

АССОЦИАЦИЯ
МОРСКОГО
ПРАВА



RUMLA

МОРСКОЕ ПРАВО

ВЫПУСК 4/21

Maritime Law Journal



МОРСКОЕ ПРАВО

Выпуск 4 / 2021 (июль, август, сентябрь)

О ЖУРНАЛЕ

Журнал «Морское право» основан Ассоциацией морского права «RUMLA» и является первым в России двуязычным (русско-английским) изданием научно-образовательной направленности в области морского права.

Журнал предоставляет своим читателям информацию по наиболее актуальным вопросам правовой доктрины и правоприменительной практики в области морского права как в Российской Федерации, так и за рубежом. Цель журнала – способствовать унификации морского права во всех его аспектах.

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:

К.И. Краснокутский

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:

Дождев Д.В., профессор, д.ю.н.

Ерохова М.А., к.ю.н.

Карчемов А.С., LL.M.

Лобода А.И., к.ю.н.

Огородов Д.В., к.ю.н.

Приходько И.А., д.ю.н.

Путря К.Е., к.ю.н.

Ревякин А.П., к.ю.н.

Синицын С.А., д.ю.н.

Фалилеев П.А., к.ю.н.

Фигуров П.К., LL.M.

ВЕРСТКА:

Резниченко А.С.

Журнал «Морское право»
зарегистрирован Федеральной службой
по надзору в сфере связи и массовых
коммуникаций 18.12.2020,
свидетельство о регистрации: № 77-79642.

Языки: русский и английский.

Периодичность: 4 раза в год.

Учредитель и издатель –
«Ассоциация морского права».

Адрес редакции: 191124, г. Санкт-Петербург,
ул. Орловская, д. 1, стр. А, оф. 31-Н.

<https://rumla.org/>

E-mail: rumla@rumla.org

Тел.: +7 (812) 401 48 10

Подписано в печать 30.09.2021.

Формат А4. Тираж 500 экз.

© «Морское право», 2021

MARITIME LAW JOURNAL

Issue #4 / 2021 (July, August, September)

ABOUT THE JOURNAL

The Maritime Law Journal was founded by the Maritime Law Association "RUMLA" and is the first bilingual (Russian-English) journal in Russia with a scientific and educational focus in the field of maritime law.

The magazine provides its readers with information on the most pressing issues of legal doctrine and law enforcement practice in the field of maritime law both in the Russian Federation and abroad. The purpose of the journal is to contribute by all appropriate means to the unification of maritime law in all its aspects.

CHIEF EDITOR:

K.I. Krasnokutskiy

EDITORIAL COUNCIL:

Dozhdev D.V., Professor, Doctor of Law

Erokhova M.A., Ph.D.

Karchemov A.S., LL.M.

Loboda A.I., Ph.D.

Ogorodov D.V., Ph.D.

Prikhodko I.A., Doctor of Law

Putrya K.E., Ph.D.

Revyakin A.P., Ph.D.

Sinitsyn S.A., Doctor of Law

Falileev P.A., Ph.D.

Figurov P.K., LL.M.

DESIGNER:

Reznichenko A.S.

Maritime Law Journal was registered as mass media by the Federal Service for Supervision in the Sphere of Telecom, Information Technologies and Mass Communications on the 18th of December, 2020. Registration certificate: № 77-79642.

Languages: Russian, English.

Publication Frequency: Quarterly.

Founder and Publisher –
Maritime Law Association.

Editorial office address: 191124, St. Petersburg, Orlovskaya st., 1, building A, office 31-N.

<https://rumla.org/>

E-mail: rumla@rumla.org

Tel.: +7 (812) 401 48 10

Signed for print 30.09.2021.

Format A4. Circulation 500 copies.

© "Maritime Law Journal", 2021

Содержание

Вступительное слово	5
I. НОВОСТИ	7
Российские юристы возвращаются в международное морское сообщество.....	7
Российская проформа договора спасания.....	7
II. ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ РОССИИ С КОММЕНТАРИЯМИ	11
Предисловие к обзору судебной практики.....	11
Ерохова М.А. "Take or pay" по-русски Комментарий к Определению Верховного Суда РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019 («ОТЭКО-Портсервис» v «Капробен»).....	17
Жирнов Р.А. Украденные крабы: <i>culpa in eligendo</i> применительно к судовладельцу и его работникам Комментарий к судебным актам по делу № А51-10555/2016 (SL "Marine" Co., Ltd. v ООО «Остров»).....	31
Матвеев А.В. Каждый сам за себя Комментарий к судебным актам по делу № А51-9022/2020 (ООО «Феско Сервис» v ООО «Аверс»).....	38
III. СТАТЬИ	46
Кобченко И.С. Автономное судоходство в России: деликтная ответственность судовладельцев и разработчиков программного обеспечения. Часть 1.....	46
Дрёмова С.С. Распределение ответственности за доставку поврежденного груза по коносаментам, подготовленным грузоотправителем.....	61
Спехова К.А. Международно-правовое регулирование противодействия морскому пиратству.....	67
Карчёмов А.С. Судоходство и тренд на декарбонизацию: в поисках баланса.....	78
IV. ОБЗОР НОВИНОК ЛИТЕРАТУРЫ ПО МОРСКОМУ ПРАВУ	86
V. ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО	92
Фигуров П.К. Оговорка о канцелировании и ее связь с нарушением договора.....	92

Contents

Preface	6
I. NEWS	9
Russian Lawyers Rejoin the Comité Maritime International	9
Russian Salvage form.....	9
II. REVIEW OF RUSSIAN CASE LAW	14
Foreword to the Review	14
<i>Maria Erokhova</i> "Take-or-Pay" <i>a la Russe</i> Commentary to the Resolution of the Supreme Court of the Russian Federation dated August 20, 2021, No. 305-ES21-10216 in case No. A40-328885/2019 ("OTEKO-Portservice" v "Kaproben")	24
<i>Roman Zhirnov</i> Grabbed Crabs: <i>culpa in eligendo</i> Doctrine Applied to the Owner of the Vessel and His Employees Commentary to the Case No. A51-10555/2016 ("SL Marine Co., Ltd." v LLC "Ostrov")	35
<i>Aleksandr Matveev</i> Every Man for Himself Commentary to the Case No. A51-9022/2020 (LLC "Fesco Service" v LLC "Avers")	42
III. ARTICLES	54
<i>Ivan Kobchenko</i> Autonomous Shipping in Russia: Tortious Liability of Shipowners and Software Developers. Part 1.....	54
<i>Stephanija Dryomova</i> Allocation of Liability for Delivery of Damaged Cargo under Bills of Lading Drafted by the Shipper.....	64
<i>Kseniia Spekhova</i> The International Legal Regulation of Combating Maritime Piracy.....	73
<i>Alexey Karchiomov</i> Shipping and the Decarbonization Trend: in Search of a Balance	82
IV. REVIEW OF NEW PUBLICATIONS ON MARITIME LAW	89
V. FOREIGN LAW	96
<i>Pavel Figurov</i> Cancelling Clause and Its Connection to Breach of Contract	96

Вступительное слово



Четвертый выпуск журнала за 2021 г. охватывает период с июля по сентябрь и завершается историческим и, без преувеличения, самым важным событием XXI в. для морских юристов и российского судоходного сообщества. 30 сентября 2021 г. на Генеральной ассамблее Международного морского комитета (ММК) (Comité Maritime International (CMI)) состоялось голосование, где практически единогласно Российская ассоциация морского права “RUMLA” была принята в состав ММК в качестве национальной ассоциации морского права России. ММК – это неправительственная международная организация, созданная в 1897 г. с целью унификации морского права. Членство в международной организации позволит представителям России участвовать в разработке международных конвенций в области торгового мореплавания.

Я хотел бы выразить глубокую признательность всем авторам журнала «Морское право» и особенно тем, кто представил свои тексты как на русском, так и на английском языках.

Хотелось бы также отметить Булата Каримова и Ивана Кобченко, которые отслеживают все публикуемые решения российских арбитражных судов, вычлениают «морские» дела и впервые в РФ ведут их статистику. В то же время они отслеживают и анализируют новые публикации по морскому праву, выходящие за рубежом. Кроме того, Булат и Иван посвятили свое время и энергию переводу значительной части журнала на английский язык, благодаря чему журнал «Морское право» продолжает издаваться полностью двуязычным.

Наиболее важными особенностями журнала являются статистика «морских» дел, которую можно найти в предисловии к обзору судебной практики, и обзор практики, где авторы анализируют и комментируют наиболее важные и интересные судебные акты.

Статьи, новости, обзоры судебной практики и новинок литературы должны заинтересовать занимающихся морским правом юристов: адвокатов в широком смысле этого слова, судей, студентов, – и держать их в курсе развития отрасли. Мы публикуем статьи ученых, практикующих юристов, а также начинающих юристов, чтобы формировать юридическое сообщество из представителей всех поколений.

В настоящем номере опубликованы статьи практикующих юристов: П. Фигурова – об оговорке о канцелировании и ее связи с нарушением договора; С. Дрёмовой – о распределении ответственности за доставку поврежденного груза и А. Карчёмова – о судоходстве и тренде на декарбонизацию, – а также статьи молодых специалистов: К. Спеховой – о противодействии морскому пиратству и И. Кобченко – об ответственности за вред, причиненный автономным судном.

Мы рады внести свой вклад в унификацию морского права во всех его аспектах.

*Президент Ассоциации морского права “RUMLA”
Константин Краснокутский*

Preface



This fourth issue of 2021 covers the period from July to September 2021, and is culminated by the historic, and without exaggeration, the most important event of the XXI century for Russian maritime lawyers and the Russian shipping community. On the 30 September 2021 by an almost unanimous vote of the General Assembly, the Russian Maritime Law Association (RUMLA) joined the Comité Maritime International (CMI) as a national maritime law association from Russia. The CMI is an international non-governmental organisation, founded in 1897, dedicated to the unification of the Maritime Law. Membership in the international organisation will allow Russia's representatives to participate in the drafting of international conventions in the field of merchant shipping.

I would like to express my deep appreciations to all contributors to the Maritime Law Journal, and especially to those who submitted their texts both in the Russian and English languages.

I would also like to honorary mention Bulat Karimov and Ivan Kobchenko who are monitoring all the published judgements of Russian commercial courts, carefully picking out “maritime cases” and keeping a never before available statistic of thereof. At the same time, they monitor and review new publications on maritime law published internationally. Moreover, Bulat and Ivan have devoted their time and energy to translating a major part of the journal into the English language making it possible for the Maritime Law Journal to be fully bilingual.

The most important features of the journal are the statistics of the “maritime cases”, which can be found in the preface to the review of Russian case law, and the review of cases, where the contributors analyse and comment on the most important and interesting judicial decisions.

The case reviews and articles, news and reviews of new publications are aimed to have a wide appeal to those with interest in maritime law – attorneys, judges, students, and keep them keep abreast of the developments. We publish articles by academics, practising lawyers and also by young lawyers to shape a legal community of all generations.

This issue includes articles by practicing lawyers – P. Figurov about cancelling clause and its connection to breach of contract; S. Dryomova on allocation of liability for delivery of damaged cargo and A. Karchiomov on shipping and the trend towards decarbonisation, as well as articles by young specialists – K. Spekhova about combating maritime piracy and I. Kobchenko about liability for damage caused by an autonomous shipping.

We are happy to contribute to the unification of maritime law in all its aspects.

President of the Russian Maritime Law Association (RUMLA)

Konstantin Krasnokutskiy

I. НОВОСТИ

Российские юристы возвращаются в международное морское сообщество

Ассоциация морского права "RUMLA" получила полноценное членство в Международном морском комитете (Comité Maritime International (CMI)). На состоявшемся в онлайн-формате ежегодном собрании CMI "RUMLA" была принята в качестве национальной ассоциации от России через четыре года после исключения правопреемника советской ассоциации из членов CMI.

Международный морской комитет (Comité Maritime International (CMI)) – одна из старейших и уважаемых международных неправительственных организаций, основанных в бельгийском Антверпене на рубеже XIX и XX вв. в эпоху бурного развития экономики, международной торговли и связанного с ними права. С 1897 г. CMI объединяет в себе различные национальные ассоциации морского права и организует их сотрудничество с тем, чтобы всемерно способствовать унификации морского права во всех его аспектах, следить за разумным и непротиворечивым правоприменением в различных странах. Так благодаря деятельности CMI появились и неоднократно обновлялись однотипные международные правила и принятые ключевыми морскими державами конвенции, касающиеся в том числе спасания на море, перевозок пассажиров и их багажа, оформления и содержания коносаментов, ограничения ответственности судовладельцев и многого другого. Международные подкомитеты и последующие конференции CMI ответственны за первоначальную разработку каждой конвенции, рассматриваемой Юридическим комитетом ИМО, за исключением Конвенции о вмешательстве 1969 г., Протокола 1973 г. и Конвенции HNS 1996 г.

Отечественные представители – профессора Санкт-Петербургского университета принимали участие в деятельности CMI с самых первых ее конференций. После Первой мировой войны и революции профессиональное взаимодей-

ствие прекратилось. Только в 1969 г. созданная годом ранее советским руководством Советская ассоциация морского права, базировавшаяся в Москве, была принята в CMI в качестве члена от СССР.

В 2017 г. правопреемник советской ассоциации был исключен из CMI за неоднократные нарушения регламента, в результате чего российское представительство в CMI прекратилось. Потребовалось четыре года организационной работы для того, чтобы вернуть российских морских юристов в CMI.

30 сентября 2021 г. состоялась Ассамблея (общее ежегодное собрание) CMI, на которой был разрешен вопрос о принятии в CMI Ассоциации морского права "RUMLA" в качестве ассоциации морского права от России. Решение Ассамблеи CMI было почти единогласным (принято общим голосованием членов CMI).

Теперь к участию в работе CMI смогут подключиться и российские юристы. Донесение своей позиции до зарубежных и международных игроков, выработка единообразных для всех участников морского рынка правил – насущная необходимость не только для юридического сообщества, но и для всего морского бизнеса в целом.

Российская проформа договора спасания

В сентябре 2021 г. состоялось три круглых стола по российской проформе договора спасания: 23 сентября в рамках 16-й Международной выставки – конференции «НЕВА 2021» и 30 сентября в г. Владивостоке, на площадке МГУ им. ад. Г.И. Невельского, и в г. Санкт-Петербурге, на площадке ГУМРФ им. ад. С.О. Макарова.

Формат проведения круглых столов очно-заочный, дискуссионный; охват аудитории – от Приморского края, далее Красноярск, Москва, Санкт-Петербург, страны Балтийского региона (Германия, Латвия, Финляндия, Швеция, Эстония), а также Англия и Испания. В дискуссии приняли участие известные профессионалы в области

морского и международного частного права, среди которых эксперты, ученые, морские арбитры, судьи, капитаны дальнего плавания, морские юристы.

Перед участниками дискуссий организаторами был поставлен вопрос: какой быть по содержанию и форме проформе договора спасания? Обсуждение вызвало огромный интерес морского сообщества как в России, так и за рубежом и завершилось единственным обобщенным выводом: российской проформе договора спасания быть!

Основные выводы:

- проформа договора спасания в России нужна на общенациональном уровне и должна носить интернациональный характер для участников спасательных операций;
- проформа нужна для установления унифицированного подхода, соответствующего международным и отечественным нормам права, хорошей, устоявшейся морской практике, при заключении и исполнении договоров о спасании;
- проформа должна:
 - быть максимально лаконичной, удобной и понятной в ее использовании при заключении договоров о спасании в экстремальных условиях;
 - оптимально обеспечивать баланс интересов и защищенность спасателей и владельцев спасаемого имущества, а также иных участников спасательных операций, и в том числе страховщиков; она должна достигаться существом договора о спасании и соблюдением положений Международной конвенции о спасании 1989 г. и КТМ РФ;
- обеспечивать исполнимость договоров о спасании;
- учитывать концентрацию публичного интереса и его соотношение с арбитражной оговоркой;
- быть глобально конкурентоспособной при осуществлении морского судоходства, т.е. в ней должны быть учтены лучшие практики, как отечественные, так и зарубежные, по применению аналогичных проформ;
- минимизировать судебные споры, вытекающие из спасательных операций и в связи с ними, в арбитражных судах;
- договор о спасании должен быть согласован со страховщиком ответственности;
- сохранить принцип: «Без спасения нет вознаграждения»;
- предусмотреть доарбитражное урегулирование споров, широкое использование примирительных процедур, в том числе переговоров и медиации, в целях урегулирования споров, связанных со спасательными операциями, учитывая практику и тенденции в зарубежных юрисдикциях. ■

I. NEWS

Russian Lawyers Rejoin the Comité Maritime International

The Russian Maritime Law Association "RUMLA" has been accepted as a member of the Comité maritime international (CMI). "RUMLA" was accepted as a national association from Russia 4 years after the expulsion of the successor of the Soviet association from CMI membership at the CMI annual meeting held online.

The Comité Maritime International (CMI) is one of the oldest and most reputable international non-governmental organisations, founded in Antwerp, Belgium, at the turn of the XIX and XX centuries during a period of rapid economic development, international trade and law. Since 1897, CMI brings together the various national maritime law associations for the purpose of contributing by all appropriate means and activities to the unification of maritime law in all its aspects, ensuring a reasonable and consistent application of the law in the various countries.

Thanks to the CMI uniform international rules and conventions have been adopted by the major maritime nations, and subsequently been developed and repeatedly updated, e.g. salvage at sea, carriage of passengers and their luggage, bills of lading, limitations of liability of shipowners and many others. The International Sub-Committees and subsequent CMI Conferences are responsible for the initial development of each Convention considered by the IMO Legal Committee with the exception of the 1969 Convention on Intervention, the 1973 Protocol and the 1996 HNS.

Russian representatives, professors from the University of St. Petersburg, have participated in CMI activities since the very first CMI conference. After World War I and the revolution professional interaction ceased. It was not until 1969 that the Soviet Maritime Law Association, based in Moscow and established a year earlier by the Soviet government, was admitted to the CMI as a member from the USSR.

In 2017, the successor of the Soviet association was expelled from the CMI for repeated violations of regulations, resulting in the termination of Russia's representation in the CMI. It took four years of organisational work to bring Russian maritime lawyers back to the CMI.

On 30th September 2021, the General Assembly (annual general meeting) of the CMI was held who voted for the Russian Maritime Law Association (RUMLA) to be accepted as the to the CMI as a national maritime law association from Russia. The resolution of the CMI Assembly was almost unanimous (passed by a general vote of the CMI members).

Russian lawyers will now be able to take part in the work of CMI. Communicating the interests to foreign and international players, producing uniform rules for the maritime market is a necessity not only for the legal community, but for the maritime business as a whole.

Russian Salvage Form

In September 2021 three round tables took place on the topic of Russian proforma contract of salvage, on September 23rd at the 16th International exhibition-conference "NEVA 2021" and on September, 30th in Vladivostok at the Admiral G. Nevelskoy State Maritime University and in Saint-Petersburg at the Admiral Makarov State Maritime Academy.

The roundtables were a mixture of online and offline, discussion-based and attracted audience from Primorsky Region, Krasnoyarsk, Moscow, St. Petersburg, countries of the Baltic region (Germany, Latvia, Finland, Sweden, Estonia), as well as England and Spain. The discussion brought together prominent maritime and international private law professionals, including experts, academics, maritime arbitrators, judges, shipmasters, and maritime lawyers.

The organizers posed a question to the participants of the discussions: What should be the content and form of a salvage contract? The discussion showed great interest of the maritime community both in Russia and abroad and ended with a single

generalized conclusion: Russian pro-forma salvage contract shall be developed!

Main conclusions:

- a pro-forma salvage agreement in Russia is a necessity at a national level and should be international in its nature for participants of salvage operations;
- a pro-forma is necessary to establish a unified approach, in line with international and domestic law, established maritime practice with respect to the execution and performance of salvage contracts;
- a pro-forma should:
 - be as brief, user-friendly and understandable as possible, to facilitate the execution of salvage contracts in extreme conditions;
 - optimally ensure the balance of interests and protection of salvors and owners of salvaged property, as well as other participants of salvage operations and including insurers. The latter should be achieved by the compliance of the contract of salvage to the provisions of the International Convention on Salvage of 1989 and the Code of Merchant Shipping of the Russian Federation;
- ensure the enforceability of salvage contracts;
- take into account the public interest and its interference with the arbitration clause;
- be globally competitive in international shipping, i.e. it should take into account best practices, both domestic and foreign, in the application of similar proformas;
- minimise litigation arising out of and in connection with salvage operations before arbitral tribunals;
- the salvage contract should be agreed with the liability insurer;
- retain the principle of “No salvage, no remuneration”;
- provide for pre-arbitration dispute resolution, extensive use of conciliation, including negotiation and mediation, to resolve disputes relating to salvage operations, taking into account practices and trends in foreign jurisdictions. ■

Предисловие к обзору судебной практики

Настоящий выпуск журнала «Морское право» охватывает период с июля по сентябрь 2021 г. Как и прежде, в качестве предисловия мы подводим ежеквартальную статистику «морских» дел, рассмотренных арбитражными судами. Наиболее значимые споры вошли в обзор судебной практики и были прокомментированы авторами журнала.

Дела в первой инстанции

При поиске в Банке решений арбитражных судов (ras.arbitr.ru) по ключевым словам «КТМ РФ», «капитан морского порта», «морской залог», «морское посредничество», «лоцманская проводка» за исследуемый период было найдено 106 «морских» дел, разбиравшихся в первой инстанции.

Апелляционный суд	Категории дел
5-й ААС	Всего – 8 дел: – о нарушении обязательств по договору тайм-чартера (2); – о нарушении обязательств, возникающих из спасания (1); – о наличии полномочий капитана судна (1); – об ответственности за столкновение судов (1); – о нарушении обязательств по договору перевозки (при этом отношения осложнены банкротством перевозчика) (1); – о взыскании платы за ремонт судна (1); – о взыскании задолженности по договору перевозки груза (1).
6-й ААС	Всего – 1 дело: – взыскание демереджа (1).
9-й ААС	Всего – 3 дела: – о нарушении обязательств по договору транспортной экспедиции (1); – о морском залоге в банкротстве (1); – о выплате страхового возмещения (1).
13-й ААС	Всего – 1 дело: – о взыскании задолженности по договору морской буксировки (1).
15-й ААС	Всего – 2 дела: – о выплате страхового возмещения (1); – о взыскании задолженности по договору морской буксировки (1).

Из указанных 106 разбирательств 59 дел было связано с публичным правом: оспариванием ненормативных актов государственных органов, привлечением к ответственности за административные и таможенные правонарушения. Чаще всего оспариваются ненормативные акты государственных органов об устранении нарушений законодательства при функционировании морских портов, а также при выдаче лицензии и отказе в регистрации морских судов.

В сфере морского частного права арбитражными судами субъектов было рассмотрено 47 дел. Среди них чаще всего встречаются споры о взыскании задолженности по договору тайм-чартера и перевозки грузов, неосновательного обогащения и демереджа. Кроме того, арбитражные суды рассматривали споры о взыскании неосновательного обогащения за стоянку судна у причала при отсутствии договора; о взыскании страхового возмещения в связи с повреждением груза, судна или болезнью члена экипажа; о нарушении обязательств сторон по договору бербоут-чартера; о нарушении обязательств, возникающих при лоцманской проводке судов.

Дела в апелляционной инстанции

Апелляционными арбитражными судами в исследуемый период было рассмотрено 54 дела, в которых упоминается КТМ РФ. При этом лишь в 26 актах КТМ РФ использовался как источник морского права, а не просто в качестве примера по делам, не связанным с мореплаванием. Из указанных 26 дел относятся к сфере публичного права 8 споров, а к сфере частного права – 18.

Дела в сфере публичного права связаны либо с таможенным регулированием, либо с привлечением лиц к административной ответственности. К административной ответственности в сфере морского публичного права арбитражные суды, как и в предыдущий квартал, обычно привлекают за незаконное пересечение морских границ.

В сфере морского частного права стороны спорят в основном в связи с нарушением обязательств по договору тайм-чартера, взысканием неосновательного обогащения и демереджа. Наибольшее количество споров здесь рассмотрел Пятый арбитражный апелляционный суд – 8 дел.

Кассационный суд	Категории дел
Арбитражный суд Восточно-Сибирского округа	Всего – 1 дело: – о взыскании задолженности по договору перевозки (1).
Арбитражный суд Дальневосточного округа	Всего – 6 дел: – о нарушении обязательств по договору тайм-чартера (2); – о нарушении обязательств по договору бербоут-чартера (1); – о нарушении обязательств по оплате нахождения судна у причала в процессе бункеровки (1); – о признании части договора перевозки ничтожной по ст. 169 ГК РФ (1); – о выплате страхового возмещения в связи с болезнью члена экипажа судна (1).
Арбитражный суд Западно-Сибирского округа	Всего – 1 дело: – о нарушении обязательств по агентскому договору (1).
Арбитражный суд Московского округа	Всего – 1 дело: – о нарушении обязательств по договору транспортной экспедиции (1).
Арбитражный суд Северо-Западного округа	Всего – 2 дела: – о взыскании мертвого фрахта (1); – о нарушении обязательств по договору тайм-чартера (1).

Выше, на с. 11, представлена наглядная таблица с распределением споров по морскому частному праву между различными апелляционными судами.

Дела в кассационной инстанции (суды округов)

За период с июля по сентябрь 2021 г. в арбитражных судах округов было рассмотрено 18 дел, в которых упоминается КТМ РФ. Из них к морскому праву относятся лишь 14. В остальных случаях КТМ упоминается просто в качестве примера регулирования (чаще всего – в связи с вопросами исковой давности).

Из 14 морских дел 2 дела охватывают вопросы публичного права, а именно таможенных нарушений: в одном случае – со стороны частного лица, в другом – со стороны государственного органа.

В остальных 12 актах предметом спора являются частноправовые отношения. Однако одно из указанных частноправовых дел не было включено в расположенную ниже таблицу споров по морскому частному праву, так как оно фактически не было рассмотрено судом – иск о взыскании задолженности был подан вне процедуры банкротства.

Таким образом, за исследуемый период кассационной инстанцией было рассмотрено 11 дел в сфере морского частного права и два дела в сфере морского публичного права. Большую часть дел в области морского частного права рассмотрел Арбитражный суд Дальневосточного округа – 6 дел.

Итог

Таким образом, за третий квартал 2021 г. арбитражные суды рассмотрели 146 «морских» дел. Из них 77 дел – в сфере частного права и 69 дел – в сфере публичного права. В суде первой инстанции было рассмотрено 47 дел в сфере частного права и 59 в сфере публичного; в апелляционных арбитражных судах – 18 дел в сфере частного права и восемь в сфере публичного; в кассационных арбитражных судах – 12 в сфере частного права и два в сфере публичного. Превалирующее количество споров, как и в ранее изученные периоды (см. № 1–3 «Морского права» за этот год), связано со взысканием неосновательного обогащения, демереджа, а также с ответственностью за нарушение обязательств из договоров тайм-чартера и морской перевозки груза. ■

II. REVIEW OF RUSSIAN CASE LAW

Foreword to the Review

This issue of the journal "Maritime Law" 4/2021 covers the calendar period from July to September 2021. As it was before, we summarise the quarterly statistics of "maritime" cases, considered by commercial courts, as a foreword. The most significant disputes are reviewed and commented on in the journal.

Disputes heard in the courts of first instance

In the Archive of commercial courts judgments (ras.arbitr.ru) on the request of the keywords "MSC RF" (Merchant Shipping Code of the Russian Federation), "captain of a seaport", "maritime lien", "mari-

Appellate court	Categories of cases
The 5 th Commercial Court of Appeal (hereinafter – CCA)	8 cases in total: <ul style="list-style-type: none">– on breach of a time charter agreement (2);– on breach of a salvage agreement (1);– on the existence of the authority of a vessel's master (1);– on liability for vessels collision (1);– on breach of a carriage agreement (what is more, legal relations are complicated by the insolvency of the carrier) (1);– on recovery of payment for the repair of a vessel (1);– on recovery of debt under a carriage of goods (1).
The 6 th CCA	1 case in total: <ul style="list-style-type: none">– on recovery of demurrage (1).
The 9 th CCA	3 cases in total: <ul style="list-style-type: none">– on breach of a freight forwarding agreement (1);– on maritime lien in the bankruptcy (1);– on payment of insurance compensation (1).
The 13 th CCA	1 case in total: <ul style="list-style-type: none">– on recovery of debt under a sea towing agreement (1).
The 15 th CCA	2 cases in total: <ul style="list-style-type: none">– on payment of insurance compensation (1);– on recovery of debt under a sea towing agreement (1).

time agency”, and “pilotage”, there are 106 “maritime” cases in the courts of first instance for the period under review.

59 cases of these 106 are related to public law and included setting non-regulatory acts of state bodies aside and imposing liability for administrative or customs violations. In most cases, non-regulatory acts of public authorities on the correction of breaches of legislation regarding the operation of seaports, as well as acts on the issuance of licenses and on refusal to register the vessel were challenged.

Commercial courts of the subjects of the Russian Federation heard 47 cases on private maritime law. Among them, the most common disputes are ones over recovery of debts under time-charter and carriage of goods agreements, as well as recovery of unjustified enrichment and demurrage. In addition, commercial courts heard the disputes over the recovery of unjustified enrichment connected with vessels berthing without a contract; over the payment of insurance compensation in

connection with cargo or vessel damage, and illness of crew member; over the breaches of the bareboat charter; over the breaches associated with pilotage.

Disputes heard in the courts of appeal

Appellate commercial courts heard 54 cases, in which the MSC RF was mentioned, for the period under review. However, only in 26 of these cases, the MSC RF was used as a source of maritime law and not just as an example in the cases not related to shipping. 8 disputes of these 26 cases are connected to public law, and 18 ones to private law.

Disputes in the public law sphere are related to customs regulation or administrative liability. Commercial courts tend to impose administrative liability for illegal crossing of maritime borders as it was in the previous quarter.

As regards private maritime law, parties dispute mainly over the breach of time-charter agreements, the recovery of unjustified enrichment and demur-

Cassation court	Categories of cases
The Commercial Court of the East Siberian District	1 case in total: – on recovery of debt under a carriage agreement (1).
The Commercial Court of the Far Eastern District	6 cases in total: – on breach of a time charter agreement (2); – on breach of a bareboat charter agreement (1); – on breach of an obligation to pay for the vessel berthing during bunkering (1); – on annulment of the part of a carriage agreement under Art. 169 of the Civil Code of the Russian Federation (1); – on payment of insurance compensation for the illness of a crew member (1).
The Commercial Court of the West Siberian District	1 case in total: – on breach of an agency agreement (1).
The Commercial Court of the Moscow District	1 case in total: – on breach of a freight forwarding agreement (1).
The Commercial Court of the Northwestern District	2 cases in total: – on recovery of dead freight (1); – on breach of a time charter agreement (1).

rage. The majority of the disputes were heard by The Fifth Commercial Court of Appeal (8 cases).

There is a visual table on p. 14 above with the allocation of disputes under maritime private law among different commercial courts of appeal.

Disputes heard in the cassation instance (district courts)

Commercial district courts heard 18 cases, in which MSC RF was mentioned, for the calendar period from July to September 2021. Only 14 of those are related to maritime law. In other disputes, the MSC RF was mentioned only as an example of specific regulation (most often in connection with the period of limitation).

2 disputes of these 14 maritime cases cover problems of public law, namely, customs violations committed by a private person in one case, and by a public body in the other.

In the other 12 judicial acts, private law relations were the subject of the dispute. However, one of these private law cases was not included in the table below since it was not actually considered by the

court because the claim for recovery of debt was filed outside the bankruptcy proceedings.

Therefore, for the period under review, the courts of cassation instance heard 11 cases in the private maritime law field and 2 cases under the public law. Most of the disputes were heard by The Commercial Court of the Far Eastern District (6 cases).

Conclusion

As can be seen from the above, in the third quarter of 2021, commercial courts heard 146 maritime disputes. 77 of those were in the private law sphere and 69 – in the public one. Courts of first instance heard 47 disputes under the private law and 59 – under the public law; commercial courts of appeal heard 18 disputes in the private law sphere and 8 – in the public one; cassation courts heard 12 disputes under the private law and 2 – under the public law. The prevailing number of disputes, as in the periods previously reviewed, are related to the recovery of unjustified enrichment and demurrage, as well as to liability for breach of time charter and carriage of goods agreements. ■



Мария Андреевна Ерохова,

к.ю.н., доцент МВШСЭН, консультант NAVICUS.LAW

“Take or pay” по-русски

Комментарий к Определению Верховного Суда РФ от 20 августа 2021 г. № 305-ЭС21-10216 по делу № А40-328885/2019 («ОТЭКО-Портсервис» v «Капробен»)

При наличии в договоре условия “take or pay” («бери или плати») отказ заказчика от права получить услугу (обязательство «бери») сам по себе не устранил его платежные обязанности по отношению к исполнителю (обязательство «плати»). Обязанность «плати» представляет собой плату за отказ от договора (п. 1 ст. 6, п. 3 ст. 310 ГК РФ).

Факты: общество «ОТЭКО-Портсервис» осуществляло перевалку сыпучих грузов и реализовывало инвестиционный проект по строительству Таманского терминала навалочных грузов в морском порту Тамань. Компания «Капробен» занималась торговлей углем.

26 февраля 2019 г. общество «ОТЭКО-Портсервис» (оператор) и компания «Капробен» (заказчик) заключили договор, по условиям которого оператор гарантировал заказчику за согласованное в договоре вознаграждение осуществить с 1 июля 2019 г. по 31 декабря 2023 г. комплекс работ и услуг в отношении экспедирования, перевалки, хранения и накопления каменных углей, перемещаемых за границу Российской Федерации, а также выполнять другие работы и услуги в процессе перевалки.

Компания «Капробен» обязалась своевременно предъявлять оператору уголь для перевалки в соответствующих объемах в рамках условия “take or pay” («бери или плати») и оплатить вознаграждение.

В договоре были установлены условия о его досрочном расторжении по требованию одной из сторон. Так, в частности, заказчик имел право расторгнуть договор только в случае нарушения оператором обязательств по договору в части неподтверждения отгрузки груза в установленных договором объемах и в установленный срок, а также в части обязательств по своевременной приемке груза. В этом случае заказчик освобождался от обязательства по условию “take or pay”.

12 сентября 2019 г. компания «Капробен» письменно уведомила общество «ОТЭКО-Портсервис», что, руководствуясь ст. 450.1, 782 ГК РФ отказывается от исполнения договора, считает его расторгнутым, а отношения сторон – прекращенными с момента получения обществом «ОТЭКО-Портсервис» настоящего уведомления. Впоследствии компания «Капробен» пояснила, что отказ был связан с неблагоприятной для нее конъюнктурой цен на рынке угля.

Общество «ОТЭКО-Портсервис» направило компании «Капробен» претензию, указав на незаконность данного отказа, поскольку право на подобный отказ не предусмотрено ни условиями договора, ни законом, а затем обратилось в арбитражный суд с иском о признании одностороннего отказа от исполнения договора незаконным.

Позиция истца:

1. Действия компании «Капробен» неправомерны, так как между сторонами не предусмотре-

трен отказ от договора. Условие “take or pay” гарантировало истцу получение денежных средств при отказе от его услуг. Полученные средства должны идти на развитие и содержание порта в интересах компании «Капробен», ответчик же получал взамен резерв портовых мощностей, гарантированный объем услуг и стабильную цену на длительный период.

2. Договоренности сторон не должны игнорироваться и подлежат судебной защите; произвольный и безвозмездный выход из договора недопустим по условиям заключенной между сторонами сделки.

Позиция ответчика:

1. Договор представляет собой соглашение об оказании услуг, поэтому регулируется гл. 39 ГК РФ.

2. Пункт 1 ст. 782 ГК РФ о праве заказчика на немотивированный отказ от договора возмездного оказания услуг является императивной нормой, поэтому право на отказ не может быть изменено соглашением сторон.

Судебные акты по делу: решением Арбитражного суда г. Москвы от 18 августа 2020 г. иск о признании одностороннего отказа от исполнения договора незаконным удовлетворен. Суд квалифицировал договор как смешанный, что не давало возможности применить нормы о договоре возмездного оказания услуг и ст. 782 ГК РФ, и пришел к выводу, что компания «Капробен» не имела права в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора.

Постановлением апелляционного суда от 3 ноября 2020 г., оставленным в силе постановлением суда округа от 23 марта 2021 г., решение от 18 августа 2020 г. отменено, в удовлетворении иска о признании одностороннего отказа от исполнения договора незаконным отказано. Апелляционный и окружной суды пришли к выводу, что спорным договором урегулированы правоотношения по возмездному оказанию услуг и ответчик правомерно воспользовался правом на немотивированный односторонний отказ от исполнения договора, предоставленный ему п. 1 ст. 782 ГК РФ, вне зависимости от договоренности сторон об ином.

Суды также указали, что российское законодательство не регулирует договорную конструкцию с условием “take or pay” и правовые последствия ее применения, а негативные последствия расторжения договора, возникшие у общества «ОТЭКО-Портсервис», подлежат устранению через

возмещение расходов, фактически понесенных им в целях исполнения договора.

Судебная коллегия по Экономическим спорам ВС РФ оставила судебные акты апелляционного и окружного суда в силе, т.е. в иске о признании одностороннего отказа от исполнения договора незаконным отказала. Однако высшая судебная инстанция изменила мотивировочную часть судебных актов, признав право истца на получение денежных средств платой за отказ от договора.

Правовая позиция Верховного Суда сводится к трем основным тезисам:

1. «Вытекающее из спорного договора основное обязательство общества «ОТЭКО-Портсервис» перед компанией «Капробен» по существу сводилось к перегрузке угля из железнодорожных вагонов на морские суда, такое правоотношение сторон по перевалке грузов преимущественно регулируется правилами гл. 39 ГК РФ о возмездном оказании услуг. Положения п. 1 ст. 782 ГК РФ позволяют заказчику в любой момент немотивированно отказаться от исполнения договора. Однако из существа договора и его положений могут следовать определенные особенности реализации стороной права на отказ из договора...»

2. «Правоотношения по условию “take or pay” в общем виде прямо не урегулированы российским законодательством. В то же время в силу принципа свободы договора, ст. 1, а также ст. 421 ГК РФ, устанавливающей порядок квалификации таких правоотношений, отсутствие в российском законодательстве специального регулирования не ограничивает стороны в праве создавать различные договорные конструкции, выходя за обозначенные в ГК РФ рамки, и не дает судам оснований для игнорирования таких условий договора, особенно если это касается предпринимательской деятельности...»

3. «Отказ заказчика от права получать услугу (обязательство «бери») сам по себе не мог устранить имевшиеся у него платежные обязанности по отношению к исполнителю (обязательство «плати»)». В рамках договорной модели “take or pay” при отказе заказчика от получения характерного предоставления (от обязательства «бери») исполнение им обязанности в рамках обязательства «плати» может быть оценено как плата за отказ от договора (п. 1 ст. 6, п. 3 ст. 310 ГК РФ), исчисляемая из согласованного сторонами периода действия условия “take or pay”.

Таким образом, Верховный Суд квалифицировал отношения по перевалке грузов в морском порту как услуги; высказался об императивности права заказчика на отказ от договора возмездного оказания услуг; в то же время сделал вывод о недопустимости игнорирования судами договоренностей сторон, не урегулированных ГК РФ и не противоречащих императивным нормам, и признал договорное условие “take or pay” не противоречащим российскому праву, а также оценил обязательство «плати» в рамках модели “take or pay” как плату за отказ от договора. Все тезисы нуждаются в комментарии с целью определения их правового значения, т.е. влияния на последующую практику.

Комментарий: спор из договора возник в связи с деятельностью в морском порту, поэтому дело включено в обзор практики, публикуемой в журнале «Морское право». Однако вопрос носит общий характер и не обладает морской спецификой. Условие “take or pay” («бери или плати») распространено в российской практике, поэтому комментарий актуален для всех участников российского гражданского оборота, как имеющих отношение к торговому мореплаванию, так и работающих в других сферах. Комментарий построен на основе ответов на возникшие в деле вопросы, связанные с условием “take or pay”, но вначале мы хотели бы сделать два замечания о правовой квалификации договора перевалки груза и свободе договора.

1. Договор перевалки груза как разновидность оказания услуг и право заказчика на отказ до договора.

По поводу правовой квалификации договора перевалки¹ с точки зрения ГК РФ в судебной практике ведутся споры, практическое значение которых сводится к поиску ответов на два вопроса: (1) за что платит заказчик – за результат или соответствие действий исполнителя модели поведения? (2) Есть ли у заказчика право на односторонний немотивированный отказ от договора?

Некоторые суды поддерживают позицию, что договор перевалки груза – это смешанный договор, в котором содержатся элементы разных договоров (п. 3 ст. 421 ГК РФ), а при разрешении споров об оплате и праве заказчика на отказ

следует полагаться на договоренности сторон, а не искать ответ в Кодексе. В комментируемом деле эту позицию высказал суд первой инстанции, что дало ему возможность признать односторонний отказ от договора незаконным, так как стороны соответствующее право заказчика исключили.

Другое мнение, также встречающееся в судебной практике, сводится к тому, что договор перевалки – это договор подряда, а значит, заказчик платит только за результат. По ст. 717 ГК РФ заказчик вправе отказаться от договора подряда, однако должен возместить подрядчику убытки и оплатить часть выполненной работы.

Третья позиция сводится к тому, что договор перевалки груза – это разновидность возмездного оказания услуг. Эта позиция соответствует Федеральному закону от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в ст. 20 которого перевалка прямо поименована услугой. Практическое значение квалификации договора перевалки как разновидности услуг сводится к тому, что заказчик платит не за результат, а за соответствие действий исполнителя принятой в обороте модели поведения (п. 1 ст. 779 ГК РФ), а также обостряет вопрос о праве заказчика на односторонний отказ от договора без возмещения убытков исполнителю. В п. 4 постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» была высказана здравая позиция о диспозитивном характере права заказчика на отказ от договора, т.е. признавалось право сторон исключить в договоре возможность одностороннего отказа от договора оказания услуг. Однако последующая судебная практика эту позицию не восприняла и продолжала оценивать право заказчика на односторонний отказ от договора как императивную норму п. 1 ст. 782 ГК РФ, не подлежащую исключению в договоре. Ярким примером квалификации договора перевалки как возмездного оказания услуг с императивным правом заказчика на отказ от договора служит комментируемое дело, поскольку ВС РФ поддержал соответствующие выводы судов. Несмотря на отсутствие правила об общеобязательности высказываний судебных коллегий Верховного Суда, их решения по конкретным делам служат ориентиром для судебной практики. Это означает, что некоторое время позиция о договоре перевалки как разновидности

¹ То есть перегрузки товара с одного транспорта на другой.

возмездного оказания услуг с императивным правом заказчика на отказ от договора будет господствующей в судебной практике.

Теоретически вопрос об императивности права заказчика на отказ от договора возмездного оказания услуг является спорным. С одной стороны, нелогичным выглядит навязывание услуг заказчику (к примеру, обратились за дизайнерскими услугами, все, шаг назад сделать нельзя, терпите, отказ невозможен, если услуга оказывается надлежащим образом), поэтому хорошо бы иметь механизм выхода из договора. С другой стороны, у исполнителя должна быть защита не только в виде компенсации фактически понесенных расходов. Забегая вперед, решение, предложенное ВС РФ с точки зрения догмы не безупречно, но оно как раз предлагает следующий механизм: императивное право заказчика на отказ от договора, но за возможную заранее согласованную плату исполнителю.

2. Юридическая сила условий договора, не предусмотренных ГК РФ.

Важной позицией для развития дальнейшей практики является положительная оценка Верховным Судом договоренности сторон, не предусмотренной в Кодексе. Стороны в договорных отношениях нередко прибегают к условиям, которые не предусмотрены российским гражданским законодательством, и всегда существует опасение, не высказается ли российский суд о недействительности условия, как не предусмотренного ГК РФ. Именно из-за такого опасения в ходе реформы в Кодекс с целью легализации были включены положения о возмещении потерь, о заверениях, о корпоративном договоре и даже о факультативных и альтернативных обязательствах. Участие недействительности могла постигнуть условие “take or pay”: в комментируемом деле суды апелляционной и кассационной инстанций как раз высказались о недействительности этого условия, как непредусмотренного ГК РФ, однако ВС РФ эту позицию не поддержал и дал прямо противоположную оценку: условие имеет юридическую силу, несмотря на то, что оно прямо не предусмотрено Кодексом. Это хороший сигнал судам, означающий, что не следует считать недействительными договоренности сторон просто потому, что соответствующая модель не поименована в российском законе. Далее проанализируем содержание условия “take or pay” и практическое значение квалификации Вер-

ховным Судом обязанности «плати» в качестве платы за отказ от договора.

3. Что такое условие “take or pay”?

Это условие появилось в сфере международной торговли, и суть его сводится к тому, что одна сторона имеет право выбрать содержание исполнения своего обязательства – либо принять товар, работу, услугу, либо отказаться от принятия, но заплатить контрагенту, как будто товар, работы, услуги приняты. Это условие может быть включено в любой договор – как в куплю-продажу, так в подряд, услуги и любые посреднические сделки. В российской практике это условие распространено в сфере транспортировки нефти и газа. Например, стороны заключают рамочный договор о транспортировке нефти или газа по заявкам заказчика. Заказчик подает заявку, но для транспортировки предоставляет газ или нефть в меньшем объеме либо вообще не предоставляет в срок. В этом случае по условию “take or pay” заказчик, не предоставивший нефть или газ, должен заплатить будто услуга оказывалась². В любом случае условие наполняется содержанием договоренностями сторон.

В комментируемом деле стороны договорились понимать под “take or pay” обязательство заказчика по отгрузке в адрес терминала навалочных грузов (морской торговый порт Тамань) гарантированного годового объема угля с корреспондирующей обязанностью заказчика оплатить стоимость перевалки непоставленного объема угля по ставке перевалки, определенной в договоре. При неотгрузке угля заказчик в любом случае должен оплатить услугу исполнителя (которая на самом деле не оказана, но мощности для ее оказания зарезервированы).

Обращает на себя внимание, что условие “take or pay” не прекращает договор, а лишь дает заказчику право выбора – воспользоваться услугой или заплатить за нее, зная, что исполнитель зарезервировал мощности.

Нередко это условие используется в так называемых рамочных или абонентских договорах. Рамочный договор (ст. 429.1 ГК РФ) определяет общие условия взаимоотношений сторон, но конкретизируются они путем заключения отдельных договоров с помощью, как правило,

² Условие «бери или плати» прямо предусмотрено в абзаце втором п. 16 Правил поставки газа, утв. Постановлением Правительства РФ от 5 февраля 1998 г. № 162 (ред. от 19.03.2020).

заявок, в которых содержатся срок и объем оказываемой услуги. Условие “take or pay” дает возможность заказчику, подавшему заявку, услугой не воспользоваться, а исполнитель защищен тем, что плату он получит. Абонентский договор (ст. 429.4 ГК РФ) предполагает внесение периодических платежей исполнителю, а пользование его услугами – на усмотрение заказчика. Абонентский договор не является моделью “take or pay”, однако общая черта есть: заказчик может услугой не пользоваться, но обязан вносить регулярные платежи. К примеру, по такой модели мы используем услуги интернет-провайдеров. Как рамочный, так и абонентский договор не прекращается исполнением обязанности «плати».

Верховный Суд описал “take or pay” близко к тому, как его определяют стороны в договорах:

«По своей правовой природе условие “take or pay”, включенное сторонами спора в договор, состоит из двух обособленных, но тесно связанных между собой обязательств.

Первое обязательство (“take” или «бери») предполагает наличие у заказчика (покупателя) субъективного права получить от другой стороны (исполнителя, поставщика) определенный объем характерного исполнения за конкретный период времени, в то время как на другой стороне лежит корреспондирующая обязанность это исполнение предоставить».

Однако затем, в отличие от возможной воли сторон, Верховный Суд отождествил исполнение обязательства «плати» с платой за отказ от договора: «... в рамках договорной модели «take or pay» при отказе заказчика от получения характерного предоставления (от обязательства «бери») исполнение им обязанности в рамках обязательства «плати» может быть оценено как плата за отказ от договора (п. 3 ст. 310 ГК РФ)...» Этот вывод имеет право на существование применительно к факту комментируемого дела, так как заказчик отказался от договора, однако воспринимать этот вывод как общую правовую позицию на все случаи нельзя. Во многих других ситуациях, в частности, там, где заказчик не отказывается от договора, а лишь не предоставляет груз для перевалки, обязательство «плати», как правило, предполагает сохранение договора в силе.

4. Что такое плата за отказ от договора?

Плата за отказ от договора была введена в российский оборот через принцип свободы договора – право сторон формулировать такие

условия сделок, которые не предусмотрены ГК РФ (п. 1, 4 ст. 421 ГК РФ). В ходе реформы ГК РФ с целью устранения сомнения судов в правомерности такого условия плата за отказ от договора была включена в п. 3 ст. 310 ГК РФ. Как верно отмечает А. Карапетов, «такая плата имеет целью компенсацию неудобств другой стороны, связанных с претерпеванием произвольного выбора управомоченной стороны в пользу отказа от обязательства...»³ Иначе говоря, плата за отказ от договора представляет собой компенсацию, о которой договорились стороны, за выход из договора.

В п. 1 ст. 782 ГК РФ, где предусмотрен односторонний отказ от договора оказания услуг заказчиком, в качестве компенсации исполнителю предусмотрена обязанность заказчика, отказавшегося от договора, компенсировать исполнителю фактически понесенные расходы на оказание услуг. При этом вопросом дискуссии является включение в эти расходы зарплата сотрудников. Многие суды высказывают позицию, что зарплата сотрудника выплачивается по правилам трудового законодательства, не обусловлена оказанием услуги со стороны работодателя третьему лицу, поэтому не является фактически понесенной затратой на оказание услуги. В результате такой позиции исполнитель не защищен. В любой момент до принятия исполнения заказчик может отказаться от договора, и никакой денежной компенсации исполнитель не получит.

На фоне вывода судов об императивности права заказчика на отказ от договора, возникает вопрос об императивности правила о компенсации исполнителю фактически понесенных расходов. Является ли это правило императивным или диспозитивным? В комментируемом деле ВС РФ по сути высказался о диспозитивности правила о компенсации лишь фактически понесенных затрат исполнителю, так как признал юридическую силу согласованной платы за неиспользование услуги. Можно упрекнуть Верховный Суд в нелогичности и задать вопрос: почему один и тот же пункт ст. 782 ГК РФ частично императивен (в части права на отказ от договора), а частично диспозитивен (в части права согласовать плату

³ Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к ст. 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Г. Карапетов. М.: М-Логос, 2017. С. 83 (комментарий к ст. 310 ГК РФ).

за неиспользование услуги)? Или можно просто порадоваться предложенному договорному механизму защиты исполнителя и двинуться дальше.

5. Как соотносится плата за отказ от договора и условие “take or pay”?

Плата за отказ от договора представляет собой форму расчета между сторонами на ликвидационной стадии обязательства. Это некий финальный расчет, чтобы договор был выгоден обеим сторонам. На первый взгляд, сходство между обязанностью «плати» в модели “take or pay” и платой за отказ от договора есть – в обоих случаях сторона, отказавшаяся от услуг контрагента, платит ему. Однако на этом сходство заканчивается. Плата за отказ от договора – это платеж за выход из сделки, а обязанность «плати» в модели “take or pay” – это не выход из сделки, а обычное течение договорных отношений, не прекращающихся с платежом.

Практическое значение этого отличия проявляется прежде всего в ответе на вопрос: можно ли снизить плату за отказ от договора и плату в модели “take or pay”? Разберем его в следующем пункте комментария.

6. Можно ли снизить плату за отказ от договора или плату в модели “take or pay” по правилам о снижении неустойки?

Строго говоря, ни плата за отказ от договора, ни обязанность «плати» в модели “take or pay” не являются санкцией за неисполнение обязательства. Иначе говоря, это не неустойка, а значит, возможность снижения вызывает большие теоретические сомнения.

Тем не менее в п. 16 постановления Пленума ВС РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении» высказана позиция о возможности снижения платы за отказ от договора на основании принципа доброй совести в исключительных случаях при явной несоразмерности размера платы негативным последствиям отказа от договора, прежде всего убыткам: «Если будет доказано очевидное несоответствие размера этой денежной суммы неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от исполнения обязательства или изменением его условий, а также заведомо недобросовестное осуществление права требовать ее уплаты в этом

размере, то в таком исключительном случае суд вправе отказать в ее взыскании полностью или частично (пункт 2 статьи 10 ГК РФ)».

Назвав обязанность «плати» в модели “take or pay” платой за отказ от договора, Верховный Суд одновременно дал возможность снижать эту плату при ее очевидном несоответствии неблагоприятным последствиям, вызванным отказом от услуги. Это, пожалуй, кульминация правовых проблем, решенных в комментируемом деле.

Вместе с тем надо признать, что возможность снижения размера платы в договорной модели “take or pay” не является новостью для российских судов, так как и ранее встречались дела, когда суды снижали эту плату на основании ст. 333 ГК РФ.

Впрочем, позиции высшей судебной инстанции по этому вопросу не было. А теперь есть серьезный эмпирический довод в пользу снижения: раз Верховный Суд назвал это платой за отказ от договора, значит, и в исключительных случаях при наличии доказательств несоразмерности, представленных ответчиком, плату снижать можно.

7. Каков смысл иска о признании одностороннего отказа от исполнения договора незаконным?

Комментируемое дело демонстрирует еще одну из давних проблем российской судебной практики – мультипликацию судебных процессов и заявление требований, которые сами по себе право истца не защищают, так как, как правило, неясно, в чем защита права, когда нет присуждения истцу?

В данном деле отказ заказчика от договора признан правомерным, но и условие «бери или плати» тоже правомерно. Значит, заказчик должен исполнителю некую плату. Почему исполнитель предъявил иск о признании отказа от договора незаконным, а не иск о взыскании платы? Истец экономил на госпошине или преследовал какие-то иные цели?

Чертой современной российской практики можно назвать мультипликацию судебных процессов – нередко одно и то же правоотношение разбивается на несколько исков, и суды этому не препятствуют. Мировая практика иная, во многих странах господствует принцип: «Одно правоотношение – один судебный процесс». Принцип этот именуется *res iudicata* (дословно –

«решенное дело»)⁴, но в российских процессуальных кодексах он выражен узко. Российский суд прекращает производство по делу, если принятый к производству иск по предмету, основанию и спорящим сторонам тождествен уже решенному делу (ст. 152 АПК РФ, ст. 220 ГПК РФ). Другими словами, российский судебный процесс индивидуализируется не по спорному правоотношению, а предмету и основанию иска. В результате судебная система перегружена и споры из одного правоотношения рассматриваются по несколько раз. Это дело является яркой иллюстрацией проблемы. Истцу следовало соединить иск о признании отказа от договора незаконным с требованием о взыскании платы по договору,

⁴ См. подробнее: *Murray P.L., Sturmer R. German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004. P. 355–362.

а без этого российскую судебную систему ожидает еще одно дело между теми же сторонами спорного договора.

Вывод

Главное в комментируемом деле сводится к тому, что ВС РФ отождествил плату за отказ от договора с обязанностью «плати» в модели “take or pay”. Эта позиция не должна быть универсальной, так как в других делах воля сторон может быть направлена на сохранение, а не прекращение договора. Иначе говоря, комментируемому делу, несмотря на множество интересных правовых позиций, высказанных в нем, желательно не придавать универсального значения в оценке обязанности «плати» как платы за выход из договора. ■



Maria Erokhova,

Ph.D., assistant professor of Moscow School of Social and Economic Sciences, consultant at NAVICUS.LAW

Take-or-Pay *a la Russe*

Commentary to the Resolution of the Supreme Court of the Russian Federation dated August 20, 2021, No. 305-ES21-10216 in case No. A40-328885/2019 (“OTEKO-Portservice” v “Kaproben”)

If a contract contains a take-or-pay clause, the customer’s waiver of the right to services (obligation “to take”) does not itself excuse the payment obligation towards the contractor (obligation “to pay”). Obligation “to pay” is a payment for the termination of a contract (§ 1 of Article 6, § 3 of Article 310 of the Civil Code of the Russian Federation (CC RF)).

Facts of the case: OTEKO-Portservice transhipped the bulk cargo and carried out the investment project for the construction of the Tamanskiy bulk terminal in the seaport of Taman. Kaproben was involved in coal trading.

On February 26, 2019, OTEKO-Portservice (operator) and Kaproben (customer) entered into a contract, pursuant to which in consideration of the agreed payment, the operator guaranteed to the customer to perform from July 1, 2019, to December 31, 2023 a range of works and services for forwarding, transshipment, storage, and accumulation of hard coal, which was to be exported abroad the Russian Federation, as well as to perform other works and services during the transshipment.

Kaproben undertook to deliver coal to the operator for transshipment in the relevant volumes under the take-or-pay clause and to pay the sums due.

There was a condition in the contract for its early termination at the request of one of the parties. In particular, the customer was entitled to terminate the contract only in case of its violation by the operator, namely the failure confirm the shipment of

the cargo in the volumes and within the timeframe agreed in the contract, and also in terms of timely acceptance of the cargo. In these cases, the customer would be relieved from the obligations under the take-or-pay clause.

On September 12, 2019, Kaproben notified OTEKO-Portservice in writing that pursuant to Articles 450.1, 782 of the CC RF they refuse to perform the contract and deem the contract cancelled, and the relationship of the parties’ terminated from the moment of the receipt of the notice of cancellation by OTEKO-Portservice. Kaproben subsequently explained that the cancellation of the contract was due to the unfavourable coal market conditions.

OTEKO-Portservice sent a claim letter to Kaproben stating that the cancellation was unlawful since neither the contract nor the law provided for such a right to avoidance and then filed a claim to the commercial court to hold the unilateral cancellation unlawful.

Claimant’s arguments:

1) Actions of Kaproben are unlawful since the parties did not provide for the unilateral cancellation of the contract. The take-or-pay clause guaranteed that the claimant would receive payment regardless of the avoidance of his services. The money to be received were to be used for the development and maintenance of the port in the interests of Kaproben, who in turn benefited the reservation of the port’s capacities, the guaranteed volume of services, and the long-term fixed price.

2) The parties' arrangements shall not be ignored and shall be subject to judicial protection; arbitrary and uncompensated cancellation of the contract is inadmissible pursuant to the terms agreed for by the parties.

Defendant's arguments:

1) The agreement is a contract for the provision of services and shall therefore be governed by Chapter 39 of the CC RF.

2) Paragraph 1 of Article 782 of the CC RF on the customer's right to cancel the contract without any cause is a mandatory provision, so the right of cancellation cannot be changed agreement of the parties.

Ruling of the courts: The Commercial Court of Moscow in its judgement dated August 18, 2020, satisfied the claim on acknowledging the unilateral cancellation of the contract unlawful. The court deemed the contract to a mixed contract, which did not allow for the application of the norms of Article 782 of the CC RF on the contracts for the provision of services. The court also concluded that Kaproben was not entitled to cancel the contract unilaterally.

The Court of Appeal by its Ruling dated November 3, 2020, which was upheld by the of the Ruling of the Cassation Court dated March 23, 2021, overruled the Judgement dated August 18, 2020, and dismissed the claim on acknowledging the unilateral cancellation of the contract unlawful. The Court of Appeal and the Cassation Court found that the contract in question was a contract governing the relations of the parties arising from the provision of fee-based services and the defendant had validly exercised his right to cancel the contract under § 1 of Article 782 of the CC RF regardless of whether the parties had agreed otherwise.

The courts also pointed out that Russian legislation does not provide for the take-or-pay contract terms and legal effect of thereof. The negative consequences due to the cancellation of the contract, which were incurred by OTEKO-Portservice, could be remedied by the compensation of costs that were actually incurred by the latter, to perform the contract.

The Judicial Chamber on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation upheld the judgements of the Court of Appeal and the Cassation Court, i.e. dismissed the claim on acknowledging the unilateral cancellation of the contract as unlawful. However, the Supreme Court amended the reasoning of the judgements and

acknowledged the right of the claimant to receive monetary compensation as payment for the cancellation of the contract.

The legal reasoning of the Supreme Court can be expressed in three main theses:

1) "The main obligation of the OTEKO-Portservice towards Kaproben arising from the contract in question was essentially to transship the coal from the railway wagon to the sea vessels. These legal relations of the parties shall be primarily governed by the provision of Chapter 39 of the CC RF. The provisions of § 1 of Article 782 of the CC RF entitle the customer to cancel the contract unilaterally without any cause. However, the nature of the contract and its terms may establish certain specific features of a party's right to exercise of the cancellation of the contract..."

2) "Legal relations under the "take-or-pay" clause are not governed directly by the Russian legislation. At the same time, due to freedom of contract principle, Articles 1 and 421 of the CC RF, which set out the rules for interpretation, the lac of the regulation of certain relations in Russian law does not limit the parties' right to produce various contractual terms beyond the framework set out in the CC RF, and does not give the court grounds to ignore such contractual terms, especially if they concern entrepreneurial activity..."

3) "The customer's avoidance of the services (obligation "to take") does not itself excuse his payment obligation in favour of the contractor (obligation "to pay"). Under the "take-or-pay" contract if the customer refuses to accept the specific performance (obligation "to take"), the performance of his obligation "to pay" shall be deemed as a payment for the cancellation of the contract (§ 1 of Article 6, § 3 of Article 310 CC RF), and calculated from the duration period of the "take-or-pay" clause, agreed upon by the parties".

Therefore, the Supreme Court has qualified the cargo transshipment at a seaport as services; the Court observed the mandatory nature of the provision of law, which provides for the right to cancel the contract for the provision of services; at the same time, the court emphasized that the courts shall not ignore the parties' agreements, which are not provided for in the CC RF and which do not contradict to the mandatory provisions of law, and found that the "take-or-pay" contract terms are not contrary to Russian law, and also found the obligation "to pay" to be a payment for the cancellation of contract. All of the theses need to be commented

on in order to determine their legal significance, i.e., impact on subsequent practice.

Comment: the contractual dispute arose from the activities at a seaport, so the case was submitted to the judicial practice review published in Maritime Law Journal. However, the issue is of a general nature and has no maritime specifics. The “take-or-pay” clause is widespread in Russian practice, so the commentary is relevant to all participants of civil commerce, both those involved in merchant shipping and those in other areas. The commentary is based on answers to questions that arose in connection with the “take-or-pay” clause, but before that, there are two remarks regarding the legal interpretation of the transshipment agreement and freedom of contract.

1) Cargo transshipment agreement as a type of services and the customer’s right to avoid the contract.

As regards the legal interpretation of the transshipment agreement¹ under the CC RF, there are ongoing disputes in judicial practice, whose practical importance comes down to finding the answers to two questions: 1) what does the customer pay for: for the result or for compliance of the contractor’s actions with the behaviour model? 2) is the customer entitled to unilateral cancellation of the contract?

Some courts support the position that the transshipment agreement is a mixed contract which contains elements of different contracts (§ 3 of Article 421 of the CC RF) and, when resolving the disputes over payment and the customer’s right to cancel the contract, one shall rely on the parties’ agreements rather than look for an answer in the Code. In the commented disputed, the Court of first instance took this position, which gave the grounds to hold the unilateral cancellation of the contract unlawful since the parties had excluded that right of the customer.

Another opinion, which can also be found in judicial practice, is that a transshipment agreement is contract for works, which means that the customer shall pay only for the result. Pursuant to Article 717 of the CC RF, the customer is entitled to avoid the contract, but he has to compensate the contractor for losses and pay for the part of the work performed.

The third position is that the transshipment agreement is a type of a contract for the provision

of services. This legal reasoning conforms to the Federal law “On the Seaports in the Russian Federation” dated November 8, 2007, No. 261-FZ, which stipulated directly in Article 20 that the transshipment is a service. The practical meaning of interpretation of the transshipment agreement as a type of services comes down to the fact that the customer pays, not for the result, but for the compliance of contractor’s actions with a behaviour model accepted in commerce (§ 1 of Article 779 of the CC RF). This also actualises the problem of the customer’s right to cancel the contract without compensating the contractor’s losses. A reasonable approach is expressed in paragraph 4 of the Ruling of the Plenum of the Supreme Commercial Court of the Russian Federation dated March 14, 2014, No. 16 “On Freedom of Contract and Its Limits”, which states that the customer’s right to avoid the contract is of a non-mandatory nature. In other words, it was accepted that the parties are entitled to exclude by agreement the possibility of unilateral cancellation of the contract for the provision of services. However, the subsequent judicial practice has not taken this approach and continued to regard the customer’s right to unilateral cancellation of the contract as a mandatory provision of § 1 of Article 782 of the CC RF that cannot be excluded an agreement. The case under review is a vivid example of the interpretation of a transshipment agreement as a contract for the provision of services with the mandatory right to unilateral cancellation of the contract since the Supreme Court upheld the relevant conclusions of the courts. Although there is no rule that the Rulings of the judicial chambers of the Supreme Court are of a generally binding nature, their Rulings serve as a guideline for judicial practice. It means that for some time the legal reasoning that the transshipment agreement is a type of contract for the provision of services with the mandatory right to cancel the contract will prevail in judicial practice.

From the theoretical point of view, the problem of the mandatory nature of the customer’s right to cancel a contract for the provision of services is contentious. On the one hand, it does not seem logical to impose services on the customer (for example, one might have asked for design services, that’s it, there is no step back, one has to bear them, one cannot avoid the contract if the services were rendered properly), so it would be good to have a mechanism to avoid the contract. On the other hand, the contractor shall not only have protec-

¹ The reloading of goods from one vessel onto another.

tion in the form of compensation for actual losses incurred. Looking ahead, the solution proposed by the Supreme Court is dogmatically flawed, but it really offers such mechanism: the mandatory customer's right to avoid the contract but for a possible pre-agreed payment to the contractor (liquidated damages).

2) The legal force of contractual terms which are not provided for in the CC RF.

An important legal reasoning for the further development of practice is the positive assessment of the agreement not provided for in the CC RF by the Supreme Court. Parties to contractual relations often use terms which are not provided for by the Russian civil legislation and there is always apprehension whether the Russian courts will find a contractual term to be invalid because it is not provided for in the CC RF. It is because of this apprehension the provisions for indemnity, representations, corporate contracts, and even elective and alternative obligations were included into the Code in course of its reform. There was the risk of invalidation of "the take-or-pay" clause in the present case: the Court of Appeal and the Cassation Court acknowledged this clause to be invalid as a clause not provided for by the CC RF. However, the Supreme Court did not support this position and made the exact opposite assessment: the clause has legal force even though it is not provided for in the Code. This is a good signal to the courts that the parties' agreements shall not be considered invalid only because the relevant contractual terms are not provided for in Russian legislation. Further, we will analyse the content of the "take-or-pay" clause and the practical significance of the Supreme Court's interpretation of the obligation "to pay" as payment for the termination of the contract.

3) What is a take-or-pay clause?

This clause originated in international trade and its nature is that one party is entitled to choose the content of the performance of its obligation: either to accept the goods, works, or services or to refuse acceptance but to compensate the counterparty as if the goods, works, or services have been accepted. This clause can be included into any contract, in a sale of goods, contract for works, contract for the provision of services, as well as any agency contracts. In Russian practice, this clause is widespread in oil and gas transportation. For example, parties enter into a framework contract to trans-

port oil or gas at the customer's request. Assuming the customer files a request but provides less gas or oil or does not provide it timely. In such a case, pursuant to the "take-or-pay" clause, the customer, who has not provided oil or gas, is obliged to pay as if the services had been rendered². In either case, details of the clause are provided for by the parties' arrangements.

In present case, the parties agreed the "take-or-pay" clause to mean that the customer's obligation to deliver a guaranteed volume of coal to the bulk terminal (the commercial seaport Taman) with the corresponding customer's obligation to pay the costs of transshipment of non-delivered volume of the coal at the rates of transshipment agreed upon in the contract. In the case of non-delivery of the coal, the customer is still obliged to pay for the services (which have not actually been rendered, but the capacity for its rendering has been reserved).

It is noteworthy that the "take-or-pay" clause does not terminate the contract, but only entitles the customer to choose whether to make use of the services or to pay for being aware that the contractor has reserved the capacity.

This clause is often used in the so-called framework contracts or in subscription contracts. A framework contract (Article 429.1 of the CC RF) defines the general terms of the parties' relations, but these terms are specified in separate contracts usually through requests which contain the period and scope of the services to be rendered. The "take-or-pay" clause allows the customer, who submitted the request, not to make use of the services, and the contractor is protected because he will receive payment. A subscription contract (Article 429.4 of the CC RF) implies periodic payments to the contractor, and the customer makes use of the services at his own discretion. The subscription contract is not a "take-or-pay" contract, but there is a common feature: the customer may not make use of the services, but he is obliged to make regular payments. For example, this is a contract pursuant to which we make use of the internet providers' services. Both the framework and subscription contracts are not terminated by the performance of the obligation "to pay".

² The take-or-pay clause is expressly provided for in paragraph 3 of clause 16 of the Rules of Gas Supply, approved by the Resolution of the Government of the Russian Federation dated February 5, 1998, No. 162 (as amended on March 19, 2003).

The Supreme Court defined the “take-or-pay” clause closely to the way it is usually defined in the contracts by the parties: “the legal nature of the “take-or-pay” clause included by the parties in the contract consists of two separate but closely related obligations. The first obligation (“to take”) implies the customer’s (buyer’s) right to make use of certain extent of specific performance from the other party (contractor, supplier) for the certain period of time, while the other party has a corresponding obligation to provide that performance”.

However, then the Supreme Court, in contrast to the possible intention of the parties, deemed the performance of obligation “to pay” as a payment for the cancellation of the contract: “under the “take-or-pay” contract, if the customer refuses to make use of the specific performance (obligation “to take”), the performance of its obligation “to pay” may be regarded as a payment for the cancellation of the contract (paragraph 1 of Article 6, paragraph 3 of Article 310 CC RF)...” This conclusion can be valid for this specific case due to the fact that the customer had cancelled the contract, but this conclusion cannot be taken as a general legal reasoning for all similar cases. In many other situations where the customer does not cancel the contract and merely does not deliver the goods for transshipment, the obligation “to pay” normally implies that the contract remains in force.

4) What is a payment for the cancellation of a contract?

Payment for the cancellation of a contract was introduced into Russian commerce through the freedom-of-contract principle – the right of the parties to formulate contractual terms which are not provided for by the CC RF (§ 1, 4 of Article 421 of the CC RF). In course of the CC RF reform, to eliminate hesitations of the courts as to whether this clause is of a lawful nature, the payment for the avoidance of the contract was implemented into § 3 of Article 310 of the CC RF. As A. Karapetov rightly points out, “such a payment is intended to compensate the inconvenience to the counterparty related to undergoing an arbitrary choice by the entitled party in favour of cancellation of the obligation...”³ In other words, the payment for the cancellation of the contract

is the compensation for such cancellation agreed upon by the parties.

Paragraph 1 of Article 782 of the CC RF, which provides for the unilateral cancellation of the contract for the provision of services by the customer, provides the obligation of the customer who cancels the contract to compensate the contractor’s expenses, which were actually incurred, to render the services. However, it is a matter of discussion whether the salaries of the employees shall be included in these expenses. Many courts take the position that an employee’s salary is paid under the labour law and does not depend on the services rendered by the employer or the third party, so the latter are not actual expenses incurred by the contractor to render the services. The result of this position is that the contractor is not protected. At any time prior to acceptance of the performance, the customer is entitled to cancel the contract, and no monetary compensation will be paid to the contractor.

Given the courts’ conclusion that the customer’s right to cancel the contract is mandatory, the issue arises in regard to the mandatory nature of the provision of compensation to the contractor for the expenses actually incurred. Is this a mandatory or a non-mandatory provision? In the present case, the Supreme Court essentially held that the provision on compensation to the contractor only for the expenses actually incurred has a non-mandatory nature since the Supreme Court upheld the legal force of the agreed payment for the non-use of services. One may accuse the Supreme Court of inconsistency and wonder why the same paragraph of Article 782 of the CC RF is partly mandatory (in respect of the right to cancel the contract) and partly non-mandatory (in respect of the right to agree the payment for non-use of the service), or one may be happy about the proposed contractual mechanism of the contractor’s protection and move on.

5) What is the correlation between payment for the cancellation of the contract and the take-or-pay clause?

Payment for the cancellation is a form of settlement between the parties on the termination stage of an obligation. It is a kind of final settlement so that the contract is beneficial to both parties. At a first sight, there are similarities between the obligation “to pay” in the “take-or-pay” contract and the payment for the cancellation – in both cases, the

³ Contract Law and Law of Obligations. General Part. Article-by-Article Commentary to Articles 307-453 of the CC RF / Ed. by A. G. Karapetov. Moscow, 2017. P. 83. Comment to Article 310 of the CC RF.

party that declined the services of the counterparty pays to the latter. However, this is the only similarity. Payment for the cancellation is the payment to withdraw from the contract, whereas the obligation “to pay” in the “take-or-pay” contract is not a payment for the cancellation of the contract but the normal course of the contractual relations which are not terminated by the payment.

The practical significance of this distinction is primarily evident in the answer to the question: is it possible to reduce the payment for the cancellation of the contract and the payment in the “take-or-pay” contract?

6) Is it possible to reduce the payment for the cancellation of the contract and the payment in the take-or-pay contract under the provisions on reduction of a penalty?

Strictly speaking, neither the payment for the cancellation of the contract nor the obligation “to pay” under the “take or pay” contract is a sanction for non-performance. In other words, it is not a penalty and therefore the possibility of a reduction is highly questionable from the theoretical point of view.

Nevertheless, paragraph 16 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation dated November 22, 2016, No. 54 “On Certain Issues of Application of General Provisions of the Civil Code of the Russian Federation on Obligations and their Performance” stipulates the position that the payment for the cancellation of the contract may be reduced on the basis of the good faith principle in exceptional cases where the payment is clearly disproportionate to the unfavourable consequences of the cancellation of the contract, primarily to the losses: “If it is proved that such a monetary sum is evidently disproportionate to the unfavourable consequences caused by the refusal to perform the obligation or the change of its terms, as well as if the willful and bad faith nature of the exercise of the right to claim the payment of this sum is proved, then in this exceptional case the court may dismiss the recovery of the sum in full or in part (§ 2 of Article 10 of the CC RF)”.

When the Supreme Court deemed the obligation “to pay” under the “take-or-pay” contract as the payment for the cancellation of the contract, the Court simultaneously allowed this payment to be reduced when it was obviously inadequate to the unfavourable consequences caused by the cancellation of the

contract. This is perhaps the culmination of the legal problems resolved in this case.

At the same time, it should be recognised that the possibility of reducing payment in the “take-or-pay” contract is not new for the Russian courts since there have been previous disputes where courts have reduced these payments on the basis of Article 333 of the CC RF.

However, there was no legal reasoning of the Supreme Court in regard to this issue. Now there is a strong empirical argument in favour of reduction: if the Supreme Court has named it as a payment for the cancellation of the contract, it means that the payment can be reduced in exceptional cases where there is evidence of disproportionality submitted by the defendant.

7) What is the meaning of the claim to hold the unilateral cancellation of the contract unlawful?

This case demonstrates yet another one of the longstanding problems of Russian judicial practice – the multiplication of legal actions and filing the claims which do not per se protect the right of the claimant because it is usually unclear whether the rights are protected when there is no adjudgment in favour of the claimant.

In this case, the customer’s cancellation of the contract was found valid, and the “take-or-pay” clause was also found valid. This means that the customer owes the contractor a certain payment. Why did the contractor file a claim to hold the cancellation of the contract unlawful and not a claim for recovery of money? Did the claimant wish to save on the court fee or pursue some other goals?

A feature of the modern Russian judicial practice is the multiplication of legal actions – one legal relation is often split into several lawsuits and the courts do not discourage this. International practice is different, in many countries the prevailing principle is one legal relation – one legal action. This principle is called *res judicata* (literally, the dispute resolved)⁴, but in the Russian procedural codes, it is scarcely expressed. Russian court terminates the proceedings if the claim which has been accepted for consideration, is identical in terms of the subject matter, grounds and parties to the dispute to the one which has already been resolved (Article 152 of the Commercial Procedure Code,

⁴ See more in: *Murray P.L., Sturmer R.* German Civil Justice. Peter L. Murray and Rolf Sturmer. Durham: Carolina Academic Press, 2004. P. 355–362.

Article 220 of the Civil Procedure Code). In other words, Russian legal action is individualised and not based on legal relations in the dispute but based on the subject matter and grounds for the claim. As a result, the judicial system is overloaded and disputes from one legal relation are heard several times. This dispute is a vivid illustration of the problem. The claimant should have combined the claim to hold the cancelation of the contract unlawful with the claim for payment under the contract. Otherwise, the Russian court system will face another dispute between the same parties from the same disputed contract.

Conclusion

The main point of this case is the fact that the Supreme Court has found the payment for the cancelation of the contract as an obligation “to pay” under the “take-or-pay” contract. This position shall not be universal since in other disputes the will of the parties might be to retain and not to terminate the contract. In other words, despite the many interesting legal arguments expressed in this case, it is advisable not to give it universal significance in the assessment of the obligation “to pay” as the payment for the cancelation of the contract. ■



Роман Александрович Жирнов,

магистр частного права (РШЧП),
старший юрист NAVICUS.LAW

Украденные крабы: *culpa in eligendo* применительно к судовладельцу и его работникам

**Комментарий к судебным актам по делу № А51-10555/2016
("SL Marine Co., Ltd." v ООО «Остров»)**

Факты: 15 июля 2015 г. между ЗАО «Пасифик Марин» (продавец; Россия) и компанией "NIIHONKAI KAISAN S.A." (покупатель; Панама) был заключен контракт на поставку крабов на условиях *CFR*.

20 декабря 2015 г. компания "NIIHONKAI KAISAN S.A." (цедент) передала свои права из контракта компании "SL Marine Co., Ltd." (цессионарий; Республика Корея) во исполнение соглашения от 30 октября 2015 г. о реструктуризации возникшей ранее задолженности по агентскому соглашению.

22 декабря 2015 г. между ООО «ДВ Акваресурс» (перевозчик; Россия) и ЗАО «Пасифик Марин» (грузоотправитель) заключен договор морской перевозки краба-стригуна опилио живого 23 907 кг в чанах с морской водой. Портом выгрузки определен Донхэ (Республика Корея).

21 декабря 2015 г. судно «Рапана» (ИМО: 8038247) приняло к перевозке согласно коносаменту груз – краба-стригуна опилио, в живом виде, в количестве 23 907 кг.

10 декабря 2013 г. между ООО «Остров» (собственник; Россия) и ООО «ДВ Акваресурс» (фрахтователь) был заключен договор фрахтования на время с экипажем (тайм-чартер) в отношении рыболовного судна «Рапана». Судно передано по акту приема-передачи в тот же день.

24 декабря 2015 г. по решению капитана судна «Рапана» И.П. Вишневого (работника ООО «Остров») и директора ООО «Остров» В.А. Калашникова судно сменило курс, и груз был выгружен в порту Наджин (КНДР). Впоследствии приговором по уголовному делу они были признаны виновными в совершении преступлений – организации растраты и хищении чужого имущества, вверенного виновным.

26 декабря 2015 г. ООО «ДВ Акваресурс» (фрахтователь) вернул судно ООО «Остров» (собственнику) по акту приема-передачи.

В связи с неполучением груза компания "SL Marine Co., Ltd." обратилась в Арбитражный суд Приморского края к ООО «Остров» как к фактическому перевозчику с требованием о взыскании убытков в размере стоимости груза на сумму 215 163 долл. США. Делу был присвоен номер А51-10555/2016, к участию в деле в качестве третьих лиц на стороне ответчика, не заявляющих самостоятельных требований относительно предмета спора, были привлечены ООО «ДВ Акваресурс» и ЗАО «Пасифик Марин».

Судебные акты: 20 мая и 27 мая 2016 г. определениями Арбитражного суда Приморского края компании "SL Marine Co., Ltd." было отказано в наложении ареста на судно «Рапана» и во введении ряда иных ограничительных мер. Данные

определения 25 июля 2016 г. были оставлены без изменения постановлением Пятого арбитражного апелляционного суда.

Решением Арбитражного суда Приморского края от 12 сентября 2017 г. истцу было отказано в удовлетворении иска в полном объеме.

Решение было оставлено без изменения и жалобы истца были отклонены постановлениями Пятого арбитражного апелляционного суда от 2 февраля 2018 г. и Арбитражного суда Дальневосточного округа от 15 июня 2018 г.

Определением от 10 июля 2020 г. Арбитражного суда Приморского края решение от 12 сентября 2017 г. отменено по вновь открывшимся обстоятельствам (вступление в законную силу приговора уголовного суда в отношении капитана судна и директора собственника судна).

Решением Арбитражного суда Приморского края от 9 февраля 2021 г. истцу было повторно отказано в удовлетворении иска.

Решение было оставлено без изменения и жалобы истца были отклонены постановлениями Пятого арбитражного апелляционного суда от 20 апреля 2021 г. и Арбитражного суда Дальневосточного округа от 23 июля 2021 г.

В обоснование своей позиции суды сослались на следующее:

1) между компанией "SL Marine Co., Ltd." и ООО «Остров» отсутствуют договорные правоотношения, и, следовательно, предъявление договорных исков невозможно;

2) на дату осуществления спорной перевозки ООО «Остров» фактически не эксплуатировал судно «Рапана», поскольку оно было передано в тайм-чартер ООО «ДВ Акваресурс»;

3) ООО «Остров» не несет ответственности за противоправные действия своих нанятых работников, поскольку они вышли за пределы своих трудовых обязанностей и присвоили полученные незаконным путем средства. Таким образом, отсутствуют условия для взыскания с него убытков;

4) компания "SL Marine Co., Ltd." не лишена права требовать соответствующего возмещения от цедента, уступившего ей права на груз, поскольку право собственности на товар к цессионарию не перешло (и убытков в связи с непоставкой у него не возникло). Данный аргумент является крайне спорным (исходя из указанных судами обстоятельств дела) и не будет рассматриваться в настоящем комментарии.

Комментарий: для разрешения данного дела необходимо дать правовую квалификацию вы-

бора способа правовой защиты, определить применимость норм о фактическом перевозчике, определить фактического пользователя судна, указать основания ответственности работодателя за противоправные действия нанятых им работников.

В первую очередь отметим выбор способа правовой защиты. Покупатель (грузополучатель) товара предъявил иск к собственнику судна как к фактическому перевозчику приобретенного им товара в отсутствие оформленного договора перевозки и при спорной (по меньшей мере) позиции относительно того, возможно ли считать собственника судна фактическим перевозчиком. На наш взгляд, выбор такого иска может быть обусловлен наличием у собственника судна активов, за счет которых можно удовлетворить нарушенный интерес (так называемой *Deep Pocket Jurisprudence*). Ведь в рамках производства по делу истец ходатайствовал о наложении ареста и введении ряда дополнительных ограничений в отношении судна, однако арбитражные суды отклонили данные ходатайства.

Иски же покупателя к продавцу в связи с непоставкой или к перевозчику в связи с утратой груза (по правилам ст. 166 и 173 КТМ РФ, а также ст. 403 ГК РФ – в случае, если грузополучатель полагает судовладельца лицом, привлеченным перевозчиком к исполнению договора морской перевозки) не обнаружены в Картотеке арбитражных дел (kad.arbitr.ru). В связи с этим мы полагаем, что иски из соответствующих договоров могли быть заявлены в иной юрисдикции или в третейском суде, однако сведений о признании таких решений и (или) о приведении их в исполнение в Картотеке арбитражных дел мы также не нашли.

Отметим, что выбор способа защиты права истцом не является для арбитражного суда предопределяющим. Так, согласно ст. 6, 133, 168 и 170 АПК РФ и практике ВС РФ арбитражный суд не связан правовой квалификацией истцом заявленных требований (спорных правоотношений), а должен рассмотреть иск исходя из предмета и оснований (фактических обстоятельств), определив по своей инициативе круг обстоятельств, имеющих значение для разрешения спора и подлежащих исследованию, проверке и установлению по делу, а также решить, какие именно нормы права подлежат применению к конкретному спорному правоотношению.

Соответственно, суды при рассмотрении дел могли оперировать как нормами о возмещении убытков на основании договора, так и положениями о компенсации из внедоговорного причинения вреда, установив отсутствие отношений из договора морской перевозки груза или цепочки сделок. Ссылка на отсутствие договора не должна, на наш взгляд, предопределять отказ в иске.

Полагаем, что собственник судна в данном деле не может быть назван фактическим перевозчиком как в смысле ст. 173 КТМ РФ, так и в смысле ст. 10 Конвенции ООН о морской перевозке грузов (Гамбург, 1978 г.; неприменима в данном деле, приводится в сравнительно-правовом ключе), поскольку не имеется каких бы то ни было договорных правоотношений между ним и перевозчиком, в рамках которых перевозчик мог бы давать задания (поручения, приказы) собственнику судна или осуществлять надзор (контроль) за его поведением.

Кроме того, положения ст. 166 и 173 КТМ РФ при их буквальном прочтении и в соответствии с общим правилом ст. 403 ГК РФ устанавливают лишь ответственность перевозчика за действия лиц, привлеченных им к исполнению обязательства, в том числе работников, агентов, субконтракторов (в соответствии с доктриной *culpa in eligendo*, предусматривающей несение должником или кредитором риска неисправности лица, привлеченного им к исполнению обязательства), но не возможность предъявления договорных исков напрямую к таким лицам, минуя перевозчика.

В рамках отношений по тайм-чартеру для капитана судна и других членов экипажа обязательны распоряжения фрахтователя, касающиеся коммерческой эксплуатации судна (п. 2 ст. 206 КТМ РФ). Таким образом, несмотря на тот факт, что капитан судна и директор судовладельца вступили в сговор и растратили чужое имущество, изменение порта выгрузки и передача груза иному лицу, нежели указанный в коносаменте грузополучатель, проведены в нарушение распоряжений фрахтователя. Отступление от его распоряжений само по себе не означает ни прекращения договора тайм-чартера, ни окончания использования судна фрахтователем.

Наконец, доктрина *culpa in eligendo*, как правило, не включает ответственности работодателя за действия нанятых им работников. Последние, вне зависимости от занимаемого

ими должностного положения (в данном деле – директор организации и капитан судна), для целей гражданского оборота по общему правилу не имеют самостоятельной правосубъектности и полностью поглощаются работодателем в отношениях с третьими лицами. Действия работников должника, находящихся в его хозяйской власти, засчитываются за действия самого должника.

Работодатель (в данном деле – собственник судна) должен осуществлять надлежащий контроль за своими работниками и нести за это ответственность (*culpa in vigilando*). Исходя из последнего тезиса, российская судебная арбитражная практика, оперируя одними и теми же ст. 402 и 1068 ГК РФ, решает вопрос об ответственности работодателя за противоправные действия работников двумя разными способами:

1) ответственность работодателя исключается в случае, если он докажет (или, что также вероятно, если обратное не докажет истец), что причинение вреда не связано непосредственно с исполнением трудовых (служебных, должностных) обязанностей, и обоснует отсутствие выгоды для него и аллокацию прибытка исключительно в имущественной сфере работника. Суды при этом ссылаются на отсутствие причинно-следственной связи между причинением вреда и действиями работодателя, на действие непосредственного причинителя вреда за пределами его должностной инструкции и потому на самостоятельную правосубъектность нарушителя. В российских монографиях также встречается точка зрения (которую мы не можем поддержать), что взыскание убытков должно быть ограничено случаями и размером возможного регресса (что в значительной степени исключается в трудовых отношениях);

2) ответственность работодателя наступает в том случае, если возможность работника совершить противоправное деяние была обусловлена нахождением его на рабочем месте и выполнением им трудовой функции (действительно, вряд ли какой-то трудовой договор может предусматривать обязанность работника совершать противоправные действия, причинять вред здоровью или имуществу третьих лиц), вне зависимости от того, каким образом работник распорядился полученной в результате причинения убытков (договорных или деликтных) выгодой, поскольку эти действия находятся вне сферы контроля пострадавшего лица.

В процентном соотношении первый способ решения заявленного вопроса является явно доминирующим в российских судах.

В то же время мы полагаем, что дискреция в подобного рода спорах должна быть устранена для формирования единообразной и непротиворечивой практики. Одним из способов решения

проблемы может быть, например, внесение дополнений в релевантный ей пункт 9 постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина». ■



Roman Zhirnov,

LL.M. (Russian School of Private Law, Moscow),
Senior Associate at NAVICUS.LAW

Grabbed Crabs: *culpa in eligendo* Doctrine Applied to the Owner of the Vessel and His Employees

Commentary to the Case No. A51-10555/2016 ("SL Marine Co., Ltd." v LLC "Ostrov")

Facts: on 15.07.2015, the Contract for Crab Delivery was concluded between CJSC 'Pacific Marine' (the Seller; Russia) and NIHONKAI KAISAN S.A. (the Buyer; Panama). 'CFR' was defined as the term of delivery.

On 20.12.2015, NIHONKAI KAISAN S.A. (the Assignor) transferred its rights from the Contract to SL Marine Co., Ltd. (the Assignee; Republic of Korea) to provide its performance of the Restructuring of Debts Agreement dated 30.10.2015 (the debt had been arisen under the Agency Agreement before).

On 22.12.2015, an Agreement for the Carriage of Goods was concluded between LLC 'DV Akvaresours' (the Carrier; Russia) and CJSC 'Pacific Marine' (the Shipper). The cargo was 23'907 kg of live opilio snow crab in vats with sea water. The port of unloading was specified as the port of Donghae (Republic of Korea).

On 21.12.2015, the vessel 'Rapana' (IMO: 8038247) accepted for carriage a cargo of live opilio snow crab, in the amount of 23,907 kg. The relevant on-board Bill of landing was issued.

On 10.12.2013, a Time Charter Agreement was concluded between LLC 'Ostrov' (the Owner; Russia) and LLC 'DV Akvaresours' (the Charterer). On the same day the Owner delivered the fishing vessel 'Rapana' up to the Charterer with crew, and sign the relevant Delivery Act.

On 24.12.2015, by the joint decision of I.P. Vishnevskiy – the captain of the vessel 'Rapana' (an employee of LLC 'Ostrov') and V.A. Kalashnikov – the director of LLC 'Ostrov', the vessel's course was changed and the cargo was unloaded in the port of Rajin (DPRK). Subsequently, the Russian criminal court found them both guilty of the crimes of organisation of embezzlement and misappropriation of entrusted private property.

On 26.12.2015 LLC 'DV Akvaresours' (the Charterer) returned the vessel to LLC 'Ostrov' (the Owner) under the Return Act.

Due to failure to accept the cargo SL Marine Co., Ltd. filed a lawsuit to the State Commercial ('Arbitrazhny') Court of the Primorsky Krai (hereinbefore and after referred to as the 'AS PK') against LLC 'Ostrov' as the actual carrier for recovery of damages in the amount of the price of the lost cargo (US dollars 215'163). The case number A51-10555/2016 was assigned; and both LLC 'Akvaresours' and CJSC 'Pacific Marine' were brought to the proceedings as a non-party intervener on the defendant's side.

Rulings of courts: on 20.05.2016 and 27.05.2016, the AS PK refused SL Marine Co, Ltd. to impose a writ of maritime attachment and several other restrictive measures regarding the vessel 'Rapana'. On 25.07.2016 these Rulings were upheld by the Fifth

State Commercial (*'Arbitrazhny'*) Court of Appeal (hereinafter and after referred to as the '5 AAS').

On 12.09.2017, the AS PK issued the Decision to dismiss the lawsuit in full.

The Decision was upheld, and the Claimant's complaints were dismissed by the Ruling of the 5 AAS dated 02.02.2018 and by the Ruling of the State Commercial (*'Arbitrazhny'*) Court of the Far Eastern Circuit (hereinafter and after referred to as the 'AS DVO') dated 15.06.2018.

On 10.07.2020, the AS PK cancelled the Decision of 12.09.2017 due to newly discovered circumstances (there were an entry into force of a criminal court sentence against the vessel's captain and the Owner's director).

On 09.02.2021, the AS PK issued the Decision to dismiss the lawsuit anew.

The Decision of 09.02.2021 was upheld and the Claimant's complaints were dismissed by the Ruling of the 5 AAS dated 20.04.2021 and by the Ruling of the AS DVO dated 23.07.2021.

To substantiate their position, the courts have referred to the following:

1) there was no contractual legal relationship between SL Marine Co., Ltd. and LLC 'Ostrov' and, therefore, no contractual claims could be brought;

2) LLC 'Ostrov' did not actually operate the vessel 'Rapana' as of the dates of the disputed transportation, since it was provided to LLC 'DV Akvaresurs' under a time charter;

3) LLC 'Ostrov' is not liable for unlawful actions of its hired employees, since they went beyond their employment duties, they embezzled the property entrusted and they didn't shared it with the company. Thus, there are no conditions for recovery of damages from LLC 'Ostrov';

4) SL Marine Co., Ltd. as the Assignee is not barred from claiming the appropriate compensation from the Assignor who assigned it the rights to the cargo, because the Assignee has not acquired the ownership of the goods (and therefore has not suffered any losses due to non-delivery). Based on the facts of the case as they has been indicated by the courts, we reckon this argument as highly controversial and would not consider it in this comment.

Comment: to resolve this case it is necessary (a) to provide legal qualification of the choice of the remedy, (b) to determine the applicability of the rules on the actual carrier, (c) to determine the actual user of the vessel, and (d) to specify the grounds of liability of the employer for unlawful behaviour of the employees hired by him.

As an initial matter, let us notice the choice of the remedy. The Buyer (the Consignee) of goods sued the Owner of the vessel as the actual carrier of the purchased goods, in the absence of a formalized contract of carriage and with a disputable (at least) position on whether it is possible to consider the Owner of the vessel as the actual carrier. We are of the opinion that the choice of such remedy might be caused by the fact that the Owner has an asset to satisfy the violated interest of the Claimant from the cost of it (the so-called *'Deep Pocket Jurisprudence'*), and the Claimant applied to impose a writ of maritime attachment and several other restrictive measures regarding the vessel during the proceedings, but the courts dismissed such applications.

We have searched in the Russian Commercial Case File Database (kad.arbitr.ru) but we haven't found any records on claims of the Buyer against the Seller in connection with non-delivery or against the Carrier in connection with the loss of cargo (pleading a statutory rules of Articles 166 and 173 of the MSC RF, as well as Article 403 of the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as the 'CC RF'), if the consignee assumes that the shipowner was involved in the performance of the contract of carriage of the goods by sea). In this regard, we suppose that claims in the relevant Contract and Agreement might have been filed in another jurisdiction or in an arbitration court, but we have found no data on the recognition of such decisions and/or their enforcement in the RCCFD either.

Let's notice that the choice of the lawsuit by the claimant is not predetermining for the State Commercial (*'Arbitrazhny'*) Court in case. According to Articles 6, 133, 168 and 170 of the Commercial Procedure Code of the Russian Federation and the practice of the Supreme Court of the Russian Federation a state commercial (*'Arbitrazhny'*) court is not bound by legal qualification of the filed claims (disputable legal relationship as it determined by a claimant), but a court must consider the claim proceeding from the subject matter and grounds (facts of the case), determining on its own initiative the scope of circumstances relevant to the dispute and to be researched, tested and established on the case, and to decide which rules of law are to be applied in the legal relationship in the case.

As a consequence of the mentioned above, the courts when considering cases could operate both on the norms of compensation for damages based on the contract law and as result of torts (non-contractual relations), having established the absence

of relations from the agreement of carriage of goods by sea or sub-contract, etc. In our opinion, the reference to the absence of a contract should not prejudice the dismissal of a claim.

We consider that the Owner of the vessel cannot be called an actual carrier / performing party in this case (both in the context of Article 173 of the MSC RF and of Article 10 of the Hamburg Rules (the UN Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 (Hamburg; it is not applicable in the case but we provide it here in the comparative law manner) because there is no contractual legal relationship between the Owner and the Carrier under which the Carrier could have given orders to the Owner or could supervise (control) his conduct.

In addition, Articles 166 and 173 of the MSC RF when read literally and in accordance with the general rule of Article 403 of the CC RF, establish only the carrier's liability for the actions of persons involved by him to perform an obligation (including his subcontractors, agents or employees – this is *culpa in eligendo* doctrine, which provides for the debtor or creditor to bear the risk of default of the person involved in the performance of obligations), but not the possibility of contractual claims directly to these persons bypassing the carrier.

Within time-charter relations, the orders of the charterer relating to the commercial operation of the vessel shall be binding on the master and other members of the vessel's crew (§ 2 of Article 206 of the CMR RF). Thus, despite the fact that the master of the vessel and the Owner's director conspired and misappropriated other's entrusted property, the change of the discharge port and release of the cargo to a entity other than the Consignee specified in the Bill of lading were carried out in violation of the Charterer's orders. Deviation from his orders itself mean neither termination of the Time Charter Agreement nor termination of the Charterer's use of the vessel.

Finally, the *culpa in eligendo* doctrine conventionally does not include the liability of the employer for the behaviour of the employees hired by him. This is a general rule that employees, irrespective of the position they hold (in this case the director of the company and the master of the vessel), have no independent legal capacity for the purposes of civil transactions and are fully absorbed by the employer in relations with third parties. The actions of the debtor's employees under his authority are deemed to be the actions of the debtor himself.

The employer (in this case, the Owner of the vessel) must exercise proper control over his employees and be responsible for this (the *culpa in vigilando* doctrine). Based on the latter, Russian court commercial practice cites the same Articles 402 and 1068 of the CC RF and is divided into two different ways of resolving the issue of employer's liability for unlawful behaviour of his employees:

1) the employer's liability is excluded if he proves (or, which is also likely, if the contrary is not proved by the claimant) that the damage is not related at all or is not related directly to the performance of labour (service, official) duties, the absence of benefit to the employer and the allocation of the benefit exclusively to the property of the employee. Considering these courts refer to the absence of a causal link between the damage and the actions of the employer, to the *ultra vires* and outside of the job description format of the behaviour of the direct tortfeasor and, therefore, to the independent legal capacity of the tortfeasor. Some of Russian legal publications also include the opinion (which we cannot support) that the recovery of damages should be limited to cases and the amount of possible recourse (which is largely excluded in employment relations);

2) the employer's liability arises if the employee's opportunity to commit an unlawful act was due to his presence at the workplace and performance of his job function (indeed, it's unlikely that any labour contract could prescribe an obligation for the employee to commit an unlawful act or to cause a harm to the health or damage to the property of a third party), regardless of how the employee disposed of the benefit received as a result of the such infliction of a contractual or tortious losses, because these actions are beyond the control of the injured person.

In percentage terms, the first way of solving the stated issues is clearly dominant in the Russian courts.

At the same time, we believe that the discretion in these disputes should be eliminated to set a uniform and consistent judicial practice. Making of additions to the relevant § 9 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 26.01.2010 No. 1 'On the application by courts of civil legislation governing relations on obligations resulting from harm caused to the life or health of a citizen' may be a way to solve the problem. ■



Александр Вениаминович Матвеев,
РШЧП, Москва

Каждый сам за себя

Комментарий к судебным актам по делу № А51-9022/2020 (ООО «Феско Сервис» v ООО «Аверс»)

Факты: 26 февраля 2019 г. между ООО «Тигр-Ойл» (Принципал) и ООО «Аверс» (Агент) было заключено агентское соглашение, по которому Принципал поручил Агенту выполнение работ по обслуживанию судов Принципала в определенных морских портах, в том числе по обеспечению судов свежей водой (далее – Агентское соглашение).

По условиям Агентского соглашения Агент действует от своего имени и за счет Принципала. Агент совершает действия по просьбе капитана или Принципала, в каждом случае оговаривая стоимость.

Во исполнение указанного соглашения 22 мая 2019 г. ООО «Аверс» (Заказчик, Ответчик) заключило с ООО «Феско Сервис» (Исполнитель, Истец) генеральный договор на стоянку, ремонт и обслуживание судов, включая бункеровку судов пресной водой (далее – Генеральный договор).

По условиям Генерального договора Исполнитель выполняет работы (оказывает услуги) на основании заявок Заказчика. Конкретный перечень работ (услуг) и сроки их выполнения (оказания) согласуются сторонами в заявках. Исполнитель обязуется рассматривать каждую заявку и направлять Заказчику подтверждение ее принятия в работу или отказ от выполнения работ (оказания услуг).

По окончании выполнения работ (оказания услуг) по Генеральному договору сторонами подписывается приемо-сдаточный акт.

Заказчик надлежащим образом исполнял обязательства по оплате работ (услуг) по гене-

ральному договору, но не оплатил один из выставленных Исполнителем счетов за оказание услуг по бункеровке пресной воды на т/х «Тигр-1» в объеме 175 м³ на сумму 41 225,10 руб.

Претензия Исполнителя по оплате указанной суммы, которая была получена Заказчиком, осталась без удовлетворения, в связи с чем Исполнитель обратился в арбитражный суд с требованием к Заказчику о взыскании с него задолженности за оказанные услуги в размере 41 225,10 руб.

В обоснование своих требований Истец представил в материалы дела акт приема-передачи от 9 сентября 2019 г. № 0Ф00-001249, подписанный представителем Истца и капитаном т/х «Тигр-1», скрепленный печатью судна, в котором Ответчик был указан в качестве заказчика.

Возражая против требований Истца, Ответчик указал, что он спорную услугу не заказывал и не принимал: в рамках Генерального договора им не подавалась заявка на оказание соответствующей услуги, и на представленном Истцом акте приема-передачи отсутствуют его подпись и печать.

Судебные акты: решением суда первой инстанции, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, в удовлетворении иска было отказано.

Отказывая Истцу во взыскании стоимости услуг по бункеровке воды на т/х «Тигр-1», Арбитражный суд Приморского края исходил из того, что Ответчик не обязан осуществлять оплату услуг, на оказание которых он не подавал заявку и которые он не принимал.

Суд указал, что Истец не представил доказательства, подтверждающих направление Ответчиком в адрес Истца заявки на оказание соответствующих услуг и принятие Истцом заявки в работу, в нарушение правил Генерального договора.

Истец ссылался на то, что надлежащим доказательством является акт приема-передачи от 9 сентября 2019 г. № 0Ф00-001249, поскольку во всех приемо-сдаточных актах по Генеральному договору в качестве заказчика указывался Ответчик, а при приемке проставлялись печать обслуживаемого судна и подпись капитана.

Суд отклонил данный довод Истца, указав, что все имеющиеся в материалах дела акты, кроме спорного, подписывались Ответчиком, а печать судна подтверждает приемку оказанных услуг капитаном судна, но не Ответчиком.

При этом суд указал, что капитан судна действовал в рамках предоставленных ему ст. 71 КТМ РФ полномочий как представитель третьего лица – ООО «Тигр-Ойл» (Принципала), которому судно принадлежит на праве собственности.

Генеральный договор был квалифицирован судом как двусторонняя сделка между ООО «Аверс» (Заказчик) и ООО «Феско Сервис» (Исполнитель) с согласованным порядком взаимодействия сторон в процессе исполнения договора.

В связи с этим, руководствуясь п. 3 ст. 308 ГК РФ, суд пришел к выводу, что действия Истца по бункеровке т/х «Тигр-1» не могут квалифицироваться как совершенные в рамках Генерального договора, так как Истец не вправе был принимать и выполнять заявки от третьего лица, не являющегося стороной договора, поскольку такой порядок не согласован сторонами.

В заключение суд указал, что факт оказания услуг судну т/х «Тигр-1», который подтверждается актом приема-передачи 9 сентября 2019 г. № 0Ф00-001249, может создавать обязательство для получившего услугу лица – ООО «Тигр-Ойл» (Принципала).

Суд также отклонил довод Истца о возможности Ответчика (Агента) взыскать спорную сумму в порядке регресса с Принципала, поскольку факт существования агентских правоотношений между Ответчиком и третьим лицом не изменяет порядок исполнения Генерального договора и сам по себе не создает у Ответчика обязательство по оплате спорных услуг.

Соглашаясь с решением суда первой инстанции, Пятый арбитражный апелляционный суд еще более четко выразил позицию, что спор-

ные правоотношения сложились между Истцом и ООО «Тигр-Ойл» (Принципалом), а Ответчик их участником не является.

Из мотивировочной части апелляционного решения проясняется, что заявка на бункеровку спорного объема воды была подана капитаном т/х «Тигр-1» напрямую в адрес Исполнителя (Истца). При этом суд отметил, что Ответчик не был надлежащим образом уведомлен о состоявшемся факте заказа капитаном судна дополнительной услуги, а также что отсутствуют доказательства согласования соответствующей заявки с Ответчиком для целей ее исполнения в рамках Генерального договора.

Кроме того, суд отклонил ссылку Истца на заявку Ответчика от 12 июля 2019 г. о бункеровке т/х «Тигр-1» водой в объеме 150 м³ и приемку по данной заявке воды в объеме 200 м³, указав, что рассматриваемый спор возник относительно бункеровки в объеме 175 м³ по акту от 9 сентября 2019 г. № 0Ф00-001249, и бункеровка в ином объеме по другим заявкам не является предметом рассмотрения настоящего спора и не может свидетельствовать о приемке Ответчиком воды в спорном объеме.

Оставляя кассационную жалобу без удовлетворения, Арбитражный суд Дальневосточного округа в мотивировочной части решения повторил доводы нижестоящих судов.

Комментарий: решение судов по данному спору представляется правильным.

Ответчик (Заказчик, Агент) не вступал в правоотношения с Истцом (Исполнителем) по поводу спорных 175 м³ воды.

Исходя из материалов дела, Генеральный договор, на исполнение которого в обоснование своих требований ссылается Истец, носит рамочный характер. По его условиям Исполнитель выполняет работы (оказывает услуги) на основании заявок Заказчика, в которых сторонами согласуется конкретный перечень работ (услуг) и сроки их выполнения (оказания). Данные условия представляются существенными.

Более того, согласно Генеральному договору Исполнитель вправе отказаться от выполнения работ (оказания услуг), запрашиваемых Заказчиком. Из положений Генерального договора, приведенных в судебных решениях, не следует, что указанное право Исполнителя связано с какими-либо условиями.

Следовательно, есть основания полагать, что Генеральный договор является организацион-

ным и сам по себе не предполагает имущественных предоставлений. Для возникновения между сторонами прав и обязанностей, связанных с имущественными предоставлениями, требовались подача Заказчиком заявки, содержащей недостающие существенные условия (оферта согласно ст. 435 ГК РФ), и ее принятие Исполнителем (акцепт по ст. 438 ГК РФ), от чего он мог и отказаться, руководствуясь принципом свободы договора (ст. 421 ГК РФ). То есть по каждой заявке между сторонами заключался отдельный договор (ст. 432 ГК РФ).

Как следует из судебных решений, Ответчик (Заказчик, Агент) не подавал заявку на бункеровку спорного объема воды. Капитан т/х «Тигр-1», подавший заявку, в силу закона является представителем судовладельца ООО «Тигр-Ойл» (Принципала), а не Агента (ст. 71 КТМ РФ). Генеральный договор не предусматривает возможность подачи заявки третьим лицом, т.е. также не закрепляет полномочия капитана как представителя Заказчика. Следовательно, Ответчик (Заказчик, Агент) не заключал с Истцом (Исполнителем) договор на бункеровку судна спорными 175 м³ воды.

Связанные с соответствующей бункеровкой обязанности не могли быть возложены на Ответчика в качестве агента по соглашению между Истцом и Принципалом (или каким-либо иным лицом).

Общим для обязательственных отношений является принцип относительности, в силу которого обязательство связывает только его стороны. Из данного принципа следует важное правило, на которое справедливо сослались суды: обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц), за исключением случаев, предусмотренных законом (п. 3 ст. 308 ГК РФ).

Агентское соглашение, заключенное между ООО «Тигр-Ойл» (Принципалом) и ООО «Аверс» (Агентом), является договором морского агентирования (ст. 232 КТМ РФ).

Агент не является исключением из общего правила, закрепленного в п. 3 ст. 308 ГК РФ. То есть, если по отношению к обязательству агент является третьим лицом, стороны обязательства не могут возложить на него какие-либо обязанности.

Обособленность фигур агента и принципала следует и из специального закона. При обратной ситуации совершения агентом сделки от своего имени права и обязанности возникают у аген-

та, а не у принципала (абзац второй п. 1 ст. 1005 ГК РФ).

Подтверждение находится также в судебной практике. Согласно позиции, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 4 марта 2014 г. № 16719/13 по делу № А56-34466/2012, агент-грузоотправитель, не являющийся стороной договора поставки, признается ненадлежащим ответчиком по иску о взыскании задолженности за недоставку товара, даже если в силу агентского договора и обязательного для агента и сторон договора поставки локального акта агент является ответственным за качество и количество поставляемого лицом товара. Согласно п. 10 Обзора практики применения арбитражными судами Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации (приложение к Информационному письму Президиума ВАС РФ от 13 августа 2004 г. № 81) агент может обратиться с иском к контрагентам принципала только в случае, если принципал уступит ему свое право требования (совершит цессию).

Таким образом, суды приняли правильное решение, поскольку денежные средства по договору, стороной которого ответчик не является, не могут быть с него взысканы. При этом представляет интерес аргумент Истца, что полномочия капитана т/х «Тигр-1» в качестве представителя Ответчика явствовало из обстановки (абзац второй п. 1 ст. 182 ГК РФ). Данный аргумент был заявлен Истцом только в кассационной жалобе и не был рассмотрен судом в связи с ограничениями полномочий суда кассационной инстанции согласно гл. 35 АПК РФ.

Истец указывал, что полномочия капитана явствовало из обстановки с учетом сложившегося порядка приемки выполненных работ в рамках Генерального договора. Схожий аргумент Истца, заявленный в суде первой инстанции, был отклонен в связи с его несоответствием материалам дела. Ссылка Истца на явствующие из обстановки полномочия капитана, основанная на порядке приемки, представляется в любом случае неверной. Первоочередное значение имеет вопрос о полномочиях капитана на подачу заявки (заключение договора) на бункеровку спорного объема воды, а не на приемку оказанных услуг. Разрешение вопроса, от имени кого действовал капитан при подаче заявки, позволит понять, кто вступил в правоотношение с Исполнителем и, следовательно, кто обязан оплатить соответствующую услугу.

По условиям Генерального договора стороны согласовали специальную форму для заявок, хотя предусмотрели возможность их подачи и в ином виде с содержанием аналогичных сведений. У Истца было бы больше оснований утверждать, что полномочия капитана явствовало из обстановки, если бы капитан судна подал заявку строго по специальной форме. Но судебные акты не содержат информацию о форме заявки, которая была подана капитаном, а сам Истец не ссылаясь на нее для обоснования своих требований.

Доказывание полномочий капитана на совершение действий в качестве представителя агента также осложняется его законными полномочиями как представителя судовладельца (ст. 71 КТМ РФ) и тем, что самостоятельное заключение капитаном договора на обслуживание судна в порту не является экстраординарным явлением. Более того, данный аргумент подходит для подтверждения выбора Агента в качестве надлежащего ответчика только в случае, если суд признает, что Агент своими действиями способствовал созданию обстановки, из которой явствовало полномочия капитана судна. Обстоятельства дела противоречат такому признанию. Это представлялось бы неоднозначным даже в случае направления капитаном заявки по специальной форме, предусмотренной Генеральным договором.

Соответственно, рассмотренный аргумент Истца достоин внимания, но неэффективен с точки зрения защиты его интересов в настоящем деле.

Теперь рассмотрим оговорку судов о неуведомлении Ответчика о спорном заказе и об отсутствии согласования соответствующего заказа с ним.

Эта оговорка представляется неуместной. Указанные факты могли повлиять только на внутренние отношения между Принципалом и Агентом (Ответчиком). Но они не повлекли бы перемену лиц в договоре между судовладельцем (Принципалом) и Исполнителем (Истцом).

Более того, указанные факты могли повлиять на внутренние отношения Принципала и Агента только в том случае, например, если бы Агент был обязан обеспечить бункеровку воды в определенном месячном объеме. В такой ситуации уведомление или согласование со стороны Принципала могло бы служить основанием для снижения заказываемого Агентом объема воды. Однако по условиям Агентского соглашения Агент был обязан действовать по отдельным просьбам капитана или Принципала. То есть в случае самостоятельного заключения договора, они могли бы просто не направлять соответствующую просьбу Агенту.

Таким образом, данная оговорка не имеет значения для разрешения рассматриваемого спора. ■



Aleksandr Matveev,
Russian School of Private Law, Moscow

Every Man for Himself

Commentary to the Case No. A51-9022/2020 (LLC “Fesco Service” v LLC “Avers”)

Facts: on February 26, 2019, LLC “Tiger-Oil” (Principal) and LLC “Avers” (Agent) entered into an agency agreement, under which the Principal directs the Agent to perform maintenance work on the Principal’s vessels in certain seaports, including fresh water supply to the vessels (hereinafter – the Agency Agreement).

Under the terms of the Agency Agreement, the Agent acts in his own name and at the expense of the Principal. The Agent performs actions at the request of the Captain or the Principal, in each case stipulating the cost.

Pursuant to the specified agreement, on May 22, 2019, LLC “Avers” (Customer, Respondent) entered into a general contract with LLC “Fesco Service” (Executor, Claimant) for mooring, repair and maintenance of vessels, including fresh water bunkering of vessels (hereinafter – the General Contract).

Under the terms of the General Contract, the Executor performs works / renders services on the basis of the Customer’s requests. A specific list of works / services and dates of their performance / rendering shall be agreed by the parties in the requests. The Executor is obliged to consider each request and send the Customer a confirmation of its acceptance for work or refusal to perform works / render services.

Upon completion of work / provision of services under the General Contract, the parties shall sign an acceptance certificate.

The Customer duly fulfilled its obligations to pay for the works / services under the General Contract, but did not pay one of the invoices issued by the

Executor for the fresh water bunkering services on the m/v “Tiger-1” in the volume of 175 m³ in the amount of RUB 41,225.10.

The Executor’s pre-trial claim for payment of the specified amount, which was received by the Customer, was not satisfied, and therefore the Executor applied to the arbitration court with a claim to recover from the Customer the debt for the services rendered in the amount of RUB 41,225.10.

In support of its claims, the Claimant submitted to the case materials an acceptance certificate № 0Φ00-001249 dated 09.09.2019, signed by a representative of the Claimant and the captain of the vessel m/v “Tiger-1”, sealed by the vessel, in which the Respondent was listed as the customer.

Objecting to the claims of the Claimant, the Respondent pointed out that he did not order or accept the disputed service. He did not apply for the relevant service under the General Contract, and the acceptance certificate submitted by the Claimant does not have his signature and seal.

Ruling of the courts: by the decision of the court of first instance, upheld by the appellate and cassation instance courts, the claim was denied.

Refusing to the Claimant to recover the cost of water bunkering services on the m/v “Tiger-1”, the Arbitration Court of Primorsky Territory proceeded from the fact that the Respondent is not obliged to pay for services that he did not apply for and did not accept.

The court pointed out that the Claimant has not provided evidence to confirm that the Respondent sent a request to the Claimant for the provision of

relevant services and acceptance of the application for work by the Claimant, in violation of the General Contract rules.

The Claimant referred to the fact that the proper evidence is the acceptance certificate № 0Ф00-001249 dated 09.09.2019, because all acceptance certificates under the General Contract listed the Respondent as the customer, and the seal of the vessel served and the captain's signature were affixed at the time of acceptance.

The court rejected the Claimant's argument, pointing out that all of the certificates available in the case materials, except for the disputed one, were signed by the Respondent, and the seal of the vessel confirms the acceptance of services rendered by the captain of the vessel, but not by the Respondent.

The court also pointed out that under Article 71 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation the captain of the vessel acted within his power as a representative of the third party LLC "Tiger-Oil" (Principal), which owns the vessel on the right of ownership.

The General Contract was qualified by the court as a bilateral deal between LLC "Avers" (Customer) and LLC "Fesco Service" (Executor) with the agreed order of interaction between the parties in the process of execution of the contract.

In this regard, guided by paragraph 3 of Article 308 of the Civil Code of the Russian Federation, the court concluded that the actions of the Claimant on the bunkering of the m/v "Tiger-1" could not be qualified as committed under the General Contract, because the Claimant was not entitled to accept and fulfill requests from a third party that was not a party to the contract, since this procedure had not been agreed by the parties.

In conclusion, the court pointed out that the fact of provision of services to the vessel m/v "Tiger-1", which is confirmed by the acceptance certificate No. 0F00-001249 dated 09.09.2019, can create an obligation for the person who received the service – LLC "Tiger-Oil" (Principal).

Also, the court rejected the Claimant's argument about the possibility of the Respondent (Agent) to recover the disputed amount by way of recourse from the Principal, because the existence of an agency relationship between the Respondent and a third party does not change the execution of the General Contract and in itself does not in itself create the obligation for the Respondent to pay the disputed services.

Agreeing with the decision of the first instance court, the Fifth Arbitration Court of Appeal has even more clearly expressed the position that the disputed legal relationship developed between the Claimant and LLC "Tiger-Oil" (Principal), and the Respondent is not a party to these relations.

From the reasoning of the appeal decision it is clear that the request for bunkering the disputed volume of water was submitted by the captain of the m/v "Tiger-1" directly to the Executor (Claimant).

In this case, the court noted that the Respondent was not properly notified of the fact that the captain of the ship ordered additional service, and that there is no evidence of the coordination of the relevant request with the Respondent for the purposes of its execution under the General Contract.

The Court also rejected the Claimant's reference to the Respondent's request dated 12.07.2019 for bunkering of the vessel m/v "Tiger-1" with 150 m³ of water and acceptance of 200 m³ of water under this request, pointing out that the dispute arose regarding bunkering of 175 m³ under act No. 0F00-001249 dated 09.09.2019, and bunkering in a different volume under other requests is not a subject of the present dispute and cannot indicate the acceptance of water in the disputed volume by the Respondent.

Leaving the cassation appeal without satisfaction, the Arbitration Court of the Far Eastern District in the reasoning of the decision repeated the arguments of the lower courts.

Comment: the decision of the courts in this dispute appears to be correct.

The Respondent (Customer, Agent) did not enter into legal relations with the Claimant (Executor) regarding the disputed 175 m³ of water.

Based on the materials of the case, the General Contract, on the execution of which the Claimant refers in support of his claims, is of a framework nature. Under its terms, the Executor performs works / renders services on the basis of requests from the Customer, in which the parties agree on a specific list of works / services and the dates of their performance / rendering. These conditions appear to be essential.

Moreover, according to the General Contract, the Executor has the right to refuse to perform works / render services requested by the Customer. It does not follow from the provisions of the General Contract cited in the court decisions that this right of the Executor is tied to any conditions.

Consequently, there is a reason to believe that the General Contract is organizational and in itself

does not involve property grants. The emergence of rights and obligations associated with property grants between the parties required the submission of a request by the Customer, containing the missing essential conditions (the offer – Article 435 of the Civil Code), and its acceptance by the Executor (the acceptance – Article 438 of the Civil Code), from which he could also refuse (the freedom of the contract – Article 421 of the Civil Code). That is, for each request the parties entered into a separate contract (Article 432 of the Civil Code).

As it follows from the court decisions, the Respondent (Customer, Agent) did not request for bunkering the disputed volume of water. Captain of the vessel m/v “Tiger-1”, who submitted the request, is by virtue of law the representative of the shipowner LLC “Tiger-Oil” (Principal) and not the Agent (Article 71 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation). The General Contract does not provide for the possibility of request by the third person, i.e. it also does not fix the powers of the Captain as the representative of the Customer.

Accordingly, the Respondent (Customer, Agent) did not enter into a contract with the Claimant (Executor) for the bunkering of a vessel with the disputed 175 m³ of water.

The related bunkering obligations could not be assigned to the Respondent as an agent by agreement between the Complainant and the Principal (or any other person).

Common to the obligation relations is the principle of relativity, by virtue of which an obligation binds only its parties. From this principle follows an important rule, to which the courts rightly referred: an obligation does not create duties for persons who are not participants in it as parties (for third parties), except in cases provided for by law (§ 3 of Article 308 of the Civil Code of the Russian Federation).

The agency agreement concluded between LLC “Tiger-Oil” (Principal) and LLC “Avers” (Agent) is a maritime agency contract (Article 232 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation).

Agent is not an exception to the general rule enshrined in § 3 of Article 308 of the Civil Code of the Russian Federation. That is, if in relation to the obligation the agent is a third party, the parties to the obligation cannot impose any obligations on it.

The separateness of figures of the agent and the principal follows also from the special law. In the reverse situation, when the agent performs a deal on his own behalf, the rights and obligations arise with the agent, not with the principal (subparagraph 2 of

§ 1 of Article 1005 of the Civil Code of the Russian Federation).

Confirmation is also found in jurisprudence. According to the position set out in the Ruling of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 04.03.2014 № 16719/13 in case № A56-34466/2012, agent- shipper, who is not a party to the contract of supply, is recognized as an improper respondent in a claim for recovery of debt for undelivered goods, even if by virtue of the agency agreement and binding for the agent and the supply contract parties local act agent is a person, who is responsible for the quality and quantity of goods supplied.

According to paragraph 10 of the review of practical application of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation by arbitration courts (annex to the Information Letter of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 13.08.2004 № 81) agent may apply with a claim to the counterparts of the principal only if the principal assigns its right of a claim (cession).

Thus, the courts made the right decision, because the money under the contract, to which the respondent is not a party, cannot be recovered from him.

Herewith the Claimant’s argument that the power of the captain of the vessel m/v “Tiger-1” as a representative of the Respondent appeared from the circumstance is interesting (subparagraph 2 of § 1 of Article 182 of the Civil Code of the Russian Federation).

This argument was stated by the Claimant only in the cassation appeal, and was not considered by the court due to the limitations of the powers of the court of cassation under Chapter 35 of the Arbitration Procedural Code of the Russian Federation.

The Claimant argued that the captain’s power appeared from the circumstance, taking into account the established order of acceptance of work performed under the General Contract. The similar argument of the Claimant in the court of first instance was rejected due to its inconsistency with the case materials.

Claimant’s reference to the captain’s power from the circumstance with its justification on the order of acceptance seems wrong in any case. The primary issue is the captain’s power to request (conclude a contract) for the bunkering of the disputed volume of water, not the acceptance of the services rendered. Settlement of the question on whose behalf the captain acted when submitted the request

will allow to understand who entered into a legal relationship with the Executor and, accordingly, who is obliged to pay for the relevant service.

Under the terms of the General Contract, the parties agreed upon a special form for requests, even though they also provided for the possibility of filing it in a different form containing similar information. Claimant would have had more reason to argue that the captain's power appeared from the circumstance if the captain of the vessel had filed the request strictly on the special form. But the judicial acts contain no information about the form of the request which was filed by the captain, and Claimant himself has not referred to it to substantiate his claims.

The proof of the captain's power to act as agent's representative is also complicated by his legal power as shipowner's representative (Article 71 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation), and by the fact that the captain's independent conclusion of a contract for servicing the vessel in the port is not an extraordinary occurrence.

Moreover, this argument is relevant to support the Agent's selection as a proper respondent only if the court recognizes that the Agent, by its actions, contributed to the creation of circumstances from which the power of the captain was appeared. The facts of the case are not conducive to such a recognition. This seems ambiguous even if the captain

filed the request according to the special form provided for by the General Contract.

Accordingly, Claimant's argument is worthy of attention, but not effective from the point of view of protecting his interests in the present case.

We will also consider the clause of the courts about the failure to notify the Respondent about the disputed order and about the lack of coordination of the relevant order with him.

This clause appears to be inappropriate. These facts could only affect the internal relations between the Principal and the Agent (Respondent). But they would not entail a change of persons in the contract between the shipowner (Principal) and the Executor (Claimant).

Moreover, the mentioned facts could affect the internal relations of the Principal and the Agent only if the Agent was obliged to provide water bunkering in a certain monthly volume, for example. In such a situation, notification or approval by the Principal could have been the basis for reducing the volume of water ordered by the Agent. However, under the terms of the Agency Agreement, the Agent was obliged to act on individual requests from the captain or the Principal. That is, in case of independent conclusion of the contract, they could simply not send the relevant request to the Agent.

Thus, this clause is irrelevant for the resolution of the dispute in question. ■

III. СТАТЬИ



Иван Сергеевич Кобченко,
ВШЭ, Москва

Автономное судоходство в России: деликтная ответственность судовладельцев и разработчиков программного обеспечения. Часть 1

В морском частном праве вызывает серьезные затруднения вопрос распределения ответственности между судовладельцем и разработчиком программного обеспечения (ПО) при причинении вреда третьим лицам из-за ошибки искусственного интеллекта автономного судна. При этом двумя главными модельными ситуациями являются (1) деликт без столкновения с другим судном; (2) деликт при столкновении судов. Первому случаю – с опорой на российское право – посвящена данная статья. Автор приходит к выводу о том, что судовладелец при любых условиях отвечает за внедоговорный вред как владелец источника повышенной опасности (автономного судна). Дальнейшее распределение убытков с высокой вероятностью будет предусмотрено в договоре между судовладельцем и разработчиком ПО. В то же время пострадавшее лицо вправе подать иск напрямую против разработчика в случае, если последний допустил виновные нарушения при создании IT-продукта. Более того, de lege lata такой разработчик не вправе рассчитывать на ограничение его ответственности с помощью существующих механизмов морского права. Результаты данного исследования будут полезны в первую очередь для судовладельцев, IT-компаний и других ведущих игроков рынка – лидеров развития автономного судоходства.

Нетрудно представить себе где-то в океане судно, управляемое на расстоянии, совсем без экипажа... Вполне вероятно, что в отдаленном будущем рабочее место капитана переместится в какой-нибудь центр на берегу.

Шенкнехт Р. и др. Суда и судоходство будущего, 1973 г.¹

1. Введение

Одним из последних трендов морской отрасли является развитие так называемого автономного (безэкипажного) судоходства. Его суть состоит в совершении судном стандартных операций – главным образом хождения от порта до порта – при отсутствии какого-либо экипажа на борту.

Вместе с тем категория автономных судов может быть разделена на два подвида: полуавтономное судно и полностью автономное судно. Эта классификация не является исчерпывающей, однако она уже закрепились в зарубежной литературе и доказала свою достаточность при обсуждении правовых проблем автономного судоходства.

Полуавтономное судно – это судно, управление которым в той или иной степени осуществляется дистанционно людьми, которые не находятся на борту такого судна. При этом контроль за судном может осуществляться и с борта другого судна (например, в составе ледокольного или дноуглубительного караванов)². Искусственный интеллект может принимать участие в управлении полуавтономным судном, однако здесь сохраняется тот или иной контроль человека – дистанционного оператора. Напротив, под полностью автономным судном имеется в виду судно, за движением которого никто специально не следит – это судно абсолютно подчинено искусственному интеллекту (ИИ).

Ключевая тема зарубежных работ по частноправовым проблемам автономного судоходства – это ответственность из причинения внедоговорного вреда. Такая ответственность может возникать по двум основным причинам:

(1) ошибка оператора в случае с полуавтономным судном; (2) ошибка в программном обеспечении полностью автономного судна или (реже) полуавтономного судна.

В то же время в литературе неоднократно отмечалось, что при ошибке оператора полуавтономного судна не должно возникнуть особых проблем при возмещении соответствующего вреда. Это связано со схожестью правовых статусов дистанционных операторов и традиционного экипажа морского судна³. К тому же сам шанс человеческой ошибки даже на полуавтономном судне многократно снижается благодаря наличию компьютерных систем.

В противоположность этому при возникновении сбоя в искусственном интеллекте и причинении из-за этого вреда третьему лицу возникает ряд вопросов о субъектах ответственности и ее распределении.

На первый взгляд кажется, что делинквентом здесь является тот, кто управляет судном, т.е. искусственный интеллект (программное обеспечение). Однако не означает ли такое решение фактический отказ потерпевшим в возмещении причиненного вреда? Ведь ИИ сегодня в принципе не обладает деликтоспособностью (как и правоспособностью в целом).

Возможно, тогда к ответственности следует привлечь разработчика программного обеспечения как создателя вещи (в широком смысле слова), которая стала источником вреда? Однако насколько это справедливо с точки зрения предвидимости и отдаленности вреда? И что делать, если ошибка не связана с виновными действиями разработчика?

Наконец, ответственность можно возложить на судовладельца как главного эксплуатанта автономного судна и бенефициара той деятельности, которую ведет судно. Однако судовладелец не создавал и (скорее всего) даже не обучал ИИ, он вообще не является специалистом в соответ-

¹ Schönknecht R. et al. *Schiffe und Schifffahrt von morgen*. Verlag Technik, 1973 (здесь и далее перевод иностранных источников мой. – И.К.).

² Конференция Минтранса России и ИМО по А-Навигации // <https://www.youtube.com/watch?v=2DCAJ-CS1KM&t>; ФГУП «Росморпорт» начало испытания по проекту безэкипажного судовождения // <https://portnews.ru/news/304729/>.

³ Например, см.: Van Hooydonk E. *The Law of Unmanned Merchant Shipping: an Exploration* // *The Journal of International Maritime Law*. 2014. No. 20. P. 419–420.

ствующих технологиях. Более того, быть может, судовладелец избрал судно с продвинутым программным обеспечением именно для того, чтобы избежать или снизить свои убытки из-за неправильного управления судном.

Таким образом, актуальным вопросом для морского частного права становится внедоговорная ответственность при ошибке в программном обеспечении автономного судна. Существуют два самых вероятных основания, по которым такая ответственность может возникнуть:

- 1) причинение вреда объекту иному, чем другое морское судно;
- 2) столкновение судов.

Настоящая статья посвящена первому случаю, то есть деликтной ответственности при причинении вреда не судну, а любому другому объекту, с точки зрения российского права. Сначала будет определена ответственность владельца автономного судна, а затем ответственность разработчика программного обеспечения.

2. Деликтная ответственность не при столкновении судов

2.1. Ответственность судовладельца

Как указывается в литературе, самый распространенный пример причинения судном внедоговорного вреда не при столкновении с другим судном – это повреждение портовых сооружений. Как правило, речь идет о навале судна, то есть о столкновении на небольшой скорости и с небольшим ущербом для имущества (хотя иногда он достигает миллионов долларов). Возникающие из этого отношения регулируются нормами национального права (*lex loci delicti commissi*)⁴.

Следовательно, в случае возникновения сбоев в программном обеспечении автономного судна и нанесении ущерба российским портовым сооружениям возникшее деликтное обязательство будет регулироваться нормами ГК РФ. До настоящего момента общепризнанным было применение в подобных случаях ст. 1079 ГК РФ о причинении вреда источником повышенной опасности (далее также – ИПО): судовладелец освобождается от ответственности только в случае,

если докажет, что вред явился следствием непреодолимой силы или умысла потерпевшего⁵. При этом под источником повышенной опасности в доктрине и судебной практике обычно понимают деятельность с повышенной вредоносностью или с использованием особенно вредоносного объекта (или сам этот объект), что связано с невозможностью полного или постоянного контроля человека над такой деятельностью (таким объектом)⁶.

Между тем в ходе развития автономного судноводства может возникнуть несколько важных вопросов о применении к автономным судам норм об источниках повышенной опасности. Рассмотрим каждый из них по отдельности.

I. Является ли автономное судно источником повышенной опасности?

Следует отметить, что одним из основных плюсов автономных судов считается снижение количества аварий и инцидентов на море. Связано это с тем, что, по статистике, около 80% происшествий связано с умышленными или (чаще) неосторожными действиями людей⁷. Иными словами, повышение безопасности деятельности происходит за счет снижения доли участия в ней человека. Обращает на себя внимание противоречие: с точки зрения классического деликтного права автономное судно – это источник еще большей опасности по сравнению с обычным судном; напротив, реально шанс аварии вследствие компьютерной ошибки в десятки и сотни раз меньше, чем из-за небрежности человека.

Представляется, что ключ к решению кроется в ответе на вопрос о том, спустя какое время после предполагаемого распространения искусственного интеллекта можно будет говорить о действительно кардинальном переломе в соотношении уровня безопасности в деятель-

⁵ Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации. 2-е изд., испр. и доп. / Под ред. Г.Г. Иванова. М.: Спарк, 2005. С. 215 (автор комментария – А.Г. Калпин) (СПС «КонсультантПлюс»).

⁶ Гражданское право: учебник: В 4 т. // Отв. ред. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2020. Т. 4: Отдельные виды обязательств. С. 508–509 (автор подраздела – А.А. Ягельницкий); абзац второй п. 18 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина».

⁷ *DeKETelaere P.* The Legal Challenges of Unmanned Vessels: Master Dissertation. Gent: Universiteit Gent, 2017. P. 20–22.

⁴ Гуцуляк В.Н. Российское и международное морское право (публичное и частное). М.: Граница, 2017. С. 195 (СПС «КонсультантПлюс»).

ности человека и искусственного интеллекта. Как неоднократно отмечалось в литературе, программные алгоритмы «отличаются высокой степенью сложности, что превращает их в непрозрачную систему (в технической литературе – «черный ящик» (англ.: *black box*)) даже для разработчика»⁸. Проверить значение и точность вычислений ИИ можно только комплексными техническими методами⁹. Это ведет к высокой степени непредсказуемости решений ИИ и к увеличению риска ошибок на первых этапах его применения (период обучения). Не менее важным следствием является также отсутствие реальных возможностей у капитана, экипажа и судовладельца заранее выявить и предотвратить дефектные расчеты ИИ¹⁰.

Таким образом, на первых этапах применения автономных судов кардинальное повышение безопасности мореплавания может несколько запоздать. В таком случае современные подходы к определению морского судна как ИПО будут вполне адекватно отражать опасность для окружающих, которая исходит от автономного судна.

II. Является ли владелец автономного судна владельцем по смыслу ст. 1079 ГК РФ?

Относительно недавно в доктрине была высказана любопытная позиция о том, что причиненный беспилотниками вред (речь шла об автомобилях) «может качественно отличаться от вреда, причиненного обычными транспортными средствами»¹¹. По мысли авторов, если речь заходит о высокой степени автономности машины, то нельзя говорить о причинении вреда владельцем ИПО. Это связано с тем, что владелец беспилотника всегда является лишь его пассажиром (подобно клиенту в такси), он не контролирует собственно движение механизмов машины. В то же время для привлечения лица к ответственности в качестве владельца ИПО вред должен возникнуть при осуществлении этим владельцем деятельности, создающей повышенную опас-

ность. Следовательно, ст. 1079 ГК РФ не подлежит применению к деликтам при эксплуатации беспилотников. Впрочем, авторы все равно оставляют решение вопроса о сохранении на владельцах беспилотников бремени строгой ответственности на усмотрение законодателя (правовой политики)¹².

Такие рассуждения не лишены недостатков. Во-первых, как справедливо замечают сами авторы, ВС РФ под владельцем ИПО понимает любое юридическое или физическое лицо, которое использует ИПО на законных основаниях¹³. При этом авторы признают беспилотный автомобиль в качестве источника повышенной опасности. Однако в таком случае очевидно, что само использование беспилотника на любом праве уже делает лицо владельцем ИПО. Гражданскому праву в принципе едва ли известны случаи одновременного наличия ИПО и при этом отсутствия у этого ИПО владельца. Не теряется ли при таком парадоксе смысл самого института ИПО как основания возложения строгой ответственности?

Во-вторых, кажется излишним усложнением одновременный отказ от применения к деликтам автономного транспорта ст. 1079 ГК РФ и при этом введение для их владельцев строгой ответственности на других основаниях. Дело в том, что в России конструкция ИПО используется более гибко, чем это предполагают упомянутые авторы. Например, известна позиция ВС РФ о том, что владельцем ИПО не признается лицо, которое управляет им лишь в рамках исполнения трудовых или иных подобных обязанностей по трудовому или гражданско-правовому договору, заключенному с реальным владельцем ИПО¹⁴.

Нетрудно заметить, что в данном случае вообще сложно говорить о каком-либо контроле владельца ИПО за его непосредственной эксплуатацией. Тем не менее владелец ИПО сохраняет как свой статус, так и бремя строгой ответственности. Можно также продолжить мысль Верховного Суда и сказать, что в случае с автономными судами судовладельцы должны нести ответственность за просчеты искусственного интеллекта

⁸ Гаврилов В.В., Дремлюга Р.И. Актуальные вопросы международно-правового регулирования плавания морских судов без экипажа // Московский журнал международного права. 2020. № 2. С. 69.

⁹ Ringbom H. et al. Charting Regulatory Frameworks for Maritime Autonomous Surface Ship Testing, Pilots, and Commercial Deployments / Ministry of Transport and Communications. Helsinki, 2020. P. 22.

¹⁰ Ibid. P. 172.

¹¹ Чжеву Ли, Сунгу М. Внедоговорная ответственность за вред, причиненный беспилотными транспортными средствами // Закон. 2020. № 3. С. 51.

¹² Там же. С. 52–54.

¹³ Абзац первый п. 19 Постановления Пленума ВС РФ от 26 января 2010 г. № 1 «О применении судами гражданского законодательства, регулирующего отношения по обязательствам вследствие причинения вреда жизни или здоровью гражданина».

¹⁴ Абзац второй того же пункта.

так же, как ее несет работодатель за нанятого им работника¹⁵.

В целом, кроме судовладельца, сложно найти иное лицо, которое можно было бы признать владельцем ИПО. Однако всегда следует учитывать отдельный непростой вопрос, который в настоящей работе подробно не обсуждается, – это разграничение ответственности судовладельца и собственника судна за причиненный судном вред. Известно, что судовладельцем в российском праве признается любое лицо, которое эксплуатирует судно от своего имени (ст. 8 КТМ РФ). Таким лицом может быть и менеджер судна, и его оператор, и фрахтователь по бербоут-чартеру, и многие иные по форме и существу участники торгового мореплавания. В то же время у такого владельца зачастую нет никакого имущества, за счет которого можно было бы удовлетворить требования потерпевших, заявленные со ссылкой на ст. 1079 ГК РФ. Поэтому истцы обычно привлекают к спору также и собственника судна, ведь морское судно в дальнейшем может быть выгодно продано с торгов. Периодически ответственность действительно возлагается на собственников судов, даже если они не имели совершенно ничего общего с совершенным деликтом. Как правило, для этого либо используется институт морского залога на судно (ст. 367–373 КТМ РФ), либо собственника судна признают владельцем ИПО по смыслу ст. 1079 ГК РФ¹⁶.

2.2. Ответственность разработчика программного обеспечения

Второй субъект, который может нести ответственность за причинение вреда из-за сбоя ИИ автономного судна – это разработчик такого ИИ. Буквально все зарубежные исследования, которые касаются ответственности за действия автономных судов, обсуждают ответственность разработчиков ПО для таких судов. Действительно, поскольку в будущем морская отрасль будет в большей степени опираться на компьютерные системы, какую-то часть оборачивающихся здесь

средств заберут на себя IT-компании, профессионально занимающиеся разработкой программного обеспечения. В то же время вместе с прибылями на них должны перейти и соответствующие риски, связанные с неисправностью выпускаемого ими продукта.

В отношениях между судовладельцами и разработчиками ПО эти риски могут быть и скорее всего будут распределены договорными методами. Едва ли здесь будет иметься много особенностей, связанных именно с автономными судами. Представляется правильным утверждение зарубежных авторов о том, что в большинстве случаев события будут разворачиваться именно по сценарию «возмещение вреда судовладельцем / его страховщиком => регрессное / суброгационное договорное требование к разработчику ПО»¹⁷.

Напротив, в отношении деликтной ответственности такой определенности нет. Как замечается в литературе, до сих пор неясно, при каких условиях разработчики ПО должны отвечать за вред, причиненный третьим лицам. Более того, непонятно, будет ли эта ответственность виновной или строгой¹⁸.

Кажется, что в целом нет никаких препятствий для возложения на разработчиков ПО деликтной ответственности – вопрос лишь в том, насколько строгой она должна быть. При выяснении этого необходимо иметь в виду некоторые обстоятельства, которые выходят за рамки юридической догматики.

В первую очередь следует учитывать, какой может быть ответная экономическая реакция тех субъектов, на которых будут возложены новые риски. Как справедливо отмечается специалистами, нельзя одним разом перекидывать все риски убытков от применения новых технологий на их разработчиков, так как в таком случае они потеряют всякий интерес в продолжении своей деятельности¹⁹. Более того, переложение рисков на IT-компанию будет соединяться еще и с трудностями по оценке размера таких убытков. А это,

¹⁵ Правовые аспекты использования искусственного интеллекта: актуальные проблемы и возможные решения: Доклад НИУ «ВШЭ» // Под рук. В.Б. Наумова и др. М.: Издательский дом ВШЭ. 2021. С. 17.

¹⁶ Например, см. Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 7 июля 2017 г. по делу № А56-80864/2016.

¹⁷ *Collin F.* Maritime Product Liability at the Dawn of Unmanned Ships – the Finnish Perspective // University of Turku, Faculty of Law Research Paper Series. 2018. No. 2. P. 3.

¹⁸ *Veal R., Ringbom H.* Unmanned Ships and the International Regulatory Framework // The Journal of International Maritime Law. 2017. No. 23(2). P. 116–117.

¹⁹ Интервью с Александром Савельевым // Журнал РШЧП. 2019. № 2. С. 25.

в свою очередь, может привести либо к невозможности страхового покрытия таких рисков, либо к слишком высоким страховым премиям, неподъемным для разработчиков ПО²⁰.

Следовательно, необходимо найти баланс между полной безответственностью разработчика ПО и его абсолютной ответственностью за любые недочеты, нужна некая диверсификация ответственности среди участников рынка²¹. Поэтому кажется разумным использовать стандарт виновной ответственности IT-компаний перед третьими лицами – точно так же, как предлагается делать в целом со всеми разработчиками систем искусственного интеллекта²².

Представляется, что для российского права такое решение будет не только сбалансированным, но и относительно простым для реализации в рамках текущего регулирования. Очевидно, ст. 1095 ГК РФ в описанной ситуации неприменима, потому что искусственный интеллект как минимум приобретает статусом судовладельцем в коммерческих целях. Следовательно, нужно использовать общие правила о деликте (ст. 1064 ГК РФ). Кажется разумным, что вина разработчика ПО презюмируется, если учитывать, что ему как профессионалу должно быть проще продемонстрировать проявление должной заботливости и осмотрительности при создании цифрового продукта.

Возможно, в качестве дополнительного балансира здесь выступит известная объективизация вины в российской судебной практике по причинению внедоговорного вреда. Практически всегда для привлечения предпринимателя к ответственности достаточно установления противоправности, вреда и связи между ними²³. Правда, и такое положение может быть объектом критики, ведь декларативно виновной ответственностью разработчиков ПО будет прикрываться реально строгая и излишняя ответственность.

Однако проблема заключается в том, что сложно представить меньший стандарт поведения разработчиков ПО. В таком случае остается уповать на смягчение подходов российских судов к критерию вины и на реальный учет этого критерия при решении конкретных дел.

О неоднозначности вопроса свидетельствуют и соответствующие европейские исследования. Их авторы с самого начала отталкиваются в рассуждениях от несколько иной нормативной основы, которая включает национальное законодательство о дефектах товаров (работ, услуг) и Директиву Совета Европейских Сообществ от 25 июля 1985 г. 85/374/ЕЭС «О сближении законов, постановлений и административных положений государств-членов относительно ответственности за некачественную продукцию». Данная Директива является обязательной для всех стран ЕС и Европейской экономической зоны²⁴. В соответствии с ней производители несут строгую ответственность за качество выпускаемых ими товаров (strict product liability). При этом в большинстве исследований делается вывод, что применение такого стандарта ответственности в сфере разработки ПО для автономных судов будет адекватным решением вышеописанных противоречий²⁵. Некоторые авторы и вовсе призывают к освобождению от ответственности владельца судна всегда в случае причинения вреда сугубо по ошибке создателя ПО²⁶.

Впрочем, в других работах высказываются сомнения относительно применения строгой ответственности производителя товаров к IT-компаниям в сфере автономного судоходства. Во многом это связано с затяжными спорами о том, применяется ли упомянутая Директива Совета Европейских Сообществ к таким новым видам продукции, как системы искусственного интеллекта²⁷. Даже среди работ по автономному судоходству есть как те, в которых признается

²⁰ Analysis of Regulatory Barriers to the Use of Autonomous Ships. Final Report / Danish Maritime Authority. Copenhagen, 2017. P. 87; *Collin F.* Op cit. P. 23.

²¹ Интервью с Александром Савельевым. С. 26.

²² Там же.

²³ *Старцева Ю.В.* Принцип вины и ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности // *Опыты цивилистического исследования: Сборник статей / Рук. авт. колл. и отв. ред.: А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков.* Вып. 3: специальный выпуск к юбилею профессора Евгения Алексеевича Суханова. М.: Статут, 2019. С. 336.

²⁴ *Lee T.K.* Liability of Autonomous Ship: The Scandinavian Perspective: Master Thesis. University of Oslo, 2016. P. 24.

²⁵ *Kuro J.* Maritime Product Liability. The Case of Unmanned Vessels: Master Thesis. University of Oslo, 2018. P. 28, 30; *Lee T.K.* Op. cit. P. 25; *Deketelaere P.* Op. cit. P. 93; *Osmo I.L.* Shipowner's Liability for Unmanned Ships. Can Existing Legislation Handle the Challenges of the Future? Master Thesis. University of Oslo, 2017. P. 24–25.

²⁶ *Osmo I.L.* Op. cit. P. 43.

²⁷ *Gosch H.* Legal Analysis of Collision Liability in the Context of Unmanned Shipping: Graduate Thesis. Lund University, 2019. P. 56–59.

охват Директивой программного обеспечения²⁸, так и другие, где говорится о невозможности ее расширительного применения²⁹.

В любом случае понятно, что если при обследовании судна после причинения им вреда выяснится, что сбой в программном обеспечении можно было избежать посредством ремонта или поддержания надлежащего состояния (например, путем установки соответствующих обновлений³⁰), то ответственность должна падать исключительно на судовладельца. Именно он несет обязанность по поддержанию судна и его механизмов в условиях, отвечающих всем стандартам. Аналогичный вывод справедлив для случаев противозаконного использования судовладельцем своего судна³¹.

Наконец, в связи с высказанным возникает следующий важный вопрос. Будет ли разработчик иметь право на те же ограничения ответственности, которыми в современном морском праве активно пользуются судовладельцы? Как отмечается в литературе, здесь возникает некоторое противоречие, потому как общие правила о полном возмещении вреда приходится применять в отрасли, где существует давняя традиция ограничения ответственности³².

Отправной точкой для ответа на этот вопрос могут послужить нормы главы XXI КТМ РФ. Эти нормы основаны на положениях Конвенции об ограничении ответственности по морским требованиям 1976 г. (далее – Конвенция об ограничении 1976 г.).

С одной стороны, согласно подп. 1 п. 1 ст. 355 КТМ РФ под ограничение ответственности подпадают, в частности, любые требования вследствие повреждения портовых сооружений, которое произошло в прямой связи с эксплуатацией судна. При этом в комментариях справедливо обращают внимание на слова «в прямой связи с эксплуатацией судна». Указывается, что они «несколько расширили сферу применения этого подпункта, с тем чтобы он включал и требования, связанные с действиями вне судна и не выте-

кающими из управления судном»³³. Как можно заметить в зарубежных источниках, из-за такого расширительного толкования кажется, что Конвенция об ограничении 1976 г. должна применяться и к деликтной ответственности за дефекты в программном обеспечении автономного судна³⁴.

Однако согласно п. 1 и 2 ст. 354 КТМ РФ морские требования могут быть ограничены при предъявлении их к судовладельцу, страховщику, спасателю и лицам, за действие или бездействие которых отвечают судовладелец или страховщик. Ни КТМ РФ, ни Конвенция об ограничении 1976 г. не устанавливают перечень лиц, за которых отвечает судовладелец, а потому в разных юрисдикциях эта формулировка наполняется различным содержанием. В российском праве она толкуется узко – считается, что речь идет лишь о защите работников и агентов судовладельца³⁵. Аналогичным образом в Финляндии и Норвегии судовладелец отвечает за третьих лиц только в том случае, если выполняемая ими работа попадает в его «типичную область деятельности»³⁶. Едва ли к такой «области» можно отнести создание сложного IT-продукта – искусственного интеллекта. Скорее в нее будут попадать действия, например, программиста, который привлечен владельцем автономного судна для установки обновлений компьютерной системы, или действия дистанционного оператора полуавтономного судна³⁷.

Следовательно, по меньшей мере *de lege lata* требования третьих лиц к разработчикам ПО не будут подпадать под ограничения ответственности по морским требованиям. Так или иначе к аналогичному выводу приходит и большинство зарубежных авторов³⁸.

Основные выводы

Таким образом, можно сделать следующие выводы об ответственности судовладельца и разработчика ПО за причинение вреда ав-

²⁸ *Osmo I.L.* Op. cit. P. 24–26; *Deketelaere P.* Op. cit. P. 91.

²⁹ *Ringbom H. et al.* Op. cit. P. 180; *Kuro J.* Op. cit. P. 16.

³⁰ Правовые аспекты использования искусственного интеллекта: актуальные проблемы и возможные решения: Доклад НИУ «ВШЭ». С. 16–18; или – по аналогии с беспилотными автомобилями – см.: *Чжеву Ли, Сунгу М.* Указ. соч. С. 52.

³¹ *Osmo I.L.* Op. cit. P. 26.

³² *Collin F.* Op. cit. P. 12.

³³ Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации. С. 348 (автор комментария – Л.М. Егоров).

³⁴ *Collin F.* Op. cit. P. 13.

³⁵ Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации. С. 347.

³⁶ *Collin F.* Op. cit. P. 14.

³⁷ *Van Hooydonk E.* Op. cit. P. 419.

³⁸ *Deketelaere P.* Op. cit. P. 90; *Lee T.K.* Op. cit. P. 23; *Collin F.* Op. cit. P. 14.

тономным судном объекту иному, чем другое морское судно.

Первым и главным лицом, на которое в такой ситуации должна быть возложена ответственность, является судовладелец как владелец источника повышенной опасности³⁹. При этом сохраняют свою силу как традиционные подходы к определению ИПО и его владельца, так и основные доводы в пользу возложения на такого владельца бремени строгой ответственности.

В свою очередь, разработчик ПО может отвечать за возникшие в автономном судне сбои наряду с судовладельцем. Это станет естественным отражением принципа одновременного перехода к хозяйствующим субъектам не только прибылей от их деятельности, но и присущих

такой деятельности рисков. В то же время вполне вероятно, что в большинстве случаев будет иметь место лишь регрессное требование судовладельца против разработчика, основанное на договоре между ними. Однако к IT-компаниям может быть предъявлен также и прямой иск третьих лиц на основе ст. 1064 ГК РФ. Здесь будут применяться принцип вины и презумпция виновности делинквента. При этом российским судам нужно более взвешенно подходить к вине как критерию ответственности разработчиков ПО. В каждом случае важно принимать во внимание как частные, так и общие для отрасли последствия привлечения лица к ответственности. Разработчикам же следует учитывать, что при возложении на них ответственности они не смогут воспользоваться теми же ограничениями по морским требованиям, которые в настоящее время установлены в пользу судовладельцев. ■

³⁹ Аналогичные выводы для бельгийского правопорядка, но без детального обоснования см. в работе: *Dekete-laere P. Op. cit. P. 89.*

III. ARTICLES



Ivan Kobchenko,
Higher School of Economics, Moscow

Autonomous Shipping in Russia: Tortious Liability of Shipowners and Software Developers. Part 1

The problem of the allocation of liability between the shipowner and the software developer in case of harm to third parties due to an error of the artificial intelligence of an autonomous vessel presents a serious challenge for private maritime law. There are mainly two possible situations here: 1) infliction of loss without a ship collision; 2) infliction of loss due to a ship collision. This article, being based on Russian law, is concerned with the first case. The author comes to the conclusion that the shipowner bears under all circumstances the non-contractual liability as the possessor of a source of increased danger (autonomous vessel). Further allocation of losses is most likely to be provided for in the contract between the shipowner and the software developer. At the same time, the injured party is entitled to bring a claim directly against the software developer if the latter committed faulty actions when creating an IT product. Moreover, de lege lata such a developer is not entitled to limitations of liability under the maritime law in force. The results of this article will be useful primarily for shipowners, IT companies and other leading market players – pioneers of autonomous shipping.

It is not difficult to imagine somewhere in the ocean a ship operated remotely, with no crew aboard at all... It is entirely possible that in the distant future the captain's workplace will move to some centre ashore
Schönknecht R. et al. Ships and Shipping of the Future, 1973¹

1. Introduction

One of the latest trends in the maritime industry is the development of so-called autonomous

(unmanned) shipping. The gist of this technology is the performance of standard operations by the vessel – mainly navigating from port A to port B – in the absence of any crew aboard.

At the same time, the category of autonomous vessels can be divided into two subspecies: a semi-autonomous vessel and a fully autonomous

¹ Schönknecht R. et al. Schiffe und Schifffahrt von morgen. Verlag Technik, 1973 (author's translation from German).

vessel. This classification is not exhaustive, but it has already been established in foreign literature and has proved its sufficiency when discussing the legal challenges of autonomous shipping.

A semi-autonomous vessel is a vessel that is controlled to some degree remotely by people who are not aboard such a vessel. Moreover, the vessel can also be controlled from another vessel (for example, as part of icebreaker or dredger convoys)². Artificial intelligence can take part in the handling of a semi-autonomous vessel, but some human control – of a remote operator – remains here. On the contrary, a fully autonomous vessel means a vessel whose movement is not specifically monitored by anyone – this vessel is under the absolute command of artificial intelligence (AI).

The key topic of foreign researches on private law challenges of autonomous shipping is the liability for the tortious acts. Such liability may arise for two main reasons: 1) error of a remote operator in case of a semi-autonomous vessel; 2) malfunction of the software of a fully autonomous vessel or (less often) a semi-autonomous vessel.

However, it has been repeatedly pointed out in the literature that in case of an error of the operator of a semi-autonomous vessel, there should be no unique problems when compensating the respective losses. It is connected to the similarity of the legal status of remote operators and the status of the traditional crew of a vessel³. In addition, the very chance of human error, even in case of a semi-autonomous vessel, is to be reduced greatly due to the capabilities of computer systems.

In contrast, if an error of artificial intelligence and the resulting harm to a third party raises a number of questions in regard to the tortfeasors and the allocation of liability among them.

At first glance, it seems that the tortfeasor here is the one who controls the ship – that is, artificial intelligence (software). However, does not such a decision mean that the injured parties will be *de facto* deprived of compensation for the damage caused? It is so at least because AI today is fundamentally not subject to tortious liability (as well as to any liability at all).

² A-Navigation Conference of the Ministry of Transport of the RF and the IMO // [https://www.youtube.com/watch?v=2D-CAJ-CS1KM&t;FSUE “Rosmorport” started trials for the project of unmanned navigation](https://www.youtube.com/watch?v=2D-CAJ-CS1KM&t;FSUE%20Rosmorport%20started%20trials%20for%20the%20project%20of%20unmanned%20navigation) // <https://portnews.ru/news/304729/>.

³ For instance, see *Van Hooydonk E. The Law of Unmanned Merchant Shipping: an Exploration* // *The Journal of International Maritime Law*. 2014. No. 20. P. 419–420.

Perhaps then the software developer should be held liable as the creator of the object (in the broad sense of the word) that has been a source of harm? However, how fair would that be from the point of the foreseeability and remoteness of harm? And what should be the answer if the error is not related to the faulty actions of the developer?

Finally, liability can be imposed on the shipowner as the main user of an autonomous vessel and the beneficiary of the activities that such a vessel carries out. However, the shipowner did not create and (most likely) did not even train the AI, he is not an expert in the relevant technologies at all. Moreover, perhaps it is why the shipowner has chosen a vessel with advanced software – to avoid or reduce his losses due to improper control of the vessel.

Therefore, tortious liability in case of a malfunction of the software of an autonomous vessel becomes a pressing issue for private maritime law. There are two most likely grounds on which such liability may arise:

1) infliction of loss to an object other than a vessel;

2) collision with another ship.

This article is devoted to the first case – that is, tortious liability for infliction of harm not to a ship but to any other object, under Russian law. Firstly, the liability of the owner of the autonomous vessel will be defined, and then the liability of the software developer.

2. Tortious Liability if There is No Ship Collision

2.1. Liability of the Shipowner

As it was pointed out in the literature, the most common example of a tort committed by a vessel without a collision with another vessel is damage to port facilities. As a rule, it is a case of a collision at low speed and with a modest loss of property (although sometimes it reaches millions of dollars). The legal relations arising from that are governed by the norms of national law (*lex loci delicti commissi*)⁴.

Consequently, in case of a malfunction in the software of an autonomous vessel and infliction of harm to facilities of a Russian port, the respective liability will be governed by the norms of the Civil Code of the Russian Federation (CC RF). Until now

⁴ *Gutsulyak V.N. Russian and International Maritime Law (Public and Private)*. P. 195 (“ConsultantPlus” System).

it has been generally recognised that in such cases Article 1079 of the CC RF on the infliction of harm by a source of increased danger (hereinafter also referred to as SID) is to be applied – the shipowner shall be freed from liability only if he proves that the harm arose as the result of force majeure or the intent of the victim⁵.

In addition, a source of increased danger is usually understood in literature and in case law to mean activity with increased danger or with the usage of a particularly dangerous object (or as this object itself), which is associated with the impossibility of full or permanent human control over such activity (such an object)⁶.

However, in the course of the development of autonomous shipping, several important issues may arise in regard to the application of provisions on sources of increased danger to autonomous vessels. Each of them should be considered separately.

I. Is an autonomous vessel a source of increased danger?

It should be noted that one of the main advantages of autonomous vessels is a reduction in the number of accidents and incidents at sea. It is related to the fact that statistically approximately 80% of incidents are associated with intentional or (more often) negligent actions of people⁷. In other words, an increase in the safety of activities is reached because of a decrease in human control over it. A contradiction stands out here: from the point of classical tort law, an autonomous vessel is a source of even greater danger compared to an ordinary vessel; on the contrary, the real chance of an accident due to a computer error is tens and hundreds of times less than due to human negligence.

It seems that the key to the problem resides in the answer to the question of how soon after the alleged spread of artificial intelligence it will be possible to confirm a really drastic change in the difference between the security level of hu-

man activity and the security level of AI activity. As has been repeatedly pointed out in the literature, software algorithms “are notable for a high degree of complexity which makes them an obscure system (a “black box” in the technical literature) even for the developer”⁸. One can check the meaning and accuracy of AI calculations only by complex technical methods⁹. This leads to a high degree of unpredictability of AI decisions and an increase of the risk of errors at the first stages of its application (the training period). No less important implication is the lack of real opportunities for the captain, crew and shipowner to identify and prevent defective AI calculations in advance¹⁰.

Therefore, at the first stages of the autonomous vessels use, a dramatic increase in the safety of navigation may be slightly late. Then the modern interpretation of a seagoing vessel as a SID will correspond enough to the danger to those around that stems from an autonomous vessel.

II. Is the owner of an autonomous vessel the owner within the meaning of Article 1079 of the CC RF?

A curious opinion was recently expressed in the literature that the harm caused by autonomous vehicles (cars were meant) “may differ fundamentally from the harm caused by usual vehicles”¹¹. According to the authors, if it comes to a high degree of autonomy of the vehicle, then it is not possible to insist on the infliction of harm by the owner of the SID. It is associated with the fact that the owner of the autonomous vehicle is always only the passenger therein (like a customer in a taxi), he does not actually control the movement of the mechanisms of the car. Meanwhile, in order to hold a person liable as a SID owner, it is necessary that the loss is inflicted when this owner carries out activities that create increased danger. Consequently, Article 1079 of the Civil Code shall not be applicable to torts committed while the operation of autonomous vehicles. Nevertheless, the authors leave the problem of retaining the burden of strict liability on the

⁵ Kalpin A.G. in: Commentary on the Merchant Shipping Code of the Russian Federation. 2nd ed., rev. and suppl. / Ed. by G.G. Ivanov. P. 215 (“ConsultantPlus” System).

⁶ Yagelnitsky A.A. in: Civil Law: Textbook: in 4 Vols // Ed. by E.A. Sukhanov. 2nd ed., rev. and suppl. Moscow: Statut, 2020. Vol. 4: Certain Types of Obligations. P. 508–509; § 2 of sec. 18 of The Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation “On the application by courts of the civil legislation governing the relations according to obligations arising from infliction of harm to life or health of the citizen”, dated January 26, 2010, No. 1.

⁷ Deketelaere P. The Legal Challenges of Unmanned Vessels: Master Dissertation. Universiteit Gent, 2017. P. 20–22.

⁸ Gavrilov V.V., Dremlyuga R.I. Key Issues of International Legal Regulation of Autonomous Maritime Navigation // Moscow Journal of International Law. 2020. No. 2. P. 69.

⁹ Ringbom H. et al. Charting Regulatory Frameworks for Maritime Autonomous Surface Ship Testing, Pilots, and Commercial Deployments / Ministry of Transport and Communications. Helsinki, 2020. P. 22.

¹⁰ Ibid. P. 172.

¹¹ Jewoo Lee, Soon-Koo M. Delictual Liability for Harm Arising From Autonomous Vehicles // Statute. 2020. No. 3. P. 51.

owners of autonomous vehicles at the discretion of the legislator (legal policy)¹².

These arguments are not free from shortcomings. Firstly, as the authors themselves correctly note, the Supreme Court of the Russian Federation interprets the SID owner as any legal entity or individual who lawfully exploits a SID¹³. Moreover, the authors admit that an unmanned vehicle is a source of increased danger. However, it is obvious then that the very use of an autonomous vehicle on any legal ground already makes a person the SID owner. Generally speaking, civil law barely has cognisance of the simultaneous existence of a SID and at the same time absence of the owner of this SID. Is not the meaning of the institution of SID as the basis for imposing strict liability lost in such a paradox?

Secondly, it seems an unnecessary sophistication to simultaneously refuse to apply Article 1079 of the Civil Code to autonomous transport torts and at the same time introduce strict liability for their owners based on other grounds. The fact is that the institution of SID is used more flexibly in Russia than the mentioned authors suggest. For example, it is a known position of the Supreme Court of the Russian Federation that a person who manages a SID only for the performance of labour or other similar duties under an employment or civil law contract, concluded with the real SID owner, is not deemed as the SID owner¹⁴.

It can be readily seen that it is difficult to affirm in this case any direct control of the SID owner over the operation of this SID. Nevertheless, the SID owner retains both his status and the burden of strict liability. It is also possible to develop the argument of the Supreme Court and suppose that in the case of autonomous vessels, shipowners shall be liable for the miscalculations of artificial intelligence in the same way as the employer is vicariously liable for the employee he hired¹⁵.

Generally speaking, it is difficult to find another person, apart from the shipowner, who could be deemed as the SID owner. However, it is always necessary to take into account a separate problem which is not specifically deliberated on in this work – it is the distinction between the liability of the shipowner and the registered owner of the vessel for the damage caused by the vessel. It is known that under Russian law any person who operates a ship on his own behalf is understood to mean a shipowner (Article 8 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation (MSC RF)). That person can be either a ship manager, or a ship operator, or a bareboat charterer, or any formally or substantially other participants of merchant shipping industry. However, such an owner often does not have any property that could be used to satisfy the claims of the injured persons based on Article 1079 of the CC RF. Therefore, claimants usually engage the registered owner of the vessel in the dispute as well because the seagoing vessel can be sold profitably at auction in the future. In judicial practice, the liability is imposed on the registered owners from time to time, even if they had absolutely nothing to do with the tort committed. As a rule, either the institution of a maritime lien on a ship is applied for this purpose (Articles 367–373 of the MSC RF), or the registered owner of the vessel is held to be the SID owner within the meaning of Article 1079 of the Civil Code¹⁶.

2.2. Liability of the Software Developer

The second subject that may be liable for infliction of harm due to the failure of the AI of an autonomous vessel is the developer of such an AI. Literally all foreign researches that deal with liability for the acts of autonomous vessels also discuss the liability of developers of software for such vessels. Indeed, since in the future the maritime industry will rely more on computer systems, part of the turnover will be taken over by IT companies professionally engaged in software development. However, the corresponding risks associated with the malfunction of the product they produce should also pass to them along with the profits.

As regards the relationship between shipowners and software developers, these risks can

¹² Jewoo Lee, *Soon-Koo M.* Op. cit. P. 52–54.

¹³ Paragraph 1 of sec. 19 of The Resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation “On the application by courts of the civil legislation governing the relations according to obligations arising from infliction of harm to life or health of the citizen”, dated January 26, 2010, No. 1.

¹⁴ Paragraph 2 of the same section.

¹⁵ Legal Aspects of the Use of Artificial Intelligence: Current Problems and Possible Solutions. Report of the Higher School of Economics / Under the guidance of V.B. Naumov et al. Moscow: Publishing House of the Higher School of Economics, 2021. P. 17.

¹⁶ For instance, see Judgement of the Commercial Court of Saint Peterburg and Leningrad Region dated July 7, 2017, in case No. A56-80864/2016.

and most likely will be distributed under the contract. It is unlikely that there will be many peculiarities here associated exactly with autonomous vessels. It seems correct that, as the foreign authors state, in most cases events will develop precisely according to the scenario “compensation for damage by the shipowner / his insurer => recourse / subrogation claim under the contract with the software developer”¹⁷.

On the contrary, there is no such certainty in regard to tort liability. As noted in the literature, it is still unclear what are the conditions for software developers’ liability for harm caused to third parties. Moreover, it is unclear whether this liability shall be fault-based or strict¹⁸.

It seems that in general there are no obstacles to imposing tortious liability on software developers – the only question is how strict it shall be. In this regard, it is necessary to keep in mind some circumstances that go beyond the legal dogmatics.

The first thing to consider is what the possible economic response of those entities that will bear new risks might be. As rightly pointed out by experts, it is undesirable to transfer all the risks of losses from the use of new technologies to their developers at once, because in this case they will lose any interest in continuing their activities¹⁹. Moreover, the transfer of risks to IT companies will also create difficulties in assessing the scope of such losses. And this in turn may lead either to the impossibility of insurance coverage of such risks or to extremely high insurance premiums which will be unaffordable for software developers²⁰.

Consequently, it is necessary to find a balance between the full irresponsibility of the software developer and his absolute liability for any defects, some kind of diversification of liability among market participants is needed²¹. Therefore, it seems reasonable to use the standard of fault-based liability of IT companies towards third parties – just as it is

proposed to do in general with all developers of artificial intelligence systems²².

It appears that for Russian law such a solution would not only be balanced but also relatively simple to implement within the framework of the current regulation. Obviously, Article 1095 of the CC RF is not applicable in the situation described at least because artificial intelligence is bought by the shipowner for commercial purposes. Therefore, it is necessary to use the general tort law provisions (Art. 1064 of the CC RF). It seems reasonable that the fault of the software developer is presumed given that it should be easier for him as a professional to demonstrate the exercise of due care and prudence in creating a digital product.

Perhaps the well-known objectification of fault in Russian judicial practice in the field of torts will serve here as an additional balancer. It is almost always a case that to impose liability on an entrepreneur it is actually enough to establish illegality (wrongfulness), harm and the connection between them²³. However, even such a proposal may be subject to criticism since the formally fault-based liability of software developers will serve as the shelter for actually strict and excessive liability. Unfortunately, the problem here is that it is difficult to propose an easier standard of conduct for software developers. In this case, it is possible only to hope that Russian courts will soften their approaches to the criterion of fault and that this criterion will be taken into account when resolving specific disputes.

The ambiguity of the issue is evidenced by the relevant European researches. From the very beginning, their authors build on a slightly different regulatory framework, which includes national legislation on defects of goods (works, services) and Directive 85/374/EEC of July 25, 1985, on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. This Directive is in force for all EU countries and countries of the European Economic Area²⁴. Under this Directive

¹⁷ Collin F. Maritime Product Liability at the Dawn of Unmanned Ships – the Finnish Perspective // University of Turku, Faculty of Law Research Paper Series. 2018. No. 2. P. 3.

¹⁸ Veal R., Ringbom H. Unmanned Ships and the International Regulatory Framework // The Journal of International Maritime Law. 2017. No. 23(2). P. 116–117.

¹⁹ Interview with Alexander Savelyev // Journal of the RSPL. 2019. No. 2. P. 25.

²⁰ Analysis of Regulatory Barriers to the Use of Autonomous Ships. Final Report / Danish Maritime Authority. Copenhagen, 2017. P. 87; Collin F. Op cit. P. 23.

²¹ Interview with Alexander Savelyev. P. 26.

²² Ibid.

²³ Startseva Yu.V. Principle of Guilt and Liability for Damage Caused by a Source of Increased Danger // Experience of Civil Law Research: Collection of Articles / Authors of the collection and main eds: A.M. Shirvindt, N.B. Shcherbakov. Issue 3: special issue in honour of the anniversary of Professor Evgeny Alekseevich Sukhanov. Moscow: Statut, 2019. P. 336.

²⁴ Lee T.K. Liability of Autonomous Ship: The Scandinavian Perspective: Master Thesis. University of Oslo, 2016. P. 24.

manufacturers are strictly liable for the quality of their products (strict product liability). At the same time, it is concluded in most researches that the application of such a liability standard in the sphere of software development for autonomous ships would be an adequate solution to the contradictions already described above²⁵. Some authors even call for exemption of the shipowner from liability always in case of damage caused purely due to the software designer's mistake²⁶.

However, other papers have expressed doubts concerning the application of strict product liability to IT companies in the autonomous shipping sphere. This is largely due to the protracted debate as to whether the EEC Directive applies to new products such as artificial intelligence systems²⁷. Even among works on autonomous shipping, there are both those where it is acknowledged that the Directive covers the software²⁸ and those where it is said that such extensive application is not possible²⁹.

In any case, it is clear that if a survey of the ship after it has been damaged reveals that the software malfunction could have been avoided through repair or maintenance (e.g. by installing appropriate upgrades)³⁰, the liability should fall solely on the shipowner. It is the owner who bears liability for maintenance of the ship and its machinery in a condition that meets all standards. The same conclusion is valid if the shipowner exploited his vessel against the law³¹.

Finally, the following important question arises in connection with what has been said. Is the software developer entitled to the same limitations of liability that shipowners actively benefit from in modern maritime law? As noted in the literature, there is some contradiction here because the gener-

al rules on full recovery of losses have to be applied in an industry with a long tradition of limitation of liability³².

The starting point for answering the question can be the provisions of Chapter XXI of the MSC RF. These provisions are based on the rules of the Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 (hereinafter – the 1976 Limitation Convention).

On the one hand, according to subparagraph 1 of § 1 of Article 355 of the MSC RF, the limitation of liability covers, in particular, any claims arising from damage to port facilities inflicted in direct connection with the operation of a ship. However, the commentaries rightly draw attention to the words “in direct connection with the operation of a ship”. It is pointed out that they have “extended to a certain degree the scope of this subparagraph to include claims related to acts outside a vessel and not arising out of the operation of a vessel”³³. As it can be seen in foreign sources, it may seem due to the aforementioned expansive interpretation that the 1976 Limitation Convention should also be applied to tortious liability for defects in the software of an autonomous ship³⁴.

However, under paragraphs 1 and 2 of Article 354 of the MSC RF, marine claims can be limited if they are brought against a shipowner, an insurer, a salvor and persons for acts or omissions of whom the shipowner or the insurer are liable. Neither the MSC RF nor the 1976 Limitation Convention provide for the list of persons for whom the shipowner is liable, which is why this wording is understood differently in different jurisdictions. Under Russian law, it is interpreted restrictively and is regarded as referring only to the protection of shipowner's employees and agents³⁵. Similarly, in Finland and Norway, the shipowner is liable for third parties only if the work they perform falls within “typical shipowner's activity”³⁶. The creation of a complex IT product – artificial intelligence – barely falls into this “activity”. This activity would rather include the actions of, for example, a programmer who is hired by the owner of an autonomous ship to install com-

²⁵ *Kuro J.* Maritime Product Liability. The Case of Unmanned Vessels: Master Thesis. University of Oslo, 2018. P. 28, 30; *Lee T.K.* Op. cit. P. 25; *Deketelaere P.* Op. cit. P. 93; *Osmo I.L.* Shipowner's Liability for Unmanned Ships. Can Existing Legislation Handle the Challenges of the Future? Master Thesis. University of Oslo, 2017. P. 24–25.

²⁶ *Osmo I.L.* Op. cit. P. 43.

²⁷ *Gosch H.* Legal Analysis of Collision Liability in the Context of Unmanned Shipping: Graduate Thesis. Lund University, 2019. P. 56–59.

²⁸ *Osmo I.L.* Op. cit. P. 24–26; *Deketelaere P.* Op. cit. P. 91.

²⁹ *Ringbom H. et al.* Op. cit. P. 180; *Kuro J.* Op. cit. P. 16.

³⁰ Legal Aspects of the Use of Artificial Intelligence: Current Problems and Possible Solutions. Report of the Higher School of Economics. P. 16–18; or by analogy with unmanned cars see *Jewoo Lee, Soon-Koo M.* Op. cit. P. 52.

³¹ *Osmo I.L.* Op. cit. P. 26.

³² *Collin F.* Op. cit. P. 12.

³³ *Egorov L.M.* in: Commentary on the Merchant Shipping Code of the Russian Federation. P. 348.

³⁴ *Collin F.* Op. cit. P. 13.

³⁵ Commentary on the Merchant Shipping Code of the Russian Federation. P. 347.

³⁶ *Collin F.* Op. cit. P. 14.

puter system updates or the actions of a remote operator of a semi-autonomous ship³⁷.

Consequently, at least *de lege lata* third party claims against software developers are not subject to the limitations of liability under maritime law. One way or another, a similar conclusion is reached by the majority of foreign authors³⁸.

Main Conclusions

We can draw the following conclusions in regard to the liability of the shipowner and the software developer for damage caused by an autonomous vessel to an object other than another seagoing vessel.

The first and main person on whom liability should be imposed in such a situation is the shipowner as the owner of a source of increased danger³⁹. Moreover, both the traditional approaches to the definition of the SID and its owner remain valid,

³⁷ *Van Hooydonk E.* Op. cit. P. 419.

³⁸ *Deketelaere P.* Op. cit. P. 90; *Lee T.K.* Op. cit. P. 23; *Collin F.* Op. cit. P. 14.

³⁹ Similar conclusions for Belgian law but without detailed justification see in: *Deketelaere P.* Op. cit. P. 89.

as well as the main arguments in favour of imposing on such an owner the burden of strict liability.

In turn, the software developer may be held liable for errors of the autonomous vessel along with the shipowner. This would be a natural reflection of the principle of simultaneous transfer to economic entities not only the profits from their activities but also the inherent risks of such activities. At the same time, it is likely that in most cases there will only be a recourse claim by the shipowner against the software developer based on the contract between them. However, a direct claim of third parties based on Article 1064 of the CC RF may also be brought against the IT company. The principle of guilt and the presumption of fault of the tortfeasor will be applicable here.

In this regard, Russian courts need to take a more balanced approach to fault as a criterion of software developers' liability. It is important to take in each case into account both particular and general consequences for the industry of imposing liability on a person. Software developers should take into account that in case they are held liable they will not be entitled to the same limitations of liability that are currently stipulated in favour of the shipowners. ■



Стефания Сергеевна Дрёмова,

юрист Адвокатского Бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Распределение ответственности за доставку поврежденного груза по коносаментам, подготовленным грузоотправителем

Морская перевозка грузов, являясь комплексным процессом, вовлекает множество лиц: от агентов, стивидоров и экспедиторов до страховых компаний и банков. Однако главенствующее место занимают правоотношения, складывающиеся между грузоотправителем, перевозчиком и грузополучателем, каждый из которых имеет свой собственный интерес: грузоотправитель – в получении оплаты за поставляемый товар; перевозчик – фрахта за доставку груза, грузополучатель – товара надлежащего качества.

В случае если груз прибыл в порт выгрузки, имея какие-либо повреждения, то по общему правилу ответственность за такие повреждения несет перевозчик, на которого возлагается ответственность за сохранность груза в период его транспортировки от порта погрузки до порта выгрузки¹. Указанное правило обусловлено тем фактом, что перевозчик, принимая груз к перевозке, выдает грузоотправителю коносамент², который является документом, подтверждающим заключение договора перевозки груза и содер-

жащим его основные условия, а, кроме того, удостоверяющим права грузоотправителя на груз и факт передачи груза перевозчику.

Именно в обязанность перевозчика входят действия по подготовке и выдаче коносамента в связи с приемом груза на борт судна. Однако не всегда потребности коммерческого оборота, обычаи, сложившиеся в определенном порту, или отношения между участниками перевозки строго соответствуют правовым истинам, которые кажутся незыблемыми.

Преследуя различные цели (как правило, это связано с необходимостью сокращения сроков прохождения формальных процедур в порту погрузки), на практике грузоотправители часто не дожидаются подготовки коносамента со стороны перевозчика, не требуют от последнего его выдачи, а сами представляют проект документа. Перевозчику остается только поставить подпись, тем самым «преобразовав» проект непосредственно в коносамент, имеющий доказательственную силу. При таких обстоятельствах заявления, изложенные в проекте коносамента грузоотправителем, становятся фактами, которые засвидетельствовал перевозчик. Так, в проекте обычно содержится информация о грузе и его состоянии на момент погрузки, что существенно для распределения ответственности по договору перевозки.

¹ Пункт 2 ст. 3 Международной конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г.; п. 1 ст. 796 ГК РФ; п. 1 ст. 166 КТМ РФ.

² Пункт 3 ст. 3 Международной конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г.; п. 1 ст. 142 КТМ РФ.

В таком случае возможны ситуации, когда по документам груз отправляется в хорошем состоянии, без оговорок (с позиции грузоотправителя) относительно его внешнего вида, а в порт выгрузки он прибывает с явными, видимыми повреждениями. Не подвергается сомнению, что грузополучатель при таких обстоятельствах имеет право на возмещение ущерба в связи с доставкой поврежденного груза. Однако будет ли вправе перевозчик утверждать, что состояние груза было ему неизвестно на дату выдачи коносамента, поскольку он полагался на заявления грузоотправителя, отраженные последним в проекте товарораспорядительного документа? Иными словами, можно ли утверждать, что проект коносамента, подготовленный грузоотправителем, содержит заверения относительно описания груза?

Важно отметить, что коносамент составляется на основании информации, предоставленной грузоотправителем. При этом отправитель гарантирует перевозчику достоверность такой информации³. Вместе с тем, если перевозчик не вносит в коносамент какие-либо оговорки, касающиеся внешнего состояния груза, то предполагается, что груз принят к перевозке во внешне хорошем состоянии, соответственно, любые недостатки груза, обнаруженные при его разгрузке и выдаче грузополучателю, образовались в период перевозки груза.

Однако было бы несправедливо возлагать на перевозчика ответственность и в том случае, если при приеме груза перевозчик не имел возможности проверить внешнее состояние груза и согласился с его описанием, предоставленным грузоотправителем в проекте коносамента.

Между тем, поскольку на перевозчика возложена обязанность по выдаче коносаментов, именно он даже в случае предъявления проекта коносамента с описанием внешнего состояния груза как хорошего обязан, насколько это возможно, убедиться в верности предоставленного описания, а в случае невозможности такой инспекции, обязательно указать, что описание груза представлено грузоотправителем без проверки перевозчиком, поскольку внешнее состояние груза возможно установить только при его физическом осмотре. Указанное находит отражение в судебной практике. Судами отмечается, что при

принятии груза перевозчик обязан проверить точность записей, сделанных относительно числа грузовых мест, а также их маркировки и номеров, внешнее состояние груза и его упаковку⁴.

Вместе с тем физический осмотр не всегда является доступной опцией для капитана судна и зависит от фактических обстоятельств в порту погрузки и действий грузоотправителя. Так, например, груз может быть предоставлен в упакованном виде, без возможности вскрытия упаковки для его идентификации. В таком случае предполагается, что капитан обязан принять разумные меры по осмотру груза, однако он не обязан нарушать обычные процедуры погрузки или наносить вред упаковке. Так, например, при рассмотрении дел указывается, что перевозчик не имеет реальной возможности провести проверку фактического соответствия груза, если он предоставлен в контейнере с запорно-пломбировочным устройством грузоотправителя⁵.

Поскольку коносамент должен выдаваться именно перевозчиком, то описание груза должно быть указано на основании осмотра, проведенного капитаном, а не другим лицом, например грузоотправителем. Из этого следует, что даже если при подготовке проекта коносамента грузоотправителю не было известно о состоянии груза или он предполагал его хорошее внешнее состояние, обязанность капитана удостовериться в этом никуда не исчезает.

Кроме того, описание груза, содержащееся в коносаменте, неразрывно связано с фактом его выдачи (в момент, когда груз погружен на борт судна), соответственно, любое заявление грузоотправителя в проекте коносамента о состоянии груза не должно иметь значения для перевозчика, ибо коносамент призван отражать те фактические обстоятельства, которые имели место на момент завершения погрузки, а не на более ранний момент.

Соответственно, описание груза, содержащееся в проекте коносамента, представленного перевозчику грузоотправителем, не может рас-

³ Статья 142 КТМ РФ; п. 5 ст. 3 Международной конвенция об унификации некоторых правил о коносаментах 1924 г.

⁴ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 апреля 2009 г. № 15АП-1998/2009 по делу № А32-27617/2008.

⁵ См.: постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 3 сентября 2021 г. № 10АП-14252/2021 по делу № А41-28340/2021; постановление ФАС Северо-Западного округа от 4 марта 2009 г. по делу № А56-13408/2008.

цениваться иначе, как предположение последнего, а сам проект – как вспомогательный документ, призванный оказать содействие капитану в выдаче коносамента. Однако капитан не должен принимать изложенное в таком проекте безапелляционно и, при возможности, обязан провести свою собственную оценку фактов, отраженных в нем. Иное бы приводило к ситуации, когда грузоотправитель мог бы предоставлять к погрузке поврежденный груз и вводить перевозчика в заблуждение относительно его состояния. При таких обстоятельствах грузоотправитель мог бы знать о существовавших ранее повреждениях, но при этом имел бы возможность избежать ответственности.

Учитывая вышеизложенное, перевозчикам не следует безусловно полагаться на данные, указанные грузоотправителем в проекте коносамента о состоянии груза. Перевозчику целе-

сообразно провести свой собственный осмотр груза, прийти к заключению относительно его состояния и только потом принять решение о том, можно ли подписывать такой документ или нет. В случае несогласия с описанием груза ему следует подготовить новый транспортный документ или внести в представленный проект соответствующие оговорки, указав, что описание груза представлено грузоотправителем без проверки, поскольку перевозчик не имел возможности подтвердить или опровергнуть данную информацию в связи с тем, что вскрытие упаковки было невозможно или существовали иные объективные препятствия для его осмотра. В свою очередь, получателям груза рекомендуется незамедлительно сообщать перевозчику о выявленных дефектах груза при его выгрузке или в момент, когда физический осмотр груза стал возможен для грузополучателя. ■



Stephanija Dryomova,

Associate at Egorov, Puginskiy, Afanasiev & Partners Law Offices

Allocation of Liability for Delivery of Damaged Cargo under Bills of Lading Drafted by the Shipper

The carriage of goods by sea is a complex process that involves many persons from maritime agents, stevedores, and freight forwarders to insurance companies to banks. However, the main legal relations are those between shipper, carrier, and consignee. Each of these persons has its own interests. The shipper's interest is to receive payment for the goods delivered; the carrier's interest is to receive freight for the delivery of cargo; the interest of the consignee is to receive the goods of the proper quality.

If the cargo arrives at the port of discharge with any damage, then the carrier is usually liable for such damage since he is subject to liability for the safety of the cargo during its transportation from the port of loading to the port of discharge¹.

This rule responds to the fact that the carrier, when accepting the cargo, issues the bill of lading for the shipper², which is the document confirming the carriage of goods contract and containing its main terms. In addition, the bill of lading certifies the shipper's right to the cargo and the fact of the cargo transfer to the carrier.

It is the carrier's obligation to draft and issue the bill of lading in connection with the receipt of the cargo aboard the vessel. However, it is not always that needs of commerce, the customs established in a particular port, or relations between the parties of the carriage strictly correspond to the maxims of law which seem to be immutable.

In practice, shippers often do not wait for the bill of lading from the carrier and do not require the carrier to issue it, and provide the draft of the document themselves, pursuing various goals (as a rule, it is related to the necessity to reduce the time which is spent on the formal procedures at the port of loading). The carrier only has to affix the signature thereby "transforming" the draft directly to the bill of lading with evidential value. Under such circumstances, the statements set forth in the draft of the bill of lading by the shipper become the facts confirmed by the carrier. It also includes the information on the cargo and its condition at the moment of loading, which is essential for the allocation of liability under the carriage of goods agreement.

In this case, it is possible that according to documents the cargo is sent in good condition without any reservations on its appearance from shipper's view, but the cargo arrives at the port of discharge with obvious visible damage. In such circumstances, it is not disputed that the consignee is entitled to compensation of losses caused by the delivery of the damaged cargo. However, should the carrier

¹ Paragraph 2 of Article 3 of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1924; § 1 of Article 796 of the Civil Code of the Russian Federation; § 1 of Article 166 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation.

² Paragraph 3 of Article 3 of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1924; § 1 of Article 142 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation.

be entitled to argue that the cargo condition was unknown to him at the date of the bill of lading since he relied on the shipper's statements stipulated in the shipper's draft of the bill of lading? In other words, is it possible to affirm that the draft of the bill of lading prepared by the shipper includes assurances in regard to the cargo condition?

It is important to note that the bill of lading is drafted on the basis of the information provided by the shipper. In this regard, the shipper guarantees to the carrier the reliability of this information³. At the same time, if the carrier does not make any reservations in the bill of lading in regard to the goods' appearance, it is assumed that the cargo was accepted to the carriage in the good external condition. Therefore, any defects in the cargo detected during its unloading and delivery to the consignee were made during the transportation.

However, it would be unfair to impose liability on the carrier even if the carrier did not have any opportunity to verify the external condition of the cargo and agreed with its description provided by the shipper in the draft of the bill of lading.

Meanwhile, since the carrier is obliged to issue bills of lading, it is the carrier who has to verify, as far as possible, the accuracy of the description provided even if the draft of the bill of lading was submitted with the description of the cargo appearance as a good one. If the carrier cannot inspect the cargo, he has to indicate that the cargo description was provided by the shipper without inspection by the carrier since the external condition of the cargo can only be established by its physical inspection. The said is reflected in judicial practice. The courts note that when accepting the cargo carrier shall verify the accuracy of the records made regarding the number of packages, as well as their markings and numbers, the external condition of the cargo and its packaging⁴.

However, the physical inspection is not always an option available to the master of the vessel and depends on the circumstances in the port of loading and the actions of the shipper. For example, the cargo can be presented in a package without the possibility of its opening for the identification. In this

case, the master is deemed to have a duty to take reasonable steps for inspection of the cargo, but he does not have to violate the standard procedures of loading or damage the package. For instance, the courts point out that the carrier does not have a real opportunity to verify the actual quality of the cargo if it was presented in the container with the shipper's locking and sealing device⁵.

Since the bill of lading shall be issued by the carrier, the description of the cargo should be stipulated on the basis of the inspection by the master and not by another person, e.g. the shipper. It follows that even if the shipper was not aware of the cargo condition when drafting the bill of lading or he expected its good external condition, the master is still obliged to verify that.

Furthermore, the description of the cargo contained in the bill of lading is inseparably linked with the fact of its issue (when the cargo is loaded aboard the vessel). Consequently, any statement of the shipper in the draft of the bill of lading on the cargo condition should not be relevant for the carrier since the bill of lading is intended to reflect actual circumstances that took place at the time the loading has been completed and not at an earlier time.

Therefore, the cargo description contained in the draft of the bill of lading submitted to the carrier by the shipper cannot be regarded other than as an assumption of the latter, and the draft itself should be regarded as an auxiliary document intended to assist the master in issuing the bill of lading. However, the master should not take this draft without objections and should, if it is possible, make its own assessment of the facts set out therein. Otherwise, it would lead to the situation when the shipper may have provided the damaged cargo and misinform the carrier in regard to its condition. Under such circumstances, the shipper might have been aware of the existing damage but would have had an opportunity to avoid liability.

Taking into account the above mentioned, the carrier should not rely unconditionally on the statements regarding the condition of the cargo stipulated in the draft of bill of lading. It is advisable for the carrier to carry out its own inspection of the cargo, to make the conclusion in regard to its condition, and only then to decide whether or not

³ Article 142 of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation; § 5 of Article 3 of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1924.

⁴ Ruling of the Fifteenth Commercial Court of Appeal dated April 3, 2009, No. 15-AP-1998/2009 in case No. A32-27617/2009.

⁵ Ruling of the Tenth Commercial Court of Appeal dated September 3, 2021, No. 10AP-14252/2021 in case No. A41-28340/2021; Resolution of the FCC of the Northwestern District dated March 4, 2009, in case No. A56-13408/2008.

to sign such a document. If the carrier disagrees with the cargo description, he should draft a new bill of lading or add appropriate reservation to the draft provided, stating that the description of the cargo was provided by the shipper without verification since the carrier had no opportunity to confirm or deny this information due to the fact

that the opening of the packages was impossible or there were any other objective obstacles to its inspection. In turn, consignees are advised to inform the carrier immediately of any defects of the cargo detected while unloading or at the time when the physical inspection has become possible for the consignee. ■



Ксения Александровна Спехова,

студентка 4-го курса Санкт-Петербургского института (филиала)
Всероссийского государственного университета юстиции
(РПА Минюста России)

Международно-правовое регулирование противодействия морскому пиратству

В статье рассмотрено текущее состояние и основные проблемы международно-правового регулирования противодействия морскому пиратству. Сделан вывод о необходимости имплементации положений Конвенции ООН по морскому праву в УК РФ. Помимо этого, рассмотрены перспективы создания международного трибунала по пиратству и сделан вывод, что создание международного постоянно действующего трибунала по пиратству позволит существенно улучшить ситуацию в сфере привлечения к уголовной ответственности лиц, совершивших акты пиратства. Кроме того, создание такого трибунала обеспечит безопасность судоходства и дополнительную защиту конституционных прав граждан Российской Федерации – членов экипажей торговых судов, а также будет способствовать реализации экономических интересов российских субъектов торгового мореплавания.

1. Актуальность международно-правового регулирования проблемы пиратства

Международное пиратство остается одной из наиболее актуальных проблем современного международного судоходства. Как справедливо отмечает М.Н. Мазуренко, на протяжении своего исторического пути развития пиратство угрожало жизненно важным интересам государств, оно представляет в настоящее время реальную опасность для мореплавания, а также для права каждого человека на жизнь, свободу и личную неприкосновенность¹.

Несмотря на то обстоятельство, что на сегодняшний день большинство международных торговых морских маршрутов являются безопасными, около берегов некоторых государств сохраняется высокий риск пиратства. При этом следует констатировать, что в большинстве регионов, где действуют современные морские пираты (Аденский залив, Западная Африка², Юго-Восточная Азия), проблемой остается недостаточная субъектность прибрежных государств. Очевидно, международное морское пиратство невозможно без сухопутных баз, находящихся на территории государств, которые по тем или иным причинам

(<https://cyberleninka.ru/article/n/istoriko-pravovoy-analiz-vozniknoveniya-morskogo-piratstva>).

¹ Мазуренко М.Н. Историко-правовой анализ возникновения морского пиратства // Приоритетные научные направления: от теории к практике. 2016. № 23

² Brume-Eruagbere O.C. Maritime Law Enforcement in Nigeria: the Challenges of Combatting Piracy and Armed Robbery at Sea. World Maritime University, 2017.

неспособны либо же не заинтересованы в борьбе с пиратством. При этом вышеуказанные сухопутные базы для осуществления пиратства защищены суверенитетом того государства, где эти базы находятся, несмотря на то, что такое государство часто существует лишь номинально, фактически не контролируя свою территорию (например, Сомали, представляющая собой классический пример *failed state*, несостоявшегося государства³).

Именно неспособность и нежелание некоторых прибрежных государств уничтожить инфраструктуру пиратства приводят к тому, что те государства, в интересах которых находится обеспечение надлежащего международного судоходства, вынуждены самостоятельно бороться с пиратством, прежде всего международно-правовыми методами.

2. Основные международно-правовые акты в сфере борьбы с пиратством. Проблемы определения пиратства в международном и национальном праве

Современное международно-правовое регулирование в сфере противодействия пиратству существует, прежде всего, на универсальном уровне. Это связано с тем, что с проблемой пиратства может столкнуться судно, которое идет под флагом любого государства, в том числе и государства, не имеющего выхода к морю. Именно поэтому максимально эффективными являются международно-правовые меры по противодействию пиратству.

Как справедливо отмечает Н.А. Князева, в современности первые международно-правовые меры по борьбе с пиратством были приняты на основе Конвенции ООН по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.)⁴. Данная Кон-

венция в ст. 100 обязала все государства осуществлять сотрудничество в максимально возможной степени в пресечении пиратства в открытом море или в любом другом месте за пределами юрисдикции какого-либо государства.

Кроме того, в вышеуказанной Конвенции было изложено юридическое определение пиратства. Так, в соответствии со ст. 101 Конвенции ООН по морскому праву пиратством является любое из нижеперечисленных действий:

а) любой неправомерный акт насилия, задержания или любой грабеж, совершаемый с личными целями экипажем или пассажирами какого-либо частновладельческого судна или частновладельческого летательного аппарата и направленный:

i) в открытом море против другого судна или летательного аппарата или против лиц или имущества, находящихся на их борту;

ii) против какого-либо судна или летательного аппарата, лиц или имущества в месте вне юрисдикции какого бы то ни было государства;

б) любой акт добровольного участия в использовании какого-либо судна или летательного аппарата, совершенный со знанием обстоятельств, в силу которых судно или летательный аппарат является пиратским судном или летательным аппаратом;

с) любое деяние, являющееся подстрекательством или сознательным содействием совершению действия, предусматриваемого в подп. (а) или (б)⁵.

Следует отметить, что вышеуказанное определение пиратства отличается от толкования данного понятия ст. 227 УК РФ. Так, в соответствии с нормами этой статьи пиратством является нападение на морское или речное судно в целях завладения чужим имуществом, совершенное с применением насилия либо с угрозой его применения⁶.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что определение пиратства в российском

из-способов-protivodeystviya-morskomu-terrorizmu-i-piratstvu).

⁵ Конвенция ООН по морскому праву (вступила в силу 16 ноября 1994 г.) (<https://www.un.org/ru/law/lawsea/convention.shtml>).

⁶ Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (с изм. и доп., вступ. в силу с 22.08.2021) (ред. от 01.07.2021) (http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/).

³ Мирошников М.С. Формирование политики Соединенных Штатов Америки в отношении несостоявшихся государств в Африке в начале 1990-х годов на примере Сомали // Вестник Сургутского государственного педагогического университета. 2015. № 5(38) (<https://cyberleninka.ru/article/n/formirovanie-politiki-soedinennyh-shtatov-ameriki-v-otnoshenii-nesostoyavshih-sya-gosudarstv-v-afrike-v-nachale-1990-h-godov-na-primere>).

⁴ Князева Н.А., Князева Е.А. Применение норм международно-правового характера как один из способов противодействия морскому терроризму и пиратству // Всероссийский криминологический журнал. 2014. № 4 (<https://cyberleninka.ru/article/n/primenenie-norm-mezhdunarodno-pravovogo-haraktera-kak-odin>).

уголовном праве является более узким по сравнению с той трактовкой, которая предложена Конвенцией по морскому праву. Современное пиратство не всегда связано, непосредственно с нападением на морское судно. Пираты могут проникнуть на судно на законных основаниях, а затем осуществить захват такого судна, что невозможно считать нападением. Кроме того, в соответствии с Конвенцией ООН по морскому праву объектом такого нападения может быть не только судно, но и летательный аппарат.

Как отмечает А.В. Мальцева, в международном праве отсутствует единое понимание термина «летательный аппарат»⁷. Вместе с тем понятие «летательный аппарат» является более широким, чем понятие «воздушное судно», закрепленное в Конвенции о международной гражданской авиации (Чикаго, 7 декабря 1944 г.)⁸, и должно включать в себя любое летательное устройство (как пилотное, так и беспилотное), вне зависимости от его размера, функционального назначения, наличия или отсутствия двигателей и т.д.

Следует отметить, что в рамках российского уголовно-правового регулирования также существует норма ст. 211 УК РФ, предусматривающая ответственность за угон или захват в целях угона воздушного или водного транспорта, однако целью пиратства может быть не только угон, но и иные действия (например, ограбление, захват заложников с целью выкупа). Таким образом, можно констатировать, что определение пиратства, данное в ст. 101 Конвенции ООН по морскому праву, является более полным по сравнению с определением пиратства в российском уголовном законодательстве, что требует изменения содержания ст. 227 УК РФ.

Л. Отто также обращает внимание на проблему так называемого политического пиратства, а именно на ситуации, когда квазигосударственные структуры осуществляют захват корабля не столько в частных, сколько в государственных целях прибрежного государства⁹. По моему

мнению, такие действия, вне зависимости от наличия содействия преступникам определенных должностных лиц государства, также должны рассматриваться как пиратство, а к виновным лицам должны применяться соответствующие меры воздействия.

Исходя из вышеизложенного, ст. 102 Конвенции ООН по морскому праву следует дополнить предложением следующего содержания: «Также как пиратские должны рассматриваться любые действия, которые содержат в себе признаки действий, установленных в ст. 101 данной Конвенции, вне зависимости от содействия должностных лиц или компетентных органов прибрежного государства».

3. Проблемы международно-правового сотрудничества в сфере борьбы с пиратством. Актуальность и перспективы создания международного трибунала по пиратству

Серьезной проблемой действующего международно-правового регулирования является то обстоятельство, что военные корабли третьих стран по общему правилу не имеют полномочий по борьбе с пиратством. В соответствии с установленным Конвенцией ООН по морскому праву правом мирного прохода иностранные военные корабли и суда могут применять имеющееся у них оружие исключительно в целях самообороны, чем пользуются пиратские суда.

Данные нормы следуют из суверенного права каждого государства на территориальную целостность и неприкосновенность своих границ. Таким образом, единственным органом, который вправе разрешить третьим странам осуществлять прямое военное вмешательство является Совет Безопасности ООН. В этом контексте весьма значимым для теории международного права является принятие Резолюции Совета Безопасности ООН от 2 июня 2008 г. № 1816(2008)¹⁰, в которой впервые сняты ограничения сферы действия морского пиратства и государствам, сотрудничающим с переходным федеральным правительством Сомали в борьбе с морским пиратством и вооруженным разбоем на море, разрешено входить в территориальное море Сомали в целях

⁷ Мальцева А.В., Фарафонтובה Е.Л. Актуальные проблемы пересмотра Чикагской конвенции // Актуальные проблемы авиации и космонавтики. 2012. № 8 (<https://cyberleninka.ru/article/n/aktualnye-problemy-peresmotra-chikagskoy-konventsii>).

⁸ Конвенция о международной гражданской авиации (вступила в силу 4 апреля 1947 г.) (<https://docs.cntd.ru/document/1902240>).

⁹ Otto L. Defining Maritime Piracy: the Problem with the Law // Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology. 2018. Vol. 31. No. 2. С. 134–148.

¹⁰ Security Council Resolution 1816 (adopted 2 June 2008) ([https://undocs.org/en/S/RES/1816\(2008\)](https://undocs.org/en/S/RES/1816(2008))).

пресечения актов пиратства и вооруженного разбоя на море сообразно тому, как это разрешается делать в открытом море¹¹. Данное решение было подтверждено также Резолюцией Совета Безопасности ООН от 18 ноября 2013 г. № 2125¹². Однако такая ситуация является исключительной и связана, прежде всего, с тем, что федеральное правительство Сомали обнаружило свою полную неспособность к осуществлению каких-либо действий в сфере борьбы с пиратством. В то же время другие районы распространения пиратства, такие как Западная Африка и Индийский океан, по-прежнему остаются под серьезной угрозой¹³.

В остальных же случаях безусловным приоритетом в борьбе с пиратством является организация международного сотрудничества между тремя ключевыми государствами: государством, у прибрежных вод которого произошел инцидент; государством флага захваченного судна, а также государством, чьи граждане пострадали в результате инцидента. Создание нормативно-правовой базы вышеуказанного сотрудничества было обеспечено путем принятия Конвенции о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (Рим, 10 марта 1988 г.). Так, ст. 6 вышеуказанной Конвенции распространяет юрисдикцию государства на преступления в сфере пиратства в следующих обстоятельствах:

а) против или на борту судна, плававшего под флагом данного государства во время совершения этого преступления; или

б) на территории данного государства, включая его территориальное море; или

с) гражданином данного государства¹⁴.

Кроме того, в соответствии со ст. 10 вышеуказанной Конвенции, государство-участник, на территории которого находится преступник или предполагаемый преступник, в случаях, когда применяется ст. 6, если оно не выдает его, обя-

зано, без каких-либо исключений и независимо от того, совершено ли преступление на его территории, незамедлительно передать дело своим компетентным органам для целей уголовного преследования путем проведения разбирательства в соответствии со своим законодательством. Эти органы принимают решение таким же образом, как и в случае совершения любого другого преступления тяжкого характера согласно законодательству этого государства.

Вместе с тем анализ судебной практики Российской Федерации свидетельствует о единичных случаях привлечения к уголовной ответственности по ст. 227 УК РФ (пиратство). За акты пиратства в России привлекаются в основном ее собственные граждане, занимающиеся пиратством (разбойным нападением на судна) в близлежащих морях. Так, например, в соответствии с Определением Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 22 июня 2011 г. № 1-О11-20, было установлено, что инкриминируемое преступление совершено на территории Балтийского моря, вне территориальных вод какого-либо государства. Таким образом, учитывая, что преступление было совершено гражданами РФ, оно находится в юрисдикции РФ¹⁵. При этом практически полное отсутствие судебной практики относительно привлечения к уголовной ответственности за пиратство в Российской Федерации связано не с отсутствием данных преступлений против российских граждан или интересов Российской Федерации, а с фактической невозможностью привлечения к ответственности вышеуказанных лиц.

В то же время следует отметить, что и Российская Федерация не всегда выдает иностранных граждан для привлечения их к ответственности за совершение пиратского нападения. Так, в соответствии с Определением ВС РФ от 1 июля 2014 г. № 1-АПУ14-14 гражданин Эстонии М., совершивший разбойное нападение на российское судно в нейтральных водах, ожидал выдачи компетентным органам Эстонии за совершение акта пиратства. Однако ВС РФ отказал в осуществлении выдачи, так как законодательство Эстонии предусматривает более мягкую ответственность за совершение пиратских действий, чем российское законодательство. Часть 1 ст. 110

¹¹ Галиев Р.С. Роль международных организаций в борьбе с морским пиратством // Вестник Московского университета МВД России. 2011. № 5 (<https://cyberleninka.ru/article/n/rol-mezhdunarodnyh-organizatsiy-v-borbe-s-morskim-piratsvtvom>).

¹² Security Council Resolution 2125 (adopted 18 November 2013) ([https://undocs.org/en/S/RES/2125\(2013\)](https://undocs.org/en/S/RES/2125(2013))).

¹³ Piracy at Sea / Ed. by M.Q. Mejia, Jr., Ch.Kojima, M. Sawyer. Berlin; Heidelberg: Springer, 2013.

¹⁴ Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства (https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/maritime.shtml).

¹⁵ Определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 22 июня 2011 г. № 1-О11-20 (<http://www.supcourt.ru/files/13811/>).

Пенитенциарного кодекса Эстонии не содержит предусмотренных ст. 227 УК РФ квалифицирующих признаков: совершение пиратства организованной группой с применением оружия и предметов, используемых в качестве оружия, за что осужден гражданин Эстонии М. Таким образом, как справедливо указал суд, Пенитенциарный кодекс Эстонии несопоставим с УК РФ ввиду его чрезмерной мягкости, в связи с чем при передаче М. для отбывания наказания в Эстонскую Республику принцип справедливости не будет соблюден¹⁶.

Следовательно, различия в уголовно-правовом регулировании пиратства привели к тому, что уровень международного сотрудничества даже между соседними государствами в данном вопросе оставляет желать лучшего. Исходя из вышеизложенного, представляется целесообразным рассмотреть вопрос создания международного трибунала по борьбе с пиратством.

Как отмечает И.В. Маймистова, создание специального международного судебного органа для уголовного преследования лиц, обвиняемых в пиратстве, имеет ряд преимуществ. Во-первых, будут выработаны единые стандарты следствия и универсальная судебная практика, что может обеспечить неотвратимость привлечения пиратов к уголовной ответственности. Во-вторых, международный судебный орган мог бы комплексно учитывать потенциал уголовного преследования в рамках национального законодательства, а также практику, нарабатанную этим органом. В-третьих, международный судебный орган имел бы возможность привлечь к ответственности не только рядовых исполнителей, но и организаторов пиратских сообществ, а также тех лиц, которые контролируют финансовые потоки¹⁷.

По мнению Н.А. Князевой, одним из вариантов создания международного трибунала по борьбе с пиратством является образование специального трибунала ООН, по анало-

гии с теми, которые действовали относительно преступлений в Руанде и бывшей Югославии¹⁸. Следует отметить, что, с одной стороны, создание трибунала *ad hoc* представляется быстрым решением, но, с другой стороны, нельзя отрицать половинчатость такого решения. Очевидно, что юрисдикция данного трибунала может распространяться на акты пиратства лишь в некоторых юрисдикциях, прямо оговоренных в международно-правовом акте о создании такого трибунала, что в перспективе может привести к распространению пиратства за пределы этих юрисдикций. Следовательно, мы столкнемся с перспективой создания все новых международных трибуналов, правила которых будут отличаться друг от друга и иметь отчетливый геополитический характер. Исходя из вышеизложенного, создание территориального международного трибунала (по аналогии с трибуналами, действующими по Югославии и Руанде) не представляется целесообразным.

Другим вариантом может стать распространение юрисдикции Международного уголовного суда ООН на пиратство. Однако следует отметить, что далеко не все государства (в том числе и Российская Федерация) ратифицировали Римский статут Международного уголовного суда ООН от 17 июля 1998 г.¹⁹, что снизит эффективность данного Суда и не позволит обеспечить универсальное признание его решений и широкое международное сотрудничество с этим Судом.

Непродуктивными также, по моему мнению, будут попытки создавать региональные трибуналы по пиратству в связи с тем, что региональные организации, при которых может быть создан такой трибунал, не обладают достаточным авторитетом, позволяющим им решить проблемы пиратства.

Исходя из вышеизложенного, можно согласиться с мнением Г.А. Королева, что нормы по противодействию пиратству на сегодняшний день стали универсальными нормами между-

¹⁶ Определение Судебной коллегии по уголовным делам ВС РФ от 1 июля 2014 г. № 1-АП/14-14 (https://dogovorurist.ru/%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B5%D0%B1%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0/%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%BE/1-%D0%B0%D0%BF%D1%8314-14/).

¹⁷ Маймистова И.В. Перспективы создания международного трибунала по пиратству // Вестник СПбГУ. Серия 14 «Право». 2011. № 1 (<https://cyberleninka.ru/article/n/perspektivy-sozdaniya-mezhdunarodnogo-tribunala-po-piratstvu>).

¹⁸ Князева Н.А. Международный суд по делам о морском пиратстве: проблемы создания и функционирования // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика, право. 2020. № 4. (<https://cyberleninka.ru/article/n/mezhdunarodnyy-sud-po-delam-o-morskom-piratstve-problemy-sozdaniya-i-funktsionirovaniya>).

¹⁹ Римский статут Международного уголовного суда ООН. Распространен в качестве документа от 17 июля 1998 г. A/CONF.183/9. Вступил в силу 1 июля 2002 г. ([https://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](https://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf)).

народного права (*jus cogens*)²⁰. Универсальный характер норм требует создания универсального, постоянно действующего судебного органа в сфере противодействия пиратству, который будет координировать вопросы международного сотрудничества в данной области и проводить в жизнь принцип неотвратимости наказания за акты пиратства.

Вышеуказанный трибунал, по моему мнению, должен быть основан на следующих основных принципах:

- всеобщая юрисдикция: все государства – участники трибунала признают универсальную юрисдикцию трибунала относительно всех фактов пиратства. Это не ограничивает юрисдикцию национальных судов в вышеуказанном вопросе;
- инициативный характер разбирательства: трибунал должен иметь субсидиарный характер

и принимать заявления государств-участников относительно просьбы привлечения того или иного лица к ответственности. Каждое государство обязано сотрудничать с трибуналом в вопросах его компетенции;

- международный характер: судьи должны определять процедуру привлечения к ответственности, порядок содержания лиц, обвиняемых в пиратстве, размер наказания, исходя из норм международного права, не связывая себя тем или иным национальным правовым порядком. Порядок отбора судей должен отвечать требованиям пропорциональности и равенства всех участников конвенции, в соответствии с которой будет создан трибунал;
- создание при трибунале специальной службы по отбыванию наказаний: граждане государств – участников конвенции о создании трибунала могут отбывать наказание в своих государствах, однако процесс отбывания наказания должен быть под контролем трибунала;
- недопустимость повторного привлечения к уголовной ответственности лиц, уже отбывших наказание по решению трибунала. ■

²⁰ Королев Г.А., Семенова Ю.А. Установление универсальной юрисдикции над преступлениями, нарушающими нормы *jus cogens* (на примере пиратства) // Журнал российского права. 2010. № 8(164). (<https://cyberleninka.ru/article/n/ustanovlenie-universalnoy-yurisdiksiy-nad-prestupleniyami-narushayuschimi-normy-jus-cogens-na-primere-piratstva>).



Kseniia Spekhova,

4th-year student of law faculty Saint-Petersburg Institute (subsidiary) of Russian State University of Justice
(Russian Legal Academy of the Ministry of Justice)

The International Legal Regulation of Combating Maritime Piracy

The article examines the current state and the main problems of international legal regulation of combating maritime piracy. The conclusion about the necessity of implementation of provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea into the Criminal Code of the Russian Federation is made. Also examined the prospects of creating an international tribunal on piracy and concluded that the creation of an international permanent tribunal on piracy would significantly improve the situation in the sphere of bringing persons who have committed acts of piracy to criminal liability. In addition, the creation of such a tribunal would ensure the security of navigation and additional protection of the constitutional rights of Russian citizens, crew members of merchant ships, as well as promote the economic interests of Russian merchant shipping entities.

1. The relevance of the international legal regulation of piracy

International piracy remains one of the most pressing problems of modern international shipping. As M.N. Mazurenko rightly points out, throughout its historical path of development piracy has threatened the vital interests of states which now represent a real danger to navigation, as well as the right of every person to life, liberty and security of person¹.

Despite the fact that the majority of international shipping lanes are now secure, the risk of piracy remains high on the coasts of certain states. However, in most regions where modern maritime pirates

operate (Gulf of Aden, West Africa², South-East Asia), the problem remains the insufficient subjectivity of coastal states. Obviously, international maritime piracy is impossible without land bases located on the territory of states that, for one reason or another, are unable to combat piracy or are not interested in it. At the same time, the land bases for piracy named above are protected by the sovereignty of the state where the bases are located, despite the fact that such a state often exists in name only, without actually controlling its territory (e.g., Somalia, which is a classic example of a failed state³).

¹ Mazurenko M.N. Historical and Legal Analysis of the Origin of Maritime Piracy // Priority Scientific Directions: from Theory to Practice. 2016. No. 23 (<https://cyberleninka.ru/article/n/istoriko-pravovoy-analiz-voznikoveniya-morskogo-piratstva>).

² Brume-Eruagbere O.C. Maritime Law Enforcement in Nigeria: the Challenges of Combatting Piracy and Armed Robbery at Sea. World Maritime University, 2017.

³ Miroshnikov M.S. United States Policy Formation towards Failed States in Africa in the Early 1990s with the Example of Somalia // Bulletin of Surgut State Pedagogical University. 2015. No. 5(38) (<https://cyberleninka.ru/article/n/formirovanie-politiki-soedinennyh-shtatov-ameriki-v-otnoshenii-nesostoyavshihya-gosudarstv-v-afrike-v-nachale-1990-h-godov-na-primere>).

It is the inability and unwillingness of some coastal states to destroy the piracy infrastructure that has led to the fact that states with an interest in ensuring proper international navigation are forced to fight piracy themselves, primarily through international legal methods.

2. The main international legal acts in the field of combating piracy. Problems in the definition of piracy in international and national law

Modern international legal regulation in the field of combating piracy exists primarily at the universal level. This is due to the fact that a vessel flying the flag of any state, including a landlocked state, may face the problem of piracy. That is why international legal measures to counter piracy are most effective.

As N.A. Knyazeva rightly points out, in modern times the first international legal measures to combat piracy emerged with the adoption of the UN Convention on the Law of the Sea⁴. This convention, in Article 100, obliged all states to cooperate to the fullest possible extent in the repression of piracy on the high seas or in any other place outside the jurisdiction of any state.

In addition, a legal definition of piracy has been set out in the aforementioned Convention. According to Article 101 of the UN Convention on the Law of the Sea, piracy consists of any of the following acts :

a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:

i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;

ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State;

b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft;

c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b)⁵.

It should be noted that the designation of piracy named above differs from the one contained in Article 227 of the Criminal Code of the Russian Federation (hereafter – CrimC RF). Under Article 227 of the CrimC RF, piracy is defined as an attack on a maritime or river vessel with the intention of seizing property of another, committed with force or threat of violence⁶.

On the basis of the above, it can be concluded that the definition of piracy in Russian criminal law is narrower in comparison with the definition suggested by the Convention on the Law of the Sea. Modern piracy is not always connected directly with an attack on a maritime vessel. Pirates can lawfully enter a vessel and then seize that vessel, which cannot be considered an attack. Moreover, under the UN Convention on the Law of the Sea, not only a vessel but also an aircraft can be the object of such an attack.

As A.V. Maltseva points out, there is no uniform understanding of the concept of aircraft in international law⁷. However, the concept of “flight vehicle” is broader than the concept of “aircraft” enshrined in the Chicago Convention⁸. It should include any flying mechanism, whether piloted or unmanned, regardless of its size, functional purpose, presence or absence of engines, etc.

It should be noted that under Russian criminal law, there is also Article 211 of the CrimC RF, which provides for liability for hijacking or seizure for the purpose of hijacking air or water transport. However, the purpose of piracy may be not only hijacking, but also other actions, e.g. robbery, hostage taking for ransom. Thus, it can be stated that the definition of piracy given in Article 101 of the UN Convention on the Law of the Sea is more comprehensive than the definition of piracy in the Russian criminal law,

⁴ Knyazeva N.A., Knyazeva E.A. Application of international legal rules as one of the ways to combat maritime terrorism and piracy // All-Russian Journal of Criminology. 2014. No. 4 (<https://cyberleninka.ru/article/n/primenenie-norm-mezhdunarodno-pravovogo-haraktera-kak-odin-iz-sposobov-protivodeystviya-morskomu-terrorizmu-i-piratstvu>).

⁵ United Nations Convention on the Law of the Sea (entered into force November 16, 1994) (<https://www.un.org/ru/law/lawsea/convention.shtml>).

⁶ Criminal Code of the Russian Federation dated June 13, 1996, N 63-Φ3 (as revised on 01.07.2021) (as amended and supplemented in force on 22.08.2021) [Electronic resource] access mode: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_10699/

⁷ Maltseva A.V., Farafontova E.L. Actual problems of revision of the Chicago Convention // Actual problems of aviation and astronautics. 2012. No. 8 (<https://cyberleninka.ru/article/n/aktualnye-problemy-peresmotra-chikagskoy-konventsii>).

⁸ Convention on International Civil Aviation (<https://docs.cntd.ru/document/1902240>).

which requires changes in the content of Article 227 of the CrimC RF.

L. Otto also draws attention to the problem of so-called “political piracy”, i.e. the situation where quasi-state entities carry out the seizure of a vessel not so much for private purposes but for public purposes of the coastal state⁹. In my view, such actions, whether or not facilitated by certain public officials, should also be regarded as piracy and the liable persons should be sanctioned accordingly.

On the basis of the above, the following sentence should be added to Article 102 of the UN Convention on the Law of the Sea: “Also, any conduct that contains the characteristics of acts referred to in Article 101 of this Convention, regardless of the assistance of public officials or competent authorities of the coastal State, shall be considered as piracy”.

3. Problems of international legal cooperation in the field of combating piracy. Relevance and prospects for the establishment of an international tribunal on piracy

A serious problem with the current international legal regulation is the fact that warships of third countries do not, as a general rule, have the authority to fight piracy. Under the right of innocent passage under the UN Convention on the Law of the Sea, foreign warships and vessels can use their weapons only in self-defence, which is used by pirate vessels.

These rules follow from the sovereign right of each state to the territorial integrity and inviolability of its borders. Therefore, the UN Security Council is the only body that can authorise direct military intervention by third countries. In this context, the adoption of UN Security Council Resolution 1816(2008)¹⁰. It lifts, for the first time, the restrictions on the scope of maritime piracy and allows states cooperating with the Transitional Federal Government of Somalia in the fight against maritime piracy and armed robbery at sea to enter the territorial sea of Somalia for the purpose of suppressing acts of piracy and armed robbery at sea in the same manner as is permitted on the high

seas¹¹. This decision was also confirmed by UN Security Council Resolution No. 2125 dated November 18, 2013¹². However, this situation is exceptional and is primarily due to the fact that the Federal Government of Somalia has discovered its complete inability to take any action in the field of counter-piracy. At the same time, other areas of piracy-spreading, such as West Africa and the Indian Ocean, remain under serious threat¹³.

In other cases, the clear priority in the fight against piracy is the organisation of international cooperation between three key states: the state whose coastal waters are affected by the incident, the flag state of the hijacked vessel, and the state whose nationals are affected by the incident. The legal framework for the aforementioned cooperation was provided by the adoption of the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation. Article 6 of this Convention extends State jurisdiction over piracy offences in the following circumstances:

- a) against or on board a ship flying the flag of the State at the time the offence is committed; or
- b) in the territory of that State, including its territorial sea; or
- c) by a national of that State¹⁴.

Furthermore, in accordance with article 10 of the aforementioned Convention, the State Party in the territory of which the offender or the alleged offender is found shall, in cases to which article 6 applies, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed in its territory, to submit the case without delay to its competent authorities for the purpose of prosecution, through proceedings in accordance with the laws of that State. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any other offence of a grave nature under the law of that State.

At the same time, an analysis of judicial practice in the Russian Federation indicates isolated cases

⁹ Otto L. Defining Maritime Piracy: the Problem with the Law // Acta Criminologica: African Journal of Criminology & Victimology. 2018. Vol. 31. No. 2. P. 134–148.

¹⁰ Security Council resolution 1816 (adopted 2 June 2008) ([https://undocs.org/en/S/RES/1816\(2008\)](https://undocs.org/en/S/RES/1816(2008))).

¹¹ Galiev R.S. The Role of International Organisations in Combating Maritime Piracy // Bulletin of the Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. 2011. No. 5 (<https://cyberleninka.ru/article/n/rol-mezhdunarodnyh-organizatsiy-v-borbe-s-morskim-piratstvom>).

¹² Security Council resolution 2125 (adopted 18 November 2013) ([https://undocs.org/en/S/RES/2125\(2013\)](https://undocs.org/en/S/RES/2125(2013))).

¹³ Piracy at Sea / Ed. by M.Q. Mejia, Jr., Ch. Kojima, M. Sawyer. Berlin; Heidelberg: Springer, 2013.

¹⁴ Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/maritime.shtml).

of criminal prosecution under Article 227 of the CrimC RF (piracy). In the Russian Federation, acts of piracy are prosecuted primarily against its own nationals engaged in piracy (robbery of vessels) in the nearby seas. Thus, for example, in accordance with the Ruling of the Judicial Chamber for Criminal Cases of the Supreme Court of Russian Federation dated June 22, 2011, No. 1-O11-20, it was found that the alleged crime was committed in the Baltic Sea, outside the territorial waters of any state. Therefore, given that the offence was committed by citizens of the Russian Federation, it is within the jurisdiction of the Russian Federation¹⁵.

While the almost complete absence of judicial practice concerning criminal prosecution for piracy in the Russian Federation is related not to the absence of such crimes against Russian citizens or interests of the Russian Federation, but to the actual impossibility of prosecuting the individuals named above.

On the other hand, it should be noted that the Russian Federation does not always extradite foreign citizens to be prosecuted for committing a pirate attack. In accordance with the Ruling of the Judicial Chamber for Criminal Cases of the Supreme Court of Russian Federation dated July 01, 2014, № 1-АПУ14-14 Estonian citizen M., who had committed a robbery attack on a Russian vessel in neutral waters, was awaiting extradition to the competent authorities of Estonia for committing an act of piracy. However, the Supreme Court of the Russian Federation refused to extradite him because Estonian law provided for a more lenient liability for piracy than the Russian law. Part 1 of Article 110 of the Estonian Penal Code does not contain the qualifying characteristics of Article 227 of the CrimC RF: committing piracy by an organised group with the use of weapons and objects used as weapons, for which Estonian citizen M. was convicted.

Thus, as the court rightly pointed out, the Estonian Penal Code is not comparable to the CrimC RF due to its excessive leniency, which means that the principle of fairness would not be respected when M. was transferred to the Republic of Estonia to serve his sentence¹⁶.

Consequently, the differences in the criminal law regulation of piracy have meant that the level of international cooperation, even among neighbouring states, on this issue leaves much to be desired. On the basis of the above, it seems advisable to consider the establishment of an international tribunal on piracy.

As I.V. Maimistova notes, the creation of a special international judicial body for the prosecution of individuals accused of piracy has a number of advantages. First, unified standards of investigation and universal judicial practice would be developed, which could ensure the inevitability of criminal prosecution of pirates. Secondly, an international judicial body could comprehensively take into account the potential for prosecution under national law, as well as the practice developed by that body. Thirdly, an international judicial body would be able to bring to justice not only ordinary performers, but also the organisers of pirate associations, as well as those persons who control the financial flows¹⁷.

In the opinion of N.A. Knyazeva, one of the options for creating an international anti-piracy tribunal is to create a special UN tribunal, similar to those that acted concerning crimes in Rwanda and the former Yugoslavia¹⁸. It should be noted that, on the one hand, the creation of a tribunal *ad hoc* seems a quick solution, but on the other hand, halfness of such a solution cannot be denied. It is clear that the tribunal's jurisdiction may extend to acts of piracy only in certain jurisdictions explicitly referred to in the international legal act creating the tribunal, which may in the long term extend piracy beyond those jurisdictions. We would therefore face the prospect of creating more and more international tribunals, with different rules and a distinct geopolitical character. On the basis of the above, the creation of a territorial international tribunal, analogous to the tribunals operating for Yugoslavia and Rwanda, does not appear to be advisable.

D%D0%B0%D1%8F_%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8%D0%BA%D0%B0%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D0%BE/1-%D0%B0%D0%BF%D1%8314-14/).

¹⁷ Maimistova I.V. Prospects for an international piracy tribunal // Bulletin of SPBU. Series 14. Law. 2011. No. 1 (<https://cyberleninka.ru/article/n/perspektivy-sozdaniya-mezhdunarodnogo-tribunala-po-piratstvu>).

¹⁸ Knyazeva N.A. International Maritime Piracy Court: Problems of establishment and functioning // Asia-Pacific Region: Economy, Politics, Law. 2020. No. 4 (<https://cyberleninka.ru/article/n/mezhdunarodnyy-sud-po-delam-o-morskompiratstve-problemy-sozdaniya-i-funktsionirovaniya>).

¹⁵ Ruling of the Judicial Chamber for Criminal Cases of the Supreme Court of Russian Federation dated June 22, 2011, N 1-O11-20 (<http://www.supcourt.ru/files/13811/>).

¹⁶ Ruling of the Judicial Chamber for Criminal Cases of the Supreme Court of Russian Federation dated July 1, 2014 No. 1-АПУ14-14 (<https://dogovor-urist.ru/%D1%81%D1%83%D0%B4%D0%B5%D0%B1%D0%B->

Another option would be to extend the jurisdiction of the UN International Criminal Court to cover piracy. However, it should be noted that not all states (including the Russian Federation) have ratified the Rome Statute establishing the UN International Criminal Court¹⁹. This will reduce the effectiveness of the court and prevent universal acceptance of its decisions and broad international cooperation with the court.

It is also counterproductive, in my view, to attempt to establish regional piracy tribunals, since the regional organisations, under which such tribunals might be established, do not have sufficient authority to solve the problem of piracy.

On the basis of the above, we can agree with the opinion of G.A. Korolev that anti-piracy rules have now become universal rules of international law (*Jus cogens*)²⁰. The universal nature of the rules requires the creation of a universal, permanent judicial body in the field of combating piracy, which would coordinate international cooperation in combating piracy and implement the principle of the inevitability of punishment for acts of piracy.

¹⁹ Rome Statute of the International Criminal Court dated July 17, 1998 ([https://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](https://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf)).

²⁰ Korolev G.A., Semenova Y.A. Establishment of universal jurisdiction over crimes violating jus cogens norms (on the example of piracy) // Journal of Russian Law. 2010. No. 8(164) (<https://cyberleninka.ru/article/n/ustanovlenie-universalnoy-yurisdiktsii-nad-prestupleniyami-narushayuschimi-normy-jus-cogens-na-primere-piratstva>).

The above tribunal should, in my view, be based on the following basic principles:

- universal jurisdiction. All Tribunal member states accept the Tribunal's universal jurisdiction over all acts of piracy. This does not limit the jurisdiction of national courts in the above matter;
- the proactive nature of the proceedings. The Tribunal must be subsidiary in nature and accept applications from member states regarding a request to bring a person to justice. Each State is obliged to cooperate with the Tribunal on matters within its competence;
- international character. Judges should determine the procedure for prosecution, the detention of persons accused of piracy and the level of punishment on the basis of international law, without being bound by any national legal order. The manner of selection of judges should meet the requirements of proportionality and equality of all parties to the Convention, under which the tribunal will be established;
- establishment of a special service for the serving of sentences under the Tribunal. Citizens of member states to the Convention establishing the Tribunal may serve their sentences in their states, but the process of serving their sentences must be under the control of the Tribunal;
- inadmissibility of re-prosecution of persons who have already served their sentences by the decision of the Tribunal. ■



Алексей Сергеевич Карчёмов,

адвокат, советник, руководитель практики морского / транспортного права
Адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Судоходство и тренд на декарбонизацию: в поисках баланса

Борьба с изменением климата и сокращение вредных выбросов становятся все более актуальным глобальным приоритетом во всех сферах.

На международной арене усилия по сокращению выбросов парниковых газов впервые были объединены в Рамочную конвенцию ООН об изменении климата (далее – РКИК ООН) 1992 г., участниками которой являются почти все государства в мире. В рамках РКИК ООН промышленно развитые страны согласились максимально сократить выбросы парниковых газов и поддерживать деятельность в области изменения климата в развивающихся странах.

Вслед за РКИК ООН в 1997 г. был принят Киотский протокол, налагающий на развитые страны обязательства по сокращению выбросов шести видов парниковых газов и допускающий применение разных механизмов для сокращения выбросов, в том числе международной торговли квотами на эмиссии парниковых газов.

В 2015 г. стороны РКИК ООН также приняли Парижское соглашение об изменении климата, которое требует от государств-участников принятия мер по недопущению глобального повышения средней температуры сверх установленных лимитов и достижению нулевого уровня выбросов уже во второй половине этого столетия.

1. Международные инициативы в области судоходства

На долю судоходства относится примерно 2–3% мировых выбросов углекислого газа (CO₂). Международная морская организация (International Maritime Organization (IMO)) наряду с иными международными инициативами тоже поставила перед собой задачу внести вклад в борьбу с изменением климата путем решения проблемы выбросов парниковых газов от судоходства.

На 62-й сессии своего Комитета по защите морской среды (Marine Environment Protection Committee (MEPC)) Международная морская организация приняла Правила предотвращения загрязнения атмосферы с судов (Приложение VI к Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов 1973 г., измененной Протоколом 1978 г. к ней (далее – Конвенция МАРПОЛ 73/78)). Это первые Правила, которые когда-либо устанавливали стандарты выбросов CO₂ в любом секторе мира. Правила применяются к существующим и вновь построенным судам и устанавливают разные меры по повышению энергоэффективности, которым они должны соответствовать.

В апреле 2018 г. на 72-й сессии Комитета по защите морской среды *IMO* приняла Перво-

начальную стратегию (Initial Strategy) по сокращению выбросов парниковых газов с судов, в рамках следующего плана: к 2030 г. снизить углеродоемкость международного судоходства на 40% по сравнению с уровнями 2008 г., а к 2050-му – на 70%, равно как к 2050 г. сократить выбросы парниковых газов от судоходства как минимум на 50% (опять же по сравнению с уровнями 2008 г.) и как можно скорее вообще отказаться от них.

В июне 2021 г. Комитетом по защите морской среды *ИМО* были приняты поправки к Приложению VI к Конвенции МАРПОЛ 73/78, которые сочетают в себе технические и эксплуатационные подходы к повышению энергоэффективности судов, а также обеспечивают важную базу для будущих мер по сокращению выбросов парниковых газов. Указанные поправки касаются также запрета на использование и транспортировку мазута в арктических водах, который начнет действовать с 1 июля 2024 г. Запрет будет распространяться на использование и транспортировку тяжелого топлива с плотностью выше 900 кг/м³ при температуре 15°C и кинематической вязкостью 180 мм²/с при температуре 50°C, однако не коснется судов, предназначенных для предотвращения и ликвидации разливов нефти, поисково-спасательных судов, а также до 1 июля 2029 г. судов, которые ходят под флагом стран, имеющих арктическое побережье, если такие суда работают в пределах территориальных вод страны флага.

Новые меры потребуют от всех судов расчета их Индекса достигнутой энергоэффективности (Energy Efficiency Existing Ship Index (EEXI)) с использованием технических средств для повышения их энергоэффективности и определения годового эксплуатационного индикатора углеродоемкости (Carbon Intensity Indicator (CII)) и его рейтинга. Интенсивность выбросов углерода оценивается по выбросам парниковых газов в соотношении с количеством груза, перевезенного на соответствующее расстояние.

Достигнутый фактический *CII* должен быть зафиксирован в документах для сравнения с целевым показателем *CII*. Это позволит определить рейтинг углеродоемкости судна (A, B, C, D, E, где A – самый высокий рейтинг эффективности, а E – самый низкий). Администрациям, портовым властям и другим заинтересованным сторонам, в зависимости от обстоятельств, позволено вводить стимулирующие меры для судов с рейтингом A

или B, что также является сильным сигналом для рынка и финансового сектора.

Судно, имеющее рейтинг D или E в течение трех лет подряд, должно представить план корректирующих действий, чтобы показать, как будет достигнут требуемый индекс (C или выше).

Ожидается, что поправки к Приложению VI к Конвенции МАРПОЛ 73/78 вступят в силу 1 ноября 2022 г., а требования к сертификациям *EEXI* и *CII* – с 1 января 2023 г. Это означает, что первая годовая отчетность по *CII* будет завершена в 2023 г., а первый рейтинг будет присвоен судам уже в 2024 г.

Международная палата судоходства (International Chamber of Shipping (ICS)) в сентябре 2021 г. также предложила ввести сбор на выбросы углерода с судов в преддверии ноябрьских заседаний Комитета по защите морской среды *ИМО* и Конференции ООН по изменению климата.

Несомненно, среднесрочные меры *ИМО* потребуют высокой степени инноваций и приведут к глобальному внедрению новых видов топлива и новых технологий. Это, прежде всего, программы по внедрению использования топлива с низким и нулевым содержанием углерода, проработка дополнительных мер операционной эффективности и рыночных механизмов, таких как торговля квотами на выбросы, плата за выбросы или экологический налог и взаимозачеты по выбросам. Такие меры в основном являются экономическими и используются для манипулирования рынком с целью перехода к желаемому (не загрязняющему окружающую среду) поведению.

Впрочем, *ИМО* не планирует рассматривать такие меры до 2023 г. Между тем Европейский союз (ЕС), который также имеет амбициозные цели по сокращению выбросов парниковых газов, недавно продвинулся далеко вперед в этом направлении, проголосовав за применение значительных рыночных мер к судоходству в ЕС путем включения выбросов от судоходства в Схему торговли квотами на выбросы ЕС (EU Emissions Trading Scheme (EU ETS)).

2. Схема торговли квотами на выбросы ЕС (EU ETS)

14 июля 2021 г. Комиссия ЕС опубликовала предложение о включении выбросов от судоходства в Схему торговли квотами на выбросы ЕС, которым вносятся поправки в Директиву 2003/87/ЕС (регулирует саму Схему торговли квотами

на выбросы) и Регламент ЕС 2015/75 (регулиру-ет систему мониторинга, отчетности и проверки выбросов углекислого газа с судов с 2017 г.).

Средства от продажи квот на выбросы вместе со штрафами в отношении компаний, которые превысили такие квоты, будут поступать в Комиссию ЕС. В настоящее время ожидается, что 50% этой выручки пойдет в Фонд декарбонизации морского транспорта, созданный специально для поддержки декарбонизации морского сектора, а 50% пойдет на поддержку более широкой климатической стратегии ЕС и его восстановление после COVID-19.

Новая директива будет применяться к судам валовой вместимостью более 5000 брутто-регистрационных тонн, выполняющих рейсы с целью перевозки пассажиров или грузов в коммерческих целях (за исключением военных кораблей, военно-морского вспомогательного оборудования, рыболовных или рыбоперерабатывающих судов, деревянных судов примитивной конструкции, судов без механического привода или правительственных судов, используемых в некоммерческих целях), а также к выбросам углекислого газа в атмосферу такими судами. Директива предусматривает обязанность указанных судов оплачивать:

- 50% выбросов от судов, выполняющих рейсы с заходом в ЕС или выходом из него;
- 100% выбросов от судов, совершающих рейсы между портами в ЕС и с судов, находящихся у причала в порту в пределах ЕС.

В настоящее время предлагается, чтобы приобретение квот на выбросы двуокиси углерода, произведенные в 2023 г. и в последующий период, стало поэтапно обязательным согласно следующему графику: за 2023 г. – 20% подтвержденных выбросов; за 2024 г. – 45% подтвержденных выбросов; за 2025 г. – 70% подтвержденных выбросов; за 2026 и каждый последующий год – 100% подтвержденных выбросов.

Отвечать за исполнение директивы будет «судоходная компания» (“shipping company”), под которой понимаются «судовладелец, или любая другая организация, или лицо, такое как менеджер или бербоут-фрахтователь, которые приняли на себя ответственность за эксплуатацию судна от судовладельца и которые, приняв на себя такую ответственность, согласились взять на себя все обязанности, предусмотренные Международным кодексом управления безопасной эксплуатацией судов и предотвращением загрязнения, изложенным в Приложении I

к Регламенту (ЕС) № 336/2006 Европейского парламента и Совета (Международный кодекс управления безопасностью (МКУБ))».

За неисполнение директивы предусмотрена следующая ответственность:

- а) публикация наименований судоходных компаний, не выполняющих свои обязательства;
- б) оплата штрафа за сверхнормативные выбросы в размере 100 евро за тонну углекислого газа, выброшенного сверх выданных разрешений;
- с) возможность задержания судна на территории ЕС или отказа судну в заходе в порты ЕС.

Таким образом, лица, подпадающие под указанное понятие судоходной компании (владельцы, менеджеры, бербоут-фрахтователи или другие организации, отвечающие за исполнение требований МКУБ), могут нести ответственность за соблюдение предельных значений выбросов, а потому им следует обратить особое внимание на свои договорные обязательства с целью их приведения в соответствие с новыми требованиями, которые, скорее всего, будут применяться в ЕС с 2023 г. – в частности, урегулировать вопросы ответственности за соблюдение директивы, распределения ответственности за ее нарушение и последствий ее наступления непосредственно в чартере.

3. Инициативы в России

Не секрет, что международные инициативы должны воплощаться и в национальных законах. В то время как международное регулирование относительно целостно, отдельные национальные законы, которые приводят такое регулирование в действие, часто допускают путаницу в отношении установленных требований, которые могут различаться от государства к государству. Так, например, Правила ИМО, направленные на сокращение выбросов серы от судоходства, предписывают четкое и всеобщее применимое с 2020 г. максимальное содержание серы судового топлива в размере 0,5%. Однако, так как реализация этого правила была оставлена на усмотрение отдельных государств, в некоторых странах это правило строго соблюдается, а в других – нет. Например, на уровне ЕЭК сделано исключение: до 31 декабря 2023 г. для судов, участвующих во внутренних водных перевозках, допускаются производство и выпуск в обращение судового топлива с массовой долей серы не более 1,5%.

В ноябре 2020 г. Правительством РФ была принята дорожная карта (план мероприятий в рамках трансформации делового климата), в которой применительно к морскому транспорту была закреплена необходимость разработки законодательных изменений для стимулирования использования экологически чистых технологий в области торгового мореплавания и судоходства.

К настоящему моменту разговор идет о стимулирующих мерах административного и экономического характера для использования новых технологий в судостроении и судоходстве (например, установление зависимости величины портовых сборов от показателя «экологичности» судна, который, в свою очередь, будет обусловлен используемым на судне видом топлива; наличие возможности использования электроэнергии из береговых источников питания при стоянке судна в морском порту; полное выполнение всех международных и национальных норм в области защиты окружающей среды от загрязнения с судов; высокие показатели энергоэффективности в соответствии с указанными ранее международными методиками и др.).

Кроме того, на законодательном уровне предлагается предусмотреть преференции для «зеленых» судов как при распределении мер государственной поддержки в части судостроения (утилизационный грант, субсидирование процентной ставки по кредиту на строительство судов, субсидирование лизинговых выплат на вновь построенные суда и т.п.), так и при определении очередности захода судов в морские порты и очередности их постановки к причалу (как это сейчас сделано в отношении линейных судов).

Проект данного закона уже разработан Минпромторгом России. Планируется, что изменения в Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» и КТМ РФ вступят в силу уже в 2023 г.

4. Выводы

Учитывая, что регулирование в отношении декарбонизации в судоходстве еще находится на этапе становления, наблюдается некоторая

тенденция сдерживания внедрения новых технологий и методов до того момента, пока судовладельцам и операторам морских судов не будет четко видно, какие из них будут широко использоваться и подтвердят свою надежность и эффективность. Между тем вполне понятно, что в ближайшее время важнейшую роль в продвижении отрасли к достижению установленных ИМО целей будут играть модернизация флота и использование новых видов топлива.

По словам г-жи Магды Копчинской (Magda Korczynska), директора по водному транспорту Европейской комиссии, *«технологии и инфраструктура для новых видов топлива должны быть готовы к широкому распространению на рынке судоходства к 2030 г., чтобы сектор мог достичь целей ИМО на 2050 г.»*. Это потребует активного сотрудничества с энергетическими компаниями, портами, судоходными компаниями и грузовладельцами.

В список разрабатываемых видов топлива входят, прежде всего, водород, аммиак, метанол и ядерное топливо. Датская судоходная компания «Maersk» планирует запустить судно на основе метанола уже в 2023 г. Компания «Wallenius Wilhelmsen» прорабатывает вариант ветроэнергетического судна к 2025 г.

В России основные судоходные компании объединяют усилия для перевода морского транспорта на сжиженный природный газ в качестве бункерного топлива в рамках «зеленых» инициатив в Арктике. Кроме того, идет активная проработка возможностей международного использования Северного морского пути в качестве одной из мер снижения выбросов парниковых газов (меньшая протяженность пути = меньший объем выбросов).

Но каким бы ни было будущее, очевидно, что растущие стандарты в части сокращения выбросов парниковых газов и движение отрасли к «зеленому» судоходству с особым вниманием должны быть восприняты судовладельцами и операторами уже сегодня. Последним необходимо их учитывать при определении дальнейшего пути развития не только для защиты будущих инвестиций и достижения финансовой эффективности, но также и для большей эффективности на море. ■



Alexey Karchiomov,

attorney, counsel, Head of Shipping / Transport practice
at “Egorov Puginsky Afanasiev and Partners” Law Offices

Shipping and the Decarbonization Trend: in Search of a Balance

Combating climate change and reducing harmful emissions are becoming an increasing global priority in all spheres.

In the international scene, efforts to reduce greenhouse gas emissions were first brought together in the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), to which almost all nations in the world are parties. Under the UNFCCC, industrialized countries agreed to reduce greenhouse gas emissions as much as possible and to support climate change activities in developing countries.

Following the UNFCCC, the Kyoto Protocol was adopted in 1997. It imposes obligations on developed countries to reduce emissions of six greenhouse gases and allows for various mechanisms to reduce emissions, including the use of international greenhouse gas emissions trading.

In 2015 parties to the UNFCCC also adopted the Paris Agreement on Climate Change, which requires member countries to take action to keep global average temperatures from rising above the established limits and to achieve zero emissions as early as the second half of this century.

1. International shipping initiatives

Shipping accounts for around 2–3% of the world’s carbon dioxide (CO₂) emissions. The International Maritime Organization (IMO) has, among other international initiatives, also set itself the goal of contributing to the fight against climate change by tackling greenhouse gas emissions from shipping.

At the 62nd session of its Marine Environment Protection Committee (MEPC) the International Maritime Organization adopted the Regulations for the Prevention of Air Pollution from Ships (Annex VI of MARPOL 73/78). These were the first Regulations ever to set standards for CO₂ emissions in any sector of the world. The Regulations apply to existing and newly built ships and set out the various energy efficiency measures they must comply with.

In April 2018, at the 72nd session of the IMO Marine Environment Protection Committee adopted an Initial Strategy to reduce greenhouse gas emissions from ship, under the following plan: to reduce the carbon intensity of international shipping by 40% by 2030 compared to 2008 levels, and to reduce it by 70% by 2050, as well as to reduce greenhouse gas emissions from shipping by at least 50% by 2050 (again, compared to 2008 levels) and to eliminate them as soon as possible.

In June 2021, the IMO Marine Environment Protection Committee adopted amendments to Annex VI of MARPOL 73/78, which combine technical and operational approaches to improve the energy efficiency of ships and also provide an important basis for future measures to reduce greenhouse gas emissions. The amendments also concern a ban on the use and transportation of fuel oil in Arctic waters, which will take effect on July 1, 2024. This ban will apply to the use and transportation of heavy fuel with a density higher than 900 kg/cubic metres at 15 degrees and a kinematic viscosity of 180 mm²/s at 50 degrees. But it will not affect ships intended to prevent and eliminate oil spills, search

and rescue ships, and, until July 1, 2029, ships that fly the flag of countries with an Arctic coast, if such ships operate within territorial waters of the flag country.

The new measures will require all ships to calculate their Energy Efficiency Existing Ship Index (EEXI), using technical means to improve their energy efficiency and to determine the annual Carbon Intensity Indicator (CII) and its rating. Carbon Intensity is estimated by greenhouse gas emissions in relation to the amount of cargo transported over the corresponding distance.

The achieved actual annual indicator CII should be documented for comparison with the CII target. This will determine the ship's carbon intensity rating (A, B, C, D, E, where A is the highest efficiency rating and E is the lowest one). Administrations, port authorities and other parties involved, as appropriate, are allowed to introduce incentives for ships with A or B rating, which is also a strong signal to the market and the financial sector.

A ship rated D or E for three consecutive years must submit a corrective action plan to show how the required index (C or better) will be achieved.

The amendments to Annex VI of MARPOL 73/78 are expected to enter into force on November 1, 2022, with EEXI and CII certification requirements from January 1, 2023. This means that the first annual CII indicator reporting will be completed in 2023 and the first rating will be assigned to ships as early as 2024.

In September 2021 the International Chamber of Shipping (ICS) also proposed a levy on carbon emissions from ships ahead of the November meetings of the IMO Marine Environment Protection Committee and the United Nations Climate Change Conference.

IMO's medium-term measures will undoubtedly require a high degree of innovation and lead to the global adoption of new fuel types and new technologies. These include, above all, programmes to introduce the use of low- and zero-carbon fuels, the development of additional operational efficiency measures and market mechanisms, such as emissions trading, an emissions fee or environmental tax and emissions offsets. Such measures are mostly economic and are used to manipulate the market to move towards desirable non-polluting behaviour.

However, the IMO does not plan to consider such measures until 2023. Meanwhile, the European Union (EU) also has ambitious goals to reduce greenhouse gas emissions. And EU has recently

moved far in this direction by voting to apply significant market-based measures to shipping in the EU by including emissions from shipping in the EU Emissions Trading Scheme (EU ETS).

2. "EU Emissions Trading Scheme" (EU ETS)

On July 14, 2021, the EU Commission published a proposal to include emissions from shipping in the EU Emissions Trading Scheme, which amends Directive 2003/87/EC (regulating the Emissions Trading Scheme itself) and EU Regulation 2015/75 (regulating the monitoring, reporting and verification of ships carbon dioxide emissions from 2017).

Funds from the sale of emission allowances, together with fines against companies that exceed such allowances, will go to the EU Commission. Currently, 50% of these proceeds are expected to go to the Maritime Decarbonisation Fund, set up specifically to support decarbonisation of the maritime sector. Another 50% will go to support the broader EU climate strategy and its recovery after COVID-19.

The new directive will apply to ships of more than 5,000 gross tonnage engaged in voyages for the carriage of passengers or goods for commercial purposes and the emission of carbon dioxide into the atmosphere by such ships. Exceptions are warships, naval auxiliaries, fishing or fish processing ships, wooden ships of primitive construction, non-motorised ships or government ships used for non-commercial purposes. The Directive provides for the obligation of these ships to pay:

- 50% of emissions from ships entering or exiting the EU;
- 100% emissions from ships voyaging between ports within the EU and from ships berthed at a port within the EU.

It is now proposed that the purchase of carbon dioxide emissions credits produced in 2023 and thereafter be phased in mandatory according to the following schedule: 20% verified emissions for 2023; 45% verified emissions for 2024; 70% verified emissions for 2025; 100% verified emissions for 2026 and each year thereafter.

Responsible for implementing the directive will be the "shipping company", which is defined as *"the shipowner or any other organization or person, such as manager or bareboat charterer, which has taken over the responsibility for the operation of the ship from the shipowner and which, having assumed such responsibility, has agreed to take over all the obligations contained in the International Management Code for*

the Safe Operation of Ships and for Pollution Prevention (International Safety Management (ISM) Code) set out in Annex I to Regulation (EC) No. 336/2006 of the European Parliament and of the Council".

The following liability is prescribed for failure to comply with the directive:

- a. Publication of names of shipping companies that do not meet their obligations;
- b. Payment of an excess emissions fine of €100 per tonne of carbon dioxide emitted in excess of the permits issued;
- c. Possibility of detaining a ship in the EU or refusing a ship to enter EU ports.

Thus, bodies falling under the above definition of "shipping company" (owners, managers, bareboat charterers or other organizations responsible for compliance with the requirements of the ISM Code) may be responsible for compliance with the emission limits and should therefore pay particular attention to their contractual obligations in order to bring them in line with the new requirements likely to apply in the EU from 2023. In particular, regulate the questions of liability for compliance with the directive, its distribution and the consequences of its occurrence directly in the charter.

3. Initiatives in Russia

It is no secret that international initiatives must also be translated into national laws. While international regulation is relatively coherent, the individual national laws that give effect to such regulation often allow for confusion regarding the requirements imposed, which may differ from state to state. For example, the IMO Regulations, aimed at reducing sulphur emissions from shipping, prescribe a clear and universally applicable maximum sulphur content of marine fuel of 0.5% from 2020. However, as the implementation of this rule has been left to the discretion of individual states, some states strictly enforce the rule, while others do not. For example, an exception was made at the EEC level. Until December 31, 2023, the production and release of marine fuel with a maximum sulphur content of 1.5% is allowed for ships involved in inland water transport.

In November 2020, the Government of the Russian Federation adopted a roadmap, action plan within the framework of business climate transformation, which, in relation to maritime transport, enshrined the need to develop legislative changes to stimulate the use of environmentally friendly

technologies in the field of merchant shipping and navigation.

At the moment we are talking about administrative and economic incentives for the use of new technologies in shipbuilding and shipping. For example, the determination of the port dues amount depending on the "environmental friendliness" of the ship, which will depend on the fuel used by the ship, the possibility of using electricity from onshore power sources when the ship is in the sea port, full compliance with all international and national standards in the field of environmental protection against pollution from ships, high energy efficiency indicators in accordance with the previously mentioned international methodologies, etc.

Also at the legislative level it is proposed to provide preferences for "green" ships both in distribution of state support measures in shipbuilding (salvage grant, subsidizing of ship construction loan interest rate, subsidizing of leasing payments for newly built ships, etc.) and in determination of priority of ships entering seaports and priority of their mooring, as it is now applied to liner ships.

The Ministry of Industry and Trade has already drafted this law. It is planned that amendments to the Federal Law on Sea Ports and the Merchant Shipping Code of the Russian Federation will come into force in 2023.

4. Conclusion

Given that regulation regarding decarbonisation in shipping is still in its infancy, there is some tendency to hold back the introduction of new technologies and methods until shipowners and marine operators can clearly see which ones will be widely used and prove their reliability and effectiveness.

Meanwhile, it is quite clear that fleet modernization and the use of new fuels in the very near future will play a crucial role in moving the industry towards achieving the goals set by IMO.

According to Magda Kopczynska, Director for Water Transport at the European Commission, "Technology and infrastructure for new fuels must be ready for widespread deployment in the shipping market by 2030 if the sector is to meet the IMO's 2050 goals". This will require active cooperation with energy companies, ports, shipping companies and cargo owners.

The list of fuels under development includes primarily hydrogen, ammonia, methanol and nu-

clear fuel. Danish shipping company Maersk plans to launch a methanol-based ship as early as 2023. Wallenius Wilhelmsen company is working on a wind power ship option by 2025.

In Russia, major shipping companies are joining efforts to convert maritime transport to liquefied natural gas as bunker fuel as part of “green” initiatives in the Arctic. In addition, the options of international use of the Northern Sea Route as one of the measures to reduce greenhouse gas emissions

(shorter route length = lower emissions) are being actively explored.

But whatever the future holds, it is clear that growing greenhouse gas reduction standards and the industry’s move towards “green” shipping must be embraced with particular care by shipowners and operators today and prejudge their future decisions, not only to protect future investments and achieve financial efficiency, but also to achieve efficiency at sea. ■

IV. ОБЗОР НОВИНОК ЛИТЕРАТУРЫ ПО МОРСКОМУ ПРАВУ

1.1. Китайская судебная практика по морским делам: выборка за 2014 г. | Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2014

1.2. Китайская судебная практика по морским делам: выборка за 2015 г. | Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2015

1.3. Китайская судебная практика по морским делам: выборка за 2016 г. | Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2016

1.4. Китайская судебная практика по морским делам: выборка за 2017 г. | Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2017

Под ред. Мартина Дэвиса, Цзян Линя | Ed. by Martin Davies, Jiang Lin

В этих книгах отобраны ведущие, влиятельные и новаторские решения китайских судов по морским делам, а также представлен их полный перевод с кратким изложением для читателей, чтобы они могли получить представление о том, как судьи Китая, применяющие морское право, толкуют, применяют и развивают китайское регулирование на практике. Китай участвует в торговле с другими государствами на суммы в триллионы долларов США в год, и около 95% грузов при этом перевозятся морскими судами, которые заходят в сотни китайских портов каждый день. Данные книги в определенной степени призваны исправить ситуацию, связанную с отсутствием авторитетных источников, доступных иностранному читателю и необходимых для изучения того, как функционирует китайская судебная система.

2. Международное право и корпоративные участники глубоководной добычи | International Law and Corporate Actors in Deep Seabed Mining

Джоанна Дингуолл | by Joanna Dingwall

Глубоководные районы морского дна за пределами юрисдикции государств (известные как открытое море) занимают почти три четверти всей площади поверхности Мирового океана и хранят в себе множество ценных ресурсов,

включая драгоценные металлы и редкоземельные элементы. В последние годы наблюдается заметный рост инвестиций в глубоководные районы морского дна со стороны частных корпораций и все больший импульс к их разработке. В этой книге рассматриваются актуальные правовые проблемы, которые возникнут в ближайшие годы вследствие активной деятельности корпораций.

3. Пиратство и приватизация морской безопасности: сравнительный анализ правил охраны судов | Piracy and the Privatisation of Maritime Security: Vessel Protection Policies Compared

Эухенио Кусумано, Стефано Руцца | by Eugenio Cusumano, Stefano Ruzza

В ответ на пиратские нападения в западной части Индийского океана страны во всем мире все чаще санкционируют размещение вооруженной охраны, предоставляемой для морских судов частными военными и охранными компаниями (ЧВК). Эта широко распространенная тенденция противоречит обязанности государств сохранять монополию на насилие и препятствовать появлению оружия на гражданских судах. В этой книге концептуализируется широкое использование ЧВК как формы институционального изоморфизма и объединяются функционалистские, идеологические, политические и организационные аргументы, используемые для объяснения приватизации безопасности на суше, результатом чего служит синтетичное объяснение коммерциализации деятельности по защите морских судов.

4. Порты, преступления и безопасность: управление и охрана морских портов в меняющемся мире | Ports, Crime and Security: Governing and Policing Seaports in a Changing World

Анна Серджи, Александрия Рид, Лука Сторти, Марлин Истон | by Anna Sergi, Alexandria Reid, Luca Storti, Marleen Easton

Пандемия COVID-19, Brexit и торговые войны между США и Китаем усилили интерес к геополитике и обеспечению безопасности современных морских портов. Порты – это место, в котором сходятся современные социальные дилеммы: (де)регулирование морских потоков; (не)видимое влияние глобализации; постоянные противоречия между торговлей и безопасностью, а также тонкая грань между легитимным, законным и незаконным. Опираясь на междисциплинарный подход к политической экономии портовой безопасности, эта книга представляет собой уникальный взгляд на социальные, экономические и политические факторы, которые формируют организованную преступность и управление ею.

5. Права непубличных субъектов при делимитации морских пространств: уроки с суши | Non-State Actors' Rights in Maritime Delimitation: Lessons from Land

Мариантти Паппа | by Marianthi Pappa

Большинство мировых споров о морских границах связаны с частными правами, которые касаются таких вопросов, как рыболовство, разведка нефти и научные исследования, и которые государства в одностороннем порядке предоставили непубличным субъектам в районах пересекающихся интересов разных государств. Юристом-международником, как правило, расследует законность решения государства о предоставлении таких прав без уведомления или консультаций с соседствующим государством, а также правовые последствия, которые такие действия будут иметь для интересов затронутых государств. Отдаляясь от этого подхода, Мариантти Паппа рассматривает подобные ситуации с точки зрения непубличных субъектов.

6. Права пассажиров в транспортном праве | Transport Law on Passenger Rights

Под ред. Марко Павлиха | Ed. by Marko Pavliha

За последние 30 лет Европа, а также весь остальной мир пережили взрывной рост перевозок. За последние несколько десятилетий международное и европейское транспортное право развилось практически до революционных масштабов. Эта книга через призму критики прольет свет на наиболее важные характеристики международного транспортного права, законодательства ЕС и судебной практики, касающиеся прав пассажиров при воздушной, морской, железнодорожной и автомобильной перевозке.

7. Правовое регулирование яхт и яхтинга. 2-е новое издание | The Law of Yachts & Yachting. 2nd new edition

Под ред. Ричарда Коулза, Филиппо Лоренцона | Ed. by Richard Coles, Filippo Lorenzon

Новое, второе издание данной работы представляет собой всеобъемлющий трактат по правовому регулированию яхт и предлагает своим читателям подробный анализ морского права, регулирующего сектор суперяхт. Написанная командой ведущих практиков и исследователей яхтинга, она охватывает правовые вопросы, возникающие в течение жизни яхты. Эта книга предназначена для практикующих юристов, яхтенных брокеров и менеджеров, занимающихся эксплуатацией яхт с профессиональным экипажем, включая финансирование, регистрацию, фрахтование, страхование, комплаенс и расследование несчастных случаев.

8. Правовой режим затонувшего имущества | The Law of Wreck

Николас Гаскелл, Крейг Форрест | by Nicholas Gaskell, Craig Forrest

Эта книга охватывает правовое регулирование затонувшего имущества в качестве единого целого и выходит за рамки вопроса об удалении имущества, вбирая в себя такие аспекты, как собственность на затонувшее имущество и то, каким образом закон разрешает множество проблем коммерческого права, возникающих после крушения судна во время коммерческого морского предприятия. В работе предлагается авторитетное руководство по происхождению и значению Найробийской конвенции об удалении затонувших судов 2007 г. и толкованию ее зачастую сложных норм, что связано с применением Конвенции как к государствам-участникам, пытающимся эксплуатировать свою силу, так и к собственникам судов и страховщикам ответственности, которые связаны обязанностями, вытекающими из Конвенции.

9. Право морского страхования и морской аварии. 20-е изд. | Arnould's Law of Marine Insurance and Average. 20th ed.

Джонатан Гилман, Марк Темплман, Клэр Бланчард, Филиппа Хопкинс, Нил Харт, Дэвид Уолш | by Jonathan Gilman, Mark Templeman, Claire Blanchard, Philippa Hopkins, Neil Hart, David Walsh

В этой книге рассказывается о форме, содержании и толковании полисов морского страхо-

вания, а также о действиях и доказательствах, которые потребуются при подаче соответствующих исков.

Главы 4 (Регламент) и 6 (Юрисдикция и применимое право) были существенно переработаны с тем, чтобы отразить ситуацию после *Brexit* (в той мере, в какой эта ситуация стала определенной).

Также рассматривается ряд судебных решений, принятых со времени последнего обновления книги, в том числе:

- 1) *ABN Amro Bank NV v Royal and Sun Alliance Insurance plc*;
- 2) *Delta Petroleum Caribbean Ltd. v BVI Electricity Corp. (SC)*;
- 3) *Acorn Finance v Markel*;
- 4) *Alize 1954 and CMA CGM v Allianz (CA)*;
- 5) *Stoffel v Grondona (SC)*; и
- 6) *Herculito Maritime Ltd. v Gunvor International BV*.

10. Расширенное введение в морское право | **Advanced Introduction to Maritime Law**

Пол Тодд | by Paul Todd

Написанное ведущим ученым Полом Тоддом, это расширенное введение опирается на многолетний опыт автора по научному изучению и преподаванию морского права и предлагает краткое и понятное введение в основные области этой отрасли. В дополнение к собственно учебному пособию в книге рассказывается о применении по всему миру английского права, а также рассматриваются источники права и методы их выявления. В книге также освещаются некоторые трудности по толкованию права и указываются фигуры, которые сыграли важную роль в толковании, создании и развитии законодательства.

11. Современное право морского страхования. Т. 4 | **The Modern Law of Marine Insurance. Vol. 4**

Под ред. Ридиана Томаса | Ed. by Rhidian Thomas

Этот четвертый и последний том серии содержит десять работ, написанных группой экспертов – академиков и практиков, в которых совместно исследуются и излагаются современные правовые проблемы и дискуссии в юридической теории и практике морского страхования. Некоторые из работ касаются разделов законодательства, которые были изменены Законом о страховании 2015 г., а также дают представление о будущих изменениях в законе.

12. Сталийное время и демередж. 8-е изд. | **Laytime and Demurrage. 8th ed.**

Джон Скофилд | by John Schofield

Данная книга является ведущим источником по всем вопросам, относящимся к сталийному времени и демереджу. Как и ранее, начиная с первого издания в 1986 г., в ней предлагается надежный, авторитетный и глубокий правовой анализ. Эта книга, получившая высокие оценки за непревзойденный охват и ясный стиль написания, содержит полный обзор всех нюансов сталийного времени и демереджа и прослеживает развитие их регулирования от XIX в. и до наших дней.

13. Строительство, продажа и финансирование морских судов | **Ship Building, Sale and Finance**

Под ред. Бариса Соьера, Эндрю Теттенборна | Ed. by Baris Soyer, Andrew Tettenborn

Написанная командой известных практиков и ведущих ученых, эта книга в одном томе объединяет анализ современных правовых проблем в сфере договоров на строительство, продажу и финансирование судов. Данная работа предлагает всестороннее, экспертное и крайне практичное руководство по этой сложной части современного регулирования сектора международных морских перевозок. ■

III. REVIEW OF NEW PUBLICATIONS ON MARITIME LAW

1. Advanced Introduction to Maritime Law

by Paul Todd

Written by leading scholar Paul Todd, this Advanced Introduction draws on the author's decades of experience researching and teaching maritime law, offering a clear and concise introduction to the core areas of the field. In addition to providing a primer on the substance, it explains the worldwide applications of English law, and surveys the sources of law and how to locate them. It also highlights some of the difficulties in interpreting the law and pinpoints which individuals have been instrumental in doing so, and in making and developing the law.

2. Arnould's Law of Marine Insurance and Average. 20th ed.

by Jonathan Gilman, Mark Templeman, Claire Blanchard, Philippa Hopkins, Neil Hart, David Walsh

Arnould Law of Marine Insurance and Average explains the form, contents and construction of marine insurance policies, and the procedures and evidence required in bringing a case.

Chapters 4 (Regulation) and 6 (Jurisdiction and Applicable Law) have been significantly revised to deal with the position post-Brexit (in so far as that position is yet determined).

Also covered are a number of decisions handed down since the last supplement, including:

- 1) *ABN Amro Bank NV v Royal and Sun Alliance Insurance plc*;
- 2) *Delta Petroleum Caribbean Ltd. v BVI Electricity Corp. (SC)*;
- 3) *Acorn Finance v Markel*;
- 4) *Alize 1954 and CMA CGM v Allianz (CA)*;
- 5) *Stoffel v Grondona (SC)*; and
- 6) *Herculito Maritime Ltd. v Gunvor International BV*.

3.1. Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2014

3.2. Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2015

3.3. Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2016

3.4. Chinese Maritime Cases: Selection for Year of 2017

ed. by Martin Davies, Jiang Lin

These books select leading, innovative and influential Chinese maritime judgments and presents full translation of them, with brief summary, to the readers so that they can have insights of how the Chinese maritime judges interpret, apply and develop Chinese maritime law in practice. China trades with other states in trillions of USD every year, and about 95% of the cargoes are carried by ocean-going ships calling at hundreds of Chinese ports each single day. The books remedy to certain extent the situation that there is lack of authoritative sources available to foreign personnel to look into how Chinese justice system functions.

4. International Law and Corporate Actors in Deep Seabed Mining

by Joanna Dingwall

The deep seabed beyond national jurisdiction (known as the Area) comprises almost three-quarters of the entire surface area of the oceans, and is home to an array of prized commodities including valuable metals and rare earth elements. In recent years, there has been a marked growth in deep seabed investment by private corporate actors, and an increasing impetus towards exploitation. This book addresses the unresolved legal challenges which this increasing corporate activity will raise over the coming years.

5. Laytime and Demurrage. 8th ed.

by John Schofield

Laytime and Demurrage is the leading authority for all queries pertaining to this vital aspect of maritime law. It has continued to offer reliable, authoritative, and in-depth analysis since the first edition published in 1986. Praised for its unrivalled coverage and lucid writing style, this book provides

a comprehensive overview of all aspects of laytime and demurrage, tracing the development of the law from its origins in the nineteenth century right up to the present day.

6. Non-State Actors' Rights in Maritime Delimitation: Lessons from Land

by Marianthi Pappa

Most of the world's maritime boundary disputes involve privately held rights – relating to such matters as fishing, petroleum exploration and scientific research – that states have unilaterally granted to non-state actors in areas of overlapping national claims. An international lawyer would typically investigate the legality of a state's decision to create such rights without notifying or consulting its neighbour, and the legal consequences this action would have for the interests of the states concerned. Departing from this approach, Dr. Marianthi Pappa examines such situations from the perspective of the non-state actors.

7. Piracy and the Privatisation of Maritime Security: Vessel Protection Policies Compared

by Eugenio Cusumano, Stefano Ruzza

In response to pirate attacks in the Western Indian Ocean, countries worldwide have increasingly authorized the deployment of armed guards from private military and security companies (PMSCs) on merchant ships. This widespread trend contradicts states' commitment to retain a monopoly on violence and discourage the presence of arms on civilian vessels. This book conceptualizes the extensive use of PMSCs as a form of institutional isomorphism, combining the functionalist, ideational, political and organizational arguments used to account for the privatization of security on land into a synthetic explanation of the commercialization of vessel protection.

8. Ports, Crime and Security: Governing and Policing Seaports in a Changing World

by Anna Sergi, Alexandria Reid, Luca Storti, Marleen Easton

The COVID-19 pandemic, Brexit and the US-China trade dispute have heightened interest in the geopolitics and security of modern ports. Ports are where contemporary societal dilemmas converge: the (de)regulation of international flows; the (in)visible impact of globalization; the perennial tension between trade and security; and the thin line between legitimate, illicit and illegal. Applying a multidisciplinary lens to the political economy of port security, this book presents a unique outlook on

the social, economic and political factors that shape organized crime and governance.

9. Ship Building, Sale and Finance

Ed. by Baris Soyer, Andrew Tettenborn

Written by a team of acclaimed practitioners and leading academics, this book brings together in one single volume an analysis of contemporary legal issues concerning ship building, sale and finance contracts. It offers a comprehensive, expert and thoroughly practical guide on what is a very complex area of law in today's international shipping industry.

10. The Law of Wreck

by Nicholas Gaskell, Craig Forrest

This book covers wreck law as an integrated whole, going beyond the question of "removal" to include issues such as the ownership of wreck and how the law deals with the many commercial law problems arising after ships have been wrecked during the maritime commercial adventure. The book offers authoritative guidance on the genesis and meaning of the Nairobi Wreck Removal Convention 2007, and the interpretation of its often-complex provisions as they apply both to States trying to use its powers and to shipowners and liability insurers faced by its obligations.

11. The Law of Yachts & Yachting. 2nd new edition

Ed. by Richard Coles, Filippo Lorenzon

Now in its second edition, *The Law of Yachts and Yachting* is a comprehensive treatise on the law relating to yachts and provides its readers with a thorough analysis of maritime law as relevant to the superyacht sector. Written by a team of leading yachting practitioners and researchers, it covers the legal issues arising during the life of a yacht. The book is written for the legal practitioner, yacht-broker and manager concerned with the operation of professionally crewed yachts including financing, registration, chartering, insurance, compliance and casualty management.

12. The Modern Law of Marine Insurance. Vol. 4

Ed. by Rhidian Thomas

This latest and fourth volume in the series comprises ten contributions written by an expert team of academics and practitioners and which collectively analyse and expound many of the contemporary legal issues and debates in the law and practice of marine insurance. Some of the contributions touch

upon areas of the law which will be amended by the Insurance Act 2015, and provide an insight to the future changes in the law.

13. Transport Law on Passenger Rights

Ed. by Marko Pavliha

Europe and also the rest of the world has experienced a boom in mobility over the last thirty

years. During the past few decades, international and European transport law has developed almost to revolutionary extent. This book will cast light through a critical prism on the most important characteristics of the international transport law, the EU legislation and jurisprudence regarding passenger rights during the carriage by air, sea, rail and road. ■



Павел Константинович Фигуров,
LL.M.

Оговорка о канцелировании и ее связь с нарушением договора

Точную дату прибытия судна в порт погрузки хотели бы знать и фрахтователи, и грузоотправители. Им важно заранее понимать, когда необходимо иметь готовый к погрузке груз и какое время судно может провести в ожидании погрузки. При этом в рейсовых чартерах практически невозможно встретить условие о конкретной дате или сроке, в течение которого судовладелец обязуется предоставить судно в порт погрузки. Судовладельцы обычно избегают включения таких условий, так как судно может задержаться в силу разных обстоятельств как на пути в порт погрузки, так и в ходе выполнения предшествующих перевозок. В качестве компромисса в чартеры включают условия в том числе об обязанности судовладельца обеспечить переход в порт погрузки в разумно быстрые сроки (reasonable dispatch), о расчетном времени прибытия (ETA) судна в порт погрузки или ожидаемой дате готовности к погрузке (expected ready to load) и оговорки о канцелировании (cancelling clause), дающие фрахтователю право расторгнуть (канцелировать) чартер в случае, если судно не прибудет в порт погрузки к дате канцелинга (cancelling date), или в пределах определенного срока – лейкена (laycan).

В рамках настоящей статьи будут рассмотрены последствия включения в чартеры оговорки о канцелировании в совокупности с другими сопутствующими условиями с точки зрения английского права, наиболее часто используемого сторонами договоров международной перевозки. В частности, будет разобран вопрос о взаимосвязи оговорки о канцелировании и нарушения договора.

Мнение о том, что неприбытие судна до даты канцелинга является нарушением чартера, дающим правом на взыскание с судовладельца убытков, нередко встречается среди фрахтовых брокеров и менеджеров. На первый взгляд оно может показаться обоснованным. Если стороны договорились о праве фрахтователя расторгнуть чартер в случае неприбытия судна до даты канцелинга, то, вероятно, они предполагали, что судно должно прибыть до указанной даты. А если этого не произошло, то это, вероятно, является нарушением чартера, дающим фрахтователю право расторгнуть чартер и возместить свои убытки. Однако английское право выработало несколько иной подход.

Сама по себе оговорка о канцелировании в обычном виде не дает фрахтователю права

на взыскание убытков с судовладельца в связи с пропуском лейкена. По смыслу этой оговорки судовладелец не гарантирует, что судно прибывает в порт погрузки в согласованный срок, а лишь соглашается на расторжение чартера, если этого не произойдет¹. Например, в ст. 9 стандартной проформы *GENCON 1994* указано следующее:

«(а) Если Судно не готово грузить (у причала или нет) в дату канцелинга, указанную в графе 21, Фрахтователи будут иметь право канцелирования Чартера».

В первом абзаце ст. 5 проформы *AMWELSH 93* содержится схожая формулировка:

«Если нотис о готовности Судна не подан в соответствии со статьей 6 до 17 часов [даты канцелинга], Фрахтователи будут иметь право канцелирования Чартера...»

Схожие по смыслу положения можно найти в п. (а) ст. 6 проформы *FERTIVOY 88*, п. (b) ст. 4 проформы *GRAINCON* и других.

В данных статьях прямо не указано на какую-либо обязанность судовладельца, а только содержится право фрахтователя канцелировать чартер при наступлении определенного условия. В связи с этим само по себе опоздание судна не является нарушением чартера (хоть и может быть его индикатором), и, следовательно, у фрахтователя автоматически не возникает право на возмещение убытков.

Это не означает, однако, что фрахтователь полностью лишен возможности восстановить справедливость в такой ситуации. Для этого фрахтователю необходимо будет доказать, что судно не успело прибыть в порт в связи с нарушением судовладельцем других условий чартера. Рассмотрим некоторые из них подробнее.

Если в чартере указана дата, когда судно ожидается быть готовым к погрузке (*expected ready to load*), или расчетная дата прибытия судна (*ETA*), то в случае, если такая дата указана заведомо без разумных оснований полагать, что судно успеет прибыть в порт погрузки к указанному сроку, фрахтователь может требовать возмещения убытков. Более того, так как данное условие рас-

сматривается в качестве существенного условия договора (*condition*), у фрахтователя возникает право на его расторжение².

Кроме того, можно выделить обязательство судовладельца обеспечить переход в порт погрузки со всей разумной, надлежащей, удобной или максимальной скоростью и т.п. (*all due, (all) reasonable, (all) convenient, utmost speed dispatch*)³. Данное обязательство само по себе без указания на какую-либо иную дату было истолковано судами как обязательство начать переход в порт погрузки немедленно (*forthwith*) либо в течение разумного срока после заключения чартера⁴. У судовладельца также возникает обязанность осуществить сам переход с соответствующей скоростью и маршрутом⁵. Задержка в выходе или во время перехода, связанная с неисполнением судовладельцем вышеуказанной обязанности, будет являться нарушением чартера. Вопрос, является ли такое условие существенным и дающим фрахтователю право расторгнуть чартер, однозначно не разрешен в судах⁶. Этот момент следует учитывать обеим сторонам при принятии решения, как поступить в случае нарушения данной обязанности судовладельцем. Конкретная степень серьезности требуемых от судовладельца усилий зависит от толкования конкретных условий договора, но использование слов «максимальной» (*utmost*), скорее всего, создаст более строгие требования к судовладельцу. При этом отмечается, что обязательство судовладельца проследовать в порт с разумной скоростью является подразумеваемым (*implied*) и будет применяться даже в отсутствие этого условия в тексте чартера⁷.

Совокупность двух вышеуказанных условий означает, что судно должно начать переход так, чтобы, следуя с разумной скоростью, прибыть

² *Maredelanto Cia Nav. S.A. v Bergbau Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* [1970] 2 Lloyd's Rep. 43.

³ См., например, ст. 1 проформы *AMWELSH 93*, *FERTIVOY 88*, *GRAINCON*.

⁴ *Evera S.A. Commercial v North Shipping Co. Ltd.*, [1956] 2 Lloyd's Rep. 357; *CSSA Chartering and Shipping Services SA v Mitsui OSK Lines Ltd. (The Pacific Voyager)* [2018] EWCA Civ 2413.

⁵ *The Kriti Rex* [1996] 2 Lloyd's Rep. 171.

⁶ См. *Evera S.A. Comercial v North Shipping Co., Ltd.* [1956] 2 Lloyd's Rep. 367, где условие не было признано существенным. См. также *Blackgold Trading v Almare SpA (The Almare Seconda)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 433, где судовладелец признал условие существенным.

⁷ *The Kriti Rex* [1996] 2 Lloyd's Rep. 171.

¹ *Marbienes Compania Naviera S.A. v Ferrostaal A.G. (The Democritos)* [1976] 2 Lloyd's Rep. 149.

в порт погрузки к ожидаемой дате⁸. Важно, что у судовладельца не возникает обязанности предоставить судно в порт погрузки к определенной дате, а только есть только обязательство начать переход в порт погрузки с таким расчетом, чтобы судно успело туда прийти.

При отсутствии в чартере дат *expected ready to load* или *ETA* для определения даты, когда судно должно начать переход в порт погрузки, могут использоваться дата номинации судна, если судовладелец обязан номинировать судно за определенное количество дней до *ETA* в порт погрузки⁹ либо даже до *ETA* в порт выгрузки в рамках предыдущей перевозки¹⁰.

Оговорка о канцелировании и вышеуказанные условия чартера напрямую не связаны между собой и создают обособленные права и обязанности сторон. Вместе с тем они могут влиять друг на друга. Так, в случае заведомо неверно указанной даты, когда судно должно быть готовым к погрузке, у фрахтователя возникает право на расторжение договора, даже если дата канцелинга еще не наступила (вероятно, при условии, что судно не успеет прийти до даты канцелинга в любом случае)¹¹. В литературе однако отмечается, что если стороны согласовали в чартере дату канцелинга, то условие *expected ready to load*, равно как и обязательство проследовать в порт с разумной скоростью, не должно являться существенным условием, т.е. фрахтователь не должен иметь права расторгнуть договор до даты канцелинга, но, конечно, он сможет потребовать возмещения убытков за нарушение чартера, независимо от того, канцелирует он чартер или нет¹².

Дата канцелинга может иметь большее значение для установления факта нарушения чартера судовладельцем, если в чартере не содержатся условия *expected ready to load*, или *ETA* в порт погрузки (выгрузки), или иные подобные. В таком случае возникает вопрос: возможно ли использовать дату канцелинга для расчета разумной даты отправления судна в порт погрузки? Судами этот вопрос прямо не рассматривался, но в деле *The Pacific Voyager* апелляционный суд подтвердил

такую возможность или, скорее, не отверг ее¹³. Аналогичная позиция была подтверждена в одном лондонском арбитражном суде¹⁴. Некоторые оговорки о канцелировании в стандартных формах содержат прямое указание на обязанность судовладельца проследовать в порт погрузки с учетом лейкена. Так, например, в абзаце втором ст. 5 проформы *AMWELSH 93* указывается, что судовладелец должен применить должную осмотрительность, чтобы судно подало нотис о готовности до даты канцелинга. Наличие обязанности судовладельца в том или ином виде учесть согласованный лейкен не оспаривается и в литературе¹⁵. Однако существует дискуссия о природе обязательства: является ли оно абсолютным согласно действующей правовой норме из решения по делу *The Pacific Voyager* либо же от судовладельца требуется только проявление должной осмотрительности в соответствии с решением по делу *The Democritos*^{16,17}. Таким образом, часто встречающаяся позиция судовладельцев, что в отсутствие условия *expected ready to load* или его аналогов у фрахтователя не возникает право на взыскание убытков, а только право на канцелирование чартера, может быть подвергнуто сомнению.

В завершение следует также рассмотреть ситуацию, которая может возникнуть при исполнении договоров об организации морских перевозок (*contract of affreightment (COA)*). Последние заключаются для осуществления перевозок в пределах определенного периода, в течение которого фрахтователь обычно декларирует судовладельцу лейкен в пределах некоторого срока до его начала, а судовладелец должен в ответ номинировать судно. Обычно при номинации у судовладельца также есть обязанность указать расчетную дату прибытия судна в порт погрузки.

На практике встречаются ситуации, когда судовладелец номинирует судно, чья расчетная дата прибытия в порт погрузки позднее даты канцелинга. Если в *COA* нет условия, что судовладелец должен номинировать судно, чье расчетное время прибытия в порт погрузки будет определено с учетом даты канцелинга, то возни-

⁸ *Monroe Bros Ltd. v Ryan* (1935) 51 Ll L Rep 179.

⁹ *Mitsui OSK Lines Ltd. v Garnac Grain Co. Inc. (The Myrtos)* [1984] 1 Lloyd's Rep 449.

¹⁰ *The Pacific Voyager* [2018] EWCA Civ 2413.

¹¹ *The Mihalis Angelos* [1970] 2 Lloyd's Rep. 43.

¹² *Cooke J., Young T., Ashcroft M. et al. Voyage Charters*. 4th ed. Informa Law, 2014. § 4.6, 4.14.

¹³ *The Pacific Voyager* [2018] EWCA Civ 2413.

¹⁴ Lond. Arb. 15/93 (L.M.L.N. 359).

¹⁵ *Voyage Charters*. § 4.12.

¹⁶ *The Democritos* [1976] 2 Lloyd's Rep 149.

¹⁷ *Rethinking Monroe v Ryan*, Socrates Papadopoulos, [2019] LMCLQ 318.

кает вопрос: вправе ли судовладелец номинировать судно с расчетной датой прибытия заведомо после даты канцелинга? Судовладелец может так сделать, например, если он не заинтересован в исполнении перевозки и хотел бы, чтобы фрахтователь канцелировал чартер без предъявления требований о взыскании убытков.

Данный вопрос прямо не рассматривался судами, но представляется, что у судовладельца не должно быть такого права в силу следующего:

1. У судовладельца есть как минимум подразумеваемая обязанность отправить судно в порт погрузки с разумной скоростью. Необходимо только установить момент, когда судно должно отправиться в порт погрузки: либо немедленно после номинирования, если в договоре нет никакой даты для ориентира, либо позднее, но с учетом какой-либо даты, указанной в договоре.

2. Апелляционный суд в деле *The Pacific Voyager* прямо не отверг возможность учитывать дату канцелинга в качестве ориентира для расчета даты, когда судно должно отправиться в порт погрузки.

3. Если в договоре в качестве ориентира может быть использована только дата канцелинга, то номинация судна, которое не может успеть в порт погрузки к данной дате, делает условие об обязанности судовладельца отправить судно с разумной скоростью неисполнимым.

4. В подобных договорах разумно предполагать, что судовладелец номинирует такое судно, которое разумно может прийти в порт с учетом лейкена. В противном случае весь договор может быть неисполнимым, позволяя судовладельцу номинировать судно, которое прибудет через месяц или год после даты канцелинга.

В решении по делу *The Myrtos* судом рассматривался вопрос содержания обязанности судовладельца номинировать судно в случае, если такая номинация должна быть осуществлена за 20 дней до расчетной даты прибытия. Суд, в частности, указал, что судовладелец должен

иметь наготове судно, которое сможет прибыть в порт погрузки в течение 20 дней с даты номинации, при этом фрахтователь еще до номинации может ожидать, что судно прибудет в дату, указанную судовладельцем¹⁸. Если допустить, что дата канцелинга должна учитываться судовладельцем при номинации судна, то выводы из дела *The Myrtos* можно перенести на рассматриваемую здесь ситуацию. Так, принимая во внимание, что СОА обычно содержит обязанность фрахтователь декларировать лейкен заранее, например за 20 дней до первого дня пятидневного лейкена, то судовладелец, вероятно, должен иметь наготове судно или привлечь такое судно, которое сможет прибыть в порт погрузки в течение 25 дней с даты декларации лейкена.

В итоге представляется, что в подобных СОА для реализуемости изначальных намерений сторон должна быть закреплена обязанность судовладельца номинировать судно, которое разумно может прийти в порт погрузки с учетом лейкена.

Выводы

Резюмируя, отметим, что оговорка о канцелировании является важной частью чартеров и обеим сторонам следует иметь в виду, что дата канцелинга может иметь значение не только для права фрахтователя на канцелирование чартера. В определенных случаях с учетом даты канцелинга могут толковаться иные условия чартера, в частности, касающиеся обязанности судовладельца осуществить переход судна в порт погрузки с разумной скоростью. Учитывая, однако, отсутствие в английском праве единого подхода к толкованию таких условий, следует подчеркнуть важность использования ясных и подробных формулировок касательно прав и обязанностей сторон в той или иной ситуации, связанной с временем прибытия в порт погрузки. ■

¹⁸ *The Myrtos* [1984] 1 Lloyd's Rep 449.



Pavel Figuero,
LL.M.

Cancelling Clause and Its Connection to Breach of Contract

Both charterers and shippers would like to know the exact date of the vessel's arrival at the port of loading. They need to understand in advance when it is necessary to have cargo ready for loading and how much time the vessel can spend waiting for loading. At the same time, in voyage charters, it is almost impossible to find a term on a specific date or period during which the shipowners undertake to provide the vessel to the port of loading. Shipowners usually avoid including such terms, as the vessel may be delayed due to various circumstances, both on the way to the port of loading and in the course of previous shipments. As a compromise, the charter parties include terms, including the obligation of the shipowners to proceed to the port of loading with reasonable dispatch, the estimated time of arrival (ETA) of the vessel at the port of loading or when she is expected to be ready to load, and cancelling clauses, giving the charterers the right to cancel the charter party if the vessel does not arrive at the loading port by the cancelling date or within a certain period – laycan.

Within the framework of this article, the consequences of the inclusion of a cancelling clause in charter parties in conjunction with other accompanying terms will be considered from the point of view of English law as the most frequently used by the parties to contracts of international carriage.

In particular, the issue of the relationship between a cancelling clause and a breach of contract will be considered.

The opinion that the failure of a vessel to arrive before the cancelling date is a breach of contract, giving the right to recover damages from the shipowners, often exists among freight brokers and managers. At first glance, this opinion may seem reasonable. If the parties agreed on the right of the charterers to cancel the charter party if the vessel did not arrive before the cancelling date, they probably assumed that the vessel should arrive before that date. And if this did not happen, then it is probably a breach of contract, giving the charterers the right to cancel the charter party and recover its damages. However, English law has developed a slightly different approach.

By itself, the cancelling clause in its usual form does not give the charterers the right to recover damages from the shipowners in connection with missed laycan. Within the meaning of this clause, the shipowners do not guarantee that the vessel will arrive at the loading port at the agreed time but only agree to cancel the charter party if this does not happen¹. For example, Clause 9 of the GENCON 1994 states the following:

¹ *Marbienes Compania Naviera S.A. v Ferrostaal A.G. (The Democritos)* [1976] 2 Lloyd's Rep. 149.

“(A) Should the Vessel not be ready to load (whether in berth or not) on the cancelling date indicated in Box 21, the Charterers shall have the option to cancel this Charter Party.”

In the first paragraph of Clause 5 of the AMWELSH 93, similar wording is indicated:

“Should the Vessel’s notice of readiness not have been tendered in accordance with Clause 6, before 1700 on the ... day of ..., the Charterers shall have the option to cancel this Charter Party ...”

Provisions similar in meaning can be found in paragraph (a) of Clause 6 of the FERTIVOY 88, paragraph (b) of Clause 4 of the GRAINCON and others.

These clauses do not expressly indicate any obligation of the shipowners, but only contain the right of the charterers to cancel the charter party upon the occurrence of a certain condition. In this regard, the vessel’s delay in itself is not a breach of contract (although it may be an indicator of it), and, therefore, the charterers do not automatically have the right to compensation for losses.

This does not mean, however, that the charterers are completely deprived of the opportunity to restore justice in such a situation. To do this, the charterers will need to prove that the vessel did not manage to arrive at the port due to the violation by the shipowners of other terms of the charter party. Let’s consider some of them in more detail.

Expected ready to load / ETA. If the charter party indicates the date when the vessel is expected to be ready to load, or the estimated date of arrival (ETA), then if such date is indicated deliberately without reasonable grounds to believe that the vessel will be in time to arrive at the port of loading by the specified date, the charterers may claim damages. Moreover, since this term is considered a condition, the charterers have the right to terminate the contract².

Reasonable dispatch. One should also highlight the obligation of the shipowners to ensure the passage to the port of loading with all due, (all) reasonable, (all) convenient, utmost speed/dispatch etc.³ This obligation, in itself, without specifying any other date, was interpreted by the courts as

an obligation to begin the passage to the port of loading immediately (forthwith) or within a reasonable time after the conclusion of the charter party⁴. Also, the shipowners should proceed with an appropriate speed and route⁵. A delay in departure or during the passage due to the non-fulfillment of the above obligation by the shipowners will constitute a breach of contract. The question of whether such a term is a condition giving the charterers the right to terminate the charter party is clearly not resolved in the courts⁶. This point should be taken into account by both parties when deciding what to do in case of breach of this obligation by the shipowners. The exact severity of the effort required from the shipowners depends on the interpretation of the specific terms of the contract, but the use of the words “utmost” is likely to create more stringent requirements for the shipowners. At the same time, it is noted that the obligation of the shipowners to proceed to the port with a reasonable dispatch is implied and will apply even in the absence of this term in the charter party⁷.

The combination of the above two terms means that the vessel must start the transition so that, following with a reasonable dispatch, arrive at the port of loading by the expected date⁸. It is important that the shipowners do not have an obligation to provide the vessel to the loading port by a certain date, but only to start moving to the loading port in such a way that the vessel has time to arrive there.

In the absence of expected ready to load or ETA dates in the charter party, the date of the vessel’s nomination can be used to determine the date when the vessel should start moving to the port of loading⁹, if the shipowner is required to nominate the vessel a certain number of days before the ETA at the port of loading, or even the ETA at the port

² *Maredelanto Cia Nav. S.A. v Bergbau Handel GmbH (The Mihalis Angelos)* [1970] 2 Lloyd’s Rep. 43.

³ See, for example, Clause 1 of AMWELSH 93, FERTIVOY 88, GRAINCON.

⁴ *Evera S.A. Commercial v North Shipping Co. Ltd.*, [1956] 2 Lloyd’s Rep. 357; *CSSA Chartering and Shipping Services SA v Mitsui OSK Lines Ltd. (The Pacific Voyager)* [2018] EWCA Civ 2413.

⁵ *The Kriti Rex* [1996] 2 Lloyd’s Rep. 171.

⁶ See *Evera S.A. Comercial v North Shipping Co., Ltd.* [1956] 2 Lloyd’s Rep. 367 where the term was not considered condition. See also *Blackgold Trading v Almare SpA (The Almare Seconda)* [1981] 2 Lloyd’s Rep. 433 where the shipowners accepted the term as being a condition.

⁷ *The Kriti Rex* [1996] 2 Lloyd’s Rep. 171.

⁸ *Monroe Bros Ltd. v Ryan* (1935) 51 Ll L Rep 179.

⁹ *Mitsui OSK Lines Ltd. v Garnac Grain Co. Inc. (The Myrtos)* [1984] 1 Lloyd’s Rep 449.

of discharging in the framework of the previous carriage¹⁰.

The cancelling clause and the above terms are not directly related and create separate rights and obligations of the parties. However, they can influence each other. So, in the case of a deliberately incorrect date when the vessel is expected to be ready for loading, the charterers have the right to terminate the contract even if the cancelling date has not yet come (probably, provided that the vessel cannot arrive before the cancelling date in any case)¹¹. In the authorities, however, it is noted that if the parties agreed on the cancelling date in the charter party, then the term 'expected ready to load', as well as the obligation to proceed to the port with a reasonable dispatch, should not be conditions, i.e. the charterers should not have the right to terminate the contract before the cancelling date, but, of course, will be able to claim damages for breach of contract, regardless of whether they cancel the charter party or not¹².

Cancelling date may be more important for establishing the fact of breach of contract by the shipowners if the charter party does not contain the term 'expected ready to load' or ETA to the port of loading / discharging, or another similar term. In such a case, the question arises whether it is possible to use the cancelling date to calculate a reasonable departure date for the vessel at the port of loading. The courts did not address this issue directly, but in *The Pacific Voyager*, the Court of Appeal confirmed this possibility or rather did not reject it¹³. A similar position was confirmed in one London arbitration¹⁴. Some cancelling clauses in the standard proformas contain a direct indication of the obligation of the shipowners to proceed to the port of loading taking into account laycan. Thus, for example, § 2 of Clause 5 of the AMWELSH 93 states that the shipowners must apply due diligence for the vessel to tender a notice of readiness before the cancelling date. The existence of the obligation of the shipowners in one form or another to take into account the agreed laycan is not disputed in the textbooks either¹⁵. However, there is debate about

the nature of the obligation, whether it is absolute, following the current legal rule from *The Pacific Voyager*, or only due diligence is required based on *The Democritos*^{16, 17}. Thus, the correctness of the frequently encountered position of shipowners that in the absence of the 'expected ready to load' term or its analogs, the charterers do not have the right to recover damages, but only the right to cancel the charter party, can be questioned.

Finally, we should consider the situation that may arise during the performance of contracts of affreightment (COA). Such contracts are concluded for the carriage of goods within a certain period, during which the charterers usually declare laycan to the shipowners within a certain period prior to its commencement, and the shipowners must, in response, nominate the vessel. Usually, when nominating, the shipowners also have the obligation to indicate the estimated date of arrival of the vessel at the port of loading.

In practice, situations occur when shipowners nominate a vessel whose estimated date of arrival at the port of loading is later than the cancelling date. If the COA does not stipulate that the shipowners must nominate a vessel whose estimated time of arrival at the port of loading will be based on the cancelling date, then the question arises – are the shipowners entitled to nominate a vessel with the estimated arrival date after the cancelling date? The shipowners can do this, for example, if they are not interested in the performance of the carriage and would like the charterers to cancel the charter party without filing a claim for damages.

This issue was not directly considered by the courts, but it seems that the shipowners should not have such a right due to the following:

1. The shipowners have at least an implied obligation to send the vessel to the port of loading with a reasonable dispatch. It is only necessary to establish the moment when the vessel should go to the port of loading. Either it is immediately after the nomination if there is no date in the contract for reference, or later, but taking into account any date specified in the contract.

2. The Court of Appeal in *The Pacific Voyager* did not explicitly reject the possibility of using the cancelling date as a guideline for calculating the date when the vessel should leave for the port of loading.

¹⁰ *The Pacific Voyager* [2018] EWCA Civ 2413.

¹¹ *The Mihalis Angelos* [1970] 2 Lloyd's Rep. 43.

¹² *Cooke J., Young T., Ashcroft M. et al. Voyage Charters*. 4th ed. Informa Law, 2014. § 4.6, 4.14.

¹³ *The Pacific Voyager* [2018] EWCA Civ 2413.

¹⁴ Lond. Arb. 15/93 (L.M.L.N. 359).

¹⁵ *Voyage Charters*. § 4.12.

¹⁶ *The Democritos* [1976] 2 Lloyd's Rep 149.

¹⁷ *Rethinking Monroe v Ryan*, Socrates Papadopoulos, [2019] LMCLQ 318.

3. If only the cancelling date can be used as a reference in the contract, then the nomination of a vessel that cannot reach the port of loading by this date makes the term with the obligation of the shipowners to send the vessel with a reasonable dispatch unfeasible.

4. In such contracts, it is reasonable to assume that the shipowners nominate such a vessel that can reasonably be able to arrive at the loading port, taking into account laycan. Otherwise, the entire agreement may be unfeasible, allowing the shipowners to nominate a vessel that will arrive a month or a year after the cancelling date.

In *The Myrtos*, the court considered the content of the shipowners' obligation to nominate a vessel if such nomination should be made 20 days before the estimated date of arrival. The court, in particular, indicated that the shipowners must have a vessel ready, which can arrive at the port of loading within 20 days from the date of nomination, while the charterers, even before the nomination, can expect the vessel to arrive on the date specified by the shipowners¹⁸. Assuming that the cancelling date should be taken into account by the shipowners when nominating the vessel, then the conclusions from *The Myrtos* can be transferred to the situation under consideration here. So, taking into account that the COA usually contains the obligation of

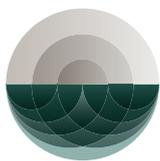
the charterers to declare the laycan in advance, for example, 20 days before the first day of the five-day laycan, the shipowner should probably have a vessel ready or employ such a vessel that can arrive at the loading port within 25 days from the date of the declaration of laycan.

As a result, it seems that in such COA, for the purpose of business efficacy, there should be an implied obligation of the shipowners to nominate a vessel that can reasonably arrive at the port of loading taking into account the laycan.

Conclusion

In summary, we note that the cancelling clause is an important part of charter parties and both parties should bear in mind that the cancelling date may affect not only the charterers right to cancel the charter party. In certain cases, other terms of the charter parties may be interpreted, taking into account the cancelling date, in particular, those relating to the obligation of the shipowners to send the vessel to the port of loading with a reasonable dispatch. Given, however, the lack of a uniform approach to the interpretation of such terms in English law, the importance of using clear and detailed language regarding the rights and obligations of the parties in a given situation related to the time of arrival at the port of loading should be emphasized. ■

¹⁸ *The Myrtos* [1984] 1 Lloyd's Rep 449.



членский номер: _____
(заполняется представителем RUMLA)

ЗАЯВЛЕНИЕ О ВСТУПЛЕНИИ В АССОЦИАЦИЮ МОРСКОГО ПРАВА "RUMLA"

Выберите формат членства*, поставив **X** в соответствующей ячейке:

Ассоциированное членство (индивидуальное)
1400 рублей в год**

Полное членство (индивидуальное)
30 000 рублей в год

Ассоциированное членство (корпоративное)
1400 рублей в год

Полное членство (корпоративное)
30 000 рублей в год

ФИО/название компании: _____

Название компании, сотрудником которой Вы являетесь, должность/сфера деятельности компании:

Регион деятельности, адрес для корреспонденции:

Контактный телефон: _____

E-mail: _____

Веб-сайт: _____

О себе/о компании (информация будет доступна членам "RUMLA", если выбран публичный профиль):

Дополнительная информация, которую Вы хотели бы нам сообщить/цели вступления в организацию:

Дата: _____

Подпись: _____

* Подробнее с условиями и преимуществами каждого варианта можно ознакомиться на сайте rumla.org.

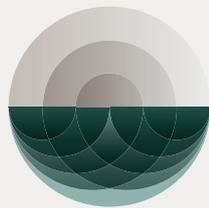
** Оплата взноса осуществляется путем банковского перевода по следующим реквизитам: получатель – Ассоциация по содействию в развитии международного публичного и международного частного морского права, ИНН/КПП 7842161386/784201001, банк-получатель – АО «Тинькофф Банк», к/с 30101810145250000974, р/с 40703810800000708662, БИК 044525974.

Согласие на обработку персональных данных

В целях рассылки информации о деятельности Ассоциации, направления уведомлений в соответствии с Уставом Ассоциации от 6 августа 2018 г., а также информирования посетителей сайта rumla.org о членах Ассоциации в соответствии с Политикой обработки персональных данных (размещена на сайте rumla.org) даю согласие Ассоциации по содействию в развитии международного публичного и международного частного морского права, расположенной по адресу: Санкт-Петербург, Орловская ул., д. 1, лит. А, офис 31-Н, на обработку моих персональных данных, указанных мной в настоящем Заявлении, то есть на совершение действий, предусмотренных п. 3 ст. 3 Федерального закона от 27 июля 2006 г. №152-ФЗ «О персональных данных». Настоящее согласие действует со дня его подписания до дня отзыва в письменной форме.

Дата: _____

Подпись: _____



RUSSIAN
MARITIME LAW
ASSOCIATION

Ассоциация морского права "RUMLA"



www.RUMLA.org