расширенных прав и вследствие этого поражение вирусом (на текущий момент это подтверждает и Microsoft) из-за уязвимости именно этого ПО можно считать халатностью (системный администратор должен был предполагать риски такого сценария). Однако карты смешивает тот факт, что указанное ПО является одной из немногих популярных альтернатив представления отчетности в электронной форме, и указанная уязвимость не может быть устранена внутри предприятия. Поэтому, даже зная о ней, системный администратор был ограничен в возможностях "превентивной" защиты.

Дело случая

При рассмотрении судами соответствующего спора может возникнуть вопрос о возможности классификации таких обстоятельств **как случая, поскольку они объективно касаются интересов только ряда предприятий**. Большею частью **случай** можно рассматривать с субъективной позиции как явление, которое в той или иной степени зависит от самого субъекта. Как мы заметили, согласно [ст. 617 ГК случай](#) – одно из оснований освобождения от ответственности за нарушение обязательства. Положениями [абз. 2 данной статьи](#) установлены обстоятельства, которые **случаем** считаются не могут (несоблюдение своих обязательств контрагентом должника, отсутствие на рынке товаров, необходимых для выполнения обязательства, отсутствие у должника необходимых средств). **Объективными особенностями случая, характеризующими его отличие от обстоятельств непреодолимой силы, являются:**

- случайные обстоятельства могут иметь отношение только к конкретному субъекту, в то время как обстоятельства непреодолимой силы носят глобальный или всеобъемлющий характер;
- случай может быть как внутренним обстоятельством конкретного лица, так и внешним обстоятельством;
- случай не может быть предупрежден или смещен конкретным лицом, а другие лица в таких же условиях могли предотвратить его или его последствия.

Категория случая в большей степени характеризует произошедшее – некоторые субъекты смогли избежать повреждения своих компьютерных систем, в то время как другие – пострадали.

Стоит сказать, что на сегодняшний день имеют место попытки законодательно закрепить особый (чрезвычайный статус) указанных событий.

Например, несколько дней назад первый вице-президент ТПП Украины Михаил Непран отметил, что, по его мнению, кибератака на корпоративные сети – это форс-мажорные обстоятельства. Однако он отметил и иной факт – Торгово-промышленная палата Украины сможет засвидетельствовать факт форс-мажорных обстоятельств только на основании документов, которые предприниматели получили от киберполиции. Указанными документами могут быть справка или выписка об открытии уголовного производства. Таким образом, даже представители ТПП признают некий "выборочно-локальный" характер таких обстоятельств.

Кроме того, 13 июля 2017 г. Верховной Радой был принят [законопроект № 6684 от 12.07.2017 г. "О внесении изменений в подраздел 10 раздела XX Налогового кодекса Украины \(относительно неприменение штрафных санкций за несвоевременную регистрацию налоговых и акцизных накладных вследствие несанкционированного вмешательства в работу компьютерных сетей налогоплательщиков\)"](#), который предполагает возможность освобождения налогоплательщиков от ответственности за несвоевременную регистрацию налоговых накладных (акцизных накладных) вследствие вмешательства в их компьютерные системы.

Но стоит отметить, что в каждом случае суд будет рассматривать, **имел ли субъект хозяйствования альтернативные способы исполнить свои обязательства** (уплатить через банк с помощью платежного поручения, установить ПО клиент-банка на другой компьютер, отправить результат работ/услуг с другого почтового адреса и т. п.). Если такие возможности были, то есть риск (при рассмотрении спора судом) того, что суд не освободит конкретного субъекта от ответственности за нарушение обязательства именно на основании указанных форс-мажорных обстоятельств (т. е. даже

если и признает их форс-мажором).

**Антон Клименко,
ведущий юрист
АО "Глобал Адвокат" (Аудиторско-консалтинговая Корпорация
"Глобал Консалтинг")**



© ООО «Информационно-аналитический центр «ЛИГА», 2017.

© ООО «ЛИГА ЗАКОН», 2017.